

# SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*Selçuk Law Review*



Cilt  
Volume  
29

Sayı  
Number  
3 (1)

Yıl  
Year  
2021



# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

## Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye  
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

## Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law  
Dekan | Dean  
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN  
sustun@selcuk.edu.tr

## Editörler | Editors

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN  
sustun@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üy. Tamer BOZKURT  
tamer.bozkurt@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN  
erdogan-kemal@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK  
ahmettalhatetik@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia MACİT  
rabiamacit26@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Hamide Merve GÜÇLÜ  
merveguney00@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT  
huseyintokat7861@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK  
af\_kaynak@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Övünç GÜVEL  
ovunc\_guvel@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Cansu Büşra ÖLMEZ  
cansubkartal@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ufuk Ramazan ÇAKMAK  
urcakmak@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Samed ATASOY  
samedatasoy1109@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

## Yayın Kurulu | Editorial Board

**Prof. Dr. Andreas Spickhoff**  
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-  
Universität Munich (Germany)

**Prof. Dr. Petra Butler**  
Faculty of Law, Victoria University of  
Wellington (New Zealand)

**Prof. Dr. Shobhalata Udupudi**  
Gujarat National Law University (India)

**Prof. Dr. Furqan Ahmad**  
The Indian Law Institute (India)

**Prof. Dr. Maleka Femida Cassim**  
Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina**  
Faculty of Law, Kazan Federal University  
(Kazan)

**Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. George A. Bermann**  
School of Law, Columbia University (USA)

**Prof. Dr. Venkata Rao**  
National Law School, India University (India)

**Prof. Dr. Sheela Rai**  
National Law School, University Odisha  
(India)

**Prof. Dr. Koos Malan**  
Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko**  
Faculty of Law, University of Johannesburg  
(South Africa)

**Asst. Prof. Monika Tomaszewska**  
Faculty of Law and Administration,  
University of Opole (Poland)

**Prof. Dr. Berrin Akbulut**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)



## Danışmanlar Kurulu | Advisory Board\*

**Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk**  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Mustafa Aksu**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Altunkaya**  
Faculty of Law, Akdeniz University  
Antalya, Turkey

**Prof. Dr. Zekeriyya Arı**  
Faculty of Law, Bursa Uludağ University  
Bursa, Turkey

**Prof. Dr. Murat Atalı**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Leyla Ateş**  
Faculty of Law, Altınbaş University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Rıza Ayhan**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Faruk Bilir**  
Personal Data Protection Authority  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Halil Cin**  
Faculty of Law, Ufuk University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Serkan Çınarlı**  
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Ayhan Döner**  
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University  
Erzincan, Turkey

**Prof. Dr. Ali Erten**  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara Turkey

**Prof. Dr. Mustafa Akkaya**  
Faculty of Law, East. Mediterranean University  
Famagusta, North Cyprus

**Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay**  
Faculty of Law, Antalya Bilim University  
Antalya, Turkey

**Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Ömer Anayurt**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Ramazan Arslan**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Yavuz Atar**  
Faculty of Law, İbn Haldun University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Murat Aydoğdu**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük**  
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University  
Tekirdağ, Turkey

**Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu**  
Faculty of Law, İstanbul Aydın University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hayrettin Çağlar**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Abdullah Dinçkol**  
Faculty of Law, Doğu University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Fikret Eren**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Fethi Gedikli**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

---

\* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.  
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

**Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla**  
Faculty of Law, Bahçeşehir University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hüseyin Hatemi**  
Faculty of Law, İstanbul Comm. University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. M. Turgut Öz**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İzzet Özgenc**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Soyaslan**  
Faculty of Law, Çankaya University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Cumhuri Şahin**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Şenyüz**  
Faculty of Law, Bursa Uludağ University  
Bursa, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Uluşan**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Sevilay Uzunallı**  
Faculty of Law, Yaşar University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Yener Ünver**  
Faculty of Law, Özyeğin University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Üzülmöz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara Turkey

**Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Aydın Gülan**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Arslan Kaya**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Nuran Koyuncu**  
Faculty of Law, N.E. University  
Konya, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Özbay**  
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University  
Tokat, Turkey

**Prof. Dr. Oğuz Sancakdar**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Subaşı**  
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Cemal Şanlı**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hasan Tunç**  
Faculty of Law, Cyprus Int. University  
Nicosia, North Cyprus

**Prof. Dr. M. Fatih Uşan**  
Faculty of Law, Ankara Y.B. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Ünal**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Hakan Üzeltürk**  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Cevdet Yavuz**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Ejder Yılmaz**  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara, Turkey

**Doç. Dr. A. Kürşat Ersöz**  
Faculty of Law, Akdeniz University  
Antalya, Turkey

Doç. Dr. Abdurrahman Savaş  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

Doç. Dr. Ayhan Tekinsoy  
Faculty of Law, Ankara University  
Ankara, Turkey



# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

## Hakkında

**Amacı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

**Kapsamı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan, hakemli bir uluslararası dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

**Kısaltma:** Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

## About

**Aim:** Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.



**Scope:** Selçuk Law Review is a peer-reviewed international review which is scanned by ULAKBİM TR Index in terms of the Academic Incentive Allowance, published in electronic media and printed four times a year March, June, September and December. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.


**Abbreviation:** SLR abbreviations shall be used in reference to the review.


## Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

 +90 332 241 00 45  +90 332 241 01 05

 [selcuk.edu.tr/hukuk/tr](http://selcuk.edu.tr/hukuk/tr) & [dergipark.org.tr/suhfd](http://dergipark.org.tr/suhfd)

 [hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr)

## Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

 +90 332 241 18 47  [selcukbasimevi@gmail.com](mailto:selcukbasimevi@gmail.com)

Basım Tarihi: Eylül 2021

Publication Date: September 2021

Copyright © Published by Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey. All rights reserved.

## İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

|  |   |   |
|--|---|---|
| SÜHFD., 2010 yılından itibaren <b>TR DİZİN</b> tarafından taranmaktadır.                           |    | SLR is indexed by <b>TR DİZİN</b> since 2010.                           |
| SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>ERIHPLUS</b> tarafından taranmaktadır.                           |    | SLR is indexed by <b>ERIHPLUS</b> since 2020.                           |
| SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>EuroPub Index</b> tarafından taranmaktadır.                      |    | SLR is indexed by <b>EuroPub Index</b> since 2020.                      |
| SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>DOAJ</b> tarafından taranmaktadır.                               |    | SLR is indexed by <b>DOAJ</b> since 2020.                               |
| SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>HeinOnline</b> tarafından taranmaktadır.                         |    | SLR is indexed by <b>HeinOnline</b> since 2017.                         |
| SÜHFD., 2016 yılından itibaren <b>Asos Academia Social Science Index</b> tarafından taranmaktadır. |    | SLR is indexed by <b>Asos Academia Social Science Index</b> since 2016. |
| SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>SOBİAD</b> tarafından taranmaktadır.                             |    | SLR is indexed by <b>SOBİAD</b> since 2017.                             |
| SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Google Scholar</b> tarafından taranmaktadır.                     |    | SLR is indexed by <b>Google Scholar</b> since 2017.                     |
| SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Crossref</b> tarafından taranmaktadır.                           |    | SLR is indexed by <b>Crossref</b> since 2017.                           |
| SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>OpenAIRE</b> tarafından taranmaktadır.                           |  | SLR is indexed by <b>OpenAIRE</b> since 2017.                           |

## Yayın İlkeleri

### Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte \* işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

## Publication Principles

### Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the \* sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


#### Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

#### Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


#### Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

#### Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any



halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

**12.** Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

**13.** Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

#### **Makale Düzeltme Aşaması**

**14.** Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### **Dergi Dizgi Aşaması**

**15.** Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

**16.** Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

**12.** The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

**13.** If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

#### **Process of the Article Correction**

**14.** The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### **Process of the Review Typographic**

**15.** Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

**16.** The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.



**İçindekiler**  
**Table of Contents**

**Araştırma Makaleleri**

**ResearchArticles**

**VERGİ AFLARINDA VERGİ BORCUNU SONA ERDİREN BİR SEBEP OLARAK “YENİLEME”** 1591-1621

Renewal As a Reason That Ends The Tax Liability in Tax Affairs  
Doğan ŞENYÜZ

**ULUSLARARASI HUKUKTA BAĞLAYICILIK MESELESİ: MUTABAKAT MUHTIRASI** 1623-1657

Binding Issue in International Law: Memorandum of Understanding  
Muhammed Enes BAYRAK

**ARAZİ MÜLKİYETİNİN KAPSAMINA İLİŞKİN “CUIUS EST SOLUM İLKESİ”NİN BİR İSTİSNASI: TÜRK HUKUKUNDA MADEN MÜLKİYETİ** 1659-1692

An Exception of The “Cuius Est Solum Principle” Regarding The Scope of Land Property: Mining Ownership in Turkish Law  
Özkan ÖZYAKIŞIR

**HEKİM VE HASTANENİN CERRAHİ ROBOT KULLANIMININ HASTAYA VERDİĞİ ZARARDAN SORUMLULUĞU** 1693-1737

Legal Responsibility of The Physician and The Hospital for The Damages Caused by The Use of Surgical Robots to The Patient  
Nihan KOYUNCU AKTAŞ

**KESİŞİMSELLİK YAKLAŞIMI BAĞLAMINDA KADINA YÖNELİK TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI ŞİDDETE İLİŞKİN CEDAW KOMİTESİ GENEL TAVSİYE 35 SAYILI KARARI’NIN ANALİZİ** 1739-1771

Analysis of Cedaw Committee General Recommendations No. 19 and 35 on Gender-Based Violence Against Women in The Context of Intersectionality Approach  
Ayşe GÜNEŞ

**KAZANANIN BİR KEZ DAHA ÖDÜLENDİRİLDİĞİ SEÇİM SİSTEMİ: ÇOĞUNLUK ÖDÜLLÜ SEÇİM SİSTEMİ** 1773-1811

An Electoral System Which Rewards The Winner Once Again:  
The Majority Prize System  
Abdurrahman TEKİN

**MANEVİ HAKLARIN TÜRK TELİF HUKUKUNDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ** 1813-1866

Historical Development of Moral Rights in Turkish Copyright Law  
Hasan Kadir YILMAZTEKİN  
Banu Eylül YALÇIN

**AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI ŞARTI VE AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI KOMİSYONU KARARLARI AÇISINDAN SELF DETERMİNASYON HAKKI** 1867-1895

The Right to Self-Determination with Regards to The African Charter on Human and Peoples' Rights and The Decisions by The African Commission on Human and Peoples' Rights  
Gökhan ALBAYRAK

**KİRA SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN TİCARİ DAVALARDA GÖREVLİ MAHKEME** 1897-1921

The Court of Jurisdiction for Commercial Cases Arising from Lease Agreements  
Mehmet Arif TUĞ

**ÇERÇEVE DİREKTİF, AB ÜLKELERİ VE TÜRKİYE'DE İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ EĞİTİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ** 1923-1968

Employer's Occupational Health and Safety Training Obligations in Framework Directive, Eu Countries and Turkey  
Berrin GÖKÇEK YILMAZ

|   |                  |
|---|------------------|
| <b>CUMHURBAŞKANININ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİ VE TÜRKİYE'NİN İSTANBUL SÖZLEŞMESİNDEN AYRILMASININ HUKUKİ ANALİZİ</b>                 | <b>1969-2007</b> |
| Turkish President's Power on Treaties and The Legal Analysis of Turkey's Withdrawal from Istanbul Convention<br>Mustafa Taha DURMUŞ                             |                  |
| <b>ULUSLARARASI HUKUKTA BÖLÜMLENMENİN ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU YÖNÜNDEN İNCELENMESİ</b>  | <b>2009-2049</b> |
| Examining Fragmentation of International Law in Terms of International Law of The Sea<br>Gülsüm KAYA  |                  |
| <b>KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU</b>  | <b>2051-2086</b> |
| The Offence of Unpaid Utilisation of Utilities and Services<br>Barış IŞIK   |                  |
| <b>İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA TANIK DELİLİ</b>   | <b>2087-2130</b> |
| Witness Evidence in The Administrative Jurisdiction<br>Adem GÜVEZ   |                  |
| <b>TEMYİZ KANUN YOLUNDA UYGULANAN PARASAL SINIRIN HER YIL ARTIRILMASININ GÖRÜLMEKTE OLAN İDARİ DAVALARA ETKİSİ</b>  | <b>2131-2168</b> |
| The Effect of Yearly Increasing The Monetary Limit Applied in Legal Remedy on The Pending Administrative Cases<br>Yasin SÖYLER<br>Muhammet YILMAZ               |                  |
| <b>TERÖR SUÇLARIYLA MÜCADELEDE YENİ KONSEPT: ÖNALAN SUÇLARI - BGH KARARLARI IŞIĞINDA ALMANYA ÖRNEĞİ</b>   | <b>2169-2208</b> |
| Neues Konzept In Der Bekämpfung Des Terrorismus: Vorfeldsdelikte - Beispiele Aus Deutschland Unter Berücksichtigung Einiger Bgh -Entscheidungen<br>Fatih YURTLU |                  |

**DUTIES AND RESPONSIBILITIES OF DIRECTORS OF JOINT STOCK COMPANIES ON CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: AN EVALUATION WITH RESPECT TO TURKISH COMPANY LAW** 2209-2233

Anonim Şirket Yöneticilerinin Kurumsal Sosyal Sorumluluk ile İlgili Görev ve Sorumlulukları: Türk Şirketler Hukuku Açısından Bir Değerlendirme

Hatice Kübra KANDEMİR

**ORTAK YARARDAN KAMU YARARINA** 2235-2265

From Common Good to Public Interest

Gülden AMURCUOĞLU

**ACENTELİK VE DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNDE DENKLEŞTİRME ALACAĞININ HESAPLANMASI** 2267-2308

Calculation of Indemnity Claim in Commercial Agency and Distribution Contracts

M. Zahid DOĞANAY

**ÇALINTI MOTORLU ARAÇLARIN SATIŞINDA NOTERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU** 2309-2346

Legal Liability of The Notary Public in The Sale of Stolen Motor Vehicles

Gençer ÖZDEMİR

**ORTAK HAYATIN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASI** 2347-2385

Divorce Action Due to The Inability to Establish a Common Life (De Facto Separation)

Mehmet Emin ÖZGÜL

**ULUSLARARASI HUKUKTA MEŞRU MÜDAFAA HAKKINA YENİ BİR YAKLAŞIM: İSTEKSİZ VEYA ACİZ DEVLET DOKTRİNİ** 2387-2414

A New Approach to The Right to Self-Defense in International Law: Unwilling or Unable State Doctrine

Nesrin SİNGİL

- MUKAYESELİ HUKUK VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA  
ELEKTRONİK TEBLİGATIN YAPILMIŞ SAYILDIĞI TARİH** 2415-2453  
The Date That the Electronic Notification Is Deemed to Have Been  
Made in The Light of Comparative Law and Judicial Decisions  
Hakan ALBAYRAK
- CEZA HUKUKU BOYUTUYLA SİBER ZORBALIK** 2455-2500  
Cyberbullying in The Context of Criminal Law  
Volkan MAVİŞ
- TÜRK İŞ HUKUKUNDA UZAKTAN ÇALIŞMA  
KAPSAMINDA İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNİ  
SAĞLAMA BORCU** 2501-2543  
Obligation to Provide Occupational Health and Safety of The  
Employer Within the Scope of Remote Working in Turkish Labor  
Law  
Kübra DEMİR
- ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU  
KARARLARINDA ÇEVRE HAKKINA YAKLAŞIMI** 2545-2593  
The Constitutional Court's Approach to Right of Environment in  
Individual Application Decisions  
Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN
- 1989 KURTARMAYA DAİR MİLLETLERARASI SÖZLEŞME  
İLE DENİZ ÇEVRESİNİN KORUNMASI** 2595-2623  
Protection of Marine Environment with 1989 International  
Convention on Salvage  
Alperen AKKAYA
- KAMU SAĞLIĞI VE İSTİMLAL: KORONAVİRÜS  
SALGINININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ ÇERÇEVESİNDE BİR  
KAMU SAĞLIĞI KANUNU ÖNERİSİ** 2625-2653  
Public Health and Requisition: A Public Health Law Proposal in  
The Context of The Coronavirus Pandemic  
Sırrı DÜĞER

**UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ'NİN 2020/479 E., 2020/626 K.  
SAYILI VE 26.10.2020 TARİHLİ VAKIF ÜNİVERSİTESİNDE  
ÇALIŞAN ÖĞRETİM ÜYESİNİN ALACAK TALEPLİ AÇTIĞI  
DAVANIN "İDARİ YARGI" YERİNDE ÇÖZÜMLENMESİ  
GEREKİĞİNE İLİŞKİN VERİLEN KARARIN İNCELENMESİ**

2657-2678

Examination of The Decision of Court of Jurisdictional Dispute  
(2020/479 E., 2020/626 K. Numbered and 26.10.2020 Dated)  
Regarding the Case Filed by The Academic Staff Working At  
Foundation University with a Request for Receivables Should Be  
Resolved at The Administrative Jurisdiction

Yalçın BOSTANCI

Sevde BULUN TOKKAŞ



**Araştırma Makaleleri**  
**Research Articles**





## VERGİ AFLARINDA VERGİ BORCUNU SONA ERDİREN BİR SEBEP OLARAK “YENİLEME”

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ\*

### Öz

Ülkemizdeki vergi borçlarına (kamu alacağı) ilişkin vergi affı düzenlemelerine bakıldığında mevcut vergi borçlarının sonlandırılmasını ifade etmek üzere genel olarak vazgeçme kavramı kullanılmasına rağmen hukuki nitelikleri itibarıyla vazgeçmeden farklı sona erme sebeplerine yer verildiği görülmektedir. Bu nedenle vergi affı kapsamında ortaya çıkan vergi borcunun sona erme sebeplerinin hukuki nitelendirmesi, işleyişi ve sonuçları üzerinde durulması gerekir.

Vergi affı düzenlemelerinde vergilerin sona erme sebeplerinden biri de -ismen belirtilmese de- yapılandırma içeriğinde ortaya konan yeni bir idari işlemle (yeni borcun) eski idari işlemin (eski borcun) etkisinin ortadan kaldırılması şeklinde karşımıza çıkan “yenileme” sebebidir. Özel hukuktaki yenilemenin kendine has kuralları vergi hukukunun kendine has kuralları çerçevesinde yorumlanarak “vergide yenileme” vergi borçlarının sonlanmasında bir sebep olarak da değerlendirilebilecektir.

Yenilemeyle oluşan borcun gereği gibi ifa edilmemesine bağlı sonuçların eski işlem (borcun) üzerindeki etkileri, zamanaşımı ve fer’ileri konularının ortaya konmasına ihtiyaç gösterir. Vergide yenileme vergi borcunu sonlandırma çeşitli sebeplere benzer yanları olsa da kendine has bir sona erme sebebi olarak değerlendirilmelidir.

\* Prof. Dr. Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye | Prof., Bursa Uludağ University, Faculty of Law, Department of Financial Law, Bursa, Turkey.

✉ dsenyuz@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0002-3337-4485

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ŞENYÜZ Doğan, “Vergi Aflarında Vergi Borcunu Sona Erdiren Bir Sebep Olarak “Yenileme””, *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1591-1621.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Vergi Borcu • Yenileme • Vergi Afları • Vergi Borcunun Sona Ermesi • Vergide Yenileme

## RENEWAL AS A REASON THAT ENDS THE TAX LIABILITY IN TAX AFFAIRS

### Abstract

Considering the tax amnesty regulations regarding tax debts in our country, it is seen that although the concept of withdrawal is generally used to express the termination of existing tax debts, different reasons for termination without waiver are included in terms of legal characteristics. For this reason, it is necessary to focus on the legal characterization, functioning and consequences of the reasons for the termination of the tax debt arising within the scope of tax amnesty.

In the tax amnesty regulations, one of the reasons for expiration of taxes although not specified - is the reason for "renewal"; which is the elimination of the effect of the old administrative transaction (the old debt) with a new administrative transaction (new debt) introduced in the structuring context. Many unique rules of renewal in private law can be interpreted within the framework of specific rules of tax law, and "tax renewal" can be evaluated as a reason for the termination of tax debts.

The effects of the consequences of not performing the debt due to the renewal on the old transaction (debt), the statute of limitations and its accessories need to be put forward. Termination of renewal tax debt in tax should be considered as a specific reason for termination, although there are similar aspects to various reasons.

### Key Words

Tax Debt • Renewal • Tax Amnesty • Expiration of Taxes • Renewal in Tax

## GİRİŞ

Hukuk sistemimizde özel hukuk alanındaki borçların sona erme sebeplerine Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) yer verilirken, vergi borçlarının sona erme sebeplerine ise Vergi Usul Kanunu (VUK) ile Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'da (AATUHK) yer verilmiştir. VUK ve AATUHK'daki kamu alacaklarını sona erdirme sebeplerinden farklı olarak, ülkemizde sıklıkla başvuru vergi affı düzenlemelerinde borcun birden fazla sona erme sebebine yer verildiği görül-

mektedir. Ancak, vergi affı düzenlemelerinde sona erme sebeplerine hukuki niteliklerine göre isimlendirilerek yer verilmesi yerine tüm sona erme nedenleri vazgeçme kavramı altında formüle edilme yoluna gidilmiştir.

Vergi affı düzenlemeleriyle amaç şüphesiz kişilerin devlete olan çeşitli borçlarının tasfiyesidir<sup>1</sup>. Vergi affı kanunlarının standart bir kapsamı olmamakla birlikte vergiler bakımından mevcut vergi borçlarının yapılandırması yanında stok affı, kasa affı ve matrah artırımını şeklinde verilen imkanlarla yeni vergi borçları da ortaya çıkabilmektedir.

Çalışmanın konusu **mevcut vergi borçlarının** vergi affı düzenlemeleri kapsamındaki yapılandırmalar çerçevesinde sona erme sebeplerinin belirlenmesi ile sınırlıdır. Bu kapsamda çalışmada, özel hukukta borcun sona erme sebebi olan yenilemenin kamu hukukundaki genel kabul görmüş idari işlem ilke ve kuralları gözetilerek vergi hukukundaki görünümü, geçerliliği ve uygulaması hakkında değerlendirmelere yer verilecektir.

Yenilemeden söz edebilmek için her şeyden önce mevcut bir borç olmalıdır. Özel hukukta borç hukuki işlemde, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmış olabilir. Borç, borçlar hukuku veya aile hukuku, miras hukuku gibi bir özel hukuk alanından da doğabilir<sup>2</sup>. Yenileme ile oluşan yeni borç eski borcun yerine geçer.

Vergilerde genellikle eski borcun ortadan kalkması yeni borcun gereği gibi ifası şartına bağlanmaktadır. Bununla birlikte şart ihlal edil-

<sup>1</sup> Affa yönelik düzenlemenin vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ile ek mali yükümlülük dışında kalan gelirleri de kapsayacak şekilde çıkartılması durumunda kanunun vergi dışındaki kamu alacaklarının kapsamı nedeniyle “vergi affı” yerine “mali af” kavramının kullanılması isabetlidir. Vergi affı ile mali affı ayıran temel kıstas kapsama giren gelirlerin nitelikleri ile ilgilidir. Bu açıdan mali af kavramı kapsamı, konusu ve sonuçları dikkate alındığında vergi afları için de şemsiye kavram görevi yapmaktadır. Ayrıca kanuni düzenlemelerin vergiler dışındaki amme alacaklarını (sosyal güvenlik primleri, elektrik borçları, su borçları trafik cezaları, öğrenim kredileri, kaçak köprü geçişleri, çiftçilerin tarım kredi kooperatiflerine olan borçları vd.) kapsamı içine alması vergilerle ilgili kısmın af olarak nitelenmesine engel oluşturmaz.

<sup>2</sup> YÜCER İpek, “Yenileme (Tecdit)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 233-259, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz9-1/iyucer.pdf> (Erişim: 03.04.2021). s.238

diğinde canlanan eski borca rağmen, yenileme ve sonrası kanuni temsilcinin eski dönemdeki kanuni temsilciden farklı olması halinde sorumluluğunun devam edip etmeyeceği hukuki bakımdan olduğu kadar pratik bakımdan da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı konu sosyal güvenlik prim borçları için de sorunlu bir alanı oluşturmaktadır.

Çalışmada yapılacak olan açıklamalarda belirli bir af düzenlemesinin ele alınıp değerlendirilmesi yerine vergi affı düzenlemelerindeki ortak husus ve hükümler ele alınarak analiz yapılacaktır. Gerekliğinde örnekler, en son vergi affı düzenlemesi olan 7256 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'daki düzenlemelere atıf yapılarak verilecektir.

Eski idari işlemlerle oluşturulan borcun sona erme sebebi olarak "yenileme" sebebinin vergi hukuku açısından yeterince ele alınmadığına ilişkin düşüncemiz bu çalışmanın yapılmasında ana etken olmuştur. Bu çalışma, özel hukuk, idare hukuku ve vergi hukukunun birlikte dikkate alınması suretiyle bazı kavramları hukuken yerine oturtabilmek bakımından sorulara cevap arayan bir deneme olarak da değerlendirilebilir. Nitekim, hukukun tarihsel gelişim süreci içinde özel hukuk ilişkilerinin başı çektiği onu takiben kamu-idare-vergi hukukunun gelişme sağladığı görülür. Bu nedenle çalışmada yer alan konuların özellikle idare hukuku ve vergi hukukunun kendilerine has özellikleri açısından geliştirilmesi gereken yanlarının bulunduğu kabul edilmelidir.

## I. VERGİ BORÇLARININ GENEL SONA ERME SEBEPLERİ

İrade serbestisi, karşılıklı rıza ve taraflar arasındaki eşitliğin geçerli olduğu özel hukukta (Türk Borçlar Kanunu) borcun sona erme sebeplerine ifa, ibra, birleşme, ifanın imkânsızlığı, yenileme ve zamanaşımı olarak yer verilmiştir. Vergi hukukunda ise sona erme sebepleri ödeme, vazgeçme, zamanaşımı, terkin<sup>3</sup>, takas, mahsup ve cezalarda indirim (indirilen kısım bakımından) olarak belirtilmiştir. Bu sebepler genel sona

<sup>3</sup> Burada kullanılan terkin kavramı VUK (m.115) ve AATUHK (m.105'teki) gerekçelerle bağlı vergi borcunun sona ermesini içermektedir. Bununla beraber bazı gerekçe ve sebeplere bağlı olarak vergi borcunun sonlandırılmasını ifade etmek üzere literatürde "hataların düzeltilme nedeniyle terkin", "mahkeme kararı üzerine terkin", "tahsil imkansızlığı nedeniyle terkin" ve "zamanaşımı nedeniyle terkin" kavramları da kullanılmaktadır.

erme sebepleri olarak ifade edilebilir. Dikkat edildiğinde bazı sebepler bakımından farklılıklar olsa da özel hukuk ve vergi hukuku bakımından borcun sona erme sebeplerinin bazılarının örtüştüğü, bazılarının da birbirine benzerlik arz ettiği görülmektedir. Borcun kaynağının vergi olduğu durumda vergi borcunun sona ermesinde adına “**vergide yenileme**” denecek şekilde uygulanabilmesi mümkün olduğu düşünülmektedir. Öğretide, af düzenlemeleri kapsamında yenileme özel hukuktaki yenilemeye benzetilerek vergi borcunun bir sona erme sebebi olarak değerlendirilmiştir<sup>4</sup>.

Vergi borcu, ilgili kanunlarda öngörülen vergiyi doğuran olayla doğar, tarh işlemiyle somutlaşır, tahsilatla Hazineye intikal ederek sona erer. Vergi borcunu sona erdiren sebeplerin bazılarında VUK bazılarında ise AATUHK’da yer verilmiştir. Belirtilen kanunlardaki borcun genel sona erme sebeplerine vergi affı düzenlemeleriyle hukuki niteliği itibarıyla yenileme şeklinde ifade edilebilecek özel bir sona erme sebebinin eklendiği de görülmektedir.

## II. VERGİ BORÇLARININ AF DÜZENLEMELERİNE BAĞLI SONA ERME SEBEPLERİ

Anayasaya göre vergiler ve cezalar için kanunilik ilkesi geçerli olduğundan vergi yükü ile cezaları değiştirecek veya ortadan kaldıracak düzenlemelerin kanunla yapılması esastır. Bu açıdan bakıldığında vergi affı kanunlarıyla yapılan düzenlemeler geçici süre için uygulanmak üzere çıkartılan ve vergi hukukunun yerleşik (olağan) düzenlemelerinin dışında kalan istisnai hukuksal düzenlemeler olmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre “*Kanun koyucu, Anayasa’ya aykırı olmamak kaydıyla, vergilendirilecek alanların seçiminde yetkili olduğu gibi bu vergilerin tarh, tahakkuk ve tahsiline ilişkin kuralları belirleme yetkisine de sahiptir. Bu bağlamda kanun koyucunun kamu hizmetlerinin finansmanı için kişilerden aldığı vergi, resim ve harçların tamamının veya bir kısmının tahsilinden ve vergilendirme ödevinin zamanında yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi dolayısıyla uygulama yetkisine sahip olduğu yaptırımlardan*

<sup>4</sup> ŞENYÜZ Doğan, YÜCE Mehmet, GERÇEK Adnan; Vergi Hukuku, (Genel Hükümler) 12. b., Ekin Kitabevi, Bursa-2021, s.225.

vazgeçebilmek ve buna ilişkin koşulları belirlemek konusunda anayasal sınırlar içinde kalmak şartıyla takdir yetkisi bulunmaktadır"<sup>5</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında vergi affı kanunlarında yer alacak düzenlemelerin kapsamı, şartları vb. hususların belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu belirtilmekle birlikte kararda "Hukuk devletinin temel unsurlarından olan hukuki belirlilik ilkesi uyarınca kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir" şeklinde temel bir ilkeye de yer verilmiştir.

### A. Vergi Affının Tanımı

Af kavramı mevzuatımızda esas itibarıyla ceza hukukunun bir müessesesi olarak karşımıza çıkar. Ceza hukukunda aflar (Anayasa m.87'de) genel ve özel af olarak ikiye ayrılmıştır Ceza hukuku bakımından af ibaresi beraberinde suçu ve/veya suça verilmiş bir cezayı getirir. Nitekim genel af hem suçu hem cezayı, özel af ise suçu değil sadece cezayı ortadan kaldırır<sup>6</sup>.

Vergi hukukunda af ismi kullanılmamakla birlikte vergiler ve cezaları konusunda getirilen "geçmişe etkili" benzer amaçlı düzenlemeler uygulamada "vergi affı" ibaresiyle ifade edilir olmuştur. Vergi affı tam olarak hukuki bir kavram olarak ifade edilemez. Vergi (mali) aflarına ilişkin düzenlemeler kanun düzeyinde geçici hükümler şeklinde yürür-

<sup>5</sup> AYM, Esas No: 2019/100, Karar No: 2020/62, Karar Tarihi: 22.10.2020, Resmî Gazete Sayısı: 31356.

<sup>6</sup> Genel ve özel af da kendi içinde "toplu" ve "bireysel" olmak üzere iki ayrı türe ayrılabilir. Yani genel affın "toplu genel af" ve "bireysel genel af" olmak üzere iki çeşidi vardır. *Toplu genel af*, belirli suçları işlemiş herkesi kapsar. *Bireysel genel af* ise, isim olarak belirlenmiş bir veya birden fazla kişiyi kapsar. Keza özel affın da "toplu özel af" ve "bireysel özel af" olmak üzere iki çeşidi olabilir. *Toplu özel af*, belirli suçlardan mahkûm olan herkesin cezasını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran veya cezasını başka bir cezaya dönüştüren aftır. *Bireysel özel af* ise, isim olarak belirlenmiş bir veya birden fazla mahkûmun cezasını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran veya cezasını bir başka cezaya dönüştüren af çeşididir Buna göre, "genel af" bir veya birden fazla kimseleri kapsayabileceği gibi, "özel af" da bir veya birden fazla kimseleri kapsayabilir. (GÖZLER Kemal, "Karşılaştırılmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 2001, Cilt 18, s.298-330 (www.anayasa.gen.tr/af.htm; 1.5.2004); Erişim 20.03.2021.



lüğe girer. Bu yapıları gereği vergi hukukunun asli kaynakları arasında yer alır.

Makale konusu bakımından vergi borcunun kısmen veya tamamen sona erdirilmesini konu alan yönüyle vergi affı ele alınmaktadır. Bununla beraber vergi aflarının kimi zaman kabahat oluşmamış ve/veya ceza kesilmemiş durumları kapsayacak şekilde çıkarılmasının teorik açıdan vergi affı kavramıyla uyumlu olmadığını ifade etmek gerekir<sup>7</sup>.

Vergi aflarının kanuni bir tanımı bulunmamasına rağmen ilgili yazında ve kamuoyunda vergi affı olarak bilinen düzenlemelerin vergi borcunu sonlandırması özelliği nedeniyle bir tanımının yapılmasına ihtiyaç vardır. Afların sonuçları itibarıyla devletin vergi tarh ve ceza kesme, yetki ve infazından kısmen veya tamamen vazgeçmesi sonucunu doğurduğu söylenebilir. Her ne kadar vergi affı düzenlemelerinde “af” ismi kullanılmayıp alacakların yapılandırması<sup>8</sup>, tahsilatın hızlandırılması<sup>9</sup>, vergi barışı<sup>10</sup>, varlıkların milli ekonomiye kazandırılması<sup>11</sup> gibi kavramlar kullanılsa da bu düzenlemeler sonuç olarak mükelleflerin mevcut borçlarının reel olarak daha azına isabet eden bir yüke maruz bırakılmaları esaslı üzerine oturur. Bir vergi affı, *af öncesi dönemdeki vergi (fer’iler ve cezalar dahil) borcunu reel olarak azaltan her türlü kanuni düzenle-*

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasanın m.38/1 ve 3’ü kabahatleri düzenleyen normların anayasal denetimi bakımından da kullanılmaktadır (KANGAL Zeynel T., Kabahatler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2011, İstanbul, s.32.) Kabahatlere verilen cezaların azaltılmasının veya affedilmesinin Anayasanın 38’nci maddesi kapsamına girdiği kabul edildiğinde af için Anayasa’nın 87. maddesi gereği TBMM’de nitelikli çoğunluk aranması gerekir.

<sup>8</sup> - Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ... Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6111, Resmî Gazete 25.02.2011 tarih ve 27857 (mükerrer) sayı.

- Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun, Kanun No: 6736, Resmî Gazete 19.8.2016 tarih ve 29806 sayı.

- Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması .... Hakkında Kanun, Kanun No:7256, Resmî Gazete 17.11.2020 tarih ve 31307 sayı.

- “.... Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, Kanun No:6552, Resmi Gazete 11.09.2014 tarih ve sayı 29116 (mükerrer).

<sup>9</sup> - Bazı Kamu Alacaklarının Tahsilatının Hızlandırılması ve Matrah Artırımı Hakkında Kanun, Kanun No: 3787, Resmî Gazete 3.4.1992 tarih ve 21191 sayı.

<sup>10</sup> - Vergi Barışı Kanunu, Kanun No: 4811, Resmî Gazete 27.2.2003 tarih ve 25033 sayı.

<sup>11</sup> - Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun, Kanun No: 5811, Resmî Gazete 22.11.2008 tarih ve 27062 sayı.

*meler* olarak tanımlanabilir. Vergi borçlusunun af öncesi ile af sonrası yükümlülükleri karşılaştırıldığında mükellef af sonrası maddi ve/veya usuli açıdan daha avantajlı hale getirilir. Vergi affıyla amaçlanan da budur.

Ülkemizde özellikle son zamanlarda vergi aflarının sık çıkarıldığına şahit olmaktayız. Hatta dönem bakımından bir mali affın uygulama dönemi sonuçlanmadan diğerinin çıkarılması birden fazla afların iç içe geçmiş şekilde uygulanmasına sebep olmaktadır<sup>12</sup>. Afların bu çıkarılma sıklığı mükellefleri “nasıl olsa af çıkar” beklentisine sürükleyerek af kolayan psikolojiye sokmaktadır. Vergi affı düzenlemeleri yapısı gereği geriye yürümeye sebep olması nedeniyle geçmiş dönem (ler)deki vergi ilişkilerini de geriye doğru etkiler. Bu etkileşim aynı zamanda affa dayalı yapılacak idari işlemlerin sebebini oluşturması bakımından da önemlidir. Bu nedenle yenilemeyle ortaya çıkan işleminin geçerliliği için tarafların yeni bir borç meydana getirirken eskisini ortadan kaldırmak iradesine sahip olmalıdırlar<sup>13</sup>. Kanaatimizce vergi aflarıyla devletin iradesinin bu yönde olduğunun kabulü gerekir. Nitekim borcun sona ermesi ile borçlu bu borçtan sorumlu olmaktan kurtulur. Yenisi ortaya çıkan bir borç, önceki borcu etkileyen eksiklikleri kaldırır. Örneğin vadesi geçen vergilere yeni vade yapılması eski borç bakımından eksikliği de ortadan kaldırmaktadır.

Ülkemizde vergi aflarına başvurma sebeplerine; genel ekonominin içinde bulunduğu konjonktürel durum, kamunun kaynak ihtiyacı, mükelleflerin borç taksitlerinin ifa edilebilecek bir zamana yayılması, vergi ihtilaflarının azaltılması, siyasal anlamda oy tercihlerinin etkilenmesi ve mükelleflerin vergisel uyumunun arttırılması isteği verilebilir. Vergi aflarının başta vergi sisteminin işleyişi ve ekonomik rekabet üzerindeki etkisi olmak üzere siyasal, sosyal ve ticari alanda sonuçlarının olması da kaçınılmazdır. Özellikle vergilerini zamanında beyan eden ve ödeyen

<sup>12</sup> 7256 sayılı kanun 3-(9)-b) 11/5/2018 tarihli ve 7143 sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanuna göre yapılandırılan ve bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla anılan Kanun kapsamında ödemeleri devam eden alacaklar açısından, borçlular talep etmeleri hâlinde bu Kanun hükümlerinden yararlanabilir.

<sup>13</sup> YÜCER, s.246.

mükellefler üzerinde olumsuz psikolojik etki yaratabileceği gibi vergilerini zamanında ödeyen mükellef ile ödemeyerek işletmesinde değerlendiren mükellefler yönünden de haksız rekabete yol açacak ve mükelleflerin daha sonraki vergisel davranış ve tercihlerini olumsuz yönde etkileyebilecektir<sup>14</sup>. Vergi aflarının gerekliliği, yararlı ve sakıncalı yanları ile ticari faaliyetlerdeki rekabet eşitliğini bozucu etkileri bu makalenin dışında tutulmuştur.

## B. Vergi Affı Kanunlarında Yer Verilen Vergi Borcunun Sona Erme Sebepleri

Vergi affı kanunlarında borçların sona erme sebeplerine yer vermek yerine sonucu esas alan şekilde “...*tahsilinden vazgeçilir*” demek suretiyle tüm sona erme sebepleri için torba ve çerçeve kavram olarak “*vazgeçme*” kavramı kullanılmaktadır<sup>15</sup>. Bununla beraber, düzenlemeler içinde birden fazla sona erme sebebine yer verildiği görülmektedir. Tek başına “*vazgeçme*” kavramı farklı sona erme sebeplerini karşılamaktan uzak kalmaktadır. Hiç şüphesiz kanun koyucunun belirli bir kavramı kullanması zorunluluğu bulunmamakla birlikte farklı durumlar için hukuken aynı kavramın kullanılması kanun yazma ve yapma tekniğine aykırılık oluştururken kanun maddesinin diğer maddelerle bağlantı kalitesini düşürerek amaçsal ve sistematik yoruma darbe vurur.

Vergi affı düzenlemelerinde yapılandırma kavramı ile ifade edilen ancak içeriği itibarıyla vazgeçmeden tamamen farklı olan ve nitelik itibarıyla “yenileme” niteliğinde bir müesseseye yer verildiği görülmekte-

<sup>14</sup> BALCI Mustafa, “Güncel Yargı Kararları Işığında Yapılandırmanın Hukuki Durumu ve İhlali Sonrasında Yaşanan Hukuki Tartışmalar”, <https://vergi.alki.net/guncel-yargi-kararlari-isiginda-yapilandirmanin-hukuki-durumu-ve-ihlali-sonrasinda-yasanan-hukuki-t> (Erişim Tarihi:03.03.2021).

<sup>15</sup> 7256 sayılı Kanun **MADDE 2 – (1) .....**

- a) ... dâhil olmak üzere asla bağlı olarak kesilen vergi cezaları ve bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının,
  - b) ... cezaların kalan %50’sinin ve bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının,
  - c) ... cezaya bağlı fer’ilerin tamamının,
  - ç) ... faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer’i amme alacaklarının tamamının,
  - d) ... faiz alacaklarının tamamının,
- tahsilinden vazgeçilir.**

dir. Vazgeçme ile yenileme hukuki nitelikleri ve şartları birbirinden farklılık arz etmektedir.

### 1. Borcun Sona Erdiren Bir Sebep Olarak Vazgeçme

Her alacaklı gibi Devlet de alacaklarından vazgeçebilir. Bu kapsamda Devletin kanuni düzenlemeler çerçevesinde vergi ve ceza alacaklarını karşılık beklemeksizin sonlandırması durumu “vazgeçme” demektir. Esasen mevzuatta *tahakkuktan ve ceza kesmeden vazgeçme* (VUK m. 115)<sup>16</sup> ile *tahsilden vazgeçme* (AATUHK m.106)<sup>17</sup> olmak üzere iki müessese bulunmaktadır. Vazgeçme ile borçlunun yerine getirmesi gereken edim ortadan kalkar. Vazgeçmede devlet tek taraflı olarak herhangi bir karşılık beklemeksizin borçluyu borcundan kurtararak alacağından vazgeçer. Vergi tarhına ilişkin idari işlem şartları oluşmasına karşın idare ya bu işlemleri yapmaz veya yapmışsa da geri alır.

Vergi affı kanunlarındaki vazgeçme, genel sona erme sebebi olarak yer verilen vazgeçmenin parasal tutar olarak genişletilerek uygulanmasından ibarettir. Nitekim, 7256 sayılı Kanun’un 4’ncü (1) maddesinde; *Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince takip edilmekte olan ve vadesi 31.12.2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce olduğu hâlde bu Kanunun yayımı tarihi itibarıyla ödenmemiş olan ve 6183 sayılı Kanun kapsamına giren her bir alacağın türü, dönemi, asılları ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle tutarı 100 Türk lirasını aşmayan asli alacakların ve tutarına bakılmaksızın bu asıllara bağlı fer’i alacakların, aslı ödenmiş fer’i alacaklardan tutarı 200 Türk lirasını aşmayanların tahsilinden vazgeçilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Oysa VUK ve AATUHK’deki vazgeçme sebebine bağlı tutarlar çok daha düşük tutarlardır. \*\*

<sup>16</sup> Vergi Usul Kanunu; *Tahakkuktan vazgeçme: Mükerrer Madde 115 – İkmalen, re’sen veya idarece tarh edilen vergi ve bunlara ilişkin cezaların toplam miktarı (2020 yılı için, 40 TL dahil) aşmaması ve tahakkukları için yapılacak giderlerin bu miktardan fazla olacağıın tespiti halinde, Maliye Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslar dahilinde tahakkuklarından vazgeçilebilir.*

<sup>17</sup> Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, *Tahsil imkansızlığı sebebiyle terkin: Madde 106 – Yapılacak takip sonunda tahsili imkânsız veya tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla bulunduğu anlaşılan ve 213 sayılı Kanun kapsamına giren amme alacaklarında (2020 yılı için, 10 TL dahil) ... amme idarelerinde terkin yetkisini haiz olanlar tarafından tahsil zamanaşımı süresi beklenilmeksizin terkin olunabilir.*

VUK ve AATUHK’daki vazgeçme ile afla gelen vazgeçmenin her ikisinde de borç sona erer. Borcun sona ermesi için borçlunun idareye başvurma zorunluluğunun bulunmaması her ikisinin ortak ve benzer yanını ifade eder. Ancak aralarında fark yok da değildir.

VUK ve AATUHK’daki vazgeçme belirli şartlara bağlanmış ve vazgeçme konusundaki takdir idareye bırakılmıştır. Oysa vergi affi kanunlarındaki vazgeçmede idareye takdir hakkı verilmemiştir, kendiliğinden sonuç doğurur.

VUK ve AATUHK’daki vazgeçmede alacaklar alacaklı daire bakımından bir bütün olarak uygulanırken, vergi affi düzenlemelerindeki vazgeçmede vazgeçilecek tutar her bir alacağın türü, dönemi, dairesi, asılları ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle uygulanabilmektedir.

Af düzenlemelerindeki vazgeçme ile özel hukukta yer alan ibra ile karşılaştırılmasında yarar vardır. Vazgeçme özellikle “*ivazsız ibra*”ya benzeyen yanları bulunur. İbra, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile alacaklının hakkından vazgeçerek borçluyu edim yükümlülüğünden kurtarmasıdır<sup>18</sup>. Vazgeçmede alacaklının tek taraflı iradesiyle alacağından vazgeçmesi yeterli iken ve bu kapsamda alacaklının başvurusuna gerek olmamasına rağmen, ibrada tarafların anlaşmasına gerek vardır. Bir başka ifadeyle ibra, tarafların karşılıklı anlaşmalarına dayanan bir sona erme sebebiyken vazgeçmede böyle bir anlaşmaya ihtiyaç yoktur. Bu bakımdan ibra, tek taraflı feragatten farklılık arz eder<sup>19</sup>. Özel hukuktan kaynaklanan borçlar bakımından tam ibra borcu kesin olarak ortadan kaldırırken, kısmi ibrada borcun ibra edilen kısmı sona erer<sup>20</sup>. Af düzenlemelerindeki vergi ve/veya cezaların sona ermesi borçlunun başvurusuna bağlanmasının söz konusu olması halinde özel hukuktaki ibra ile aynı sonuçları doğurur. Borçlunun başvurusunu gerektirmeyen kanunla kendiliğinden sonuç doğuran vergi ve/veya ceza borçları vazgeçme şeklindeki sona ermeye uygun düşer.

<sup>18</sup> REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 14.b., Beta Basım Yayıncılık, İstanbul-2000, s.325.

<sup>19</sup> OĞUZMAN Kemal, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C. I, 11.b., Vedat Kitapçılık, İstanbul-2013, s.554.

<sup>20</sup> EREN Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10.b., Beta Basım Yayıncılık, İstanbul-2008, s. 1225.

Vergiler (VUK m.115) ve kamu alacaklarıyla (AATUHK m. 105) ilgili ve tabii afetler sebebiyle terkin müessesesi de vazgeçmeye benzer. Ancak, terkinde gerekçeler sınırlı olarak belirtilmiş olmakla vazgeçmenin özel olarak bir gerekçeye bağlanması söz konusu değildir.

## 2. Borcu Sona Erdiren Bir Sebep Olarak Yenileme

Vergi affı kanunlarındaki yapılandırma kavramı ile vergi borcunun sona ermesi bakımından bir hukuki durum oluşturulmaktadır. Yapılandırma hakkının verilmiş olması tek başına borcu sona erdirme sebebi değildir. Bu anlamda yapılandırma borcun sona erdirme sebebinde farklı olarak borcun sona ermesini değil, aynı kök borcun sona ermeye giden yoldaki vade ve şartlar ortaya koyar.

Yapılandırma sürecinde ismen belirtilmese de örtülü sonuç olarak yapılacak yeni idari işlemle borçların yenilenmesi söz konusu olur. Bu nedenle yenilemenin yapılandırma süreci çerçevesinde fiilen uygulanmak suretiyle vergi hukukunda borcu sona erdiren bir sebep olarak tanınmış olduğu söylenebilir.

Bir borcun yenilenmesi çeşitli hukuki işlemleri kapsar. Bir hukuki ilişkinin doğması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması sonuçlarının bir veya birkaçını içerir<sup>21</sup>. Yapılandırma suretiyle yaratılan yeni borçla eski borcun sonlandırılması hali vergi hukukunda belirli ölçüde özel hukukta var olan “yenileme”ye isabet eder. Danıştay ve istinaf dairelerine hâkim olan görüşe göre yapılandırma yeni bir hukuki durum yarattığı ve nitelik değiştirerek yeni bir borç haline geldiği kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Aksi yöndeki görüş olarak “Yapılandırma kanununun gereklerinin

<sup>21</sup> YÜCER, s.238.

<sup>22</sup> Yapılandırma yeni bir hukuki durum yarattığı ve nitelik değiştirerek yeni bir borç haline geldiği yönündeki kararlar için bkz; BALCI, <https://vergialgi.net/guncel-yargi-kararlari-isiginda-yapilandirmanin-hukuki-durumu-ve-ihlali-sonrasinda-yasanan-hukuki-t> (Erişim Tarihi:03.03.2021).

- Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 04/06/2020 tarih ve E:2016/17479, K:2019/1839 sayılı kararı,

- Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 19/12/2019 tarih ve E:2016/1433, K:2019/7297 sayılı kararı,

- Danıştay Dördüncü Dairesi'nin 24/02/2020 tarih ve E:2016/12176, K:2020/903 sayılı kararı,

yerine getirilmediğinden yapılandırmanın iptal edildiği durumlarda yapılandırmanın yeni bir hukuki durum olduğunu ve yapılandırılan borçtan bağımsız yeni bir borç doğurduğunu söylemenin hukuken mümkün olmadığı” ileri sürmüştür<sup>23</sup>.

Vergi aflarıyla yeni bir hukuki durum ortaya çıkması ve borcun nitelik değiştirmesine bağlı olarak bunun hukuksal sonuçlarının ve borcu

- 
- Danıştay Dördüncü Dairesi'nin 19/12/2019 tarih ve E:2019/2906, K:2019/9375 sayılı kararı,
  - Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 11/06/2020 tarih ve E:2017/3908, K:2020/2099 sayılı kararı,
  - Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 30/10/2019 tarih ve E:2017/997, K:2019/5245 sayılı kararı,
  - Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 02/03/2020 tarih ve E:2019/4676, K:2020/1148 sayılı kararı,
  - Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 23/12/2019 tarih ve E:2016/17794, K:2019/7375 sayılı kararı,
  - Adana Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi'nin 08/10/2020 tarih ve E:2020/272, K:2020/163 sayılı kararı,
  - İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi'nin 03/07/2020 tarih ve E:2020/239, K:2020/546 sayılı kararı,
  - Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesi'nin 07//10/2020 tarih ve E:2020/244, K:2020/341 sayılı kararı,
  - Adana Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi'nin 08/10/2020 tarih ve E:2020/272, K:2020/163 sayılı kararı,
  - Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi'nin 24/09/2020 tarih ve E:2020/958, K:2020/894 sayılı kararı,
  - İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6. Vergi Dava Dairesi'nin 18/06/2020 tarih ve E:2020/588, K:2020/859 sayılı kararı,
  - İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6. Vergi Dava Dairesi'nin 18/06/2020 tarih ve E:2020/588, K:2020/859 sayılı kararı,
  - İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi'nin 03/07/2020 tarih ve E:2020/239, K:2020/546 sayılı kararı,
  - Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. Vergi Dava Dairesi'nin 02/07/2020 tarih ve E:2020/805, K:2020/405 sayılı kararı,
  - Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2.Vergi Dava Dairesi'nin 30/9/2020 tarih ve E:2020/145 sayılı kararı,
  - Samsun Bölge İdare Mahkemesi 30/9/2020 tarih ve E:2020/143, K:2020/335 sayılı kararı.

<sup>23</sup> BALCI Mustafa, <https://vergialgi.net/guncel-yargi-kararlari-isiginda-yapilandirmanın-hukuki-durumu-ve-ihlali-sonrasında-yasanan-hukuki-t> (Erişim Tarihi :03.03.2021).

sonlandırma konumunun isimlendirilmesi gerekir. Vergi aflarının yeni borç ile eski borcun arasındaki farka isabet eden borçların sonlanma sebebi bize göre, tam anlamıyla özel hukuk anlamındaki yenileme olmasa da vergi hukuku anlamında vergi hukukunun kural ve ilkelerine göre “vergide yenileme” olarak kabulü gerekir. Bu sonuç vergi aflarının hukuki durum veya nitelik değiştirmesi sonucuyla uyumlu olup borçların sona erme sebebi olarak değerlendirilir. Aksi yöndeki görüşe öncelikle vergi aflarına ilişkin kanunların yapılandırma kanunları olarak kabul edilemeyeceği nedeniyle katılmak mümkün değildir. Vergi aflarıyla eski borcun yerine geçen ve eski borçtan bağımsız yeni bir borç vardır. Nitekim yeni borcun ödenmesi halinde eski borcun varlığı da ortadan kalkmaktadır. Bu yönüyle vergi aflarıyla ortaya çıkan durum yapılandırma olarak nitelendirilemez. Yeni borca ilişkin kanunun şartlarının yerine getirilmemesi, yeni borcun iptal yaptırımına bağlanması vergi affıyla eski borçtan bağımsız yeni bir borç doğmadığını söylemek mümkün değildir kanaatindeyiz.

Yenilemeye vergi borçları bakımından uygulama alanı yaratılmış olması pek tabiidir ki nitelendirmelerin de kamu hukukunun kendine ait özellik ve kuralları içinde ele alınmasını zorunlu kılar. Ancak bu durum yenilemenin özel hukuk bakımından geçerli olan bazı esaslarının kamu hukukunda dikkate alınmasına engel oluşturmaz. Bu kapsamda yenilemenin vergi borçları için ek bir sona erme sebebi olarak ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Zaten çalışma da yeni borca göre ifa yapıldığında eski borçla arasındaki fark borçların hangi nedenle sona erdiği açıklanmaya çalışılmaktadır.

Yapılandırma başvurusunun alacaklı daire tarafından idari işleme dökülerek yeni borcun ortaya çıkarılması gerekir. Aksi takdirde bireyselleşmiş bir hukuki sonuçtan bahsetmek mümkün olmaz. İşlemlerin hukuki sebebi yapılandırmaya ilişkin kanuni düzenlemedir. İdarenin gerçekte yaptığı bu işlemler sonrası hesaplanan borç miktarı konusundaki borcun bir kısmının daha önceden ödenmiş olduğu gibi daha çok önceki uygulamalardan kaynaklanan hukuka aykırılık iddialarını içeren uyuşmazlıklar, yargı denetimine götürülebilir.

Vergi affı düzenlemelerindeki yapılandırma ile yeni borcun ve dolayısıyla yeni idari işlemin nasıl oluşacağına ilişkin süre, taksit miktarı



ve fer’ilerin oranları belirlenir. Yaratılan yeni bir borç ilişkisinin eski borcun ortadan kaldırılmasını öngörmesi bir çeşit yenilemedir. Yapılandırma ile borcun yeni vadelere yayılması kavramıyla örtüştüğü söylenebilirse de vergi affı kanunlarıyla yapılan şey eski borcun vadesinin uzatılmasından ibaret değildir. Yapılandırma sonucu oluşan yeni borcun eski borcu kaldırması neticesini doğuran hukuki durum yapılandırma sonucu yeni bir borç hesaplanmasını özel hukuktaki yenilemenin vergi hukukundaki görünümü haline getirmiştir. Vergi affı düzenlemelerinde yeni borcun oluşumu ile eski borcun ortadan kalkacağı “....yerine...” ibaresi ile ortaya konmaktadır<sup>24</sup>.

Özel hukukta yenileme (tecdit) suretiyle borcun sona ermesi TBK m. 133/1’de “Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur” demek suretiyle düzenlenmiştir. Yenileme tarafların mevcut (eski) bir borcu geçerli ve yeni başka bir hukuksal işlemle ortadan kaldırmalarını konu alan ve bu niyet ve amaçla karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla yaptıkları anlaşmayla olur. Alacaklı yenileme sözleşmesiyle yeni borçla bağlantılı olarak borçluyu eski borçtan kurtarmayı üstlenir. Yeni borç eski borcun devamı veya kısımlara ayrılmış şekli değildir. Yeni borcun meydana gelmesiyle eski

<sup>24</sup> 7256 sayılı Kanun md. 4/1-a-b:

a) Vadesi geldiği hâlde ödenmemiş ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan gümrük vergilerinin ödenmemiş kısmının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer’i amme alacakları **yerine** 17/11/2020 tarihine kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece fer’i alacaktan ibaret olması hâlinde fer’i alacak **yerine** Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, Kanunda belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla gümrük vergilerine bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer’i amme alacakları ve aslı 17/11/2020 tarihinden önce ödenmiş olanlar dâhil olmak üzere asla bağlı olarak kesilen idari para cezalarının tamamının,

b) Vadesi geldiği hâlde ödenmemiş ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş vergi cezaları ile iştirak nedeniyle kesilmiş vergi cezalarının %50’si ve bu tutara gecikme zammı **yerine**, bu Kanunun yayımı tarihine kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece gecikme zammından ibaret olması hâlinde gecikme zammı **yerine** Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu Kanunda belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50’sinin ve bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının, ... tahsilinden vazgeçilir.

borç sona erer ve yeni borç eski borçtan bağımsız niteliğe bürünür<sup>25</sup>. Yeni borç eski borçla bağlantılı olmasına karşın eski borçtan bağımsız yapıya sahip olur. Böylece yenileme mevcut bir borcun sona erdirilip ardından ayrı bir işlemle yeni bir borç kurulması ihtimalinden ayrılır<sup>26</sup>. Bir işlemin yenileme sayılmasında önemli olan yeni borcun eski borçla ilişkisini kesme yani yenileme iradesidir. Böylelikle eski borçla yeni borç arasındaki ilişki ortadan kalkar. Yenilemenin önemli sonuçlarından bir diğeri de, eski borcun sona ermesi ve yeni bir borcun doğması ile eski borca bağlı olan ferî hakların da aksi kararlaştırılmadığı takdirde sona ermesidir<sup>27</sup>.

Vergi affı düzenlemeleri çerçevesindeki yenilemede yeni borç eski borcu sona erdirirken, alacaklı idare yeni borç karşılığında yeni bir alacak hakkı kazanır. İdare yeni alacağı karşılığı eski borcu ibra etme borcu altına girer. Eski borcun sona ermesinin, aşağıda açıklanacağı üzere, koşula bağlanması mümkündür. Yenilenen borç için ödenmeme halinde eski borcun canlanacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde her bir vade esas alınarak başlayacak tahsil zamanaşımı süresi geçerli olur. Yenilenen borcun vadesinde ödenmemesine ilişkin eski borcun canlanması ve zamanaşımına ilişkin uygulamanın nasıl yapılacağı ve sonuçları ileride açıklanmıştır.

Özel hukuktaki yenilemenin şartlarından ilki mevcut bir borcun varlığı, ikincisi mevcut borcu ortadan kaldıran, onun yerine geçen bağımsız ve yeni bir borç ilişkisinin kurulması, üçüncüsü ise yeni borç ile eski borç arasında illiyetin varlığıdır. Aynı şartlar vergi affı düzenlemeleriyle vergi/vergi cezası borçları için de sağlanmaktadır. Şöyle ki; vergi affı düzenlemeleri çerçevesindeki yenilemedeki şartlardan ilki affın konusunu oluşturan mevcut bir vergi borcunun bulunması, ikincisi mevcut borcu ortadan kaldırarak yapılacak idari işlemle onun yerine geçen bağımsız ve yeni bir borç ilişkisinin kurulması, üçüncüsü ise yeni idari işlemle eski idari işlem arasında illiyetin bulunmasıdır. Vergi affı kanunuyla gerçekteşen idari işlemle oluşturulan borç eski borcun hukuki

<sup>25</sup> EREN, s.1218; RESİOğLU, s 326.

<sup>26</sup> ÖNAY Işık, Yenileme, Onikilevha Yayıncılık, 2016, İstanbul, s.54.

<sup>27</sup> YÜCER, s. 257.

etkisini ortadan kaldırmaktadır. Eski borcun ortadan kalkmasının ise yeni borcun gereği gibi ifası şartına bağlı tutulduğu görülmektedir. Gereği gibi ifa etmeme halinde eski borcun canlanması konusuna ileride değinilecektir. Şu kadarını belirtelim ki eski borcun canlanmadığı veya yeni borcun şarta bağlanmadığı vergide yenileme borçlar hukukundaki yenilemeye çok yaklaşmış olur.

### III. VERGİDE YENİLEMENİN BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Borç üzerinde etkili olan yenilemeye benzeyen çeşitli müesseseler vardır. Yenilemeyle benzer müesseselerin karşılaştırmanın yapılması konunun anlaşılması bakımından yararlı olacaktır.

#### A. Yenilemenin Vazgeçmeden Farkı

Yenilemeyi vazgeçmeden ayıran önemli farklılıklardan biri yenilemeden yararlanmak için başvuru zorunluluğunun olmasıdır. Vazgeçmede borçlunun başvurusunu aramaya gerek olmaksızın borç kanun hükmü olarak sona erer. Diğer farklılık, yenilemede eski borç ortadan kaldırılarak onun yerine geçen yeni bir borç oluşturulurken vazgeçmede tek borç olup o da vazgeçilmek suretiyle borç olma vasfını kaybeden ve ortadan kalkan borçtur.

#### B. Yenilemenin İbradan Farkı

İbra özel borç ilişkileri bakımından borçların sona erme sebeplerinden biri olarak mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu suretle borçluyu borçtan tamamen veya kısmen kurtarmaya yönelik borcun tarafları arasında yapılan bir sözleşmedir (TBK m.132). AATUHK m.105<sup>28</sup> kapsamında mükellefin başvurusuna bağlı oluşacak terkin hali özel hukuktaki ibraya yakındır.

<sup>28</sup> “Tabii afetler sebebiyle terkin:

Madde 105-Yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, zararlı hayvan ve haşarat istilası ve bunlara benzeyen afetler yüzünden zarara maruz kalan varlıklarının ve mahsullerinin en az üçte birini kaybedenler adına tahakkuk ettirilmiş ve afetlerin zarar verdiği gelir kaynakları ile ilgili amme alacakları Cumhurbaşkanlığı kararıyla kısmen veya tamamen terkin olunur.

Bu madde hükmünden faydalanmak için afetin vukuu tarihinden itibaren 6 ay içinde ilgili amme idaresine yazı ile müracaat edilmesi şarttır.

Vergi affı düzenlemelerinde idare ile vergi borçlusu arasında teknik anlamıyla bir sözleşmeden bahsetmek mümkün değilse de kanun tarafından verilmiş bir hakkın kullanılması için borçlu tarafından idareye başvuru yapılması şeklinde bir durum söz konusudur. Başvuru bir anlamıyla özel hukuktaki sözleşmenin unsurlarından olan “*kabul*”ün idare hukukundaki karşılığı olarak düşünülebilir. Böylelikle alacaklı konumundaki devlet borçluyu borcundan kurtarmaya razı olmakta borçlu da bunu kabul etmektedir. Dolayısıyla özel hukukta borçlunun kabul etmediği bir ibradan söz edilemeyeceği<sup>29</sup> gibi vergi affı kanunlarıyla verilen hakkı kullanmak istemeyen bir borçlunun borcunun ortadan kalkacağı da söylenemez.

Bununla birlikte yenilemenin ivazsız ibra vaadi niteliğinde olduğu söylenemez. Zira yenilemenin şartlarından biri sona erdirilen borcun yerine yeni borç kurulmasıdır. Halbuki ivazsız ibra vaadinde sadece alacaklı borçluyu ibra etme borcu altına girer<sup>30</sup>. Yenilemenin bünyesinde alacaklının yenileme sözleşmesi uyarınca kazandığı alacak hakkı karşılığında eski borcu sona erdirmesi yükümlülüğü bulunur. Bu yönüyle yenileme sözleşmesi “*ivazlı ibra*”ya benzer. Fakat yenilemede ivazlı ibradan farklı olarak karşı edimin yenileme sözleşmesinden sonra yerine getirilmesi ve borçların yenileme hukuki sebebiyle birbirine bağlı olması söz konusudur<sup>31</sup>.

Vergi affı kanunlarıyla oluşan yenilemede ibradan farklı olarak eski borcu ortadan kaldırma iradesiyle yükümlülük doğuran yeni bir borç oluşturulur. Yeni borç eski borçtan bağımsız şekilde ifa edilir. Bu nedenlerle vergi borçları için yapılandırma sonucundaki idari işlemin yenileme sonucu ortaya çıkan yeni borcun unsurlarını taşıdığı söylenebilir.

### C. Yenilemenin Yapılandırmadan Farkı

Yapılandırma nitelik olarak bir borç sona erme sebebi kabul edilemez. Yapılandırma ile borçluya borcu daha geniş bir zaman diliminde

<sup>29</sup> KILIÇOğLU Ahmet M., Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 22. b., Turhan Kitabevi, Ankara-2018, s.1069.

<sup>30</sup> ÖNAY, s.252.

<sup>31</sup> ÖNAY, s.251.

ödeme imkânı verilir. Yapılandırmadan amaç; tahsil edilmeyen amme borçlarının tahsilini sağlamak olup, yapılandırma kanunları verginin tahsili boyutuna ilişkindir. Borçlunun ödeme güçlüğü içine düşmesi sebebiyle mevcut borçların mevcut haliyle yeni bir ödeme planı kapsamındaki yapılandırmaya gidilmesi yenileme sayılmaz. Çünkü mevcut borç varlığını sürdürmektedir. Yapılandırmada kök borç ortadan kalkmadığı gibi farklı vadelerle varlığını korur. Oysa, yenilemede eski borç bütünüyle ortadan kaldırılmakta ve eski borçtan bağımsız yeni bir borç ilişkisi yaratılmaktadır. Genel anlamıyla yapılandırma tek borç üzerinden tek yönlü çalışırken yenileme yeni borç ve eski borç için olmak üzere iki yönden sonuç doğurmaktadır.

Amme alacakları için mevcut bir borcun yapılandırması AATUHK m.48’de **tecil** müessesesi ile ifadesini bulmaktadır. Tecil suretiyle yapılandırmada ödeme güçlüğü içine düşen bir borçlunun borcu tecil zammı oranı üzerinden belirli vadelere bağlanır. Yapılandırılan borç bütünüyle varlığını sürdürmekte olup, borç tecil öncesi ve sonrasında aynı borçtur. Tecilde sebeplerinin değerlendirilmesi ve taksitlerin belirlenmesine ilişkin takdir hakkı idareye verilmiştir. Tecil edilen borcun ödenmemesi/ödenmemesi halinde eski şartlara dönüş söz konusu olmaksızın borcun tecilli haliyle cebri yolla tahsili cihetine gidilir. Bu nedenle borcun varlığını koruyarak vadesinin ertelenmesi ya da borcun taksitlere bağlanması bir yenileme sayılmaz.

Vergi affı düzenlemelerindeki yapılandırmanın hukuki sonucu olarak yapılan idari işlemle ise yeni bir borç oluşturulmakta ve bu borcun eski borç ile bağı kesilmektedir. Yapılandırmalarda borçlunun başvurusu gerekli olmakla beraber yapılandırmadan yararlanıp yararlanılmayacağı hususunda idareye bir takdir hakkı verilmemiştir. İdare kendisine yapılan başvuruları sadece yapılandırma kapsamına girip girmediği ve başvuru şartlarının bulunup bulunmadığı yönünde sınırlı bir değerlendirme yapma yetkisine sahiptir. \*\*\*\*

Bu nedenle vergi affı kanunlarındaki yapılandırmada eski borçtan bağımsız bir borç ortaya çıkması yapılandırmayı hukuki niteliği itibarıyla yenilemeye taşır. Yeni borcun eski borcu ortadan kaldırmasıyla eski borç ile yeni borç arasındaki bağ kopartılmaktadır. Böylelikle yeni borç

eskisinden bağımsız olarak vade ve fer'ileriyle birlikte ortadan kalkan eski borcun yerine geçer.

Af düzenlemeleriyle birlikte yenilenen borç bir defada ödenebileceği gibi kanundaki gecikme faizlerine uygun olarak taksitli bir Şekilde de ödenmesi mümkündür. Ödemenin taksitler halinde değerlendirilmesinin bir kendi içinde yapılandırma sayılmayacağı sadece yeni borca tanınan bir ödeme kolaylığı olduğu kanaatindeyiz.

Vergi affı kanunlarındaki yapılandırmalara bakıldığında tecilden farklı olarak alacaklının mevcut borç ve fer'ilerini ortadan kaldırma taahhüdüne bağlı olarak yeni vade ve fer'ileriyle yeni bir borç oluşturulmaktadır. Vergi affı kanunlarındaki yapılandırmayla yeni borcun oluşturulmasıyla ortadan kalkan eski borçlar için "*vazgeçilir*" denmektedir. Ortaya çıkan yeni borcun her bakımdan bağımsız bir borç kimliğinde olması eski borcun yapılandırılma olarak nitelendirilmesine engel olur. İdare, yeni borcun gereği gibi ifası halinde eski borcu sona erdirme yükümlülüğü altına girmektedir.

#### **D. Yenilemenin DeđerliŐtirmeden Farkı**

Yenilemeye en çok benzeyen müesseselerden biri borcun deđerliŐtirilmesidir. Borcun deđerliŐtirilmesinde mevcut bir borç sona erdirilmeden içeriği deđerliŐir<sup>32</sup>. DeđerliŐtirmede eski borcun ayniyeti ve devamlılığı söz konusuyken yenilemede bir kesinti meydana gelir<sup>33</sup>. Amaç mevcut borcu sona erdirmeye yönelik ise o işlem yenileme olarak nitelendirilir. DeđerliŐtirmenin amacı ve konusunun yenilemeye benzemesi aralarındaki ayrımanın zorluğunu beraberinde getirir. Yenileme mevcut borcun miktar ve vadelerinin uzatılması veya ertelenmesi olmadığından "*deđerliŐtirme*" olarak nitelendirilemez. Bu nedenle yenilemeyi, mevcut borçta bir deđerliŐiklik yapılması ile karıştırmamak gerekir. Yenileme ile birlikte kural olarak eski alacağa bağlı haklar da sona erdirilmektedir. DeđerliŐtirme sözleşmelerinin konusu borç ilişkisinin bir unsurunun ortadan kaldırılması veya yeni bir unsur konulmasıdır. Örneğin alacağın devri (temliki) bir deđerliŐtirme sözleşmesidir. Bu sözleşme neticesinde borç ilişkisindeki alacaklı

<sup>32</sup> NAY, s.206.

<sup>33</sup> NAY, s.208.

taraf değişir. Bununla beraber yeni oluşan borcun eski borcu sona erdirmeye iradesi söz konusuysa yenilemeden söz edilir.

#### IV. YENİLEME İLE İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR

##### A. Yapılandırılmayla Oluşan Yenilemede Menfaat Dengesi

Yenileme kanunla verilen bir hakkın borçlu tarafından kullanılmasıyla meydana gelen iki taraflı ilişki temeline dayanır. Yenilemenin meydana gelmesi, borçlunun menfaatinin yansıması olan rızasının bulunmasına bağlıdır.

Yenilemenin devlet açısından olduğu kadar borçlu mükellefler bakımından da sonuçları olur. Bu yeni ilişkide kanun koyucu tarafından takdir edilmiş bir menfaat dengesinin gözetildiği kabul edilmelidir. Kanun koyucunun borcun yenilenmesi düşüncesinin özünde devletin yeni oluşan borçla kazançlı çıkacağı fikri yatar. Borçlunun borcun ödenmesinde güçlük içinde olması ve borçlunun ödemeye zorlanması halinde üretim faaliyetlerinin sonlandırılması riski arzulan bir sonuç değildir. Yenilemeyle oluşan borç bir ölçüde eski borçla gerçekleştirilmek istenen amaca da hizmet eder. Devletin vergi borcunun ödenebilmesi sağlamak amacıyla eski borcun ortadan kaldırılması suretiyle borçluya yeni şartları içeren bir borç yapısıyla ödeme planı sunarak belli bir zaman diliminde ödeme imkânı sunması anlamına gelen yenileme menfaatler dengesinin korunması bakımından geçerli bir yol olarak görülmektedir. Hafifletilmiş ifa rejimiyle önünü daha net görebilen borçlunun menfaatine uygun bir durum ortaya çıkar. Borçlu kendi menfaatine hizmet ediyorsa “yenileme hakkını” kullanır, yoksa kullanmaz. Bu nedenle vergi aflarının mantığında beklenen yararın elde edilmesi için daima borçlunun menfaatinin gözetilmesi esastır. Devlet, yenilemeyle tahsil edilebilecek miktara karşılık mevcut alacağını elde etmekten vazgeçmektedir.

##### B. Yenilemede Borçlunun Başvurusunun Hukuki Niteliği

Özel hukukta borcun yenilenmesi, alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir. Buna “yenileme sözleşmesi” denir<sup>34</sup>. Nasıl özel hukukta yenilemede taraflar arasında bir anlaşmanın varlığı aranıyorsa vergi borçları için de aynı sonucun doğması borçlunun yapı-

<sup>34</sup> YÜCER, s.235.

lacak idari işlemlerle somutlaŐacak Şartları kabul ettiğini içeren bir başvuru yapılması Şartı aranmaktadır. İdare borunun başvurusu üzerine işlemler yapmak zorundadır. Bu nedenle borunun baŐvurusuyla bir anlamda yenileme kendiliğinden meydana gelir. Yenileme, tarafların anlaşarak eski bir borcu sona erdirirken, yeni bir borcu kurmaya yönelik bir işleme dayanmaktadır. Bu işlemin tarafların yenileme iradesini içermesi önemlidir. Nitekim, borcu sona erdiren nedenlerden birisi olan yenilemenin geçerli olabilmesi, tarafların yenileme iradesine sahip olmalarına bağlı olup iradenin varlığı yenilemenin unsurlarından birisidir<sup>35</sup>. Bu unsurun vergi affı kanunlarıyla oluŐturulup oluŐturulmadıđı izerinde Şu değerlendirme yapılabilir. Şüphe-siz vergi affı kanundaki düzenlemeler sözleşme olarak kabul edilemez. Ancak kanun koyucunun afla açıkça belirtilmese de borunun yeni durumda oluşan borcu gereği gibi borcu ödediğinde eski borç veya borçlarından kurtulacağı iradesine sahip olduğu görülür. Bu durum en azından örtülü bir irade beyanını da içerir. Vergi affı düzenlemelerinden yararlanan borçlu yeni bir borç ilişkisini meydana getirirken eskisini ortadan kaldırmak ve bu borçlardan kurtulmak iradesine sahip olarak başvurusunu yapmaktadır. Vergi affı düzenlemelerinin içeriği ve amacının yeni bir borç kurulurken eskisini ortadan kaldırmak olduğu ve borunun bu amaçla hareket ettiğinin işlemin içeriğinden ve özelliklerinden çıkarılması mümkün olduğu söylenebilir. Bu kapsamdaki ilişki taraflar arasında süregelen önceki borç ve hukuki ilişkileri yok ederek yerine yeni ve bağımsız ilişkiler kurar. Yeni borç ilişkisinin eskisinden kopartılmıŐ ve bağımsız hali yenileme iradesi sayesinde mümkün olmaktadır. Bu durumda “vergide yenileme” başlı başına borcu sona erdirmede bir hukuki sebep olarak karşımıza çıkar.

Borunun vergi afları kapsamında alacaklı idareye başvuru tarihinin önemli bir yanı yeni borcun doğduğu tarih olarak kabul edilip edilemeyeceğinde kendisini gösterir. Bu tarihin belirlenmesi özellikle zamanaşımı sürelerinin hesaplanması bakımından önem arz eder. Kanaatimizce borcun doğduğu an yeni borçlanmanın hukuk dünyasında var olduğu anlamına gelen idari işlemin yapıldığı andır.

---

<sup>35</sup> YÜCER, s.242.



Yapılandırmaya ilişkin kanun hükmünün yürürlüğe girmesi kendiliğinden sonuç doğurmaz. Sonucun doğması borçlunun eski borcu yapılandırmayla oluşacak yeni borçla değiştirme iradesini açıklamasına bağlıdır. Şüphesiz başvuru sonucunda yapılacak idari işlemin yapılmasının istenmesi borçlunun yükümlülük altına girme iradesini ifade eder. Yenileme hakkının yazılı başvuruya bağlanması önemli olup bizzat borçlunun açık iradesini yansıtmaması bakımından önem arz eder. Borçlunun başvuru sırasındaki mali durumunun ne olduğunun önemi yoktur. Borçlu kanunla verilen bir hakkı kullanmaktadır. Ancak kanun koyucunun başvuru için açılmış davalardan feragat edilmesini, kanun yollarından vazgeçilmesi, belirli güvencelerin sağlanması ya da bilanço değerlerinin belirli rasyoları sağlanması gibi şartlar getirmesine engel yoktur.

Vergi aflarında yapılandırmanın ve dolayısıyla idari işlemin kapsam ve şartlarının ne olacağı hiç şüphesiz kanun koyucunun takdirindedir. Bu cümleden olmak üzere kanun koyucu vergi aslının bir kısmı, işlemiş faizler ve vergi cezaları (vergi ziyai ve usulsüzlük cezaları) için ayrı düzenlemeler yapabilir. Borçlu kanunda çerçevesi çizilmiş idari işlemin koşulları içinde hukuki sonuç doğuracak bir başvuru yapmayı ister kabul eder isterse kabul etmez. Ederse kendisine yeni borca ilişkin idari işlem yapılır. Borçlu kanundaki şartları değiştirerek bir başvuru yapmak imkanına sahip değildir.

Daha önce de izah edildiği üzere idareye başvuru, özel hukuktaki sözleşmelerin kurucu unsuru olan kabul beyanı ile örtüşen nitelik arz eder. Bu durumda yenileme borçlunun özel hukuktaki görünümüyle kabul niteliği arz eden başvurusu üzerine meydana gelen bir sonuçtur. Ancak yenilenen borcun alacaklı idare bakımından hukuk alemindeki sonuçlarının doğması borçluyu muhatap alan bireysel idari işlemin yapılmasıyla gerçekleşir. Şüphesiz bu işlemleri gerçekleştirecek olan alacaklı vergi idaresidir.

İdare de kanundaki kapsam ve şartları değiştiremez. Başvuruyu kabul edip etmeme konusunda idarenin takdir hakkı yoktur. İdarenin takdiri sadece başvuranın şartları sağlayıp sağlamadığının tespiti ile sınırlı olup bu tespiti bağlı olarak idare duruma göre yenilemeye ait idari işlem ve düzenlemeleri gerçekleştirir ya da gerçekleştirmez.

### C. Yenilemenin (Yeni Borcun) Şart/Şartlar İçermesi

Yapılandırma sonucunda oluşacak yeni borę dolayısıyla idari işlem Şarta bağlanabilir mi? Bu soruya verilecek cevap, bazı idari işlemlerin bozucu (infisahi) Şarta bağlanmalarının m¼mk¼n olduğu Şeklindeki ilkeden hareketle verilebilir<sup>36</sup>. Bozucu Şartın geręekleŐmesi durumunda yeni idari işlem kendiliğinden ortadan kalkar<sup>37</sup>. Buradaki Şart yeni borcun kendisi dışındaki olgulara bağlanmasını ifade eden koşul kavramından farklıdır<sup>38</sup>. Bir başka ifadeyle TBK'da (m.170-176) yer verilen anlamda bir koşul değildir. ¼nk¼, yeni borę ilişkisini ifade eden idari işlemin ortadan kalkıp kalkmamasının kendisi dışında geręekleŐip geręekleŐmeyeceđi belli olmayan bir olguya bağlanması s¼z konusu değildir.

İdari işlem Şeklinde ortaya çıkan yeni borę ilişkisinin ödeme biçimi, ödeme s¼releri, uygulanacak faiz oranı, eski borcun d¼nemi, niteliği, kaynağı ile yan ve yedek edim y¼k¼ml¼l¼kleri idari işlemin Şartlarını oluşturur. Kısaca Şart, idari işleme bağlı olarak oluşan yeni borcun ifa h¼k¼mlerinden biridir. Vergi aflarıyla oluşturulan yeni işlemin ifa Şartının geręekleŐmemesi halinde geri alınmasına veya ilga edilmesine gerek yoktur.

Yenilemenin koŐula bağlanıp bağlanmayacağı kanun koyucunun takdirindedir. Yenileme hakkının kullanımında eski borcun Şarta bağlanmış olup olmamasının bir ¼nemi yoktur. Bununla beraber vergi affı d¼zenlemelerinde, idari işlem haline d¼nuŐen yeni borcun gereği gibi ifa

<sup>36</sup> 5256 Sayılı Kanun m. 3-(6): *Bu Kanuna g¼re ¼denmesi gereken taksitlerin ilk ikisinin s¼resinde ve tam ¼denmesi koşuluyla, kalan taksitlerden; bir takvim yılında iki veya daha az taksitin, s¼resinde ¼denmemesi veya eksik ¼denmesi h¼linde, ¼denmeyen veya eksik ¼denen taksit tutarlarının son taksiti (peşin ¼deme seğeneğinin tercih edilmesi h¼linde ilk taksiti) izleyen ayın sonuna kadar, gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanununun 51 inci maddesine g¼re belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ¼deme zammı ile birlikte ¼denmesi Şartıyla bu Kanun h¼k¼mlerinden yararlanır. İlk iki taksitin s¼resinde tam ¼denmemesi ya da s¼resinde ¼denmeyen veya eksik ¼denen diğer taksitlerin belirtilen Şekilde de ¼denmemesi veya bir takvim yılında ikiden fazla taksitin s¼resinde ¼denmemesi veya eksik ¼denmesi h¼linde bu Kanun h¼k¼mlerinden yararlanma hakkı kaybedilir.*

<sup>37</sup> G¼ZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I, 3. b., Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa-2019, ss.1251-1252.

<sup>38</sup> Borçlar hukuku anlamında yeni borcun hukuki koŐula bağlı olarak kurulması m¼mk¼nd¼r. bkz. ¼NAY, s.87, 106.

edilmesinin, eski borcun ortadan kalkma şartı olarak belirlendiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle eski borcun ortadan kalkması yeni borcun gereği gibi ifasına bağlı olarak ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Yeni borç gereği gibi ifa edilmediğinde yani idari işlemin şartlarına uyulmaması hâlinde, borçlular eski borcun ifasından kurtulma şeklinde kendilerine sağlanan imkânlardan yoksun bırakılmaktadır.

Vergi affı düzenlemelerinde yeni idari işlemin hükümleriyle ifadesini bulan şart veya şartların ihlali yeni borç ilişkisini geçersiz hale getirir ve eski borç ilişkisini canlandırır. Yeni borç hiç kurulmamış gibi eski borcun işlemlerine devam edilir<sup>39</sup>.

#### D. Fer’ilerin ve Cezaların Durumu

Kural olarak eski borçla birlikte gecikme faizi veya gecikme zammı şeklindeki fer’iler de ortadan kalkar ve borca ilişkin rehin ve teminatlar da sona erer. Bu hususların aksinin belirlenmesi veya farklı şekilde düzenlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Nitekim vergi affı düzenlemelerinde yenileme ile eski borç, bağlı cezalar (vergi ziyayı) ile fer’ilerinin kalkacağı “*vazgeçilir*” ifadesiyle açıkça hüküm altına alınmaktadır. Yeni borcun şartların ihlaliyle hükümsüz hale gelmesiyle bu defa eski borç, bağlı cezalar ve fer’ileriyle birlikte canlanır.

Asli borç niteliğinde olan vergi aslına bağlı olmayan vergi cezalarının (usulsüzlükler) af düzenlemeleriyle vergi ve vergiye bağlı ceza ile fer’ilerinden bağımsız olarak yenilemeye tutulmaları mümkündür.

#### E. Yenilemenin Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi

Vergi borçlusu gerçek veya tüzel kişi **kanuni temsilci** tarafından temsil edilebilir. Bu durumda yenileme başvurusunun da kanuni temsilci tarafından yapılacağı açıktır. Yenileme öncesi ve sonrası dönemde kanuni temsilciler aynı kişiler olabileceği gibi farklı kişiler de olabilir. Özellikle kanuni temsilcilerin mükellefin (asıl borçlu) borcundan sorum-

<sup>39</sup> 7256 Sayılı Kanun m.3. 8).....Kanun kapsamında yapılandırıldığı hâlde bu Kanunda öngörülen süre ve şekilde ödenmeyen alacakların yapılandırma öncesi türü ve vadesi dikkate alınarak takip işlemleri ilgili mevzuat kapsamında yapılır ve bu Kanunun yayımı tarihinden önce başlamış olan takip işlemleri geçerliliğini koruyarak kaldığı yerden **devam eder**.

luluğunun ikinci (fer'i) derecede olması ve yenileme öncesi ve sonrası farklı kişilerden meydana gelmesi halinde kanuni temsilcilerin sorumluluklarının ayrıca değerlendirmesi gerekir.

Kanuni temsilcinin sorumluluğu bağlamında gerçek kişi mükelleflerde vergiler için ilk aşamada mükellefe başvurulur, alınamazsa kanuni temsilci sorumlu olur (VUK m.10). Cezaların muhatabı ise doğrudan kanuni temsilcilerdir (VUK m.332). Tüzel kişi mükelleflerde ise vergi ve cezalar ilk aşamada ve doğrudan tüzel kişilere kesilir (VUK m.10 ve 333). Kanuni temsilcilerin ödevlerini yerine getirmemeleri yüzünden mükellef veya sorumluların varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklardan kanuni temsilciler sorumlu tutulmuştur (VUK m.10/2). Yani kanuni temsilcilere ikinci aşamada başvurulur.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde gerçek kişilerin yenileme sırasında fiil ehliyetini kazanmış olmalarının söz konusu olması halinde borç doğrudan mükellef tarafından yenilenir. Bu durumda yeni borcu ödeme yükümlülüğu de yenilemeden yararlanan mükellefe düşer.

Diğer taraftan yenilenen borç içinde mükellefin eski kanuni temsilcinin temsilcilik dönemi kapsamında sorumlu olduğu borçlar varsa yenileme sonrasında asıl borçlu olan mükellef adına ve hesabına yeni kanuni temsilci tarafından yerine getirilmelidir. Asıl borçlunun yeni borcun şartlarını ihlal etmesi durumunda askıda olan eski borç canlanır. Bu durumda cevaplanması gereken soru eski borcun canlanmasının eski borç dönemindeki kanuni temsilcilerin sorumluluğunu da canlandırıp canlandırmayacağıdır?

Yenilemeden yeni kanuni temsilcisi aracılığıyla yararlanan kişinin yeni borcu ifa etmemesi durumunda eski kanuni temsilcinin sorumlu tutulmaya devam edilmesi hakkaniyete uygun değildir. Çünkü eski kanuni temsilcinin yeni borçla ilgili yerine getirmediği bir ödevin varlığından bahsedilemez. VUK m.10'da kanuni temsilcinin sorumluluğu ödevlerin yerine getirilmemesine bağlandığından eski borcun canlanması durumunda eski kanuni temsilcinin sorumluluğunun canlanması da söz konusu olmaz. Bu sonuca öncelikle eski borç ile onun yerine geçen yeni borcun birbirinden bağımsız olması ve aralarında yenileme iradesinin

varlığı ile ulaşılır. Nitekim, Danıştay 9. Dairesi verdiği 21.12.2009 tarih ve E. 2008/1621, K:2009/5105 sayılı kararında<sup>40</sup> “*Davacının, kanuni temsilcilikten ayrıldığı tarihten sonra yapılan inceleme sonucu, kanuni temsilci olduğu dönemlere ilişkin olarak tarh edilen ve yeni kanuni temsilci tarafından 4811 sayılı yasadan yararlanılması ve ödenmemesi suretiyle kesinleşen ve borçlu şirketten tahsil edilemeyen vergi ve cezaların ödenmesinden, eski kanuni temsilcinin sorumlu tutulamayacağı*” yönünde karar vermiştir. Kararda eski kanuni temsilci dönemine ilişkin sorumluktan yeni kanuni temsilcinin kendi fiiline bağlı bir sorumluk oluşacağı belirtilmiştir. Anılan yargı kararıyla yenilemenin vergi hukuku bakımından borçtan sorumluluğu ortadan kaldıran ve borcu sorumluluk anlamıyla sona erdiren bir sebep oluşturduğu söylenebilir.

<sup>40</sup> (Kararın bir kısmı buraya alınmıştır) Uyuşmazlıkta, davacının, kanuni temsilcisi olduğu ... A. Ş.'nin ödenmeyen vergi borçlarının tahsili amacıyla adına, 213 sayılı Kanununun 10. maddesi uyarınca düzenlenen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir. ... Anılan Kanunda, tüzel kişilerin vergilendirme ödevlerinin tüzel kişiliği temsile yetkili olanlar tarafından yerine getirilmesini zorunlu kılmıştır. Temsilcilerin, temsil ettikleri tüzel kişilerin vergilendirme ödevlerini yerine getirmemeleri nedeniyle bir vergi ve vergiye bağlı borç doğmuşsa, bu borç öncelikle tüzel kişiliğin malvarlığından tahsil edilir. Ancak temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için temsilcinin üzerine düşen vergilendirme ödevlerini yerine getirmemesinden kaynaklanması gerekmektedir.

Olayda, davacının kanuni temsilci olduğu 1997/Ocak-Şubat dönemlerine ait olan ancak, 17.08.1998 tarihinde davacının kanuni temsilcilikten ayrılması ve yeni kanuni temsilcilerin aynı tarihte Ticaret Sicili Gazetesinde tescil edilmesinden sonra, 2002 yılında yapılan vergi incelemesi sonucu tarh edilen ve dava konusu edildiği safhada yeni kanuni temsilciler tarafından 4811 sayılı Vergi Barışı Kanununun yararlanılıp ödenmeyerek kesinleşen kamu alacağından, söz konusu Kanundan yararlan, ancak bu Kanunun gereğini yerine getirmeyen, başka bir anlatımla, kendi fiilleri ile oluşan yeni hukuki durumun gereğini yerine getirmeyen yeni kanuni temsilcilerin sorumlu tutulması gerekmekte olup, söz konusu vergi borçlarından artık davacının sorumlu tutulması mümkün değildir.

Bu durumda, **davacının şirkete ait vergilendirme ödevlerini yerine getirmemesinden doğan bir vergi borcunun varlığından söz edilemeyeceğinden**, dava konusu ödeme emirlerinde ve yazılı gerekçeyle davayı reddeden vergi mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, İzmir 3. Vergi Mahkemesininin 27.12.2007 tarih ve E:2007/862, K:2007/1313 sayılı kararının bozulmasına, 21.12.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

Bunlarla birlikte eski borcun takibine devam edilseydi tahsil edilebilecek bir borcun yeni hukuki durum süresince bu gücünü kaybetmiş olacağı da ihtimalden uzak değildir.

#### F. Yenilemenin Zamanaşımı Üzerindeki Etkisi

Zamanaşımı bir hakkın kazanılması veya kaybedilmesinde kanunun kabul ettiği sürenin sona ermesi anlamına gelir. Kanunda öngörülen sürede gerekli işlemleri yapmayan alacaklı idarenin bu davranışının sonuçlarına katlanmasını da gerektirir.

VUK m.113 ve 374'teki zamanaşımı "*tarh etme ve ceza kesme*" bakımından idarenin işlem yapma yetkisini zaman bakımından ortadan kaldırması nedeniyle hak düşürücü süre etkisi yapar. Ancak, AATUHK m.102'deki "*tahsil zamanaşımı*" için aynı şeyler söylenemez. Tahsil zamanaşımına uğramış bir borç eksik borç niteliği arz eder. Zamanaşımına uğramış bir borç için ödeme emri düzenlenmesini yasaklayan bir hüküm yoktur. Nitekim AATUHK m.58 kapsamında ödeme emrine karşı açılacak davada borcun zamanaşımına uğramış olduğunu ileri sürülebileceğinin belirtilmesi ile AATUHK m.102/son'a göre zamanaşımına uğramış bir borcun ödenebileceği hükmü bu sonucu doğrulamaktadır.

Zamanaşımından sonra "*mükellefin rızaen yapacağı ödemelerin kabul olunacağı*" şeklindeki 102/son fıkra hükmü dikkate alındığında bir borç tahsil zamanaşımına uğramış olsa bile yenilemeden yararlanılabileceğinin kabulü gerekir. Yeter ki borcun kaynağında olan vergilendirme dönemleri af kapsamında kalsın. Borçlunun eski borca ait def'i niteliğinde savunmalara sahip olması yenilemenin geçerliliğini etkilemez<sup>41</sup>. Bu durum yeni borcun eski borçtan tamamen bağımsız bir borç olmasının sonucudur. Zamanaşımına uğramış olsa da bir defa ödeme yapıldığında bu ödeme geçerlidir. Yapılan ödeme zamanaşımına uğramış olduğu iddiasıyla geri istenemez. Ancak yenilenen borç ihlal edilir, eski borç canlanırsa bu defa eski borç için tekrar zamanaşımı süresinin işleme başlar.

Eski borç yenilenmişse eski borca ilişkin zamanaşımı AATUHK'nın 104. maddesindeki "*...hakkında takibat yapılmasına imkan yoksa bu hallerin devamı müddetince zamanaşımı işlemez.*" hükmü gereği

<sup>41</sup> ÖNAY, s.150.

durur. Vergi affı kanunlarında sürenin duracağına ilişkin özel hükümlere yer verilmesi bile AATUHK anılan madde uygulama alanı bulur<sup>42</sup>. Yenilemeyi maddedeki takibat yapılmasını engelleyen sebep olarak kabul etmek gerekir. Yenilenen borcun şartlarının ihlali halinde zamanaşımının işlemesine engel olan sebep ortadan kalkmış olduğundan zamanaşımı zamanaşımının işlemesine engel olan sebebin kalktığı günün bitmesinden itibaren tekrar başlar. Böylelikle canlanan eski borç için toplam zamanaşımı süresinin bulunmasında zamanaşımının durduğu ve yeniden işlemeye başladığı tarihlerin tespiti önem arz eder.

Burada zamanaşımının AATUHK'nın m.103/11'deki “amme alacağının özel kanunlara göre ödenmek üzere müracaatta bulunulması ve/veya ödeme planına bağlanması” hükmü kapsamında kesilerek yeniden başlayacağı ileri sürülebilirse de yenileme sonucunda borç eskisinden ayrılıp yeni bir borç haline geldiğinden aynı ve kök borca ilişkin anılan bentteki düzenlemenin uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

## V. SONUÇ

Son yıllarda sıklıkla başvuru ve kamuoyunda vergi afları adıyla anılan, kanunlardaki genel ifadesiyle “yeniden yapılandırma” uygulamaları VUK ve AATUHK kapsamında mükellef ve sorumlular üzerinde çeşitli hukuki sonuçlar meydana getirmektedir. Bu sonuçlardan en geneli vergi affı düzenlemelerinin karakteristik özelliğine bağlı olarak ilgililer üzerindeki borcun reel etkisinin azaltılmasıdır. Bir başka ifadeyle borçlunun elde ettiği menfaat eski borçla yeni borç arasındaki fer'iler dahil parasal tutarlar arasındaki reel fark kadar olur.

Vergi affına ilişkin kanunlarda borcun sonlanmasına ilişkin hukuki nitelikleri farklı sebeplere yer verilmekle birlikte bütün bu durumları kapsama almak üzere genel bir ifade olarak vazgeçme kavramı kullanılmış ve borcun her sona erme hali vazgeçme kavramı içinde eritmeye çalışılmıştır. Vazgeçme, devletin alacağının sınırı kanunla çizilmiş kısmından tek taraflı ve karşılıksız olarak feragat etmesidir. Oysa vergi affına ilişkin kanunlarda yapılandırma olarak belirtilen fakat ismi zikre-

<sup>42</sup> 7256 sayılı kanun; m.3/(14) Bu Kanun kapsamındaki alacaklara ilişkin ilgili mevzuatta yer alan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla taksit ödeme süresince zamanaşımı süreleri işlemez.

dilmese de hukuki niteliği itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'ndaki (m.133) yenileme sonucu doğuran bir sebebe yer verildiği söylenebilir. Böylelikle özel hukuktaki yenileme sebebi vergi hukukuna aktarılmıştır. Nitekim borçlar hukukunda eski borç-yeni borç iradesiyle gerçekleşen yenileme vergi tahsilatı için eski işlem-yeni işlem şeklinde gerçekleşmektedir. Bunun sonucunda eski vergi borcu sona ererken ondan bağımsız yeni bir borç doğmaktadır.

Vergi affı düzenlemeleriyle sınırlı olarak VUK ve AATUHK'daki genel sona erme sebeplerine özel bir sona erme sebebi olarak **vergide yenileme** eklenmiştir. Vergi borçlarının yenilenmesi alacaklı vergi idaresi ile borçlu mükellef arasında yapılan bir sözleşme değildir. Borçlunun hakkını kullanma kapsamındaki başvurusu kanuni şartların kabulü anlamına gelir. Alacaklı idarece bu kabule uygun idari işlem tesis edilir.

Yenileme bazı müesseselere benzese de aynı durumları ifade etmez. Yenilemenin en önemli sonuçlarından biri kanuni temsilcilerin yenileme öncesi ve sonrası farklı kişilerden meydana gelmesi halinde kanuni temsilci sorumluluğunun tayininde kendini göstermektedir. Yeni borcun gereği gibi ifa edilmemesi bozucu bir şart olarak yeni borç ilişkisini kendiliğinden ortadan kaldırmaktadır. Yeni borcun ihlali eski borcun canlanmasını gerektiren kanuni bir şart olarak düzenlenmiştir. Yenilemeyle oluşan borca yönelik eski kanuni temsilcinin üzerine düşen bir ödev bulunmaz. Bu nedenle eski kanuni temsilcinin yerine getirmesi gereken ödev ve ihlali söz konusu olamayacağından canlanan eski borçtan da eski kanuni temsilci sorumlu tutulamaz.



## KAYNAKLAR

- BALCI Mustafa, “Güncel Yargı Kararları Işığında Yapılandırmanın Hukuki Durumu ve İhlali Sonrasında Yaşanan Hukuki Tartışmalar” <https://vergialgi.net/guncel-yargi-kararlari-isiginda-yapilandirmanin-hukuki-durumu-ve-ihlali-sonrasinda-yasanan-hukuki-t> (Erişim Tarihi: 03.03.2021).
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10.b., Beta Basım Yayıncılık, İstanbul-2008.
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I, 3. b., Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa-2019.
- GÖZLER Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 2001, Cilt 18, s.298-330 ([www.anayasa.gen.tr/af.htm](http://www.anayasa.gen.tr/af.htm); 1.5.2004); Erişim 20.03.2021.
- KANGAL Zeynel T., Kabahatler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-2011.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 22. b., Turhan Kitabevi, Ankara-2018.
- REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 14.b., Beta Basım Yayıncılık, İstanbul-2000.
- OĞUZMAN Kemal, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C. I, 11.b., Vedat Kitapçılık, İstanbul-2013.
- ÖNAY Işık, Yenileme, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul- 2016.
- ŞENYÜZ Doğan, YÜCE Mehmet, GERÇEK Adnan; Vergi Hukuku, (Genel Hükümler) 12. b., Ekin Kitabevi, Bursa-2021, s.225.
- YÜCER İpek, “Yenileme (Tecdit)” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 233-259, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz9-1/iyucer.pdf>(03.04.2021)
- AYM, Esas No: 2019/100, Karar No: 2020/62, Karar Tarihi: 22.10.2020, Resmî Gazete Sayısı: 31356.





## ULUSLARARASI HUKUKTA BAĞLAYICILIK MESELESİ: MUTABAKAT MUHTIRASI

Arş. Gör. Muhammed Enes BAYRAK\*

### Öz

Uluslararası hukukta devletler, aralarında imzaladıkları bazı belgeleri birtakım sebeplerle kendileri için bağlayıcı kılmak istememekte, yalnızca taraflar arasındaki uzlaşının nişanesi olarak görmektedirler. Taraflar kendileri için bağlayıcılık doğurmasını istemedikleri bu belgeleri vücuda getirirken içerik ve usul olarak andlaşmalardan farklı bir yol izlemekte; ancak gerçekleştirilen ayırım kimi belgelerde net olarak anlaşılammakta, bu sebeple belgenin hukuki niteliğini tespit etmek için tarafların bağlayıcılık hususundaki niyetlerini ortaya çıkarmak gerekmektedir. Bu tür belgelerin uluslararası hukukun kaynaklarından olan andlaşmalar içerisinde sayılıp sayılmayacağı, andlaşmaların ihlalleri durumunda tarafların sorumluluğunun doğması sebebiyle önem arz etmektedir. Uygulama-da her ne kadar belirli kalıplar yerleşmiş olsa da, zaman zaman uyumsuzluklar ortaya çıkmakta, taraflar aynı üslup ve içerikle gerçekleştirilmiş olan belgelere farklı hukuki nitelikler atfedebilmektedir. Bu çalışmada, tarafların akdetmiş oldukları belgelerin andlaşma mı yoksa bağlayıcılık doğurmak istemedikleri mutabakat muhtırası mı olduğunu anlamak için gerekli bilgilerin neler olduğu verilecek ve Türkiye'nin 2019 sonunda akdetmiş olduğu dört belge üzerinde gerçekleşen farklı uygulamalar incelenecektir.

### Anahtar Kelimeler

Andlaşma • Mutabakat Muhtırası • Hukuki Bağlayıcılık • Uluslararası Anlaşma • Hukuki Yükümlülük

\* Arş. Gör., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Res. Asst., Fatih Sultan Mehmet Vakıf University, Department of Public International Law, Istanbul, Turkey.

✉ mebayrak@fsm.edu.tr • ORCID 0000-0003-2635-8871

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BAYRAK Muhammed Enes, "Uluslararası Hukukta Bağlayıcılık Meselesi: Mutabakat Muhtırası", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1623-1657.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## BINDING ISSUE IN INTERNATIONAL LAW: MEMORANDUM OF UNDERSTANDING

### Abstract

States do not prefer to make some of the documents which they sign binding for themselves for a variety of reasons, instead regard them as a sign of compromise. While creating these documents, they pursue a different way than treaties in terms of content and procedure. However, the distinction made, whether the documents are binding or not, can not be clearly understood in some documents. Therefore sometimes it is necessary to scrutinise the documents so as to reveal the intentions of the parties. Whether such documents are considered as treaties, is important because of the liability of the parties in case of violations of treaties. In this study, the necessary information will be given to understand whether the documents concluded by the parties are treaties or memorandum of understanding that are not treaties, and different practices that took place on four documents that have been concluded by Turkey at the end of 2019 will be examined.

### Key Words

Treaty • Memorandum of Understanding • Legally Binding • International Agreement • Legal Liability

## GİRİŞ

Uluslararası hukukun kaynaklarından olan andlaşmalar, taraflar için hak ve yükümlülükler ihdas etmekte ve bunların ihlali durumunda uluslararası hukukta sorumluluklar doğabilmektedir. Tarafların andlaşma adıyla akdetmeyip hukuken bağlayıcı olmasını istemediklerini belirttikleri ve günümüzde sıklıkla karşılaşılan mutabakat muhtıralarının, ortak bildirimlerin, açıklamaların andlaşma olarak uluslararası hukuka kaynaklık edip etmediği ve taraflar için bağlayıcı olup olmadığı ise belirli olmayıp tespit edilmeye muhtaçtır. Zikredilen belgelerin taraflar için bağlayıcı olmaları durumunda, ihlalleri hâlinde devletlerin sorumluluğuna gidilebileceğinden dolayı bir belgenin hukuki niteliğini tespit etmek büyük önemi haizdir.

Türkiye'nin son zamanlarda akdettiği belgelerin isimlendirilmelerine bakılacak olursa; Suriye'nin kuzeyinde güvenli bölge oluşturulmasına ilişkin ABD ve Rusya ile Ekim 2019 içerisinde ortak açıklama ve mutabakat muhtırası ve Libya ile Kasım 2019'da mutabakat muhtıraları

imzaladığı görülmektedir. Bu belgelerin imzalanmasından sonra, Türkiye, Rusya ve ABD ile imzaladığı belgeleri andlaşmaların onaylanmasına ilişkin prosedürden geçirmemiş ve yalnızca taraflar arasındaki uzlaşının ifadesi olduğunu belirtmiştir. Libya ile imzaladıklarını ise iç hukukunda andlaşmaların yürürlüğe sokulmasına ilişkin prosedürden geçirmiştir.

Uygulamada gerçekleşen bu farklılıklar, ilgili belgelerin hukuki niteliğinin tespitinin önemini ortaya koymaktadır. Bu çalışmanın amacı, uluslararası hukukta akdedilen belgelerin hangi durumda andlaşma olarak nitelendirileceğinin belirlenmesidir. Nitekim bir belge uluslararası andlaşma olarak isimlendirilmesine rağmen andlaşma olmayabilir, keza aksi de mümkündür. Bu bağlamda öncelikle andlaşmaların unsurları incelenecek, ardından mutabakat muhtıraları açıklanacaktır. Devamında bir belgenin hukuki niteliğini tespit ederken nelerin dikkate alınması gerektiği anlaşmaların yorumlanması bahsinde ele alınacak ve son bölümde yukarıda zikredilen Türkiye'nin akdetmiş olduğu belgeler üzerinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

## I. ULUSLARARASI ANDLAŞMA<sup>1</sup>

Viyana Sözleşmeleri<sup>2</sup> ve öğreti esas alındığında uluslararası andlaşma, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde hukuki sonuç doğur-

<sup>1</sup> Öncelikle çalışma boyunca geçen kavramlara dair bir açıklama getirilmesi gerekir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde geçen *treaty* kelimesini ifade etmek için *andlaşma* terimi kullanılacakken, *international agreement* için *anlaşma* denilecektir. Bu ayrımı yapmak önem arz etmektedir, çünkü her andlaşma bir anlaşma iken, her anlaşma bir andlaşma değildir. Andlaşma terimiyle Viyana Sözleşmesi'ndeki sistemde vücut bulan ve bir uluslararası andlaşmanın tüm unsurlarını taşıyan belge ifade edilmektedir. Ancak andlaşmanın bir ya da birden fazla unsurunu içermemesine rağmen uluslararası hukukta gerçekleşen irade uyuşmaları da bulunmaktadır; işte bunlar için anlaşma denilecektir. Türk terminolojisinde bu ikisini ayıracak kesin bir ayrım olmamakla birlikte öğretilerde bir tek harfin yardımıyla iki kavram ayrı olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

<sup>2</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969), Md.2/1-a: “*andlaşma, ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine mahsus ismi ne olursa olsun, devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası anlaşma (mutabakat) demektir.*”

Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Yapılan Andlaşmalara İlişkin Viyana Sözleşmesi (1986) Md.2/1-a: “*andlaşma demek, ister tek bir belgede yer alsın isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine mahsus ismi ne olursa olsun (i) bir veya birden çok devlet ile bir veya birden çok uluslararası örgüt veya (ii) ulusla-*

maya yönelik olan, iki veya daha fazla uluslararası hukuk kişinin bir-biriyle uyuşan irade beyanları olarak tanımlanabilir.<sup>3</sup>

Andlaşmanın isimlendirilmesinin, ona bir başlık verilmesinin ilgili belgenin hukuki niteliğinin tayininde doğrudan bir etkisi yoktur.<sup>4</sup> Nitekim uygulamada belirli nitelikteki belgelere hususi isimler verilmişse de<sup>5</sup> -örneğin *şart, statü, pakt, misak gibi*- bu isimlendirmelerin ilgili metnin hukuki niteliği üzerinde bir tesiri olmaz. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 2/1-a'da "*kendisine mahsus ismi ne olursa olsun*" hükümüyle bu durum ortaya koyulmuştur.

Bu anlamda andlaşmalar hukuku esnek bir yapıya sahiptir ve pratikte ayrık uygulamalara imkân tanımaktadır. Her ne kadar sözleşmeler hukukunda, andlaşmaların belirli kelime yahut usulle yapılması gerekmesi de<sup>6</sup>, devletler uluslararası hukukta kendilerini yükümlülük altına sokmamak için kullandıkları terminolojiye büyük önem vermişlerdir.

Bir uluslararası andlaşma incelenirken dikkate alınması gereken hususlar aşağıda üç başlık hâlinde toplanmıştır. Bunlar; andlaşmanın tarafları, uluslararası hukuk kurallarına tabi olma ve irade beyanıdır.<sup>7</sup>

---

*rarası örgütler arasında, yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuk kurallarına tabi olan uluslararası anlaşma demektir."*

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) maddelerinin çevirilerinde KAYA İbrahim, Uluslararası Hukukta Temek Belgeler, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, Şubat 2016 esas alınmıştır.

<sup>3</sup> PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri – 1.Kitap, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 111-117. AKSAR Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk 1, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 108. SHAW Malcolm N., International Law, 8. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 69-70. JENNINGS Robert, WATTS Arthur, Oppenheim's International Law Volume 1 Peace, 9. Baskı, London; New York, Longman, 2, 1992, s. 32.

<sup>4</sup> ILC Report, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, s. 188. z, a.g.e., s. 69.

<sup>5</sup> Örneğin "sözleşme" genellikle çok taraflı yasa-andlaşmalara, "protokol" daha önce yapılmış bir andlaşmayı düzenleyen yahut bu andlaşmaya eklemeler getiren andlaşmalara, "statü" uluslararası yargı organlarının kuruluş ve işleyişlerine ilişkin düzenlemeler barındıran andlaşmalara isim olarak verilmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Pazarıcı, a.g.e., s. 111-114.

<sup>6</sup> Temple of Preah Vihear (Preliminary Objections), Judgment of 26 May 1961, s. 32.

<sup>7</sup> SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 13. baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 22-23. Pazarıcı, a.g.e., s. 111-114. Aksar, a.g.e., s. 108.

## A. Andlaşmanın Tarafları

Andlaşma yapılabilmesi için tarafların uluslararası hukuk kişileri olmaları gerekmektedir. Günümüzde devletler ve uluslararası örgütler uluslararası hukuk kişileri olarak kabul edilmektedirler ve andlaşma akdetme yetkileri vardır.<sup>8</sup> Fakat uluslararası örgütlerin andlaşma akdetme yetkileri devletler gibi mutlak değildir, sınırlı bir özellik göstermektedir; kurucu andlaşmalarında belirtilen çerçevede andlaşma akdebilirler.<sup>9</sup>

Devletlerin ve uluslararası örgütlerin uluslararası hukuki kişiliğinin varlığı doktrinde ve Viyana Sözleşmelerinde ifade edilmişken, uluslararası hukukta ortaya çıkan yeni birimlerin kişiliği yahut uluslararası hukuktaki ehliyetleri zaman içerisinde tartışma konusu olmuştur. Umumiyetle şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği kabul görmemektedir; ancak uluslararası hukukun gelişimi göz önüne alındığında, hak ve yükümlülükler doğurmak ve bunlara tabi olmak bakımından pek çok devletten daha etkin olan şirketlerin sınırlı da olsa uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaları gerekliliği ve hatta bazı kurumlar nezdinde bu kişiliğe sahip oldukları kimi yazarlarca ifade edilmektedir.<sup>10</sup>

Çok uluslu şirketler ile devletler arasında akdedilen anlaşmalarda uygulanacak hükümlerin uluslararası hukuka tabi olması durumunda, her ne kadar andlaşma niteliğinde bir belge ortaya çıktığı düşünülse de, çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliğini haiz olmamaları, anlaşmanın bir uluslararası andlaşma olmasını engelleyici niteliktedir. Yalnızca çok uluslu şirketlerin değil, devletler ve uluslararası örgütler dışında kalan diğer sùjelerin de -örneğin bireyler ve diğer tüzel kişiler- uluslararası hukuk kişilikleri kabul edilmemektedir. Fakat birtakım iş-

<sup>8</sup> Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğini haiz oldukları, Uluslararası Adalet Divanı'nın, Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Davası'na vermiş olduğu danışma görüşünde belirtilmiştir ve bu görüşten sonra da uluslararası hukukta yerleşmiştir. İlgili danışma görüşü için bkz: Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Organs, Advisory Opinions of 11 April 1949, s. 8-9.

<sup>9</sup> Shaw, a.g.e., s. 998-999. Aksar, a.g.e., s. 222.

<sup>10</sup> Bu hususta kısa bir tartışma için bkz: Aksar, a.g.e., s. 240. Bu konu özelinde yazılmış bir çalışma için bkz: BARAN Deniz, Çok Uluslu Şirketlerin Uluslararası Hukuk Kişiliği, On İki Levha, İstanbul, 2020.

lemlerle sınırlı da olsa uluslararası hukuk kişiliklerinin olması gerektiği fikrinde olan görüşler mevcuttur.<sup>11</sup>

## 1. Uluslararası Hukuk Kişilerinden Sayılma: Federal Yapıdaki Devletler Açısından

Konfederasyondaki her bir federal devlet uluslararası hukuk kişisi olarak andlaşma akdedebilirken, federasyondaki yapı daha farklıdır. Federasyonlarda andlaşma akdetme yetkisi, genel itibariyle federal devlettir fakat bazı federasyonların anayasalarında federe devletlerin de andlaşma akdedebileceğine dair istisnai hükümler bulunmaktadır<sup>12</sup>. Federasyonların uygulamasında bulunan ve federe devletlere yani eyaletlere andlaşma akdetme yetkisi veren ilgili hükümlerden yola çıkarak, federe devletlerin de uluslararası hukuk kişiliğinin olduğunun söylenmesi kanaatimizce yerinde değildir; nitekim sorumluluk federal devletin üzerindedir. Bu sebeple federe devletler yalnızca ilgili devletin içerisindeki yetkili bir idari birim olarak düşünölmeli ve akdettikleri andlaşmanın tarafları olarak federal devlet görölmelidir. Federasyondaki bu problemlili düzenlemelere benzer bir durum, farklı devletlerin kurumları arasında bir anlaşma akdedilmesinde de gündeme gelir. İdari kurumlar, örneğin üniversiteler arasında, aslen devletler arasında önceden akdedilmiş iş birliği andlaşmalarına dayanarak yapılan anlaşmaların hukuki niteliği ve doğuracağı sonuçlar da aynı şekilde sorunludur.<sup>13</sup>

## 2. Uluslararası Hukuk Kişiliğinin Temsili

Bir devletin iradesini ortaya koymak noktasında Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanı temel yetkili kişilerdir. Bu kişiler

<sup>11</sup> Texaco Davası kararında Hakemlik Mahkemesi, her ne kadar özel hukuk kişilerine devletlere benzer kişilikler verilemese de, yaptıkları sözleşmeden doğan haklarına kavuşabilmeleri için uluslararası nitelikli bazı ehliyetler sağlandığını belirtmiştir. Aktaran: AKSAR Yusuf, Temel Belgeler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Seçkin, Ankara, Şubat 2017, s. 261-262. Shaw, katılım ve kişiliği birbirinden ayırmakta ve bu durumu uluslararası hukukta "katılım" ile açıklamaktadır. Buna göre piramide benzeyen bu yapının en tepesinde devletler bulunurken aşağıya doğru indikçe diğer birimler ve kişiler yer alır. Shaw, a.g.e., s. 209.

<sup>12</sup> ACER Yücel, KAYA İbrahim, Uluslararası Hukuk, 10. baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.81. DEMİREL Naim, Uluslararası Hukukun Kaynakları, İstanbul, Der Yayınları, 2019, s. 7.

<sup>13</sup> Sur, a.g.e., s. 23.



için yetki belgesine ihtiyaç yoktur.<sup>14</sup> Devleti temsile ve bu sayede bağlayıcı beyanlarda bulunmaya yetkili diğer kişiler için ise andlaşma akdebilmeleri için yetki belgesi gerekmektedir. Ancak Uluslararası Adalet Divanı, hızla gelişen uluslararası ilişkilerdeki yoğunluk sebebiyle, yukarıdaki üç görevli haricindeki devlet görevlilerinin de kendi görevleriyle ilişkin konularda yaptıkları açıklamalarla devletleri temsile yetkili oldukları ve açıklamalarının devletleri bağlayıcı nitelik taşıdığını belirtmiştir. Örneğin bir adalet bakanının Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nda yaptığı açıklamalar, insan haklarına ilişkin meseleler kendi görev alanına dahil olduğundan, devleti bağlayıcıdır.<sup>15</sup>

## B. Uluslararası Hukuk Kurallarına Tabi Olma

Bir andlaşmanın uluslararası hukuka tabi olması gerekmekte olup, bu unsur andlaşmanın esasıdır.<sup>16</sup> Uluslararası hukuka tabi olmanın gerekliliği, ilgili andlaşmanın uluslararası hukuka mı yoksa ulusal hukuka (iç hukuklara) mı bağlı olarak düzenlendiği noktasında kendini gösterir. Bu unsurdan anlaşılan, andlaşmaların, uluslararası hukukun düzenlenmiş olduğu alanlarda hak ve yükümlülük doğurmasına, bunları değiştirmesine veya sona erdirmesine yönelik yapılmasıdır.<sup>17</sup>

Devletler, özel hukuk kişileriymişçesine, satım sözleşmesi, yatırım sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi belirli birtakım anlaşmalar yapabilirler. Bunları iç hukuka tabi olarak yapmaları durumunda uluslararası hukukta bir andlaşma doğmayacaktır. Fakat uluslararası hukuka tabi kılarsa bu durumda ilgili anlaşma bir andlaşmadır.

<sup>14</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) Md.7/2: "Görevleri gereği ve tam yetki göstermeksizin aşağıdaki kişilerin devletlerini temsil ettikleri kabul edilir: a) Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı ve Dışişleri Bakanları, bir andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla; b) Diplomatik misyon başkanları, kendilerini akredite eden devletle akredite oldukları devlet arasındaki bir andlaşmayı belge olarak kabul etmesi amacıyla; c) Devletler tarafından bir uluslararası konferans veya bir uluslararası örgüt veya organlarından birine akredite olan temsilciler, o konferansta, örgütte veya organda bir andlaşma metnini kabul etmek amacıyla."

<sup>15</sup> Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 3 February 2006, para. 46-47.

<sup>16</sup> ILC Report, Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II, s.32. Pazarıcı, a.g.e., s. 112.

<sup>17</sup> Pazarıcı, a.g.e., s. 112. Sur, a.g.e., s. 23. Acer, a.g.e., s.82.

## 1. Yükümlülük Altına Girme Niyeti<sup>18</sup>

Bir andlaşmanın vücut bulabilmesi için tarafların yükümlülük altına girme niyetleri bulunmalıdır. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin metninden anlaşılmıyor olsa da, uluslararası hukuka tabi olma ilkesi, tarafların, uluslararası hukuki yükümlülükler altına girme niyetlerini de kapsamaktadır.<sup>19</sup> Bu niyet, tarafların daha sonra niyetlerinin ne yönde olduğuna dair yaptıkları açıklamalardan değil, ilgili metnin içeriğinden ve akdedilme koşullarından yola çıkılarak tespit edilecektir.<sup>20</sup> Hukuki bağlayıcılığı olmayan açıklamalar yapmak bu anlamda bir andlaşma oluşturmamaktadır.<sup>21</sup> Fakat elbette ki uluslararası hukuka tabi olma ilkesi, tarafların hukuki bağlayıcılığı olmayan belgeler akdetme özgürlüğünü yahut yaptıkları andlaşmayı başka bir hukuka tabi kılmalarını engellememekte, kısıtlamamaktadır.<sup>22</sup>

Uluslararası Adalet Divanı, andlaşma metni içerisindeki özel bir düzenlemenin tek başına hukuki haklar ve yükümlülükler doğurmak için yeterli olmayıp, yalnızca diğer hükümlerini yorumlamaya ışık tutabileceğini de hükme bağlamıştır.<sup>23</sup> Divanın kararına göre madde 1'de yer alan düzenleme<sup>24</sup>, bu anlamda taraflar için başlı başına bağlayıcı değildir.

<sup>18</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, pacta sunt servanda (ahde vefa) kenar başlıklı 26. maddesi: "Yürürlükteki her andlaşma tarafları bağlar ve tarafların andlaşmayı iyi niyetle icra etmesi gerekir."

<sup>19</sup> ILC Report, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, s.189, para. 6.

<sup>20</sup> Qatar v. Bahrain (Jurisdiction and Admissibility), Judgment of 1 July 1994, para. 27.

<sup>21</sup> ILC Report, Yearbook of the International Law Commission, 1965, Vol. II, s.12, AUST Anthony, Modern Treaty Law and Practice, 3. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s. 8. Sur, a.g.e, s.23.

<sup>22</sup> British Yearbook of International Law, Volume 50, 1979, s.136.

<sup>23</sup> Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996, para. 31.

<sup>24</sup> Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights Between the United States of America and Iran, signed at Tehran, on 15 August 1955, UNTS No. 4132. Article I: "There shall be firm and enduring peace and sincere friendship between the United States of America and Iran." "İran ve Amerika Birleşik Devletleri arasında samimi bir dostluk ve kalıcı barış sağlanacaktır."

Divanın kararından da anlaşıldığı üzere, taraflar bir andlaşma akdederek bununla bağlanma niyetlerini ortaya koymuş olsalar da bu durum ilgili metnin tamamının taraflar üzerinde haklar ve yükümlülükler doğurduğu anlamına gelecek şekilde yorumlanamaz. Öyleyse, bir belge andlaşma olsa da, içerisinde tarafları bağlayıcı olmayan hükümler bulundurulabilir. Bu durumun tersini söylemek de mümkündür. Bu sebeple bir metnin ne başlığından ne de genel yapısından ona *andlaşmadır* yahut *andlaşma değildir* demek uygun düşer. Yapılması gereken, metnin hükümlerinin, andlaşmanın unsurlarının tamamı göz önünde bulundurulularak incelenmesidir.

### C. İrade Beyanı

Özel hukuk uygulamalarında bir sözleşmenin vücut bulması için nasıl ki icap ve kabul şeklinde birbiriyle uyuşan irade beyanlarının varlığı aranıyorsa<sup>25</sup>, uluslararası hukukta da bir andlaşmanın var olması ve uluslararası hukuka kaynaklık edebilmesi için irade beyanı aranmaktadır.<sup>26</sup> İrade beyanı, bir andlaşmanın kurucu unsurlarından olup belirli özellikleri ihtiva etmesi gerekmektedir.

Bu özelliklerden ilk sırada zikredilmesi gereken, en azından iki uluslararası hukuk kişinin irade beyanının bulunmasıdır.<sup>27</sup> Her ne kadar tek taraflı açıklamalar ve bildireler uluslararası hukuk kişisine hak ve yükümlülük doğursa da<sup>28</sup> bir andlaşmanın varlığından söz edebilmek için birden fazla tarafın irade beyanının varlığı aranmaktadır.

En azından iki tarafa atfedilebilecek olan irade beyanlarının andlaşmayı kurmak için yazılı olması gerekmez. Sözlü şekilde de andlaşmalar akdedilebilir ve bunlar ile yazılı olarak akdedilenler arasında hukuki geçerlilik anlamında bir fark bulunmamaktadır. Hukuki geçerlilik anlamında bir fark bulunmasa da Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşme-

<sup>25</sup> Örneğin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Md.1: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.”

<sup>26</sup> Pazarıcı, a.g.e., s. 114. Sur, a.g.e., s. 23-24.

<sup>27</sup> Acer, a.g.e., s.81. Aksar, a.g.e, s. 110.

<sup>28</sup> Devletlerin tek taraflı açıklamalarının onları bağlayıcı olabileceğine dair Uluslararası Adalet Divanı kararı için bkz: Nuclear Test Case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, para. 43.

si'ne göre andlaşmaların yazılı yapılması gerekir; fakat bu, yazılı olmayan andlaşmaların hukuki gücünü reddetmek yahut sözlü andlaşmalara Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerini uygulanmaz kılmak demek değildir.<sup>29</sup> Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu, yazılılık şartının, sözlü andlaşmaların hukuki etki doğurmasına engel olmak düşüncesi taşımadığını da ifade etmiştir.<sup>30</sup>

Devletlerin yazılı yahut sözlü olarak gerçekleştirdikleri irade beyanları dışında yapmış oldukları eylemlerin onları hukuki olarak bağlayıp bağlamayacağı da tartışmalı hususlardandır. Zimni irade beyanları ulusal hukuklarda kişileri bağlayıcı özellikler gösterse de, genel görüşe göre uluslararası hukukta bu, andlaşmaların kurulması için yeterli değildir.<sup>31</sup>

İrade beyanlarının hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik olması gerekmektedir. Aksi hâlde ortaya çıkacak belge yumuşak hukuk (soft law) özelliği taşıyan ve taraflar için hak ve yükümlülük doğurmayan bir belge olacaktır. Nitekim soft law belgeler hukuki bağlayıcılıkları olmadıklarından ötürü mahkemelerde ileri sürülemezler.<sup>32</sup> Doktrinde hukuki sonuçlar doğurma niyeti bazı kitaplarda irade beyanı başlığı altında geçse de, kanaatimizce bu hususun, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "uluslararası hukuka tabi olma"nın bu niyeti kapsadığını belirtmesi<sup>33</sup> sebebiyle, uluslararası hukuka tabi olma başlığı altında incelenmesi gerekmektedir.

Andlaşmanın tek bir belgede akdedilmesine lüzum yoktur. İrade beyanları zaman içerisinde yayılmış olarak ve farklı belgelerde kendini gösterebilir. Uluslararası Adalet Divanı'nın belirttiği üzere, belgelerin aynı konuyu düzenleyen birbiriyle bağlantılı belgeler olmaları hâlinde, bu yapılan ortak bildirimler (joint communique) bir andlaşma sayılır ve

<sup>29</sup> ILC Report, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, s.189.

<sup>30</sup> A.e.

<sup>31</sup> Aksar, a.g.e., s. 109.

<sup>32</sup> HAMID Abdul Ghafur, Public International Law A Practical Approach, 3. Baskı, Thomson Reuters Malaysia, Selangor, 2011, s. 39.; CASSESE Antonio, International Law, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 196.

<sup>33</sup> ILC Report, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, s.189, para. 6.

tarafklar için bağlayıcıdır.<sup>34</sup> Uluslararası Adalet Divanı, andlaşmanın unsurlarını sağlaması hâlinde mektup teatisi şeklinde gerçekleşen beyanların, ortak bildirilerde olduğu gibi, bir bütün hâlinde andlaşma teşkil ettiğini ve bu sebeple taraflar için hak ve yükümlülüklerin doğacağını belirtmiştir.<sup>35</sup>

Uluslararası Adalet Divanı'nın ifadelerinden yola çıkılarak denilebilir ki, bir andlaşmanın oluşması için birbirini takip eden sayfalardan oluşan tek bir enstrümanın imzalanması gibi biçimsel bir yolun izlenmesi gerekmez. Tarafların irade beyanlarından, uluslararası hukuka tabi olacak şekilde hak ve yükümlülükler doğurmak niyeti anlaşılıyorsa, bu unsurları içeren her türlü irade beyanı andlaşmayı vücuda getirecektir.

## II. MUTABAKAT MUHTIRASI (MoU)<sup>36</sup>

Mutabakat muhtıralarının belirli bir tanımı bulunmamakla birlikte, ayırt edici özellikleri nazara alındığında, devletlerin usul ve içerik itibarıyla uluslararası hukukta kendilerini bağlayıcı kılmak istemedikleri uluslararası taahhütleri olarak ifade edilmeleri mümkündür.<sup>37</sup> Bu taahhütler andlaşmaların içeriğinde olması uygun bulunulmayan yahut tarafların kamuya beyan etmek istemedikleri, örneğin savunma ve tekno-

<sup>34</sup> ICJ Reports 1978, para. 96., Cameroon v. Nigeria, Judgment of 10 October 2002, para. 257-264.

<sup>35</sup> Qatar v. Bahrain, Judgment of 15 February 1995, para. 30.

<sup>36</sup> Tarafların bağlayıcı olmasını istemedikleri belgeleri farklı şekilde isimlendirdikleri nazara alınarak; bundan sonra ortak bir terim kullanılması adına ilgili belgelerin İngilizcelerinde ve esasen doktrinde yer bulan şekilde Memorandum of Understanding'in (MoU) karşılığı için "mutabakat muhtırası" ifadesi kullanılacaktır. Bu tür anlaşmalar pek çok metinde bulunmaktadır. Örneğin ABD Dışişleri Bakanlığı'nun bir raporunda şu ifadeler yer verilmiştir: "*Uluslararası uygulamada uzun bir süredir devletlerin hukuki yükümlülükler ortaya çıkarmayan ortak politika ve niyet açıklamalarında bulunulması hususunda anlaşmaya varabileceği kabul edilmektedir. Bu, geçtiğimiz on yılda, diplomatik alışverişlerinin sonuçlarının ilan edilmesi, politika konularında ortak pozisyonların açıklanması, karşılıklı çıkarların olduğu hususlarda niyetlenen yol haritasının tescil edilmesi ya da karşılıklı politik taahhütte bulunulması konularında yaygın bir araç oldu. Bu belgelere bazen bağlayıcı olmayan anlaşmalar, centilmenlik anlaşmaları, ortak açıklamalar ya da deklarasyonlar olarak atıfta bulunulur.*" Aktaran: SHAW Malcolm N., Uluslararası Hukuk, çev.: ACER Yücel, KAYA İbrahim, DEMİRTEPE M. Turgut, ŞİMŞEK G. Engin, Ankara, TÜBA, s. 84.

<sup>37</sup> Treaties and Memoranda of Understanding, Guidance on Practice and Procedures [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/293976/Treaties\\_and\\_MoU\\_Guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/293976/Treaties_and_MoU_Guidance.pdf) erişim tarihi 19.08.20

lojiye ilişkin konuları, resmi olmayan şekilde düzenlemek hususunda taraflara imkân sağlamaktadır.<sup>38</sup> Bu yöntem, daha esnek ve hızlı hareket edebilmeye imkan tanınması ve belirli hususların düzenlenmesi noktasında daha güvenilir olması sebebiyle uluslararası hukukta sıkça kullanılmaktadır.<sup>39</sup>

Devletlerin hukuki olmayıp siyasi bir yükümlülük altına girdiklerini ifade ettikleri bu tür belgeler genel olarak “mutabakat zaptı”, “mutabakat muhtırası”, “centilmenlik anlaşması” “uzlaşma”, “politik niyet beyanı”, “ortak açıklama” gibi kavramlarla ifade edilmiştir. Devletler bu uzlaşma belgelerinin kamuya açıklanmasında siyasi yarar gördükleri takdirde bu belgeleri duyurma yolunu tercih etmiş fakat tanımlarken siyasi güvencelerden öteye gitmeyeceğini vurgulamışlardır.<sup>40</sup>

### A. Mutabakat Muhtıralarının Özellikleri

Mutabakat muhtırası olarak isimlendirilen bir belgenin hukuki niteliğini tayin etmek güçtür, nitekim bu şekilde isimlendirilmesine rağmen andlaşma olan çokça uluslararası belge vardır. Uygulamadaki farklı ve birbiriyle çelişen kullanımların varlığı, kimi kişileri, mutabakat muhtırası olarak isimlendirilen bir belgenin andlaşma olamayacağı, kimilerini ise tüm mutabakat muhtıralarının andlaşma olduğu şeklinde yanlış bir düşünceye itmiştir.<sup>41</sup> Ancak ilgili belge üzerinde yapılacak dikkatli bir inceleme sonucunda bu belgenin hukuki niteliği tespit edilebilir.

Bir anlaşmadaki tarafların bağlayıcılık hususunda niyetleri yoksa, bu durumda ilgili belgenin bir uluslararası andlaşma olmayacağı uluslararası hukukçular tarafından kabul görmektedir.<sup>42</sup> Uluslararası hukukta hukuki yükümlülük doğurmayan siyasi taahhütler devletler tarafından uzun bir tarihî süreç boyunca kullanılmış olsa da mutabakat muhtırası adıyla akdedilen anlaşmalara özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında rast-

<sup>38</sup> United Kingdom Material's on International Law 2000, British Yearbook of International Law, Volume 71, 2000, ss. 517-667, s. 534.

<sup>39</sup> Shaw, a.g.e., s. 687.

<sup>40</sup> AUST Anthony, “The Theory and Practice of Informal International Instruments”, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 35, No. 4, ss. 787-812, s. 787.

<sup>41</sup> Aust, Modern Treaty Law, s. 21.

<sup>42</sup> SCHACHTER Oscar, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, The American Journal Of Internatinonal Law, Vol. 71, No. 2, ss. 296-304, s. 296.

lanmaktadır.<sup>43</sup> Belirtilmelidir ki yalnızca devletler değil, uluslararası örgütler de mutabakat muhtırası akdetmektedir.<sup>44</sup>

Günümüzde mutabakat muhtıraları uluslararası ilişkilerde başta savunma, ticaret, yardımlaşma, ulaşım, diplomasi olmak üzere pek çok alanda kullanılmaktadır. Her konuda mutabakat muhtırası yapıldığını yahut yapılabileceğini söylemek mümkündür.<sup>45</sup> Uygulamadaki bu geniş kullanımının aksine, bunlar tanınmamakta, bilinmemektedir. Bunun sebebi tarafların bu enstrümanları çoğunlukla yayınlamak istememeleridir<sup>46</sup>; bu nedenle belgeler bir anlamda gizli kalmaktadır. Ancak yüksek politik önemi haiz olması sebebiyle birtakım belgeler özellikle yayınlanmakta, bu belgelerin bilinirlik kazanması amaçlanmaktadır. Helsinki Nihai Senedi ve NATO-Rusya Kurucu Senedi bu belgelere örnek olarak verilebilir.

Elverişlilik, kolaylık ve gizlilik, mutabakat muhtıralarının andlaşmalar yerine tercih edilmesindeki en temel sebeplerdendir. Nitekim bunlarda andlaşmaları kuşatıp saran formalite mevcut değildir. Bu sayede çok daha kısa sürelerde ve hızlıca akdedilirler.<sup>47</sup> Yalnızca kurulması aşamasında değil, aynı zamanda ek hükümler getirilirken de aynı kolaylık mevcuttur.

## **B. Mutabakat Muhtıraları ve Andlaşmaların Tespitinde Bakılacak Hususlar**

### **1. Hukuken Bağlanma – Andlaşma Akdetme Niyeti**

Andlaşmaların unsurlarını incelerken, uluslararası hukuka tabi olma unsurunun, uluslararası hukuki yükümlülükler doğurma niyetini

<sup>43</sup> Bu belgelere örnek olarak: Memorandum of Understanding regarding German assets in Italy (United States of America, France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Italy), signed at Washington, on 14 August 1947, UNTS No. 1863., Memorandum of Understanding Regarding German trade-marks in Italy (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, France, United States of America and Italy), signed at Rome, on 5 July 1956, UNTS No. 3679.

<sup>44</sup> Birleşmiş Milletlerin Irak ile yaptığı MoU'lara örnek olarak, UNTS No. 32851 ve 34375.

<sup>45</sup> Schachter, *The Twilight Existence*, s. 297.

<sup>46</sup> Aust, *The Theory and Practice*, s. 789-790.

<sup>47</sup> Aust, *The Theory and Practice*, s. 789.

kapsadığı belirtilmişti.<sup>48</sup> Öyleyse tarafların uluslararası hukuki yükümlülükler doğurma niyetleri bulunmaması durumunda, andlaşmanın temel unsuru olan uluslararası hukuka tabi olma niyeti unsuru da sağlanmayacak ve bu sebeple ilgili belge andlaşma olmayacaktır.<sup>49</sup>

Andlaşmalar bahsinde belirtildiği üzere andlaşmanın vücuda gelmesi için gerekli olan uluslararası hukukta yükümlülük doğurma / bağlanma niyeti, tarafların daha sonra niyetlerinin ne yönde olduğuna dair yaptıkları açıklamalardan değil, ilgili metnin içeriğinden ve akdedilme koşullarından yola çıkılarak tespit edilecektir.

Uluslararası hukukta yükümlülükler doğurma niyeti, uluslararası hukuk kişileri arasında yapılmasına rağmen bir yahut birkaç devletin iç hukukuna tabi olan anlaşmaları da andlaşmalardan ayırmaktadır. Bunlar da uluslararası düzlemde sonuç doğurma niyeti olmadığından andlaşma olarak addedilemezler.

---

<sup>48</sup> ILC Report, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, s.189, para. 6.

<sup>49</sup> Aust, Modern Treaty Law, s. 30.



## 2. Kavramsal Açından<sup>50</sup>

Akdedilen bir belgenin hukuki niteliğini belirlerken taraf devletlerin niyetlerinden neyi kast ettiklerini anlamak yani niyetlerini çözümlmek için bakılabilecek ilk husus belgedeki terminolojidir.<sup>51</sup> Bu sayede tarafların kendilerini bağlayıcı ifadeler kullanıp kullanmadıkları tespit edilebilir ve belgenin uluslararası andlaşma olup olmadığına dair çıkarımlarda bulunulabilir.

Belge içerisinde kullanılan kavramları incelerken dikkat edilmesi gereken nokta, andlaşmalar içerisinde yalnızca andlaşma terminolojisinin, mutabakat muhtıraları içerisinde de yalnızca kendi terminolojisinin kullanılmadığıdır. Çoğu belgede terminoloji olarak yeknesaklık bulunmakla beraber, karma terminolojilerin kullanıldığı belgelere de rastlanmaktadır. Nitekim özellikle dünya siyasetinde daha etkili devletlerin ortak bildirimlerinde, hukuki bağlayıcılık niyeti bulunmamasına rağmen metni daha etkili gösterebilmek amacıyla andlaşma terminolojisi kullanılabilir.

<sup>50</sup> Belgelerde kullanılan terimlerden yola çıkarak tarafların niyetlerini tespit etmek için, tarafların ortak dilde akdettiği belgeler üzerinden gitmek gerekir. Günümüzde taraf devletler, kendi dilleri dışında, ortak bir dil oluşması ve ileride doğabilecek uyumsuzluklara temel alınabilmesi amacıyla belgeyi İngilizce olarak da akdetmektedirler. Terimlerin kullanımındaki farklılıklar dolayısıyla oraya çıkabilecek uyumsuzluklarda, şayet taraflar kararlaştırdıysa, İngilizcedeki kullanımları esas alınacaktır. Andlaşma terminolojisinde daha çok "shall", "agree" ve "enter into force" gibi ifadeler yer almaktayken, taraflar MoU'larda "shall" yerine "will" ifadesini kullanmakta, bir nevi bağlayıcılık ifade eden "agree" ifadesinden kaçınmakta ve bunun yerine "decide" tercih etmekte ve "come into effect" gibi nispeten daha hafif bir ifadeye yer vermektedirler. Özellikle tarafların haklarını ve yükümlülüklerini belirten "right" ve "obligation" yerine, tarafların edindikleri faydaları ve kararlılıklarını ifade etmek anlamında kullanılan "benefit" ve "commitment" kavramlarına uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Yine andlaşmanın sonunda tarafların uzlaşısının ifadesi olarak andlaşmalarda genel itibarıyla "done" ifadesi yer almakta iken, MoU'larda "signed" ifadesi bulunur. Bu ve bunun gibi kavramlar, 4. bölümde Türkiye'nin akdettiği bazı belgeler incelenirken tekrar ele alınacaktır.

Tarafların, andlaşma akdetmek niyetinde olmadıkları ve bir MoU gerçekleştirmek istedikleri zaman kullandıkları terminolojiye ilişkin daha ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz: *Treaties and Memoranda of Understanding, Guidance on Practice and Procedures*, s. 15-18.

<sup>51</sup> Aust, *The Theory and Practice*, s. 800-802.

Bir belgedeki terminolojide yeknesaklık varsa tarafların o belgede bağlanma niyetleri noktasındaki iradelerini anlamak daha kolay olmaktadır. Fakat sorun, özellikle belge boyunca mutabakat muhtırası görünümü çizen ancak birtakım özel düzenlemelerde taraflar için hukuki yükümlülük yükleyen belgelerde ortaya çıkmaktadır. Bu belgelerin hukuki niteliği, tespit edilmeye muhtaçtır.

Petrol Platformları Davasında Uluslararası Adalet Divanı'nın belirttiği üzere, hukuki bağlayıcılığı olan bir belgenin içerisinde, taraflara yükümlülükler yüklemeyen hükümler olabilir.<sup>52</sup> Genel itibarıyla andlaşma niteliğini haiz olmayan bir belgede, andlaşma unsurlarını kapsayan hüküm yahut hükümler olması durumunda metnin hukuki niteliğinin nasıl tespit edileceği ise belirli değildir. Kanaatimizce andlaşma sayılabilecek hükümler taraflar arası ilişkinin esasına yönelikse, konu ve amacını gerçekleştirme yolunda temel işlevler görüyorsa bu durumda yalnızca ilgili maddelerin değil tüm belgenin hukuki niteliğinin andlaşma olduğunu söylemek gerekir.

### 3. Metnin İçeriği Açısından

Terminolojide olduğunun aksine, içerikten yola çıkarak bir metnin andlaşma mı yoksa mutabakat muhtırası mı olduğunu belirlemek mümkün gözükmemektedir. Nispeten önem arz etmeyen bir hususta taraflar andlaşma akdedebileceği gibi, mühim bir konuda da mutabakat muhtırası akdedilebilir.<sup>53</sup> Nitekim devletler, Helsinki Nihai Senedi gibi, ciddi önemi haiz bir konuya sahip olan fakat taraflara uluslararası hukuki yükümlülükler yüklemeyen belgeler akdetmişlerdir.<sup>54</sup>

Her ne kadar düzenlenen belgenin ehemmiyeti üzerinden bir yorum yapmak mümkün gözükmesede de belgedeki belirli kayıtlar, belgenin hukuki niteliği hakkında ipuçları vermektedir. Örneğin; belgede uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümler bulunması durumunda tarafların hukuki yükümlülükler doğurmak istediği anlaşılmaktadır. Böyle bir

<sup>52</sup> Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996, para. 31.

<sup>53</sup> Aust, *The Theory and Practice*, s. 802.

<sup>54</sup> FITZMAURICE Malgosia, "The Practical Working of The Law of Treaties" (s.166-201), *International Law*, ed. EVANS Malcolm D., 4. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 179.

kaydın varlığında, tarafların bağlanma niyeti yoktur demek güçtür, yani andlaşma özelliği ön plana çıkar. Mutabakat muhtıraları ise genellikle andlaşmalardan farklı olarak kendisinin yorumlanması veya uygulanmasıyla alakalı uyuşmazlıkların çözümünü, uyuşmazlığı herhangi bir üçüncü tarafa, mahkeme yahut hakeme veya herhangi bir yargı organına havale etmeksizin, müzakere yoluyla çözülecek şekilde düzenler.<sup>55</sup>

Taraflar, belgenin hukuki olarak bağlayıcı olmadığını bizzat belgenin içeriğinde belirtmiş olabilirler. Helsinki Nihai Senedi'nin son hükümlerinde senedin, Birleşmiş Milletler Sekretaryasında tescil edilebilir nitelikte olmadığı ifade edilmiştir.<sup>56</sup> Yine Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı'nın birçok metninde "politik olarak bağlayıcıdır", "kayda elverişli değildir" şeklinde ifadeler yer almaktadır. Bu kayıtlar tarafların bir andlaşma akdetmek ve uluslararası yükümlülükler doğurmak istemediklerini göstermektedir.

Belgenin BM Sekretaryasına kaydettirilmesine yahut tescil edilemezliğine ilişkin kaydın yer alması, belgenin hukuki niteliğine dair ipuçları verir. Ancak bir belgenin BM Sekretaryasına kaydettirilmesi kesin olarak o metnin andlaşma olduğu anlamına gelmediği gibi, kaydettirilmemesi de andlaşma olmadığı anlamına gelmez.<sup>57</sup> Bu sebeple BM Sekretaryasına kayıt hukuki nitelik için kesin bir delil niteliğinde değildir.

### C. Mutabakat Muhtıralarının Doğurdukları Etki

Mutabakat muhtıralarının belli başlı bazı sakıncaları da beraberinde getirdiğini söylemek mümkündür. Nitekim bunlara, andlaşmalara nispetle daha az itimat edilebilmektedir. Özellikle bu enstrümanların oluşumu esnasında taraflar daha az özen göstermekte ve bu durum, daha sonraki aşamalarda taraflar arasında birtakım anlaşmazlıklar do-

<sup>55</sup> Aust, *The Theory and Practice*, s. 791.

<sup>56</sup> Conference on Security and Co-Operation In Europe Final Act, Helsinki, 1975. "Finlandiya Cumhuriyeti Hükümeti'nden, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 102.Maddesi uyarınca tescile uygun olmayan bu Nihai Senedin metnini, Birleşmiş Milletler'in resmî bir belgesi olarak örgütün tüm üyeleri arasında dolaşıma sokulması maksadıyla, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine iletmesi talep edilir."

<sup>57</sup> Fitzmaurice, a.g.e., s. 168.

ğurabilmektedir.<sup>58</sup> Söz gelimi, taraflar arasında akdedilmiş olan mutabakat muhtırası sonrasında, taraflardan birinin iç hukukta andlaşmaların yürürlüğe konulmasını sağlayan mekanizmaları işletmesi durumunda bir ihtilaf ortaya çıkabilmekte; tarafların ilgili belge ile bağlanmak isteyip istemedikleri anlaşılammamaktadır. Bir belgeyi iç hukukta yürürlüğe sokmak, o belgeyle bağlanmak niyetinde olunduğuna dair önemli bir ipucudur.

Mutabakat muhtıralarının oluşturmuş olduğu siyasi taahhütlere uyulmaması durumunda her ne kadar hukuki yükümlülükler bulunmasa da tarafların iyi niyet ilkesini ihlali sebebiyle siyasi anlaşmazlıklar ortaya çıkabilmekte ve özellikle güçlü devletlerin yaptırım uygulamasıyla taraflar için istenmeyen sonuçlar doğabilmektedir.<sup>59</sup> Bu sebeple mutabakat muhtırası akdedilirken belge üzerinde gereken özen gösterilmelidir.

### III. ANDLAŞMALARIN YORUMLANMASI

Taraflar anlaşmaya vardıldıktan sonra, çeşitli konularda uyuşmazlığa düşebilirler. Bu uyuşmazlık, bir kelimenin, kavramın yahut yargının ne yönde kullanıldığı hakkında olabileceği gibi, bir veya birkaç hükmün yahut anlaşmanın tamamının taraflar için bağlayıcı olup olmadığı noktasındaki niyetleri hususunda da olabilir.

Bu hususta bir uyuşmazlığın bulunması durumunda; - bağlayıcılığın bir belgeyi uluslararası andlaşma kılan temel unsurlardan olması dolayısıyla- belgenin hukuki niteliğini saptamak için andlaşmaların yorumlanması kurallarına başvurmak gerekir. Bu sebeple bu başlık altında andlaşmaların yorumlanması incelenecektir.

#### A. Niteliğın Belirlenmesinde Andlaşmaların Yorumlanmasının Önemi

Belgelerin yorumlanması, taraflarının niyetlerini tespit etmek noktasında önem arz eder. Niyetin tespitinin önemi ise metnin hukuki nite-

<sup>58</sup> Aust, *Modern Treaty Law*, s. 45.

<sup>59</sup> Taraflarca akdedilmiş olan bir mutabakat muhtırasına uyulmaması durumunda taraflardan birinin atmış olduğu politik adımlara ilişkin bkz: Selig S. Harrison, "Time to leave Korea", *Foreign Affairs* 80 (2001), s. 62, 67. Aktaran: Demirel, a.g.e., s. 206.

liğinin belirlenmesindedir. Tarafların niyetleri, ilgili metnin içeriğinden ve akdedilme koşullarından yola çıkılarak tespit edilir. Yapılacak incelemeler sonucunda tarafların hukuki yükümlülükler doğurma niyetleri olmadığı anlaşılıyorsa bir andlaşma akdedilmediği sonucuna ulaşılabilecek, bu da tarafların sorumlulukları bahsini etkileyecektir.<sup>60</sup>

### B. Yorum Mercii

Burada önem arz eden nokta, anlaşma taraflarının ilgili yorumla bağlanmalarında ortaya çıkar. Herhangi bir üçüncü devletin yahut kişinin yorumu anlaşmanın tarafları açısından bağlayıcı olmayacaktır. Yorumların bağlayıcı olduğu kabul edilen iki durum vardır, bunlar, tarafların ortak yorumu<sup>61</sup> ve uluslararası yargıya gidilmesi durumunda bu mercii yorumudur.<sup>62</sup>

Andlaşmanın tarafları haricinde uluslararası yargı organlarının da yorum yetkisini haiz olduklarının kabulü bu organların varlığının gereğidir. Yargısal yorumun önem arz eden noktası ise bu yorumun, aynı davanın sonucunda olduğu gibi, yalnızca ilgili dava ve taraflar için hüküm doğurup bağlayıcı olduğudur. Bu yorumla taraflar bağlanacağı için yorumun kapsamı dikkatle belirlenmeye çalışılır.

Bu kapsamda Uluslararası Adalet Divanı'nın belirttiği üzere, yorum faaliyetlerinde Divan'ın (yorum yapanın) görevi andlaşmayı gözden geçirerek ona yeni bir anlam vermek değil, yalnızca yorumlamaktır.<sup>63</sup> Divan, yorumlamanın her şeyden önce andlaşma metnine dayan-

<sup>60</sup> Bazı yorumlar andlaşmanın farklı şekillerde uygulanmasına hatta hiç uygulanmamasına sebep olabileceğinden andlaşmanın yorumlanması oldukça önem arz eden bir bahistir. Bkz: Sur, a.g.e., s. 72.

<sup>61</sup> Tarafların tamamının yorum konusunda fikir birliğinde olması durumunda bir gerçek yorum, diğer bir ifadeyle resmi yorum ortaya çıkar, nitekim andlaşmayı değiştirmeye yahut sona erdirmeye muktedir olan taraflar yorum yapmak hususunda da yetki sahibidir. Ancak çok taraflı bir andlaşmada taraflardan bir kısmı yorum hususunda anlaşıp kalanı anlaşmamışsa, ortak yorum hususunda anlaşan taraflar için bu yorum bağlayıcı olup kalanlar için bağlayıcı değildir.

<sup>62</sup> Pazarcı, a.g.e., s. 195-196.

<sup>63</sup> Interpretation of Peace Treaties With Bulgaria, Hungary and Romania, (Second Phase), Advisory Opinion of July 18th, 1950, s.12.

Divan'ın aynı kararında belirttiği üzere; *ut res magis valeat quam pereat* olarak Latince ifade edilen etkililik ilkesi, andlaşmaların ruhuna ve kelimelerin anlamlarına aykırı hüküm getirilmesine gerekçe olamaz. Öyleyse denebilir ki, andlaşmadan ayrılarak

ması gerektiğini özellikle vurgulamış, tamamlayıcı olarak da hazırlık çalışmalarının gözden geçirilmesi gibi yorum araçlarına başvurulacağını belirtmiştir.<sup>64</sup>

### C. Üç Yorum Yaklaşımı

Tarafların bağlayıcılık noktasındaki niyetlerini belirlemeye çalışırken, hangi yorum yaklaşımının esas alınacağı sorunu ortaya çıkar. Nitekim farklı yorum yaklaşımlarında farklı sonuçların ortaya çıkması, belgenin hukuki niteliğinin tespit edilememesi sonucunu doğurur. Bu sebeple temel yorum yaklaşımları açıklanacaktır.

Uluslararası hukuk, doktrinde temel itibariyle üç yorum yaklaşımına sahiptir. Bunlar *objektif görüş* (belge merkezli yaklaşım), *sübjektif görüş* ( tarafların niyetini merkeze alan yaklaşım) ve *konu ve amaç görüşü*dür.<sup>65</sup> Objektif görüş, ilgili andlaşma ve hükümlerine odaklanmakta ve kullanılan terimlerin analizini yapmaktadır. Sübjektif görüşte tarafların niyetleri ortaya konulmaya çalışılır. Konu ve amaç görüşünde ise andlaşmanın bütünü göz önünde tutularak konu ve amacını esas alan genel bir çerçeveden yorumlama faaliyetinde bulunur. Üç yorum arasında herhangi bir hiyerarşi yoktur, fakat hukuki bir ilerleme mevcuttur.<sup>66</sup>

Konu ve amaç görüşü, bu yorumlama yönteminde yorumun yeni bir hüküm koymaya benzer özellikler taşıması ve ilgili mahkemeyi hukuk koyuculuğa yönlendirdiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir.<sup>67</sup> Bu eleştiri-

---

daha üstün çıkarları sağlamak adına dahi -örneğin mutlaka uyumsuzluğu çözmeye çalışmak, belirli olumsuzluklara engel olmak gibi- andlaşma, metni ve ruhu dışında yorumlanamaz. "ut res magis valeat quam pereat": *Bir şey hükümsüz kalacağına hüküm doğursun.* İlkeyi ifade etmek adına benzer bir özdeyiş: sic interpretandum est ut verba accipiantur cum effectu: *yorum öyle yapılmalı ki, sözler etkiye sahip olsun.* Benzer bir ilkeyi Mecelle'de de görmek mümkündür. Mecelle madde 60: *kelamın i'mali ihmalden evladır.* Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, 16. Baskı, Ekin, Bursa, Temmuz 2019, s. 331-332.

<sup>64</sup> Case Concerning The Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment of 3 February 1994, para. 41.

<sup>65</sup> SINCLAIR Sir Ian, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Baskı, Manchester University Press, Manchester, 1984, s. 114-115. HILLIER Timothy, Public International Law, Cavendish Publishing, London, 1994, s.78. Fitzmaurice, a.g.e., s. 179.

<sup>66</sup> Fitzmaurice, a.g.e., s. 179.

<sup>67</sup> Shaw, a.g.e. s. 707.

ye göre hâkim veya mahkeme, andlaşmanın konu ve amacını kendisi belirleyeceği için kanun yapıcı rolünü üstlenmektedir.<sup>68</sup>

Yorumlamaya dair bu üç görüş için dikkat edilecek olan, bu görüşlerin birbirlerini dışlayıcı özellikler göstermedikleri, aksine birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olduklarıdır. Bir yargı mercii yorumlamada bulunurken muhtemelen bu üç görüşü de değerlendirecek ve kullanacaktır.<sup>69</sup> Nitekim Viyana Sözleşmesi'nin yorumlamaya ilişkin 31-33. maddeleri, öğretilerdeki bu üç görüşü de yansıtmaktadır.<sup>70</sup> Bir sonraki bölümde Viyana Sözleşmesi'ndeki ilgili maddeler incelenerek hem öğretilerdeki görüşler hem de uygulama ele alınmış olacaktır; zira bu maddelerin kodifiye edilmesiyle beraber teamül ve andlaşma iç içe geçmiştir.<sup>71</sup>

#### D. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde Yorum<sup>72</sup>

Yoruma ilişkin bu genel bilgileri takiben, andlaşmalar hukukunun temelini teşkil eden ve büyük bir kısmı artık teamül haline gelmiş Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yoruma ilişkin maddesine göz atmak gerekir. Nitekim Türkiye, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin tarafı olmamasına rağmen artık örf ve âdet hâline gelmiş olan bu maddeleri diğer devletler gibi uygulamaktadır. Her ne kadar bu

<sup>68</sup> Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Nitekim her yorumlama faaliyetinde olduğu gibi bu görüş uygulandığında da mahkeme, olmayanı ihdas ediyor, yeni bir şey ortaya koyuyor gibi gözükse de aslında olan andlaşmanın içerisinde bulunanı yüzeyle çıkartmak, açık etmektir.

<sup>69</sup> Hillier, a.g.e. s. 78.

<sup>70</sup> Shaw, a.g.e, s. 707.

<sup>71</sup> Uluslararası Adalet Divanı'nın, Viyana Sözleşmesi hükümlerinin teamül ile uyumlu olduğunu belirttiği dava için bkz: Case Concerning The Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment of 3 February 1994, para. 41.: "*Divan, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde aksettirilen uluslararası teamül hukukuna göre, bir andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek olan olağan manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanması gerektiğini hatırlatır.*"

<sup>72</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerinden yola çıkılarak belirlenmiş olan yorumlama yöntemlerinin bizzat andlaşmalar üzerinde etki doğuracağı ve herhangi bir anlaşma metninin hukuki niteliğinin tespitinde kullanmanın uygun olmayacağı düşünülebilir. Fakat bu hükümler hem kendisinden önceki uygulamanın yazıya dökülmüş hâli olmakla hem de kendisinden sonrası için bir teamül teşkil etmekle kapsamını genişletmişlerdir. Bu sebeple yorumlamaya ilişkin hükümlerin yalnızca andlaşma maddelerini yorumlamak için kullanılabileceğini söylemek uluslararası hukukun ruhuna uygun düşmez.

maddeler andlaşmanın yorumlanmasıyla sınırlı şekilde gözükse de, anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin hükümleri, her türlü metnin hukuki niteliğini tespit etmek hususunda temel almak mümkündür.<sup>73</sup> Bu sebeple buradaki yorum kuralları tüm anlaşmalar için esas teşkil eder.

### 1. Genel Yorum Kuralı

Viyana Sözleşmesi *genel yorum kuralı* kenar başlıklı 31. madde anlaşmaların yorumlanmasında temel yolu gösterir.<sup>74</sup> Nitekim Uluslararası Adalet Divanı, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin vücuda gelmesinden çok daha önce ve Sözleşmeye paralel bir şekilde, andlaşmayı yorumlayacak ve anlaşmanın hükümlerini uygulayacak yargı merciinin ilk görevinin, hükümlerin buldukları bağlamda doğal ve olağan anlamlarını gözetmek üzere çaba harcaması olduğunu belirtmiştir.<sup>75</sup>

Maddeden çıkan temel ilkelere bakıldığında, iyi niyet ilkesi, hukukun genel kurallarından olup andlaşmanın yorumlanması noktasında somutlaştırılmıştır. Bu ilke, andlaşmalar hukukunun en temel normu olan *pacta sunt servanda*nın temelini oluşturmaktadır.<sup>76</sup> Andlaşma terimlerinin olağan anlamlarının esas alınması ise, aslında yorumlamanın

<sup>73</sup> Aust, *The Theory and Practice*, s. 793.

<sup>74</sup> Madde 31- Genel yorum kuralı

1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında ve-rilecek alelade (olağan) manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, andlaşmanın bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

(a) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir andlaşma;

(b) andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler dikkate alınır:

(a) Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki herhangi bir andlaşma,

(b) Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutaabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması,

(c) Taraflar arasındaki ilişkilerde uluslararası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.

<sup>75</sup> Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion of March 3rd 1950, s.8.

<sup>76</sup> Hillier, a.g.e. s. 78.



nerede başlayacağını göstermektedir. Olağan anlamın ortaya konulması için sıkı bir dil bilgisi analizinin yapılmasına ihtiyaç bulunmayıp, metnin olağan akışından çıkarılan makul sonuçlar dikkate alınacaktır.<sup>77</sup> Buna göre şayet bir kelimenin birinci ve gündelik olarak bilinen anlamı, metnin gidişatına göre uygun olarak okunabiliyorsa, bu kelimenin, olağan anlamının dışında yorumlanması mümkün değildir. Metnin bağlamından, ilgili kavramın olağan olandan farklı bir anlam kazandığı tespit edilebiliyor ise bu durumda bu özel anlam esas alınacaktır.

Andlaşma yorumlanırken esas alınması gereken bir diğer husus ise, bağıntılardır. Buna göre yorumlama faaliyetinde bulunurken andlaşmanın genel çerçevesinin, andlaşmanın tüm hükümlerinin ve bu andlaşmayla bağıntılı diğer belgelerin de göz önünde tutulması gerekir. Aksi hâlde, birbirinden kopuk şekilde metnin yorumlanması sonucunda andlaşma her bir maddesi için farklı özellikler gösterebilir ve andlaşmayla ulaşılmak istenen sonuç elde edilemez.

## 2. Tamamlayıcı Yorum Araçları

Genel yorum kuralları uygulandıktan sonra ortaya çıkan yorumun desteklenmesi gerektiği durumda yahut anlamın belirsiz, açık bir şekilde saçma veya makul olmayan bir sonuç vermesi hâlinde *tamamlayıcı yorum araçları* kenar başlıklı 32. maddeye bakılır.<sup>78</sup>

İlgili andlaşmada belirli hükümlerin yeterince açık olmaması ve taraflarca anlaşılabilmesi durumunda tamamlayıcı yorum yöntemlerine gidilerek, metnin hazırlık aşamasında geçirdiği süreçler değerlendirilir.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> A.e.

<sup>78</sup> Madde 32- *Tamamlayıcı yorum araçları* 31. maddenin uygulanmasından hasil olan manayı teyit etmek veya 31. Maddeye göre yapılan yorum, (a) manayı muğlak veya anlaşılabilir bırakıyorsa (b) çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapılmaya şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.

<sup>79</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, hazırlık çalışmalarının metne olağan anlamını vermek için göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiş ve Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın verdiği bir karara atıf yapmıştır. Öyleyse hazırlık çalışmalarının olağan anlamı vermede etkili olduğuna dair ilke uzun süredir uluslararası hukukta mevcuttur. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun açıklaması ve atıf yaptığı karar için bkz: Yearbook of the International Law Commission 1966, Volume II, s. 223.

Buna göre metnin taslağı incelenebileceği gibi taraflar arasında andlaşmanın taslağı dahi oluşmadan yapılan yazışmalar da incelenebilir. Fakat bu yorum yöntemine gidebilmek için ilgili belgede açıklık bulunmaması yahut anlamsız olarak addedilebilecek bir sonucun çıkartılması gerekir.

Andlaşmanın yapıldığı koşullar da tamamlayıcı yorum yöntemleri içerisinde incelenir. Burada bakılacak olan tarafların kendi gözlerinden, kendi niyetlerinden çıkardıkları sübjektif koşullar değil fakat andlaşmanın gerçekleştiği zamanki objektif koşullardır.<sup>80</sup>

#### IV. ÖRNEK OLARAK TÜRKİYE'NİN AKDETTİĞİ BELGELER

Son dönemlerde akdedilen uluslararası belgelerde; mutabakat muhtırası, mutabakat zaptı gibi isimlendirmeler çoğalmış ve gerek isimlendirme gerek anlaşmaların içeriği sebebiyle bunların birer uluslararası andlaşma niteliğinde olup olmadığı soruları gündeme gelmiştir. Zira uluslararası andlaşma ismiyle vücuda gelen kimi belgelere taraflar zamanın geçmesiyle uymamaya başlamakta yahut henüz akdederken bu belgelerin yalnızca tarafların uzlaşmalarının ifadesi olduğunu belirtmektedirler. Bağlayıcılığı olmayan ve uluslararası andlaşma olarak nitelendirilemeyecek kimi belgeler medyada ve medyadaki kullanımları sonucu literatüre andlaşma olarak geçmektedir. Ancak bu belgelerin hukuki niteliklerini doğru tespit etmek doğuracakları sonuçlar için elzemdir. Bu sebeple son zamanlarda akdedilen ve taraflarından birinin Türkiye olduğu bazı belgeler ele alınacaktır; böylece uygulamadaki durum inceleyerek bir belgede hangi hususlara bakılmak suretiyle onun uluslararası andlaşma niteliğini hakkında yorumlar yapılabileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

---

Hazırlık aşamasındaki kayıtların, belge açık ve anlaşılır ise metne aykırı şekilde ele alınmayacağına dair bkz: The Case of the S.S. "Lotus", Series A., No. 10, September 7th 1927, s. 17.

<sup>80</sup> Pazarıcı, a.g.e., s. 201.

### A. Suriye Üzerindeki Güvenli Bölge İçin Akdedilen Belgeler<sup>81</sup>

Güvenli bölge, kendi ülkelerindeki tehlikelerden kaçınan kişilerin, güvenliklerini sağlamak amacıyla buldukları, yabancı askerî kuvvetlerin kontrolü altındaki sınırları belirlenmiş bir alanı ifade etmektedir.<sup>82</sup> Güvenli bölgenin oluşturulması sayesinde hem bu kişilerin güvenlikleri sağlanmış olacak hem de kendi ülke sınırları içerisinde kalmaları sayesinde mülteci akımının önüne geçilmiş olunacaktır.

Türkiye, Ekim 2019'da Suriye'de devam etmekte olan güvenli bölge kurulma çalışmalarıyla alakalı olarak Rusya ile mutabakat muhtırası, ABD ile ise ortak bildiri akdetmiştir. Yakın zaman aralıkları ile yapılan<sup>83</sup> bu anlaşmaların taraflar için yükümlülük doğuracak ve onları hukuki anlamda bu belge ile bağlı kılacak nitelikte bir andlaşma olup olmadığı, yukarıdaki başlıklarda anlatılan hususlar çerçevesinde ele alınacaktır.

Andlaşmanın unsurlarına bakıldığında her iki devletin şüphe götürmez şekilde uluslararası hukuk kişisi olduğu açıktır. İrade beyanları da tam gözükmemektedir; nitekim taraflar bir belge üzerinde anlaşmışlardır. Uluslararası hukukun düzenlemiş olduğu alanlarda hak ve yükümlülük doğurmasına, bunları değiştirmesine veya sona erdirmesine yönelik yapılması şeklinde tezahür eden uluslararası hukuka tabi olma da kendisini göstermekte; ilgili maddelerden ve anlaşmanın yapılışıyla sonuçlanan şartlardan bu durum anlaşılmaktadır. Öyleyse burada bakılması gereken ve ilgili belgelerin andlaşma olup olmadıkları noktasında önem arz eden husus, bahsedilen yükümlülük doğurma niyetinin siyasi

<sup>81</sup> Bu belgeler, resmî bir kanal aracılığıyla duyurulmamakla beraber, şu çevrimiçi sitelerde belgelerin Türkçesi incelenebilir.

Suriye'nin Kuzeydoğusuna İlişkin Türkiye- ABD Ortak Açıklaması: [https://www.tccb.gov.tr/basin-aciklamalari/365/111163/suriye-nin-kuzeydogusuna-iliskin-turkiye-abd-ortak-aciklamasi\\_](https://www.tccb.gov.tr/basin-aciklamalari/365/111163/suriye-nin-kuzeydogusuna-iliskin-turkiye-abd-ortak-aciklamasi_) erişim tarihi 15.08.20

Türkiye- Rusya Federasyonu Arasında Mutabakat Muhtırası: <https://www.bik.gov.tr/iste-turkiye-ve-rusya-arasinaki-mutabakat-muhtirasi/> veya <https://twitter.com/tcbestepe/status/1186716295208882177> erişim tarihleri 15.08.20

<sup>82</sup> ÇETİNKAYA Lokman B., *Safe Zone: A Response to Large-Scale Refugee Outflows and Human Suffering*, Springer, 2017. Güvenli bölge ile ilgili tafsilatlı bilgiler için bu kaynağa müracaat edilebilir.

<sup>83</sup> Türkiye - ABD Ortak Açıklaması 17 Ekim 2019'da yapılmış iken Türkiye Rusya Federasyonu Mutabakat Muhtırası da 22 Ekim 2019'da gerçekleştirilmiştir.

bir yükümlülük mü yoksa hukuki bir yükümlülük mü olduğunun tespiti-  
tidir. Bu sebeple her iki belgenin de içeriklerini incelemek elzemdir.<sup>84</sup>

Rusya ile akdedilen mutabakat muhtırası nazara alındığında met-  
nin MoU terminolojisini yoğun bir şekilde yansıttığı görülmektedir. Bu  
çerçevede 1. maddedeki "...bağlılıklarını teyit ederler." ve 2. maddedeki  
"...kararlılıklarını vurgularlar." gibi ifadeler<sup>85</sup> genel olarak tarafların  
hukuki yükümlülükler doğurmak istemedikleri metinlerde yer veril-  
mektedir. Yine aynı şekilde, belgenin ortak dil olarak yazılan İngilizce-  
sinde bulunduğu ifadeyle, taraflara gelecekte yapmak ile yükümlü  
oldukları şeyleri yapacaklarını ifade eden kelime olarak, andlaşmalarda  
yer bulan "shall" kelimesi yerine, daha ziyade mutabakat muhtıraların-  
da bulunan ve bu minvalde taraflar için hukuki yükümlülükler değil  
fakat -siyasi yahut değil- yalnızca birtakım yükümlülükler yükleyen  
"will" kelimesine yer verilmiştir. Bu kullanım farklılığı, belgenin Türk-  
çesinde, gelecek zaman ifadesindeki değişikliğin oluşmaması sebebiyle  
anlaşılmamaktadır.

Taraflar bu belgenin bir muhtıra/memorandum olduğunu metin-  
de, 9. maddede ifade etmişlerdir. Belgenin geneline bakıldığında taraflar  
ortak niyetlerini açıklamakta ve bölge üzerinde iş birliğinde bulunacak-  
larını bildirmektedirler. Belge incelendiğinde andlaşma terminolojisinin  
kullanılmak istenmediği ve bu yolla taraflar için belgeden doğacak hu-  
kuki yükümlülüklerin önüne geçilmek istendiği anlaşılmaktadır. Nite-  
kim bu belgenin taraflarca akdedilmesinden sonra her iki devlet de bu  
anlaşmayı, ulusal hukuklarındaki andlaşmaların onaylanmasına ilişkin  
prosedürden geçirmemiştir.

ABD ile akdedilen ortak bildiriye bakıldığında ise birtakım farklı-  
lıklar göze çarpmaktadır. Her ne kadar, daha önce açıklandığı üzere,

<sup>84</sup> Bu kapsamda ortak belge olan İngilizce değil de yalnızca tarafların ulusal dillerinin  
esas alınması, çeviri yapılırken kelimelerdeki anlam kayıpları sebebiyle hukuki ni-  
teliği tespit konusunda birtakım zorlukların yaşanmasına neden olabilecektir. Ta-  
rafların, ilgili konuya göre tercih edecekleri ortak dilin, andlaşma içeriğini daha iyi  
yansıtılabileceği kanaati ile değişiklik gösterebileceği ve İngilizce haricinde bir dilin  
de kullanılabileceği göz ardı edilmemelidir. . Andlaşma ve MoU terminolojisindeki  
kelimelerin farklılığına ilişkin bir tablo için bkz: Aust, *Modern Treaty Law*, s. 31.

<sup>85</sup> Bu ifadeler İngilizce belgedeki ifadeleriyle "commitment" ve "determination" ola-  
rak yer almaktadır.

siyasi yükümlülükler yüklenmeyi ifade eden “commitment” ifadesi belgenin birçok yerinde bulunmakta ise de, belgenin metninde andlaşma terminolojisinde kullanılan ifadeler de yer almaktadır. Nitekim belgenin geneline MoU terminolojisi hâkim olsa da güvenli bölgenin gerekliliği ve YPG'nin elindeki ağır silahların toplanmasına ilişkin 9. madde ile ABD'nin Türkiye'ye uygulamış olduğu yaptırımları kaldıracağına ilişkin 12. maddede kullanılan terimler andlaşmalarda kullanılan terimlerdir.<sup>86</sup>

Belgedeki hükümlerde bulunan terimlerin birbirleriyle uyumlu kullanılmaması, tarafların bu hükümler için hukuki yükümlülükler doğurup doğurmak istemedikleri sorusunu gündeme getirmektedir. Nitekim yukarıda belirtilen ifadeler ve tarafların bu anlaşmayı andlaşmaların onaylanması prosedüründen geçirmemesi, tarafların bu belgeyi andlaşma olarak akdetmek niyetinde olmadıklarını ifade etse de, yaptırımların kaldırılmasına ilişkin maddeye bakıldığında, bu maddenin metnin esasını teşkil eden konudan ayrı olarak değerlendirilmesi daha yerinde görünmektedir.

Daha önce ifade edildiği üzere, bir belge üzerinde hukuki yükümlülükler doğuran hükümler bulunabileceği gibi doğurmayan ifadelerin yer alması da mümkündür. Bu durumda belgenin geneline yayılan niyetin tespiti gerekmektedir. ABD ile yapılan ortak açıklamada, tarafların hukuki yükümlülükler oluşturmak istemedikleri, genel terminolojiden ve tarafların daha sonra takındıkları tavırdan anlaşılmaktadır. Ancak yaptırımların kaldırılmasına ilişkin cümlede kullanılan ifade, andlaşmalarda kullanılan ifade olduğundan ve belgenin geri kalanından ayrı bir terimin kullanılmasının<sup>87</sup> böyle bir kullanımın özellikle tercih edildiği şeklinde yorumlanması mümkün olduğundan, bu cümle özelinde tarafların hukuki yükümlülükler doğurmak istedikleri söylenebilir. Bu se-

<sup>86</sup> 9. maddede tarafların uzlaşısının ifadesi olarak MoU'larda kullanılan “accept, decide veya approve” gibi ifadeler değil, andlaşmalarda kullanılan “agree” ifadesi kullanılmıştır. 12. maddede “agree” kullanılmış ve maddenin sonunda yaptırımların kaldırılacağına ilişkin ifade siyasi yükümlülüğü ifade eden “will” kelimesiyle değil, andlaşmalarda bulunan ve daha çok hukuki yükümlülüğü ifade eden “shall” kelimesi ile kullanılmıştır.

<sup>87</sup> Belgenin birçok yerinde “will” ifadesine yer verilmişken, hukuki yükümlülük doğurduğu ifade edilen ve andlaşmalarda kullanılan “shall” ifadesi yalnızca 12. maddede kullanılmıştır.

beple ABD ile akdedilen belgeye genel anlamda bir andlaşma demek mümkün olmasa da, hukuki yükümlülükler doğuran maddelerin varlığı göz ardı edilmemelidir.

### B. Türkiye'nin Libya ile Akdettiği Belgeler

Türkiye Kasım 2019'da Libya ile Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası ile Güvenlik ve Askerî İş birliği Mutabakat Muhtıraları imzalamıştır. Suriye üzerinde güvenli bölge oluşturulmasına ilişkin Rusya ve ABD ile yapılan anlaşmalarda yalnızca tarafların hukuki yükümlülük doğurmak niyetleri olup olmadığı hususu tartışmalı idi. Libya özelinde ise öncelikle tarafların devleti temsil yetkileri incelenecek, daha sonra akdedilen belge üzerinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Libya'daki iç karışıklıklar neticesinde iki hükümetin ülke üzerinde kontrolde bulunduğu bilinmektedir. Bunlardan biri Türkiye'nin ilgili belgeleri akdettiği Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti iken diğeri Temsilciler Meclisidir. Temsilciler Meclisi, Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti'nin andlaşma akdetme yetkisi olmadığını ifade etmekte ve bu sebeple Libya'nın bu belgeler ile bağlı olmadığını iddia etmektedir. Halbuki Ulusal Mutabakat Hükümeti, Birleşmiş Milletler tarafından tanınan ve desteklenen bir hükümettir.<sup>88</sup> Bu anlamda uluslararası hukukta geniş bir yelpazede meşru hükümet olarak tanınmaktadır.<sup>89</sup> Meşru hükümetin akdettiği belgeler ile ise devlet bağlıdır. Bu sebeple, Türkiye'nin ilgili belgeleri imzaladığı Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti'nin Libya Devleti'ni temsil etmek hususunda yetkisi mevcuttur.

Taraflar ilgili belgelere, mutabakat muhtırası ismini vermişlerdir. Türkiye, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin muhtırayı, muhtıranın 3. maddesi uyarınca<sup>90</sup> Birleşmiş Milletler Sekretaryasına,

<sup>88</sup> United Nations Security Resolution 2259.

<sup>89</sup> İlgili hükümetlerin tanınmasına ilişkin teoriler ve Ulusal Mutabakat Hükümeti'nin meşru hükümet olarak uluslararası hukukta yerini almasına dair daha geniş bilgi için bkz: YÜKSEL Cüneyt, BARAN Deniz, "Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi", Public and Private International Law Bulletin, (2020) 40(1), ss. 519-556.

<sup>90</sup> "Yürürlüğe girişini takiben işbu Mutabakat Muhtırası, Birleşmiş Milletler Şartı madde 102 uyarınca Birleşmiş Milletler Sekretaryasına kayıt için bildirilecektir."

kaydedilmesi için göndermiştir.<sup>91</sup> Türkiye, bu mutabakat muhtıralarını, andlaşmaların onaylanmasına ilişkin prosedürden geçirmiş ve bu belgeler 6 Aralık 2019 ve 25 Aralık 2019 tarihlerinde yürürlüğe girerek Resmi Gazete’de yayınlanmışlardır.<sup>92</sup> Resmi Gazete’deki ifadelerinde de belgelerin isimleri “mutabakat muhtırası” olarak geçmektedir. BM Sekreteryası 30 Eylül 2020 tarihinde andlaşmayı tescil etmiştir.<sup>93</sup>

Her ne kadar uluslararası hukukta mutabakat muhtırası ifadesi ağırlıklı olarak ve süreklilik arz edecek bir tutarlılıkta tarafların politik niyet beyanlarını, ortak açıklamalarını, bildirimlerini, siyasi taahhütlerini belirttikleri belgeler olsa da, daha önce de ifade edildiği üzere bir belge ne şekilde isimlendirilirse isimlendirilsin, andlaşmaların unsurlarına sahip ise bir andlaşmadır. Bu sebeple isimlendirme hukuki niteliği tespit için bir yol gösterici ise de, önem arz eden ve öncelikli olan tarafların niyetini tespit etmektir. Türkiye’nin BM Sekreteryasına kayıt için göndermesi ve her iki muhtırayı da andlaşmaların onaylanmasına ilişkin iç hukuktaki prosedüründen geçirmesi, bu belgeleri taraflar için hukuki bağlayıcılık oluşturmak amacıyla bir uluslararası andlaşma olarak akdetmek niyetinde olduğunu göstermektedir.

Deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin mutabakat muhtırasının metnine bakıldığında, andlaşmalar akdedilirken kullanılan, diğer ifadelerin kullanımlarından farklılıklarının yukarıda izah edildiği, “agree”, “shall” ve “done” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerin, zaten az sayıda hükümlerden oluşan muhtıranın kilit yerlerinde kullanılması ve hukuki yükümlülükler doğurmaması için kullanılan ifadelere bu muhtırada yer verilmemiş olması, tarafların hukuki yükümlülükler

<sup>91</sup> <https://undocs.org/A/74/727> erişim tarihi 08.09.20

<sup>92</sup> Deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin muhtıranın “Yürürlüğe Giriş” kenar başlıklı 6. maddesinde ilgili muhtıranın, yürürlüğe girmesi için gerekli iç yasal usullerini tamamlandığını tarafların birbirlerine diplomatik yollarla bildirdiği son yazılı bildirim alındığı tarihte yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Ayrıca Libya’nın askeri ve güvenliğe ilişkin muhtırayı iç hukukunda yürürlüğe soktuğuna ilişkin bkz: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50866407> erişim tarihi 09.09.20.

<sup>93</sup> 56119 tescil numaralı belgeye ulaşmak için bkz: [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028056605a&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028056605a&clang=_en) erişim tarihi: 02.03.2021.

altına girmek niyetiyle bu belgeyi akdettiklerini ortaya koymaktadır.<sup>94</sup> Taraflar, muhtıranın yorumlanması ve uygulanmasından doğan herhangi bir uyuşmazlığın varlığı durumunda, BM Şartı md.33 uyarınca karşılıklı anlayış ve iş birliği ile diplomatik yolları kullanarak uyuşmazlığı çözmek hususunda karara varmışlardır. Uyuşmazlık çözüm yolu olarak diplomatik çözüm yolları dışında bir hükmün bulunmayışı, daha çok mutabakat muhtıralarında kendisini göstermektedir.

Güvenlik ve askerî iş birliğine ilişkin mutabakat muhtırasına bakıldığında, kullanılan terimlerin bir önceki paragrafta zikredilenler ile paralellik gösterdiği yani ağırlıklı olarak andlaşmalara ilişkin terimlerin kullanıldığı göze çarpmaktadır. BM Sekreteryasına kayıt öngörülmemiştir; nitekim daha sonra taraflardan herhangi biri de kayıt için bildirimde bulunmamıştır. Bu muhtırada dikkat çeken husus uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir. Deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında bahsedilen diplomatik çözüm yolları bu muhtırada da öngörülmüş, ayrıca tarafların herhangi bir üçüncü tarafa, ulusal veya uluslararası mahkemeye başvurmayacağı kararlaştırılmıştır. Bu muhtırayı da Türkiye iç hukukunda andlaşmaların onaylanmasına ilişkin prosedürden geçirmiş ve yürürlüğe koymuştur.

Her iki muhtırada da incelenen unsurlarda yeknesaklık mevcut değildir. Şöyle ki; metin üzerinden yapılan incelemede, kullanılan terimler andlaşma terminolojisine yakınlık gösterse de, özellikle uyuşmazlıkların çözümüne dair öngörülen usul sebebiyle tarafların hukuki yükümlülüklerden kaçınmak istedikleri intibai uyanmaktadır. BM Sekreteryasına kayıt niyetin tespiti için bir ipucu olabilmektedir; muhtıralardan birinde kayıt öngörülmüşken diğerinde kaydedilmesine dair bir hüküm olmadığı gibi, kaydedilemezliğe ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır. Bu sebeplerle belgelerin hukuki niteliğini tespit etmek güç gözükmekte, tarafların niyetleri tam anlaşılammamaktadır. Her ne kadar ilgili bu iki muhtıra yukarıda açıklanan kimi nitelikleri itibariyle andlaşmanın unsurlarını karşılamıyor gibi gözükse de taraflar, ilgili belgeleri andlaşmaların onaylanmasına ilişkin prosedürden geçerek yürürlüğe sokmuş ve

<sup>94</sup> Ayrıca bu muhtırada anlaşılan her bir hüküm başlığı "article" olarak anılmıştır; bu ise andlaşma kullanımına uygundur, mutabakat muhtıralarında bunlara daha ziyade "paragraph" denilmektedir.



bu belgeleri andlaşma niyetiyle akdettiğini resmi bir şekilde ortaya koymuşlardır; bu sebeple bu muhtıralar hukuki olarak tarafları bağlayıcıdır.

### SON SÖZ YERİNE

Uluslararası hukuk kişileri arasında yapılmış anlaşmalar hem hukuki hem siyasi yükümlülüğe ilişkin unsurları bünyelerinde barındırabilir. Uluslararası hukuk kişilerinin birbiriyle olan etkileşimleri günümüzde doruk noktaya ulaşmıştır ve bu ilişkilerin önemli bir kısmı hukuki bağlayıcılığı olmayan belgeler aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu durum ise uluslararası hukukta akdedilen belgelerin hukuki niteliğinin tespitinin önemini ortaya koymaktadır. Anlaşmalar ile andlaşma teşkil etmeyen mutabakat muhtıraları arasındaki farklılara hâkim olunmasının gerekliliği, çalışmada incelenen Türkiye'nin yakın zamanda akdettiği belgeler göz önüne alındığında, somut olarak ortaya çıkmaktadır; zira aynı isimlendirmeye sahip olmasına rağmen belgelerin hukuki nitelikleri farklı olabilir. İlgili metin üzerindeki her bir kriter hukuki nitelik tespitinde tarafın niyetini belirlemek için bir ipucu olabildiğinden, uluslararası hukuk kişileri akdettikleri belgelerin terminolojisine ve niyetlerini daha açık bir şekilde ortaya koyabilmek adına isimlendirmesine dikkat etmelidirler zira belgenin hukuki niteliği; ilgili belgenin ihlali ve sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi hâlinde, taraflar için sorumluluğun doğup doğmayacağını belirleyecektir.

BM Sekreteryasında kaydedilebilirliğe, iç hukuktaki yürürlüğe ilişkin hükümler, belge metninde kullanılan terimler ve uyuşmazlıkların ne şekilde çözümleneceğine dair tarafların niyetleri, bizlere tarafların ne tür bir yükümlülük altına girmek istedikleri yönünde ipuçları vermektedir. Yalnızca bu unsurlardan her biri dikkatle inceledikten sonra hukuk kişilerinin niyetleri ve sonuç olarak aralarındaki belgelerin hukuki niteliği tespit edilebilir. Bu sebeple devletler arasında akdedilmiş her belgeye “andlaşmadır” demek yahut her belgenin taraflar üzerinde hukuki yükümlülükler doğurduğunu ifade etmek doğru olmaz. Uluslararası hukukta birtakım belgelerin, tarafların yalnızca bir uzlaşısı ve siyasi taahhütleri niteliğinde olduğu dikkate alınmalı ve belgelere bu gözle bakılmalıdır.

## KAYNAKLAR

- ACER, Yücel., KAYA İbrahim, Uluslararası Hukuk, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- AKSAR, Yusuf, Temel Belgeler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Seçkin, Ankara, Şubat 2017.
- AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk 1, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- AUST, Anthony, Modern Treaty Law and Practice, 3. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- AUST, Anthony, "The Theory and Practice of Informal International Instruments", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 35, No. 4, ss. 787-812.
- BARAN, Deniz, Çok Uluslu Şirketlerin Uluslararası Hukuk Kişiliği, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- CASSESE, Antonio, International Law, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- ÇETİNKAYA Lokman B., Safe Zone: A Response to Large-Scale Refugee Outflows and Human Suffering, Springer, 2017.
- DEMİREL, Naim, Uluslararası Hukukun Kaynakları, İstanbul, Der Yayınları, 2019.
- FITZMAURICE, Malgosia, "The Practical Working of The Law of Treaties" (s.166-201), International Law, ed. Malcolm D. Evans, 4. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 16. Baskı, Ekin, Bursa, Temmuz 2019.
- HAMİD, Abdul Ghafur, Public International Law A Practical Approach, 3. Baskı, Thomson Reuters Malaysia, Selangor, 2011.
- HILLIER, Timothy: Public International Law, Cavendish Publishing, London, 1994.
- JENNINGS, Robert., WATTS, Arthur, Oppenheim's International Law Volume 1 Peace, 9. Baskı, London; New York, Longman, 1992.
- KAYA, İbrahim, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, Şubat 2016.

- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri – 1.Kitap, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- SCHACHTER, Oscar, “The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements”, The American Journal Of International Law, Vol. 71, No. 2, ss. 296-304.
- SHAW, N. Malcolm, International Law, 8. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- SINCLAIR, Sir Ian, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Baskı, Manchester University Press, Manchester, 1984.
- SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 13. baskı, Beta, İstanbul, 2019.
- YÜKSEL, Cüneyt., BARAN, Deniz, “Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi”, Public and Private International Law Bulletin, (2020) 40(1), ss. 519-556.

## KARARLAR

- Cameroon v. Nigeria, Judgment of 10 October 2002.
- Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996.
- Case Concerning The Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), Judgment of 3 February 1994.
- Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion of March 3rd 1950.
- Interpretation of Peace Treaties With Bulgaria, Hungary and Romania, (Second Phase), Advisory Opinion of July 18th, 1950.
- Nuclear Test Case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974.
- Qatar v. Bahrain (Jurisdiction and Admissibility), Judgment of 1 July 1994.
- Qatar v. Bahrain, Judgment of 15 February 1995.

Reperations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Organs, Advisory Opinions of 11 April 1949.

Temple of Preah Vihear (Preliminary Objections), Judgment of 26 May 1961.

The Case of the S.S. <Lotus>, Series A., No. 10, September 7th 1927.

## RAPORLAR

British Yearbook of International Law, Volume 50, 1979.

British Yearbook of International Law, Volume 71, 2000.

ICJ Reports 1978.

ILC Report, Yearbook of the International Law Comission, 1962, Vol. II.

ILC Report, Yearbook of the International Law Comission, 1965, Vol. II.

ILC Report, Yearbook of the International Law Comission, 1966, Vol. II.

## ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Kuzeydoğu Suriye'ye İlişkin Türkiye-ABD Ortak Açıklaması  
<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/united-states-turkey-agree-ceasefire-northeast-syria/>

Türkiye-Rusya Federasyonu Arasında Mutabakat Muhtırası  
<http://en.kremlin.ru/supplement/5452>

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Devleti Ulusal Mutabakat Hükümeti Arasında Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası  
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf>

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Devleti Ulusal Mutabakat Hükümeti Arasında Güvenlik ve Askerî İş Birliği Mutabakat Muhtırası  
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191226-3.pdf>

Treaties and Memoranda of Understanding, Guidance on Practice and Procedures  
<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/sy>

stem/uploads/attachment\_data/file/293976/Treaties\_and\_MoU\_Guidance.pdf



## ARAZİ MÜLKİYETİNİN KAPSAMINA İLİŞKİN “CUIUS EST SOLUM İLKESİ”NİN BİR İSTİSNASI: TÜRK HUKUKUNDA MADEN MÜLKİYETİ

Dr. Öğr. Üyesi Özkan ÖZYAKIŞIR\*

### Öz

Cuius est solum ilkesi, arazi mülkiyetinin kapsamına ilişkindir. Roma hukuku kaynaklı bu ilkeye göre, bir arazinin maliki, sadece zeminin (toprağın) değil, zeminden yukarı doğru göklere ve aşağı doğru dünyanın merkezine kadar her şeyin sahibidir.

Günümüzde, teknolojik gelişmeler karşısında, cuius est solum ilkesinin istisnasız bir şekilde uygulanması düşünülemez. Misal, Türk Medeni Kanunu m. 718/II'de, arazinin yatay ve dikey sınırları içinde bulunan unsurların arazi mülkiyetinin kapsamında olduğu, “yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere” kabul edilmiştir.

Madenler, Türk kanun koyucusu tarafından arazi mülkiyetinin kapsamı dışında bırakılan unsurlardan biridir. Maden Kanunu m. 4'e göre, “Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir.”

### Anahtar Kelimeler

Cuius Est Solum İlkesi • Arazi Mülkiyetinin Kapsamı • Arazinin Yatay ve Dikey Sınırları • Maden • Maden Mülkiyeti

\* Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Afyonkarahisar, Türkiye | Asst. Prof., Afyon Kocatepe University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Afyonkarahisar, Turkey.

✉ ozyakisirozkan@gmail.com • ORCID 0000-0002-1401-9891

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZYAKIŞIR Özkan, “Arazi Mülkiyetinin Kapsamına İlişkin “Cuius Est Solum İlkesi”nin Bir İstisnası: Türk Hukukunda Maden Mülkiyeti”, SÜHFD., C. 29, S. 3, 2021, s. 1659-1692.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## AN EXCEPTION OF THE “CUIUS EST SOLUM PRINCIPLE” REGARDING THE SCOPE OF LAND PROPERTY: MINING OWNERSHIP IN TURKISH LAW

### Abstract

The principle of cuius est solum relates to the scope of land ownership. According to this principle originating from Roman law, the owner of a land owns both the plot of land, and everything from the ground up to the sky and down to the centrosphere.

Nowadays, considering the technological developments, the application of this principle without exception is unthinkable. For example, in the Turkish Civil Code art. 718 / II, it is accepted that the elements within the horizontal and vertical borders of the land are within the scope of the land ownership, "without prejudice to the legal restrictions".

Mines are one of the elements excluded from the scope of land ownership by the Turkish legislation. According to Article 4 of the Mining Code, "The mines are under the jurisdiction and disposal of the State and are not subject to the ownership of the land they are in."

### Key Words

Cuius Est Solum Principle • Scope of Land Ownership • Horizontal and Vertical Boundaries of the Land • Mining • Mining Ownership

## GİRİŞ

Roma hukuku kaidelerinden biri olan “*cuius est solum ilkesi*”, arazi mülkiyetinin kapsamına ilişkindir. Roma hukukunda “*cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos*”<sup>1</sup> olarak ifade edilen bu ilkeye göre,

---

<sup>1</sup> Söz konusu ifadenin, glossator Franciscus Accursius’a ait olduğu yönünde bkz. COOPER, Copp John, “International Air Law, Roman Law and The Maxim Cuius Est Solum In International Air Law”, McGill Law Journal, Vol: 1, 1952, s. 41, <https://studylib.net/doc/8735755/international-air-law---mcgill-law-journal> (E.T. 11.01.2021); SMITH, D.E., “The Origins of Trespass to Airspace and the Maxim “Cuius est Solum Eius Est Usque ad Coelum””, The Trent Law Journal, Volume: 6, 1982, s. 36; LACHS, Manfred, (Academie De Droit International), Recueil Des Cours, 1964/III, Volume 113, 1966, s. 34, dn. 25; KLEIN, Herbert David, “Cuius Est Solum Eius Est...Quousque Tandem”, Journal of Air Law and Commerce, Volume 26, Issue 3, Article 2, 1959, s. 237; <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199664924.001.0001/acref-9780199664924-e-4660> (E.T. 11.01.2021); Glossator Franciscus Accursius hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. COOPER, s. 41, dn. 60; KLEIN, s. 242; TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, “Glossator’lar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmala-



bir arazinin maliki, sadece zeminin (toprağın) değil, zeminden yukarı doğru göklere ve aşağı doğru dünyanın merkezine kadar her şeyin sahibidir<sup>2</sup>. Buna göre, arazi mülkiyeti, sınırsız olarak üstündeki hava sahası<sup>3</sup> ile altındaki tüm katmanları kapsar ve buralarda bulunan tüm unsurlar, arazi malikinin mülkiyetindedir<sup>4</sup>.

Söz konusu ilke, aynı zamanda malikin, arazisinden ne ölçüde faydalanabileceğine ilişkin esası da ortaya koymaktadır<sup>5</sup>. Zira cuius est solum ilkesi gereğince, malikin, arazisi üzerinde aşağı ve yukarı doğru sınırsız bir tasarruf hakkı bulunmaktadır<sup>6</sup>. O halde, malik, arazisinin üzerinde ve altında dilediği yapıyı yapma ve kazı faaliyetinde bulunma hakkına sahiptir. Ayrıca malikin, bu alanlara yönelik saldırılara karşı koyma yetkisi de bulunmaktadır<sup>7</sup>.

---

rı Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Cilt: 23, Sayı: 3, Yıl: 2017, s. 64 vd.; Söz konusu ilkenin tam olarak Roma hukukuna ait bir ilke olduğunun söylemeyeceği, ilkenin daha çok İngiliz hukukçu Sir William Blackstone tarafından mutlak şekilde savunulduğu ve görünür kılındığı hususunda bkz. SPRANKLING, John G., “Owning The Center Of The Earth”, *Ucla Law Review*, 55(4), April 2008, s. 983, 985; İlkenin, eski Yahudi hukuku kaynaklı olabileceği yönünde bkz. ABRA-MOVITCH, Yehuda, “The Maxım “Cujus Est Solum Ejus Usque Ad Coelum” as Applied in Aviation” *McGill Law Journal*, 4(8), 1962, s. 253, 254.

<sup>2</sup> Bu konuda bkz. BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Book the Second-Chapter the Second, s. 18, [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/blackstone\\_bk2ch2.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk2ch2.asp) (E.T. 11.01.2021); BRADBROOK, Adrian John, “The Relevance Of The Cujus Est Solum Doctrine To The Surface Landowner’s Claims To Natural Resources Located Above And Beneath The Land”, *Adelaide Law Review*, 11(4), 1988, s. 462; SPRANKLING, s. 980-981; SMITH, s. 33; ABRA-MOVITCH, s. 247, KLEIN, s. 238; Ayrıca bkz. COOPER, s. 26, 27; LACHS, s. 34.

<sup>3</sup> Roma hukukundaki bu ilkeye göre, arazi yüzeyinin üstündeki hava sahasının tamamı, yüzey ile aynı hukukî statüye sahiptir. Dolayısıyla arazi maliki, üstündeki hava sahasının tamamına da maliktir. O hâlde, kamu malı niteliğindeki arazilerin üstündeki hava sahasının tamamı da kamu mülkiyetindedir. Bkz. COOPER, s. 30; ABRA-MOVITCH, s. 253; KLEIN, s. 241.

<sup>4</sup> SPRANKLING, s. 986; COOPER, s. 49-50.

<sup>5</sup> BRADBROOK, s. 462.

<sup>6</sup> Cuius est solum ilkesi gereğince malik, arazisinin üstünde istediği yükseklikte bir bina inşa edebilir. Bu yükseklik, “gökyüzüne kadar” şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. COOPER, s. 33, 43; SMITH, s. 35; Ayrıca bkz. BRADBROOK, s. 462.

<sup>7</sup> ŞİMŞEK, Suat, “Taşınmaz Mülkiyetinin Dikey Kapsamı: Anayasa Mahkemesinin Kamulaştırma Kanunu ile İlgili K. 2015/49 Sayılı İptal Kararının Eleştirisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 109, Eylül 2015, s. 71; Bu yetkiler, modern hukukta da

Cuius est solum ilkesi, teknolojinin ilerlemesine paralel olarak - özellikle havacılık ve yer altı faaliyetlerinde yaşanan gelişmeler karşısında- istisnasız uygulama alanına sahip bir kaide olmaktan çıkmıştır<sup>8</sup>. Günümüzde, söz konusu ilkeye ilişkin önemli sınırlamalar kabul edilmiştir. Bunlardan biri de madenler hakkındadır<sup>9</sup>. Türk hukukunda madenler, yer aldığı arazi mülkiyetinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bir başka ifadeyle, arazi maliki, arazisinde bulunan maden(ler) üzerinde mülkiyet hakkına sahip değildir. Arazi, özel mülkiyete tabi olsa da, içinde bulunan maden(ler), devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası<sup>10</sup> m. 168; 3213 sayılı Maden Kanunu<sup>11</sup> m. 4).

Çalışmamızda, arazi mülkiyetinin kapsamına ilişkin cuius est solum ilkesinin bir istisnası olarak Türk hukukunda maden mülkiyeti incelenmiştir. Çalışmanın giriş kısmında, cuius est solum ilkesi hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra, söz konusu ilkenin Türk hukukundaki yansımaları hakkında açıklamalara yer verilmiştir. Bu bağlamda, arazi mülkiyetinin kapsamı ele alınmıştır. Burada arazi mülkiyetinin maddi kapsamı üzerinde ayrıca durulmuştur. Nihayetinde, Türk hukukunda maden mülkiyeti inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda, maden kavramı tanıtılmış ve maden üzerinde mülkiyet hakkına ilişkin açıkla-

---

malike verilmiştir. Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 20. Bası, İstanbul, Ekim 2017, s. 477; SPRANKLING, s. 1004; KESKİN, A. Dilşad/ DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan, Medeni Hukuk-II (Eşya Hukuku- Miras Hukuku), Ankara, Kasım 2018, s. 110; ancak malikin bu yetkileri, modern hukukta sınırlandırılmıştır. Genel olarak mülkiyet hakkı ve sınırlandırılması hakkında bkz. Aşağıda, IV, B, 1.

<sup>8</sup> Bu hususta bkz. SPRANKLING, s. 981; COOPER, s. 52.

<sup>9</sup> Aynı yönde bkz. ŞİMŞEK, Suat, "Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları", Sayıştay Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 92, Ocak 2014, s. 98; Roma hukukunda, Klasik Hukuk Dönemi'nde, arazi malikinden izin alınmadan arazide kazı yapılamayacağı kabul edilmişken; Iustinianus Dönemi'nde, elde edilen madenin onda birini arazi malikine, onda birini de Devlete vermek koşuluyla başkasının arazisinden maden çıkarılmasına izin verilmiştir. Bkz. SAYIN KORKMAZ, Bengi S., "Roma Hukuku'nda Mülkiyet Kavramı ve Mülkiyet Hakkına İlişkin Kısıtlamalar", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Temmuz 2019, s. 187.

<sup>10</sup> RG. 09.11.1982, Sa. 17863.

<sup>11</sup> RG. 15.06.1985, Sa. 18785.

malara yer verilerek konu hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Çalışma sırasında elde edilen malumat ve varılan kanaatler ise sonuç kısmında özet halinde yer almıştır.

## II. TÜRK HUKUKUNDA “CUIUS EST SOLUM İLKESİ”

Cuius est solum ilkesi, bir araziye malik olan kimsenin, o arazinin sadece zeminine değil, zeminden yukarı doğru göklere ve aşağı doğru dünyanın merkezine kadar her şeyin sahibi olduğunu ifade eder<sup>12</sup>. Bu ilke, daha çok arazinin zemininden tarım ve hayvancılık faaliyetleri için yararlanılan, zeminin üstünde küçük ölçekli yapıların inşa edildiği bir dönemde uygulama alanına sahiptir<sup>13</sup>. Nitekim benzer bir kural, Mecelle-î Ahkâm-ı Adliyye’de<sup>14</sup> de mevcuttur. Mecelle-î Ahkâm-ı Adliyye’nin 1194. maddesine<sup>15</sup> göre, arazi üzerindeki mülkiyet hakkı, zeminden yukarı ve aşağı doğru sınırsızdır. Malik, arazisinde dilediği yükseklikte bina inşa edebileceği gibi dilediği derinlikte kazı da yapabilir<sup>16</sup>.

Teknolojik gelişmeler, cuius est solum ilkesinin, Roma hukukundaki hâliyle günümüzde uygulanmasını imkânsız kılmıştır<sup>17</sup>. Ancak yine de söz konusu ilke, arazi mülkiyetinin kapsamının belirlenmesinde, birçok ülkenin medeni kanunu için model teşkil etmiştir<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Bkz. Yukarıda, I.

<sup>13</sup> Cuius est solum ilkesi, insanların, dünyanın içyapısı hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı bir dönemde benimsenmiş ve mutlak şekilde uygulanmıştır. Bu konuda bkz. SPRANKLING, s. 993; Ayrıca bkz. ABRAMOVITCH, s. 252.

<sup>14</sup> Mecelle-î Ahkâm-ı Adliyye hakkında bkz. AYDIN, Mehmet Âkif, “Mecelle-î Ahkâm-ı Adliyye”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye> (E.T. 19.01.2021); ONAR, Sıddık Sami, “İslâm Hukukunun Codification’u Mecelle”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 20, Sayı: 1-4, Yıl: 1955, s. 57.

<sup>15</sup> Mecelle-î Ahkâm-ı Adliyye’nin 1194. maddesi: “Kim ki, bir yere mâlik olursa, mâfevki-ne ve mâtahtına dahi mâlik olur. Yani, mülkü olan arsada istediği ebniyyeyi yapmak ve dilediği kadar çıkmak ve zemini hafr ile mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak, gibi tasarrufâta muktedir olur.”

<sup>16</sup> Bkz. KÖPRÜLÜ, Bülent, “Taşınmaz Mülkiyetinin Yatay ve Düşey Sınırlandırılmasına İlişkin Başlıca Hukuki Sorunlar”, s. 35, [https://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/K6TH\\_c8dba7d0df1c4a7\\_ek.pdf](https://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/K6TH_c8dba7d0df1c4a7_ek.pdf) (E.T. 05.01.2021); ONAR, s. 75.

<sup>17</sup> SPRANKLING, s. 981, 1001; ABRAMOVITCH, s. 269; KLEIN, s. 249.

<sup>18</sup> ABRAMOVITCH, s. 262; COOPER, s. 52; BRADBROOK, s. 463; SPRANKLING, s. 991, 992; Ülkemizde de bu ilke, esas itibariyle taşınmaz mülkiyetinin içeriğini belirleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 718 hükmünde karşılığını bulmuştur.

O dönemin şartları dikkate alınarak benimsenmiş olan cuius est solum ilkesi, teknolojinin özellikle havacılık ve yer altı faaliyetlerinde yarattığı gelişmeler karşısında, modern hukukta ancak sınırlandırılmış bir uygulama alanı bulabilmiştir<sup>19</sup>. Aksi hâlde, malik, arazisinin hava sahasından geçen uçuşlar üzerinde söz sahibi olurdu. Zira Roma döneminde, arazi üzerindeki mülkiyet hakkı, yukarı doğru sınırsız olarak uzanmaktadır<sup>20</sup>. Bu durumda, hava araçlarının uçuşu için, hava sahasından geçilen her bir arazi malikinden izin almak gerekirdi<sup>21</sup>. Ciddi maliyet gerektiren madencilik faaliyetleri gerçekleştirilemez; ülke ekonomisi için stratejik öneme sahip maden kaynaklarından faydalanılmazdı<sup>22</sup>.

Roma hukuku kaynaklı bu ilke, esas itibariyle taşınmaz mülkiyetinin içeriğini belirleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>23</sup> (TMK) m. 718 hükmünde karşılığını bulmuştur. Söz konusu hükümde, arazi mülkiyetinin kapsamı düzenlenmiştir<sup>24</sup>. TMK m. 718'e göre, "Arazi üzerindeki

<sup>19</sup> Bu hususta bkz. SPRANKLING, s. 981; COOPER, s. 52.

<sup>20</sup> Yukarı doğru sınırsızlık, "gökyüzüne kadar" veya "kişinin istediği kadar yüksek" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. COOPER, s. 43.

<sup>21</sup> Bu konuda bkz. ADAMS, Cecil, "Can I declare a "no-flight zone" over my house?", Feb 13, 1998, <https://www.straightdope.com/21342266/can-i-declare-a-no-flight-zone-over-my-house> (E.T. 11.01.2021); COOPER, s. 27, 55, 64; SPRANKLING, s. 1026; ABRAMOVITCH, s. 252.

<sup>22</sup> Madencilik faaliyetinin bu yönüne dikkat çeken ZARAKOLU'na göre, "semeresi zaman ve külfetle elde edilen maden işletmeleri kuvvetli sermayelerin işidir." Yazara göre bu sebeple Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü kurulmuş ve madenlerin aranması ve işletilmesi işini Devlet üstlenmiştir. Bkz. ZARAKOLU, Avni, "Türkiye'nin Maden ve Enerji Ekonomisinde Etibank", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 1958, s. 169; Ayrıca bkz. YILDIZ, Taşkın Deniz, "Türk Maden Mevzuatı Evriminde Madenlerin Mülkiyeti ve Rejimi", 23rd International Mining Congress & Exhibition of Turkey, Antalya, 16-19 Nisan 2019, s. 1962; MADEN MÜHENDİSLERİ ODASI, Madencilik Sektörü ve Politikaları Raporu, Mart 2011, s. 14; TOPALOĞLU, Mustafa, "Madencilikle İlgili Yasal Düzenlemelerdeki Küresel Eğilimler ve Türkiye Uygulaması" Bilimsel Madencilik Dergisi, Özel Sayı, 2018, s. 145.

<sup>23</sup> RG. 08.12.2001, Sa. 24607.

<sup>24</sup> Kenar başlığı "Taşınmaz mülkiyetinin içeriği" olmasına karşın TMK m. 718'de, arazi mülkiyetinin kapsamı düzenlenmiştir. Şöyle ki, TMK m. 704'te taşınmaz mülkiyetinin konusu, (1) Arazi, (2) Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, (3) Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak sayılmıştır. TMK m. 718 hükmü, TMK m. 704'te tahdidi olarak sayılan taşınmazlardan

mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar (f. 1). Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer (f. 2).” Hükümden de anlaşıldığı üzere, Türk hukukunda, cuius est solum ilkesinin uygulanması, “kullanmada yarar ölçüsü”<sup>25</sup> ve “yasal sınırlamalar” kriterleri ile sınırlandırılmıştır. Kanun koyucu, böylece, kamu menfaati ile arazi malikinin menfaatlerini bağdaştırmıştır<sup>26</sup>.

### III. ARAZİ MÜLKİYETİNİN KAPSAMI

#### A. Genel Olarak

Arazi kavramı, Türk Medeni Kanunu’nda tanımlanmamıştır<sup>27</sup>. Tapu Sicili Tüzüğü<sup>28</sup> (TST)’de arazinin tanımına yer verilmiştir. TST m. 9’a göre, “Arazi, sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır. Arazinin tapu siciline kaydı, özel kanun hükümlerine tâbidir.” O hâlde, Tapu Sicil Tüzüğü’ne göre, bir yeryüzü parçasının arazi olarak nitelendirilebilmesi için, hukukî ve geometrik yöntemlerle sınırlarının

---

sadece arazinin kapsamını düzenlemiştir. Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 467; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2016, s. 328; AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İkinci Kitap Mülkiyet, İkinci Bası, Ankara, 1973, s. 158.

<sup>25</sup> Kullanmada yarar ölçüsü, arazi mülkiyetinin dikey kapsamını belirler. Bkz. ŞİMŞEK, Taşınmaz, s. 69, 72; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 477; EREN, s. 338; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 110; Arazi mülkiyeti kapsamının, malikin faydalanabileceği yere kadar devam ettiğini belirtmek için kullanılan bu ölçüte, “yarar (menfaat) kriteri” denir. Bkz. ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Ekim 2017, s. 313; Yarar kriteri, bütün durumlar için kesin sınırlar çizmemize yarayan bir ölçüt sunmamaktadır. Bkz. TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atilla, Eşya Hukuku, Cilt I, Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, 1989, s. 245; bu kriter bağlamında arazi mülkiyetinin dikey kapsamının belirlenmesinde dürüstlük kuralının önemi hakkında bkz. KÖPRÜLÜ, s. 37.

<sup>26</sup> AKİPEK, Eşya, s. 168; Anayasa Mahkemesi, T. 21.06.1989, E. 1988/34, K. 1988/26: “... Mülkiyet hakkının sınırlandırılması, Anayasa’da özel olarak düzenlenmiştir. Demokratik toplum kurallarına aykırı olmayan, toplum yararı ile bireyin yararını dengeleyen bir sınırlandırma hukuk devleti ilkesine uygun olacaktır...” Karar için bkz. RG. 05.12.1989, Sa. 20363; Aynı yönde bkz. SPRANKLING, s. 981; EREN, s. 23.

<sup>27</sup> EREN, s. 201-202; AKİPEK, Eşya, s. 93; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 159; KÖPRÜLÜ, s. 34.

<sup>28</sup> RG. T. 17.08.2013, Sa. 28738.

belirlenmiş olması şarttır. Bu sebeptendir ki, doktrinde<sup>29</sup> arazi tanımlanırken “sınırlarının belirlenmiş olması” unsuru özellikle vurgulanmaktadır<sup>30</sup>.

Arazi sınırlarının belirlenmesi hem kadastronu yapılmış hem yapılmamış yerlerde mümkündür<sup>31</sup>. Kadastronu yapılmış yerlerde, arazi sınırları, kadastro planına dayanır<sup>32</sup>. Taşınmaz malların sınırlarının ve hak sahiplerinin belirlenmesi, 3402 sayılı Kadastronu Kanunu<sup>33</sup> m. 7 çerçevesinde gerçekleştirilir. Kadastronu, taşınmazın türünü, yüzölçümünü ve sınırlarını fennî ve geometrik yöntemlerle belirlemek suretiyle plana bağlama faaliyetidir<sup>34</sup>. Nihayetinde, kadastronu, taşınmazın geometrik ve hukukî durumunu göstermektedir<sup>35</sup>. Kadastronu yapılmamış bir yerde bulunan arazinin sınırlarının belirlenmesinde ise, 2644 sayılı Tapu Kanunu<sup>36</sup> m. 30 uygulanır<sup>37</sup>. Söz konusu hükme göre, plan ve resmi ölçüm bulunmayan taşınmazlarda eskiden beri bilinen ve belirli olan sınıra itibar edilir. Görüldüğü üzere, kadastronu yapılmış olsun veya olmasın arazi sınırlarının belirlenmesinde, arazinin yatay kapsamı esas alınmaktadır. Zira bir arazinin yatay kapsamı, o arazinin sınırları içerisinde kalan zeminin tamamını ifade eder<sup>38</sup>. TST m. 9’da da, “Arazi, sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır.” şeklinde ifade edilerek arazinin yatay kapsamı esas alınmak suretiyle arazi kavramı

<sup>29</sup> Doktrindeki arazi tanımı için bkz. EREN, s. 202; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 244, 245; AKİPEK, Eşya, s. 93.

<sup>30</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 159; Aynı yönde bkz. AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Eşya Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul, Eylül 2018, s. 457; KÖPRÜLÜ, s. 34.

<sup>31</sup> EREN, s. 331-333; AKİPEK, Eşya, s. 92-93, 159; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 109; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 159; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 457.

<sup>32</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 159; EREN, s. 330; AKİPEK, Eşya, s. 92, 159.

<sup>33</sup> RG. T. 09.07.1987, Sa. 19512.

<sup>34</sup> Kadastronu kavramı için bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 271; EREN, s. 331; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 230; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 324; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 73.

<sup>35</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 230; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 324.

<sup>36</sup> RG. T. 29.12.1934, Sa. 2892.

<sup>37</sup> KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 109; EREN, s. 333; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 513; KÖPRÜLÜ, s. 39.

<sup>38</sup> AKİPEK, Eşya, s. 159; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 510.

tanımlanmıştır. Buna karşın doktrinde arazi, mevzuatta yer alan bu tanımdan daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır. Doktrinde<sup>39</sup> arazi, toprak parçasının sadece yatay değil, tüm boyutları ile kapladığı yer olarak tanımlanmaktadır. Buna göre arazi, sadece sınırları belirlenmiş zemini (yüzeyi) değil; yatay ve dikey boyutlu bir hacmi ifade etmektedir. Kanaatimizce, uygulama bakımından herhangi bir farklılık yaratmasa da, teorik açıdan “arazi” ile “arazi mülkiyetinin kapsamı” kavramlarının birbirinden ayrı değerlendirilmesi isabetli olur. Bizce, arazi mülkiyetinin kapsamı, araziye de içine alan daha geniş bir kavramı ifade eder<sup>40</sup>. Arazi kavramı, TST m. 9’da yer alan tanıma da uygun olarak, sınırları belirlenmiş zemin şeklinde tanımlanmalıdır. Arazi mülkiyetinin kapsamı ise, TMK m. 718 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir<sup>41</sup>. Söz konusu hükümlere göre, arazi mülkiyeti, sadece sınırları belirlenmiş zemini değil, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, zeminin üstündeki hava ve altındaki arz katmanları ile yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynakları da kapsar. Dolayısıyla arazi mülkiyetinin, “yatay”, “dikey” ve “maddi” kapsamı bulunmaktadır<sup>42</sup>.

Arazi mülkiyetinin yatay kapsamı, arazinin sınırları içerisinde kalan zeminin tamamını ifade eder<sup>43</sup>. Arazinin sınırları, yukarıda açıklandığı üzere, kadastro yapılmış yerlerde, kadastro planı; yapılmamış yerlerde Tapu Kanunu m. 30 uyarınca belirlenir. Kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, arazinin üstündeki hava ve altındaki arz katmanları, arazinin dikey kapsamını belirler. Buna göre, arazi maliki, zeminin üstündeki ve altındaki sahaya da, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, maliktir<sup>44</sup>. Arazi mülkiyetinin maddi kapsamı ise, arazinin yatay ve di-

<sup>39</sup> EREN, s. 202; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 244, 245; AKİPEK, Eşya, s. 93; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 457.

<sup>40</sup> Aynı yönde bkz. KÖPRÜLÜ, s. 34.

<sup>41</sup> Bkz. Yukarıda, dn. 24.

<sup>42</sup> EREN, s. 329; AKİPEK, Eşya, s. 159.

<sup>43</sup> Arazi mülkiyetinin yatay kapsamı için bkz. EREN, s. 329 vd.; AKİPEK, Eşya, s. 159 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 468 vd.; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 510 vd.; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 109.

<sup>44</sup> Arazi mülkiyetinin dikey kapsamı için bkz. ŞİMŞEK, Taşınmaz, s. 71, 72; EREN, s. 337 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 477 vd.; AKİPEK, Eşya, s. 168; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 516 vd.; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 109, 110.

key kapsamında yer alan şeylerden hangilerinin arazi mülkiyetine dâhil olduğudur<sup>45</sup>.

Çalışmamız, bilhassa özel mülkiyette bulunan arazide yer alan maden(ler)in hukukî durumu ve akıbeti hakkındadır. Dolayısıyla çalışma konumuz, arazinin maddi kapsamı ile alakalıdır. Arazinin yatay ve dikey kapsamı, bağımsız bir çalışma konusu olabilecek genişlikte olduğundan ve konumuzla doğrudan bir ilgisi bulunmadığından burada yatay ve dikey kapsam hakkındaki açıklamalarımıza son vermekteyiz. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında, konu, arazinin maddi kapsamı çerçevesinde ele alınmıştır.

### B. Arazi Mülkiyetinin Maddi Kapsamı

Arazi mülkiyetinin maddi kapsamı, arazi malikinin, arazisinin yatay ve dikey kapsamında bulunan şeylerden hangilerine malik olduğunu ifade eder. Asıl olan, malikin, arazisinin yatay ve dikey sınırları içerisinde kalan şeylerin tamamına malik olmasıdır. Ancak arazinin yatay ve dikey sınırları içerisinde yer almasına rağmen arazi mülkiyetinin maddi kapsamında sayılmayan şeyler de mevcuttur<sup>46</sup>.

Türk hukukunda arazi mülkiyetinin maddi kapsamının belirlenmesinde, TMK m. 684 vd. ile TMK m. 718 vd. hükümlerinden faydalanılır<sup>47</sup>. TMK m. 684 vd.'nda genel olarak mülkiyet hakkının kapsamı düzenlenmiştir. TMK m. 718 vd.'nda ise, özel olarak arazi mülkiyetinin kapsamı hüküm altına alınmıştır.

Genel olarak mülkiyet hakkının kapsamını düzenleyen TMK m. 684 vd.'ndan bütünleyici parça, doğal ürünler ve eklentinin arazi mülkiyetinin maddi kapsamında olduğu anlaşılmaktadır<sup>48</sup>. Şöyle ki, TMK m. 684/I'e göre, *“Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur.”* O hâlde, bütünleyici parça, arazi mülkiyetinin maddi kapsamına dâhildir. Zira söz konusu hüküm uyarınca arazi maliki, arazinin

<sup>45</sup> Arazi mülkiyetinin maddi kapsamı için bkz. EREN, s. 341 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 479 vd.; AKİPEK, Eşya, s. 171; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 519 vd.; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 110.

<sup>46</sup> Aynı yönde bkz. ŞİMŞEK, Kamu, s. 98.

<sup>47</sup> AKİPEK, Eşya, s. 171; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 480.

<sup>48</sup> AKİPEK, Eşya, s. 171; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 519.



bütünleyici parçalarına da maliktir. Bütünleyici parça, TMK m. 684/II'de tanımlanmıştır. Hükme göre, *“Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.”*<sup>49</sup> Bundan başka, arazide yetişen ürünler de arazi mülkiyetinin maddi kapsamında kabul edilir. TBK m. 685/I'e göre, *“Bir şeyin maliki, onun ürünlerinin de maliki olur.”* Eklenti<sup>50</sup> ise, kural olarak arazinin maddi kapsamındadır. Şöyle ki, eklenti, araziden bağımsız olarak da aynı hak konusu olabilmektedir. Eklenti, bütünleyici parçadan farklı olarak, bağımsızlığını kaybetmemiştir. Bütünleyici parça, asıl şeyden ayrılıp bağımsızlığını kazanmadıkça bağımsız bir aynı hak konusu olamazken, eklenti için durum farklıdır. TBK m. 686/I'e göre, *“Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar.”* Dolayısıyla asıl şey, tarafların anlaşmasıyla eklentiden bağımsız olarak tasarruf işlemine konu edilebilmektedir. Bunun tersi de mümkündür. Eklenti üzerinde, asıl şeyden bağımsız olarak tasarruf mümkündür<sup>51</sup>. Bütünleyici parçanın ise, bağımsız bir hukukî varlığı bulunmamaktadır. Bu sebeple, asıl şeyin hukukî kaderine tabidir. Bütünleyici parça, asıl şeyden ayrılıp bağımsızlığını kazanmadıkça o şeyden ayrı bir aynı hak konusu olamaz. Asıl şeyden ayrılması durumunda ise, bağımsız eşya niteliği kazanacağından, bütünleyici parça vasfı ortadan kalkar<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Bütünleyici parça hakkında bkz. EREN, s. 55 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 286 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 517 vd.; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 50, 51; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 84 vd.

<sup>50</sup> Eklenti, TMK m. 686/II'de tanımlanmıştır. Bu hükme göre, *“Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır.”* Eklenti hakkında bkz. EREN, s. 72 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 296 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 543 vd.; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 72 vd.; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 86 vd.

<sup>51</sup> Eklenti sayılmanın hukuki sonuçları için bkz. EREN, s. 81 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 298-301; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 553 vd.; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 78; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 88.

<sup>52</sup> Bütünleyici parça sayılmanın hukuki sonuçları için bkz. EREN, s. 65 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 294-296; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 527; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 58 vd.; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 86.

Arazi mülkiyetinin maddi kapsamının özel olarak düzenlendiği TMK m. 718/II'de ise, kanunda yer alan istisnalar hariç olmak üzere, yapılar, bitkiler ve kaynaklar arazi mülkiyetinin kapsamında sayılmıştır. Bahsi geçen hükümde kanun koyucu, arazinin yatay ve dikey sınırları içerisinde yer alan bazı unsurları sayarak bunların arazi mülkiyetinin kapsamında olduğunu belirtmiştir. Buna göre, yapılar, bitkiler ve kaynaklar, TBK m. 686/I'de belirtilen bütünlüycü parça niteliklerini taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın kanun gereği buldukları arazinin mülkiyetinin maddi kapsamında sayılmıştır<sup>53</sup>. TMK m. 718/II'de yasal sınırlamalar saklı tutulduğundan, arazinin yatay ve dikey sınırları içinde bulunan bazı şeylerin arazi mülkiyetinin maddi kapsamından çıkarabilmesine imkân tanınmıştır<sup>54</sup>. Böylece, kanun koyucu açık bir hükümle, arazinin yatay ve dikey sınırları içinde bulunan bir şeyi, bütünlüycü parça özelliklerini taşısa dahi arazi mülkiyetinin maddi kapsamında saymayabilir. Bu noktada, Maden Kanunu m. 4'te, madenlerin, içinde bulunduğu arazinin mülkiyetine tabi olmadığı ifade edilerek bunların, arazi mülkiyetinin maddi kapsamında olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır<sup>55</sup>. Böylece, madenlerin, bulunduğu arazinin bütünlüycü parçası sayılmadığı açıkça vurgulanmak istenmiştir<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> EREN, s. 63; AKİPEK, Eşya, s. 172; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 292; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 519; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 85.

<sup>54</sup> ERDOĞAN, İhsan, "Hukuki Açından Define", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 1-2, Yıl: 2013, s. 519; AKİPEK, Eşya, s. 8.

<sup>55</sup> ERDOĞAN, s. 519; Aynı yönde bkz. KÖPRÜLÜ, s. 35.

<sup>56</sup> TOPALOĞLU, Mustafa, "Maden Haklarının Devri ve Şirketlere Sermaye Olarak Koyulması", Adana Barosu Dergisi, Sayı: 14, Yıl: 5, Nisan 1996, s. 7; AKİPEK, Eşya, s. 98, 169; Madenlere ilişkin dünyada esas olarak iki sistem mevcuttur. Birinci sistemde, madenler, içinde bulunduğu arazinin bütünlüycü parçası sayılmaktadır. Bu sistemde, madenin aranması ve işletilmesi, içinde bulunduğu arazi malikinin hakkıdır. İkinci sistemde ise, maden, özel mülkiyete tabi arazide yer alsa dahi Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu sistemde madenlerin aranması ve işletilmesi hakkı Devletindir. Devlet, madenleri kendi arayıp işletebileceği gibi bu konularda gerçek ve tüzel kişilere imtiyaz da verebilir. Bkz. TOPALOĞLU, Mustafa, "Dünyada Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar ve Bu Bağlamda Türk Maden Hukukunun Gelişimi", s. 16-17/26, <http://mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/du-nyada-maden-hukukuyla-1-llgili-yeni-yaklas-imler-ve-bu-bag-lamda-tu-rk-maden-hukuku-740.pdf> (E.T. 03.01.2021); TOPALOĞLU, Mustafa, "Maden Ruhsat Sahibi ile Taşınmaz Malikleri Arasındaki Hukuki Uyuşmazlıklar", Türkiye Madenciler Derneği Sektörden Haberler Bülteni, Sayı: 62, Ekim 2016, s. 66; YILDIZ, s. 1961; Ko-

Gerek Türk Medeni Kanunu'nda<sup>57</sup> gerek diğer mevzuatta<sup>58</sup> arazi- nin yatay ve dikey sınırları içerisinde yer almasına rağmen arazi mülki- yetinin maddi kapsamında sayılmayan bazı unsurlar kabul edilmiştir. Türk Medeni Kanunu dışında, diğer mevzuatta, istisnâ olarak kabul edilen bu unsurlardan biri, madenlerdir. Maden Kanunu m. 4'e göre, “Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir.” Böylece, Türk kanun koyucusu, madenleri, arazi mülkiyetinin maddi kapsamından çıkarmıştır. Dolayısıyla, arazi maliki, arazisinin yatay ve dikey sınırları içinde bulunan madenler üzer- rinde mülkiyet iddiasında bulunamaz<sup>59</sup>. Nitekim Maden Yönetmeliği<sup>60</sup> m 1'de<sup>61</sup> de açıkça belirtildiği üzere, madenler, Devletin mülkiyetinde- dir.

#### IV. TÜRK HUKUKUNDA MADEN MÜLKİYETİ

##### A. Genel Olarak Madenler

Maden, yer biliminde, “Yer kabuğunun bazı bölgelerinde çeşitli iç ve dış doğal etkenlerle oluşan, ekonomik yönden değer taşıyan mineral.” olarak tanımlanmaktadır<sup>62</sup>. Buna karşın, hukukî anlamda maden, yer bilimin-

---

nu hakkında ayrıca bkz. TÜRK, Hikmet Sami, “Devletçe İşletilecek Madenler Hak- kında Kanun Üzerinde Açıklamalar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Ocak 1979, s. 83, 84; KARTALKANAT, Ahmet, “Madencilikle İlgili Düzenleyici Sistemler”, s. 8, [https://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/a988fc2992add2d\\_ek.pdf?dergi=HABER%20B%DCLTEN%DD](https://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/a988fc2992add2d_ek.pdf?dergi=HABER%20B%DCLTEN%DD) (E.T. 05.01.2021).

<sup>57</sup> Bahsi geçen Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hükümlere, TMK m. 725 (Taşkın yapılar), m. 726 (Üst hakkı), m. 727 (Mecralar), m. 756 (Kaynak ve yerlatı suları) örne- nek olarak gösterilebilir.

<sup>58</sup> Diğer mevzuata, 3213 sayılı Maden Kanunu, 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu, 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu, 167 sayılı Yeraltı Sula- rı Hakkında Kanun örnek olarak gösterilebilir.

<sup>59</sup> ŞİMŞEK, Kamu, s. 98; ERDOĞAN, s. 519-520.

<sup>60</sup> RG. 21.09.2017, Sa. 30187.

<sup>61</sup> Madenlerin, Devletin mülkiyetinde olduğu, Maden Yönetmeliği m. 1'de açıkça belirtilmiştir. Maden Yönetmeliği m. 1: “Bu Yönetmeliğin amacı, Türkiye Cumhuriyeti Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan ve içerisinde buldukları arzın mülkiyetine tabi olmayıp Devletin mülkiyetinde olan maden kaynaklarının, milli menfaatlere uygun ola- rak aranması, işletilmesi, geliştirilmesi ve üretilmesi amacıyla gerçek ve tüzel kişilere Bakan- lık tarafından belli bir süreyle hak verilmesi için 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Ka- nununun uygulanması ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.”

<sup>62</sup> Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 10.01.2020).

deki anlamından farklı şekilde ifade edilmektedir<sup>63</sup>. Farklı hukuk sistemlerinde madenler, genel olarak “tanımlama” ve “sayma” yöntemleri ile belirlenir. Sayma yönteminde, hukuken maden kabul edilen unsurlar, ismen sayılarak belirtilir. Tanımlama yönteminde ise, maden kavramına ilişkin genel bir tanım kabul edilir. Sadece bu tanıma uyan unsurlar maden sayılır. Tanıma uymayanlar ise maden sayılamaz.

Türk hukukunda, hukukî anlamda maden, tanımlama yöntemi ile belirlenmiştir. Maden Kanunu m. 2/I’te ve Maden Yönetmeliği m. 2/I’de maden tanımına yer verilmiştir. Her iki tanım, benzerdir. Bahsi geçen hükümlere göre, *“Yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde maden sayılır.”* O hâlde, bu tanıma uyan unsurlar, hukuken maden vasfına sahiptir. Tanımın dışında kalanlar ise, hukuken maden sayılamazlar. Misal, yukarıda verilen tanıma göre, petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları maden değildir. Söz konusu unsurlar, hukukî anlamda maden olarak nitelendirilemezler. Bu sebeple petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları, maden mevzuatı kapsamında değildir. Bunlar hakkında özel kanunlar mevcuttur.

Maden Kanunu m. 2’de ve Maden Yönetmeliği m. 5’te madenler, gruplara ayrılmıştır. Söz konusu hükümlerde, hangi madenin hangi grup çerisinde yer aldığı belirtilmiştir. Madenlerin gruplara ayrılarak ismen zikredilmesi, ruhsatlandırmaya ilişkin bir husustur. Zira madenler, ilgili mevzuatta sıralanan gruplara göre ruhsatlandırılır. Hangi gruba ne şekilde ruhsatlandırma yapılacağı ise, Maden Kanunu m. 16’te düzenlenmiştir. Madenlerin gruplandırılarak ismen zikredilmesi, bunlar hakkında sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğunu düşündürebilir. Fakat yukarıda da belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda madenler sayma yöntemi ile belirlenmediğinden, bunlar hakkında sınırlı sayı ilkesi geçerli değildir. Bu husus, Maden Yönetmeliği m. 6/I hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Şöyle ki, maden gruplarının tespitine ilişkin Maden Yönetmeliği m. 6/I’de, Kanun’da (Maden Kanunu) sayılan ve Yönetmelikte (Maden Yönetmeliği) belirtilen madenler dışında yeni bir madenin tespiti hâlinde bunun hangi grupta olduğunun ne şekilde belirleneceği

<sup>63</sup> KARTALKANAT, Düzenleyici Sistemler, s. 7.

hüküm altına alınmıştır<sup>64</sup>. O hâlde, Türk hukukunda madenler, sınırlı sayıda değildir. Zira Maden Yönetmeliği m. 6/I uyarınca, Kanun’da ve Yönetmelik’te sayılanların dışında yeni bir madenin tespiti mümkündür. Yeter ki, tespit edilen madde, maden tanımının yer aldığı Maden Kanunu m. 2/I ve Maden Yönetmeliği m. 2/I’deki niteliklerin tamamını haiz olsun. Sonuç olarak, “*Yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde*”, Maden Kanunu ve Maden Yönetmeliği’nde herhangi bir grubun içerisinde ismen zikredilmemiş olsa dahi maden sayılır.

## B. Maden Mülkiyeti

### 1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması

Mülkiyet hakkı, mevzuatta tanımlanmamıştır<sup>65</sup>. Ancak TMK m. 683’te, mülkiyet hakkının içerdiği yetkiler belirtilmiştir. Bu yetkiler, genel olarak “aktif yetki” ve “koruyucu yetki” olarak iki başlık altında sınıflandırılmaktadır<sup>66</sup>. Aktif yetkinin düzenlendiği TMK m. 683/I’de, malike, sahip olduğu şeyi hukuk düzeninin sınırları içinde dilediği gibi kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarrufta bulunma (abusus) yetkileri verilmiştir<sup>67</sup>. Misal, bir araziye malik olan kimse, dilerse arazi-

<sup>64</sup> Maden Yönetmeliği m. 6/I: “*Kanunda sayılan ve bu Yönetmelikte belirtilen madenler dışında yeni bir madenin tespit edilmesi durumunda bu madenin grubu; mineralojik, fiziksel ve kimyasal özellikleri, kullanım alanları göz önünde bulundurularak bu Yönetmelikte gerekli değişiklik yapılarak belirlenir.*”

<sup>65</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 273; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCU-OĞLU/ ALTOP, s. 467; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de mülkiyet kavramı açıkça tanımlanmamıştır. Bkz. AKKURT, Ali, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Organları İçtihatlarında Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Sınırlanması”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Aralık 2015, s. 182.

<sup>66</sup> Mülkiyet hakkının sağladığı aktif yetki, mülkiyet hakkının olumlu içeriği; koruyucu yetki ise mülkiyet hakkının olumsuz içeriği olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 274, 276; EREN, s. 16, 18; AKİPEK, Jale G., “Mülkiyet Kavramı Üzerinde Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Şubat 1969, s. 9, 10.

<sup>67</sup> Mülkiyet hakkının sağladığı aktif yetki hakkında bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 274, 275; EREN, s. 16, 17; AKİPEK, Mülkiyet, s. 10; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 478; Aktif yetki olarak nitelendirilen bu üç

sini kullanabilir, ondan yararlanabilir veya satıp mülkiyetini devredebilir. TMK m. 683/II' de ise koruyucu yetki öngörülmüştür. Burada, haksız zilyede karşı dava hakkı tanınarak malike, mülkiyet hakkını koruyucu yetki sağlanmıştır. Söz konusu hükme göre, malik, haksız zilyede karşı, istihkak veya her türlü haksız elatmanın önlenmesi (müdahalenin men'i) davalarını açabilir<sup>68</sup>. Doktrinde<sup>69</sup>, hakkın sağladığı yetkilerin tamamı göz önünde bulundurularak mülkiyet hakkı, “eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan ayinî hak” olarak tanımlanmaktadır. Ancak mülkiyet hakkının tanıdığı yetkiler ne kadar geniş olursa olsun yine de mutlak bir nitelik arz etmez<sup>70</sup>. Zira modern hukuk anlayışında malik, mülkiyet hakkını kullanırken komşularının ve kamunun menfaatlerini gözetmek zorundadır. Nitekim bu durum, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeleri ortaya çıkarmıştır<sup>71</sup>.

Mülkiyet hakkı, anayasal düzeyde koruma altında bulunan bir haktır<sup>72</sup>. Anayasa m. 35'e göre, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. (f. 1), Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. (f. 2), Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. (f. 3)” Görül-

---

yetki, Roma hukuku kaynaklarında da açıkça ifade edilmiştir. Bkz. SAYIN KORKMAZ, s. 174, 177.

<sup>68</sup> Mülkiyet hakkının sağladığı koruyucu yetki hakkında bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 276, 277; EREN, s. 18; AKİPEK, Mülkiyet, s. 10; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 480.

<sup>69</sup> EREN, s. 16; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 61; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s. 83; Roma hukukunda mülkiyet, bir mal üzerinde tam ve tekeli bir hâkimiyet sağlayan hak (plena in re potestas) şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. SAYIN KORKMAZ, s. 176.

<sup>70</sup> AKİPEK, Mülkiyet, s. 14; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 467; Çağdaş Roma hukukçularına göre, 12 Levha Kanunu'ndan bu yana mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamalar mevcuttu. Bkz. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan, “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3-4, Aralık-Ocak 1986, s. 164; AKSARAY, Buse, “Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları” Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 64, 66.

<sup>71</sup> AKİPEK, Mülkiyet, s. 5; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 159; KÖPRÜLÜ, s. 35.

<sup>72</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 17.03.2011, E. 2009/58, K. 2011/52: “... Anayasa'nın 35. maddesinde, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” denilerek, mülkiyet ve miras hakları Anayasal bir kurum olarak güvence altına alınmıştır...” Karar için bkz. RG. T. 23.07.2011, Sa. 28003.

düğü üzere, mülkiyet hakkı, “sınırlandırılabilir” bir hak olarak düzenlenmiştir<sup>73</sup>. Anayasa m. 35’te, mülkiyet hakkı tanıldıktan sonra bu hakka ilişkin sınırlamaların hangi şartlarla mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre, mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı<sup>74</sup> amacıyla ve sadece kanunla<sup>75</sup> sınırlanabilir. Anayasa Mahkemesi de kararlarında<sup>76</sup>, “Mülkiyet hakkı eski anlamında ferdin dediği şekilde kullanılabileceği bir hak ve sınırsız bir hürriyet olmak niteliğini çoktan yitirmiş, Mülkiyet anlayışı, bu hakkın, bir bakıma, sosyal yapıda bir hak olduğu yolunda gelişmiş, birçok haklar gibi bu hakkın da kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ilkesi kabul edilmiştir...” demek sureti ile mülkiyet hakkının sınırsız bir hak olmadığına –sınırlandırılabilirliğine- özellikle vurgu yapmıştır. Ancak mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir de bu hakkın özüne dokunulamaz. Zira Anayasa m. 13’te, temel hak ve özgürlüklerin, ancak hakkın özüne dokunulmaması şartıyla sınırlandırılabilen düzenlenmiştir<sup>77</sup>. Bu sebeple doktrininde<sup>78</sup>, hakkın özü, temel hak ve özgür-

<sup>73</sup> AKİPEK, Mülkiyet, s. 12; AKKURT, s. 181; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 378; ŞİMŞEK, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 91, Yıl: 2010, s. 185, 187; ÖRÜCÜ, Esin, “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı Ve Mülkiyet Hakkının Özü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 41, Sayı: 3-4, Yıl: 1975, s. 152.

<sup>74</sup> Kamu yararı kavramı için bkz. TEZCAN, Murat, “Soyut Kamu Yararı Kararıyla Sınırlandırılan Mülkiyet Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 85, Eylül 2013, s. 87; DİNÇKOL, Hülüsi Alphan, “İmar Planlarında Kamu Yararı Denetimi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, Aralık 2018, s. 45 vd.; GEMALMAZ, H. Burak, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Nisan 2018, s. 133; ŞİMŞEK, Mülkiyet, s. 200.

<sup>75</sup> Buradaki “kanun” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hakkında bkz. ŞİMŞEK, Mülkiyet, s. 203, 204; GEMALMAZ, s. 117-118.

<sup>76</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 21.06.1989, E. 1988/34, K. 1988/26 (RG. 05.12.1989, Sa. 20363); Anayasa Mahkemesi, T. 28.04.1966, E. 1966/3, K. 1966/23 (R.G. T. 11.07.1966, Sa. 12345).

<sup>77</sup> Hakkın özü kavramı için bkz. ÖRÜCÜ, s. 146 vd.; ŞİMŞEK, Mülkiyet, s. 211; ÖZDEMİR, Yücel, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Öze Dokunma Yasası”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Ocak 2017, s. 77 vd.; FENDOĞLU, H. Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.):”, Anayasa Yargısı, Cilt: 18, Sayı: 1, Yıl: 2002, s. 131.

<sup>78</sup> ÖRÜCÜ, s. 145; Aynı yönde bkz. FENDOĞLU, s. 125.

lüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak da ifade edilmektedir. Nitekim Anayasa m. 35'te belirtilen "kamu yararı amacı" ve "kanunla düzenleme" şartları sağlansa dahi hakkın özüne dokunan ölçüdeki sınırlamalar, yasaktır<sup>79</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne göre, temel hak ve özgürlüklerin büyük ölçüde kısıtlanması veya kullanılamaz hale getirilmesi durumunda, hakkın özüne dokunma yasağı ihlal edilmiş olur<sup>80</sup>.

Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokolü<sup>81</sup>'nin 1. maddesi<sup>82</sup> ile de koruma altına alınmıştır<sup>83</sup>. Söz konu-

<sup>79</sup> Hakkın özüne dokunma yasağı için bkz. ÖZDEMİR, s. 78 vd.; EREN, s. 25; FENDOĞLU, s. 130; ÖRÜCÜ, s. 145, 146; SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, 1982, s. 141 vd.; ŞİMŞEK, Mülkiyet, s. 211.

<sup>80</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169: "... Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir..." Karar için bkz. RG. 22.02.2013, Sa. 28567; Aynı yönde bkz. EREN, s. 13.

<sup>81</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokolü, "20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzalanmış ve 6. madde uygun olarak 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ek Protokol'ü 20 Mart 1952 tarihinde imzalanmış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır." Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/349-350.pdf> (E.T. 19.12.2020).

<sup>82</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokol'ü "Mülkiyetin korunması" başlıklı 1. maddesi: "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir (f. 1). Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez (f. 2)." Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/349-350.pdf> (E.T. 19.12.2020); Ayrıca bkz. GEMALMAZ, s. 2.

<sup>83</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokolü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğundan, çıkabilecek uyuşmazlıklarda Anayasa m. 90/V gereğince, kanundan önce uygulama alanına sahiptir. Zira Anayasa m. 90/V'e göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası and-



su Protokol’ün 1. maddesinin ilk fıkrasında, öncelikle mülkiyet hakkının dokunulmaz niteliği ve bu dokunulmazlığa saygı gösterilmesini isteme hakkı düzenlenmiştir. Aynı fıkrada, bir kimsenin, ancak kamu yararı sebebiyle ve sadece kanunla ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mülkiyet hakkından yoksun bırakılabileceği belirtilmiştir. Hükümün ikinci fıkrasında ise, devletlerin mülkiyet hakkı üzerindeki bazı tasarruflarına yer verilmiştir. Bu hükme göre, devletler, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek için gerekli gördükleri kanunları uygulama hakkına sahiptirler<sup>84</sup>. Böylece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de mülkiyet hakkına müdahale, yukarıda bahsi geçen şartlarla mümkün kılınmıştır<sup>85</sup>.

Gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde, “kişi menfaati” ile “kamu menfaati”nin çatışması hâlinde, kamu menfaatine üstünlük tanınmıştır<sup>86</sup>. Bu durum, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, mülkiyet hakkı bakımından da geçerlidir. Zira kamu yararı gerektiği takdirde, kanun yoluyla mülkiyet hakkına müdahalenin haklı olduğu kabul edilerek müdaha-

---

*laşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”*

<sup>84</sup> Mülkiyet hakkını güvence altına alan söz konusu Protokol’ün 1. maddesi, üç farklı kural ihtiva etmektedir. Bunlardan ilki, “mülkiyetin dokunulmazlığına saygı gösterilmesi”, ikincisi “mülkiyetten yoksun bırakılma”, üçüncüsü ise “Devletin mülkiyet hakkını kontrol yetkisi” hakkındadır. Bu üç kural, Sporrong and Lönnroth v. Sweden kararında açıklanmıştır. Bkz. AKKURT, s. 179; GEMALMAZ, s. 5; KÖSTÜ, Ozan Muzaffer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkı Yorumu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 148, Aralık 2018, s. 118; Söz konusu karar için bkz. Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52., <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/21sporrong-proteccion-de-la-propiedad.-titularidad-y-alcance.-privacion-legal-de-la-propiedad.-in.pdf> (E.T. 07.01.2021).

<sup>85</sup> AKKURT, s. 180, 187; KÖSTÜ, s. 117; GEMALMAZ, s. 6; ŞİMŞEK, Mülkiyet, s. 218; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokol’ü “Mülkiyetin korunması” başlıklı 1. maddesi ve bu hükme göre mülkiyet hakkının sınırlandırılması hakkında bkz. Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52.

<sup>86</sup> Bu durumun, sosyal devlet niteliğinin bir gereği olduğu yönünde bkz. ŞİMŞEK, Mülkiyet, s. 185, 199-200; Ayrıca bkz. ÖRÜCÜ, s. 152.

leye izin verilmiştir<sup>87</sup>. Çalışma konumuz bakımından, özel mülkiyete tabi arazide yer alan maden(ler)in, arazi mülkiyetinin maddi kapsamında sayılmaması, bir başka ifade ile arazi malikine ait kabul edilmemesi, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder. Bu husus aşikârdır. O hâlde, açıklığa kavuşturulması gereken durum, söz konusu müdahalenin, hukukten haklı olup olmadığıdır.

Hakkın özüne dokunmamak kaydıyla mülkiyet hakkının, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılması hukuka uygundur. Aşağıda, özel mülkiyette bulunan arazide yer alan maden(ler)in, diğer birçok ülkede<sup>88</sup> olduğu gibi<sup>89</sup> ülkemizde de kamu yararı amacıyla ve kanun yoluyla, arazi mülkiyetinin maddi kapsamından çıkarıldığı açıklamalarına yer verilmiştir<sup>90</sup>. Hakkın özü kriterine gelince, Anayasa Mahkemesi bir kararında<sup>91</sup>, hakkın özüne dokunma yasağının, sadece kanunla ihdas edilen sınırlandırmalar için söz konusu olduğunu, Anayasa'ca düzenlenen sınırlamalar için ise bu ilkenin uygulanamayacağını belirtmiştir<sup>92</sup>. Böylece, Yüksek Mahkeme, Anayasa'da öngörülen bir temel hak ve özgürlüğün yine Anayasa'ca sınırlandırılması durumunda bu sınırlamalar sebebi ile hakkın özüne dokunulduğundan bahsedilemeyeceğine hük-

<sup>87</sup> AKKURT, s. 188; AKİPEK, Mülkiyet, s. 12; KÖSTÜ, s. 118; EREN, s. 13.

<sup>88</sup> Bkz. TURHAN, Melih, Madencilikte Önemli Bazı Ülkelerde Maden Hukuku ile İlgili Mevzuat, (Editör: MECİT ALTIN, Evren), Mayıs 2014, s. 6 vd.

<sup>89</sup> TOPALOĞLU'nun belirttiği üzere, "genel olarak Dünyadaki maden kanunlarında madencilik kamu hizmeti sayılarak madenlerin işletilmesinde kamu yararı olduğu kabul edilmektedir. Bazı ülkelerde kamu yararı kavramı yerine milli yarar, bazen de devletin yararı veya kamusal öncelik gibi kavramlar kullanılmaktadır." Bkz. TOPALOĞLU, Ruhsat, s. 66.

<sup>90</sup> Bkz. Aşağıda, IV, B, 2.

<sup>91</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 12.01.1971, E. 1969/31, K. 1971/3: "... Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca temel bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağı ilkesi, temel hak ve özgürlüklere yalnızca yasalarla konulacak sınırlandırmalar için söz konusu olduğundan, Anayasanın 120. maddesinin ve 21. maddesinin karşılıklı ilişkilerine değinen ve üniversite öğretimi niteliğindeki öğretimde Devlet tekelinin öngörülmüş olduğunu kabul eden yorumun, Anayasa'nın 11. maddesine aykırı olduğu söylenemez. Kısacası Anayasa'nın öngördüğü bir temel hak ve özgürlüğün yine Anayasa'ca sınırlandırılması durumunda Anayasa'nın 11. maddesinin uygulanma yeri olamaz..." Karar için bkz. RG. T. 26.03.1971, Sa. 13790; Bu konuda ayrıca bkz. FENDOĞLU, s. 123, dn. 46, s. 131; SAĞLAM, s. 22, dn. 23.

<sup>92</sup> Bu bağlamda, "yasal sınırlama" ve "anayasal sınır" kavramları için bkz. SAĞLAM, s. 22.

metmiştir. Nitekim Anayasa’da mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran düzenlemelerden biri de “*Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi*” başlıklı Anayasa m. 168 hükmüdür<sup>93</sup>. Söz konusu hükümde, tabii servetler ve kaynakların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu belirtildikten sonra, bunların aranması ve işletilmesi hakkının da Devlete ait olduğu belirtilmiştir. Bilindiği üzere, madenler, Anayasa m. 168’de belirtilen tabii servetler ve kaynaklardandır<sup>94</sup>. O hâlde, yukarıda bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararı<sup>95</sup> gereğince, madenlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul edilmesi, mülkiyet hakkının özüne dokunmaz. Bahsi geçen durumda Anayasa Mahkemesi’ne göre hakkın özüne dokunmama ilkesi uygulama alanına sahip değildir. Zira madenlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul edildiği ve böylece mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı hükümlerden biri, Anayasa m. 168 hükmüdür.

## 2. Maden Üzerinde Mülkiyet Hakkı

Madenler, tabii servetler ve kaynaklardandır<sup>96</sup>. Anayasa m. 168’de, tabii servetler ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı husus, Maden Kanunu m. 4’te, “*Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Maden Yönetmeliği m. 1’de ise, daha açık ifadelerle, madenlerin, içinde bulunduğu arazinin mülkiyetine tabi olmadığı, Devletin mülkiyetinde olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla madenler, hangi tür arazide yer aldıklarına bakılmaksızın özel mülkiyet konusu olmaktan çıkarılmıştır. Bir başka ifade ile, özel mülkiyete yer alan bir arazide de bulunsa maden(ler), Devletin mülkiyetinde-

<sup>93</sup> 1982 Anayasası’nda mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran düzenlemelere, Kıyılardan yararlanma (m. 43), Toprak mülkiyeti (m. 44), Kamulaştırma (m. 46), Devletleştirme ve özelleştirme (m. 47), Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması (m. 63), Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi (m. 168), Ormanların korunması ve geliştirilmesi (m. 169) örnek gösterilebilir. Bkz. AKKURT, s. 182.

<sup>94</sup> TOPALOĞLU, Yeni Yaklaşımlar, s. 6/26; TÜRK, s. 84; YILDIZ, s. 1964.

<sup>95</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 12.01.1971, E. 1969/31, K. 1971/3. Karar için bkz. RG. T. 26.03.1971, Sa. 13790.

<sup>96</sup> TOPALOĞLU, Yeni Yaklaşımlar, s. s. 6/26; TÜRK, s. 84; YILDIZ, s. 1964.

dir. Dolayısıyla malik, arazisinde bulunan maden(ler) üzerinde, mülkiyet hakkı iddiasında bulunamaz<sup>97</sup>.

Madenler üzerindeki mülkiyet bağlamında tıpkı petrol<sup>98</sup>, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular<sup>99</sup> ile yeraltı sularında<sup>100</sup> olduğu gibi arazi malikinin menfaatleri karşısında kamu menfaati üstün tutulmuştur. Zira Türk kanun koyucusu, tıpkı madenler gibi özel mülkiyette yer alan bir arazide bulunsa dahi petrol, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile yeraltı sularını, Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul etmiştir. Madenlerin özel mülkiyetten çıkarılarak Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul edilmesinde de kamu yararı amacı güdülmüştür<sup>101</sup>. Şöyle ki, madenler, milli<sup>102</sup> servettir. Devletin ekonomik, siyasi ve askeri varlığı üzerinde kritik öneme sahiptir<sup>103</sup>. Diğer yandan, günümüz gelişmiş ülkelerin tamamında ekonomik kalkınmayı sağlayan öncü sektör, madenciliktir. Bu sektörde yaşanan gelişmeler, toplumun her kesimine etki eden sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü madencilik sektörü, başta sanayi olmak üzere ekonominin diğer tüm alanlarının hammadde

<sup>97</sup> TOPALOĞLU, Yeni Yaklaşımlar, s. 17/26.

<sup>98</sup> 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu m. 3: *"Türkiye'deki petrol kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır."*

<sup>99</sup> 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu m. 4/I: *"Jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup buldukları arzın mülkiyetine tâbi değildir. Kaynağa ilişkin faaliyetlerin yapılabilmesi için bu Kanuna göre Ruhsat alınması zorunludur."*

<sup>100</sup> 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun m. 1: *"Yeraltı suları umumi sular meyanında olup Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu suların her türlü araştırılması, kullanılması, korunması ve tescili bu kanun hükümlerine tabidir."*

<sup>101</sup> TOPALOĞLU, Yeni Yaklaşımlar, s. 6/26; TOPALOĞLU, Ruhsat, s. 66; TOPALOĞLU, Küresel Eğilimler, s. 146.

<sup>102</sup> Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren madencilüğün milli karakterine vurgu yapılmaktadır. 17 Şubat – 4 Mart 1923 tarihli İzmir İktisat Kongresi'nde kabul edilen Misak-ı İktisadi Esasları'nda, *"Türkiye halkı, madenlerini kendi milli üretimi için işletir ve servetlerini herkesten fazla tanımaya çalışır."* ifadesi yer almıştır. Bkz. TOPALOĞLU, Yeni Yaklaşımlar, s. 4/26; Ayrıca bkz. ZARAKOLU, s. 166; YILDIZ, s. 1964; KARTALKANAT, Ahmet, "Cumhuriyet Döneminde Madencilüğümüzün Gelişimi ve Türkiye Madencilik Politikası", Jeoloji Mühendisleri Odası Dergisi, Sayı: 38, Yıl: 1991, s. 51.

<sup>103</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 16.02.1965, E. 1963/126, K. 1965/7 (RG. T. 22.07.1965, Sa. 12055); Bu konuda ayrıca bkz. TÜRK, s. 84; KARTALKANAT, Düzenleyici Sistemler, s. 8; YILDIZ, s. 1961-1962.

ve enerji ihtiyacını sağlamaktadır<sup>104</sup>. Ayrıca Devletin uluslararası gücünün temel kaynaklarından biri, sahip olduğu madenlerdir. Bu kaynakları sayesinde bölgesel ve küresel alanda etkinliği artmaktadır. Dolayısıyla ülkenin kalkınması ve toplumun refahı için bu kaynaklarının en iyi şekilde kullanılması gerekmektedir<sup>105</sup>. Bütün bu gerekçelerle, madenlerin kamu yararına en uygun şekilde kullanılması, Devletin hem hakkı hem de yükümlülüğü olarak kabul edilmiştir<sup>106</sup>.

Özel mülkiyete tabi arazide yer alsa dahi madenlerin, arazi malikine ait kabul edilmemesi, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder. Açık hukukî düzenlemeler (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 168; 3213 sayılı Maden Kanunu m. 4; Maden Yönetmeliği m. 1) karşısında, madenlerin, içinde bulunduğu arazinin bütünleyici parçası olduğu söylenebilir<sup>107</sup>. Madenler, bahsi geçen düzenlemeler yoluyla özel mülkiyet konusu olmaktan çıkarılarak Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul edilmiştir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve özel mülkiyete konu edilemeyen şeyler, kamu malı<sup>108</sup> niteliğindedir<sup>109</sup>. Dolayısıyla

<sup>104</sup> 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Genel Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss503.pdf> (E.T. 02.01.2021); Ayrıca bkz. MADEN MÜHENDİSLERİ ODASI, s. 3.

<sup>105</sup> 7164 sayılı Maden Kanunu İle Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Genel Gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss41.pdf> (E.T. 02.01.2021); Ayrıca bkz. ZARAKOLU, s. 165; KARTALKANAT, Madencilüğümüzün Gelişimi, s. 63; MADEN MÜHENDİSLERİ ODASI, s. 6; YILDIZ, s. 1962.

<sup>106</sup> TOPALOĞLU, Maden, s. 8; İdare, kamu malından en iyi şekilde yarar sağlamakla yükümlüdür. Bkz. ARSLAN, Kahan Onur, “Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 131, Temmuz 2017, s. 66; AVCI, Mustafa/ YAVUZDOĞAN, Seçkin, “Türkiye’de Kamu Malları Konusuna Genel Bir Bakış”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2015, s. 17; YILDIZ, s. 1966.

<sup>107</sup> Bkz. Yukarıda, III, B.

<sup>108</sup> Kamu malı kavramı için bkz. ARSLAN, s. 57 vd.; AVCI/ YAVUZDOĞAN, s. 12 vd.; ÇELİK, Yasin, “Devlet Mallarının Haczedilmezliği ve Belediye Mallarının Haczi”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 13, Ocak 2017, s. 32 vd.

<sup>109</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), T. 23.10.2000, E. 2000/24, K. 2000/41: “... belirli bir süre için kullanım hakkının devri sözkonusu olan bu yerler, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması ve özel mülkiyete konu edilememesi nedeniyle “kamu malı” (“amme emlaki”) niteliğini taşımakta...” Karar için bkz. RG. T. 10.11.2000, Sa. 24226.

madenler, kamu malıdır<sup>110</sup>. Madenler, Devletin kamu mallarından “sahipsiz mallar”<sup>111</sup> arasında yer almaktadır<sup>112</sup>.

“Devletin hüküm ve tasarrufu altında” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, açıklığa kavuşturulması gereken bir meseledir<sup>113</sup>. Zira söz konusu ifadenin, mülkiyet hakkından farkı bulunup bulunmadığı sorusu gündeme gelebilir. Misal, kanun koyucunun, Maden Kanunu m. 4’ün kenar başlığı olarak “mülkiyet” değil de “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma” ifadesini kullanması bilinçli bir tercih midir? Kanaatimizce bu sorunun cevabı için, madenler gibi açıkça Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul edilen petrol, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile yeraltı sularını düzenleyen özel kanunlara da bakmak gerekir. Petrol kaynaklarının Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu kabul eden 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu m. 3’ün kenar başlığı “mülkiyet”tir. Aynı durum, 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu ile 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun’da da mevcuttur. 5686 sayılı Kanun’un jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli suları Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul eden m. 4’ün kenar başlığı, “mülkiyet ve ruhsat”; 167 sayılı Kanun’un yeraltı sularını Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul eden m. 1’in kenar başlığı ise, “yeraltı sularının mülkiyeti”dir. Nitekim 3213 sayılı Maden Kanunu’na dayanılarak hazırlanan Maden Yönetmeliği’nin 1. maddesinde de açıkça maden kaynaklarının “Devletin mülkiyetinde” olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla bizce kanun koyucu, “Devletin hüküm ve tasarrufu altında” ile “mülkiyet” kavramlarını aynı anlamda kabul etmiş ve kullanmıştır. O hâlde çalışmamızda bir şeyin Devletin hüküm ve tasarrufu

<sup>110</sup> TÜRK, s. 85; ÇELİK, s. 34; YILDIZ, s. 1959; Madenler, toplumun ortak malı olarak görülmektedir. Bkz. KARTALKANAT, Madencilüğümüzün Gelişimi, s. 51.

<sup>111</sup> Burada kullanılan “sahipsiz” kelimesi, lafzi olarak yanlış anlaşılmaya müsaittir. Çalışmamızdaki “sahipsiz mallar” kavramı ile eşya hukukundaki “sahipsiz eşya” kavramı birbirinden farklı anlamlar ihtiva etmektedir. Kamunun bu malları için kullanılan sahipsiz sıfatı, yanlışlığa düşürmemelidir. Zira bu malların sahibi vardır ve Devlettir. Bkz. ÇELİK, s. 34-35; YILDIZ, s. 1964, 1972.

<sup>112</sup> SÖYLER, İlhami, “Kamu Malları Teorisi Açısından Devletin Hüküm ve Tasarrufundaki Yerler”, Sayıştay Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 83, Ekim 2011, s. 60; AVCI/ YAVUZDOĞAN, s. 15; ÇELİK, s. 34; YILDIZ, s. 1964.

<sup>113</sup> Bu konuda bkz. SÖYLER, s. 57 vd.

altında bulunması ifadesinden, o şeyin Devletin mülkiyetinde olduğu anlaşılmalıdır. Ancak burada zikredilen Devletin mülkiyeti, TMK m. 683'teki anlamda değil, bir tür “idare hukuku mülkiyeti”dir<sup>114</sup>.

Kamu hukukundaki mülkiyet kavramı, özel hukuktakinden farklı anlam ifade etmektedir. Şöyle ki, Devlet, mülkiyetinde bulunan şeyler üzerinde TMK m. 683'ün malike tanıdığı serbestçe kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarrufta bulunma (abusus) yetkilerini tam olarak haiz değildir<sup>115</sup>. Zira Devletin, bütün eylem ve işlemlerinde kamu yararına dayanma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durum, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir<sup>116</sup>. Dolayısıyla Devlet, mülkiyetinde bulunan unsurlar üzerindeki yetkilerini kullanma konusunda özel hukuktaki malikten daha sınırlıdır. Bir başka ifade ile, özel hukukta malik, sahip olduğu şeyler üzerinde işlem tesis etme bakımından Devletten daha özgürdür<sup>117</sup>. Misal, özel hukukta malikin, sahip olduğu şey üzerinde tasarruf yetkisi, o şeyi “başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hattâ yok etme yetkilerini” dahi kapsar<sup>118</sup>. Anayasa Mahkemesi de bir kara-

<sup>114</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), T. 23.10.2000, E. 2000/24, K. 2000/41: “... belirli bir süre için kullanım hakkının devri sözkonusu olan bu yerler, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması ve özel mülkiyete konu edilememesi nedeniyle “kamu malı” (“amme emlaki”) niteliğini taşımakta; Devletin bu gibi yerler üzerindeki mülkiyet hakkı, medeni hukuktaki manasında bir mülkiyet hakkı olmayıp, bir nevi “idare hukuku mülkiyeti” olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk ile bir ilgisi de bulunmamaktadır...” Karar için bkz. RG. T. 10.11.2000, Sa. 24226; Aynı yönde bkz. SÖYLER, s. 63; ARSLAN, s. 64; ÇELİK, s. 34; ŞİMŞEK, Kamu, s. 97; YILDIZ, s. 1966.

<sup>115</sup> ARSLAN, s. 64.

<sup>116</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 21.06.1989, E. 1988/34, K. 1988/26: “... Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılan “Hukuk Devleti”nin öğeleri içinde yasaların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır. Bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğul olan kamu yararı düşüncesinin yasalara da egemen olması, Yasa koyucunun bu esası gözardı etmemesi gerekir.” Karar için bkz. RG. 05.12.1989, Sa. 20363; Aynı yönde bkz. ARSLAN, s. 66-67.

<sup>117</sup> ŞİMŞEK, Kamu, s. 96; YILDIZ, s. 1966; İdare, kamu yararını gözetmekle yükümlüdür; keyfi davranamaz. Bkz. AVCI/YAVUZDOĞAN, s. 19.

<sup>118</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 21.06.1989, E. 1988/34, K. 1988/26: “...Bu anlamda mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hattâ yok etme) yetkilerini anlatır...” Karar için bkz. RG. 05.12.1989, Sa. 20363; Ayrıca bkz. AKKURT, s. 186; GEMALMAZ, s. 35; ŞİMŞEK, Mülkiyet, s. 192.

rında<sup>119</sup>, mülkiyet kavramının, özel hukuk ve kamu hukukunda farklı anlamlar taşıdığını, birbirinden farklı koşullar ve kurallara bağlı olduğunu belirtmiştir.

Maden Kanunu, Devlete, hüküm ve tasarrufu altında bulunan madenlerin, milli menfaatlere uygun olarak aranması, işletilmesi, üzerinde hak sahibi olunması ve terk edilmesi ile ilgili esas ve usulleri düzenlemiştir (m. 1). Burada kanun koyucu, madenlerin, kamu menfaatini en yüksek düzeyde sağlayacak şekilde değerlendirilmesi hususunda Devlete bir yandan yetki verirken diğer yandan da yükümlülük yüklemiştir<sup>120</sup>. Bu doğrultuda Devlet, madenleri, kendi arayıp işletebileceği gibi bu konularda gerçek ve tüzel kişilere imtiyaz da verebilir<sup>121</sup>. Zira Anayasa m. 168’de de açıkça belirtildiği üzere, Devlet, madenler üzerindeki arama ve işletme hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. İmtiyaz verilen gerçek ve tüzel kişiler, madencilik faaliyetlerini, Devletin gözetim ve denetimi altında gerçekleştirirler. Söz konusu kişilerin uyması gereken kurallar ile Devletin gözetim ve denetim faaliyetine ilişkin usul ve esaslar, 3213 sayılı Maden Kanunu’nda gösterilmiştir. Nitekim Devletin imtiyaz verdiği gerçek ve tüzel kişiler, “madenleri arama” ve/veya “işleterek madenlerden yararlanma” hakkı ve yetkisi elde ederler<sup>122</sup>.

## V. SONUÇ

1. Roma eşya hukuku kaidelerinden biri olan “*cuius est solum ilkesi*”, arazi mülkiyetinin kapsamına ilişkindir. Bu ilkeye göre, bir arazinin maliki, sadece zeminin (toprağın) değil, zeminden yukarı doğru göklere

<sup>119</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 16.02.1965, E. 1963/126, K. 1965/7: “... Görülüyor ki Anayasa tabii servetleri ve kaynaklarını Medenî Kanun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta; onlara Devletin Devlet olmak niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer vermektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır...” Karar için bkz. (RG. T. 22.07.1965, Sa. 12055).

<sup>120</sup> TÜRK, s. 88.

<sup>121</sup> TOPALOĞLU, Maden, s. 7; TOPALOĞLU, Ruhsat, s. 66; KARTALKANAT, Düzenleyici Sistemler, s. 8; Maden imtiyazının, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi niteliğinde olduğu, bu sebeple bunların kamu hizmeti imtiyazı sayılması gerektiği yönünde bkz. TÜRK, s. 88.

<sup>122</sup> TÜRK, s. 87; Aynı yönde bkz. ERDOĞAN, s. 520; KARTALKANAT, Düzenleyici Sistemler, s. 8.



ve aşağı doğru dünyanın merkezine kadar her şeyin sahibidir. Dolayısıyla arazi mülkiyeti, sınırsız olarak üstündeki hava sahası ile altındaki tüm katmanları kapsar ve buralarda bulunan tüm unsurlar, arazi malikinin mülkiyetindedir.

2. Günümüzde, cuius est solum ilkesinin istisnasız bir şekilde uygulanması, düşünülemez. Özellikle havacılık ve yer altı faaliyetlerinde yaşanan teknolojik gelişmeler karşısında, cuius est solum ilkesine, önemli bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan biri de madenler hakkındadır. Türk hukukunda madenler, özel mülkiyete tabi arazide bulunsa dahi devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul edilmiştir (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 168; 3213 sayılı Maden Kanunu m. 4).

3. Arazinin yatay ve dikey kapsamında bulunan şeylerden hangilerinin arazi mülkiyetine dâhil olduğu, arazi mülkiyetinin maddi kapsamı ile ilgilidir. Arazi mülkiyetinin maddi kapsamının belirlenmesinde, TMK m. 684 vd. ile TMK m. 718 vd. hükümlerinden faydalanılır. Genel olarak mülkiyet hakkının kapsamını düzenleyen TMK m. 684 vd.'ndan bütünüleyici parça, doğal ürünler ve eklentinin arazi mülkiyetinin maddi kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Arazi mülkiyetinin maddi kapsamının özel olarak düzenlendiği TMK m. 718/II'de ise, kanunda yer alan istisnalar hariç olmak üzere, yapılar, bitkiler ve kaynaklar arazi mülkiyetinin kapsamında sayılmıştır. Böylece yapılar, bitkiler ve kaynaklar, TBK m. 686/I'de belirtilen bütünüleyici parça niteliklerini taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın kanun gereği buldukları arazinin maddi kapsamında sayılmıştır. Aynı hükümde, yasal sınırlamaların saklı kaldığı belirtilerek bahsi geçen kurala ilişkin istisnaların varlığı da vurgulanmıştır. Böylece bütünüleyici parça özelliklerinin tamamını taşıyan bazı şeylerin, kanun koyucu tarafından bütünüleyici parça sayılmaması mümkün kılınmıştır. Bu doğrultuda kanun koyucusu, Maden Kanunu m. 4'te madenlerin, içinde bulunduğu arazinin mülkiyetine tabi olmadığını ifade ederek bunların, arazinin bütünüleyici parçası olmadığını açıkça vurgulamak istemiştir.

4. Türk hukukunda, hukukî anlamda nelerin maden sayıldığı, “tanımlama yöntemi” ile belirlenmiştir. Maden Kanunu m. 2/I ve Maden Yönetmeliği m. 2/I'de maden tanımlanmıştır. Her iki hükümde de yer alan tanım, benzerdir. Bu hükümlere göre, “Yer kabuğunda ve su kaynak-

*larında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde maden sayılır.” O hâlde, söz konusu tanıma uygun unsurlar, hukuken maden vasfına sahiptir. Tanımın dışında kalanlar ise, hukuken maden sayılamazlar.*

5. Türk hukukunda madenler, sınırlı sayıda değildir. Zira Maden Yönetmeliği m. 6/I uyarınca, Kanun'da ve Yönetmelik'te sayılanların dışında yeni bir madenin tespiti mümkündür. Yeter ki tespit edilen madde, maden tanımının yer aldığı Maden Kanunu m. 2/I ve Maden Yönetmeliği m. 2/I'deki niteliklerin tamamını haiz olsun.

6. Özel mülkiyete tabi arazide yer alan maden(ler)in, arazi mülkiyetinin maddi kapsamında sayılmaması, bir başka ifade ile arazi malikine ait kabul edilmemesi, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder. Hakkın özüne dokunmamak kaydıyla mülkiyet hakkının, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılması hukuka uygundur. Özel mülkiyette bulunan arazide yer alan maden(ler), diğer birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de kamu yararı amacıyla ve kanunla arazi mülkiyetinin maddi kapsamından çıkarılmıştır. Bu bağlamda madenlerin, Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul edilmesi, mülkiyet hakkının özüne de dokunmaz. Zira bahsi geçen durumda, hakkın özüne dokunmama ilkesi uygulama alanına sahip değildir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da öngörülen bir temel hak ve özgürlüğün yine Anayasa'ca sınırlandırılması durumunda, bu sınırlamalar sebebiyle hakkın özüne dokunulduğundan bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir. Nitekim madenlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabul edildiği ve böylece mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı hükümlerden biri, Anayasa m. 168 hükmüdür.

7. Kanun koyucu, madenlerin, kamu menfaatini en yüksek düzeyde sağlayacak şekilde değerlendirilmesi hususunda Devlete bir yandan yetki verirken diğer yandan da yükümlülük yüklemiştir (Maden Kanunu m. 1). Nitekim Devlet, madenleri, kendi arayıp işletebileceği gibi bu konularda gerçek ve tüzel kişilere imtiyaz da verebilir. Devletin imtiyaz verdiği gerçek ve tüzel kişiler, “madenleri aranma” ve/veya “işleterek madenlerden yararlanma” hakkı ve yetkisi elde ederler.

## KAYNAKLAR

- ABRAMOVITCH, Yehuda, "The Maxim "Cuius Est Solum Ejus Usque Ad Coelum" as Applied in Aviation" McGill Law Journal, 4(8), 1962, s. 247- 269.
- ADAMS, Cecil, "Can I declare a "no-flight zone" over my house?", Feb 13, 1998, <https://www.straightdope.com/21342266/can-i-declare-a-no-flight-zone-over-my-house> (E.T. 11.01.2021).
- AKİPEK, Jale G., "Mülkiyet Kavramı Üzerinde Bir İnceleme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Şubat 1969, s. 1-15. (AKİPEK, Mülkiyet).
- AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İkinci Kitap Mülkiyet, İkinci Bası, Ankara, 1973. (AKİPEK, Eşya).
- AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Eşya Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul, Eylül 2018.
- AKKURT, Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Organları İçtihatlarında Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Sınırlanması", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Aralık 2015, s. 177-204.
- AKSARAY, Buse, "Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları" Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 61-100.
- ARSLAN, Kahan Onur, "Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 131, Temmuz 2017, s. 57-86.
- AVCI, Mustafa/ YAVUZDOĞAN, Seçkin, "Türkiye'de Kamu Malları Konusuna Genel Bir Bakış", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2015, s. 11-29.
- AYDIN, Mehmet Âkif, "Mecelle-î Ahkâm-ı Adliyye", <https://islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye> (E.T. 19.01.2021).
- BLACKSTONE, William, Commentaries on the Laws of England, Book the Second-Chapter the Second,

[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/blackstone\\_bk2ch2.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk2ch2.asp) (E.T. 11.01.2021).

BRADBROOK, Adrian John, "The Relevance Of The Cujus Est Solum Doctrine To The Surface Landowner's Claims To Natural Resources Located Above And Beneath The Land", *Adelaide Law Review*, 11(4), 1988, s. 462-483.

COOPER, Copp John, "International Air Law, Roman Law and The Maxim Cujus Est Solum In International Air Law", *McGill Law Journal*, Vol: 1, 1952, s. 23-65. <https://studylib.net/doc/8735755/international-air-law---mcgill-law-journal> (E.T. 11.01.2021).

ÇELİK, Yasin, "Devlet Mallarının Haczedilmezliği ve Belediye Mallarının Haczi", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 13, Ocak 2017, s. 31-61.

DİNÇKOL, Hulüsi Alphan, "İmar Planlarında Kamu Yararı Denetimi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 2, Aralık 2018, s. 43-63.

ERDOĞAN, İhsan, "Hukuki Açıdan Define", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVII, Sayı: 1-2, Yıl: 2013, s. 513-533.

EREN, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2016.

FENDOĞLU, H. Tahsin, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.):", *Anayasa Yargısı*, Cilt: 18, Sayı: 1, Yıl: 2002, s. 111-149.

GEMALMAZ, H. Burak, *Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6*, Nisan 2018.

<http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/21sporrong-proteccion-de-la-propiedad.-titularidad-y-alcance.-privacion-legal-de-la-propiedad.-in.pdf> Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52. (E.T. 07.01.2021).

<https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 10.01.2020).

- <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199664924.001.0001/acref-9780199664924-e-4660> (E.T. 11.01.2021).
- <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/349-350.pdf>  
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Numaralı Ek Protokolü (E.T. 19.12.2020).
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss503.pdf> 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Genel Gerekçesi. (E.T. 02.01.2021).
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss41.pdf> 7164 sayılı Maden Kanunu İle Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Genel Gerekçesi. (E.T. 02.01.2021).
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan, “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı Dolayısıyla Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3-4, Aralık-Ocak 1986, s. 157-184.
- KARTALKANAT, Ahmet, “Cumhuriyet Döneminde Madencilüğimizin Gelişimi ve Türkiye Madencilik Politikası”, Jeoloji Mühendisleri Odası Dergisi, Sayı: 38, Yıl: 1991, s. 51-67. (KARTALKANAT, Madencilüğümüzün Gelişimi).
- KARTALKANAT, Ahmet, “Madencilikle İlgili Düzenleyici Sistemler”, [https://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/a988fc2992add2d\\_ek.pdf?dergi=HABER%20B%DCLTEN%DD](https://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/a988fc2992add2d_ek.pdf?dergi=HABER%20B%DCLTEN%DD) (E.T. 05.01.2021) (KARTALKANAT, Düzenleyici Sistemler).
- KESKİN, A. Dilşad/ DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan, Medeni Hukuk-II (Eşya Hukuku- Miras Hukuku), Ankara, Kasım 2018.
- KLEIN, Herbert David, “Cujus Est Solum Ejus Est...Quousque Tandem”, Journal of Air Law and Commerce, Volume 26, Issue 3, Article 2, 1959, s. 237-254.
- KÖPRÜLÜ, Bülent, “Taşınmaz Mülkiyetinin Yatay ve Düşey Sınırlandırılmasına İlişkin Başlıca Hukuki Sorunlar”, s. 32- 40, [https://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/K6TH\\_c8dba7d0df1c4a7\\_ek.pdf](https://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/K6TH_c8dba7d0df1c4a7_ek.pdf) (E.T. 05.01.2021).

- KÖSTÜ, Ozan Muzaffer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkı Yorumu", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 148, Aralık 2018, s. 116-122.
- LACHS, Manfred, (Academie De Droit International), *Recueil Des Cours*, 1964/III, Volume 113, 1966.
- MADEN MÜHENDİSLERİ ODASI, *Madencilik Sektörü ve Politikaları Raporu*, Mart 2011.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 20. Bası*, İstanbul, Ekim 2017.
- ONAR, Sıddık Sami, "İslâm Hukukunun Codîfîcatîon'u Mecelle", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 20, Sayı: 1-4, Yıl: 1955, s. 57-85.
- ÖRÜCÜ, Esin, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı Ve Mülkiyet Hakkının Özü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 41, Sayı: 3-4, Yıl: 1975, s. 145-161.
- ÖZDEMİR, Yücel, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Öze Dokunma Yasası", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, Ocak 2017, s. 65-99.
- SAĞLAM, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, 1982.
- SAYIN KORKMAZ, Bengi S., "Roma Hukuku'nda Mülkiyet Kavramı ve Mülkiyet Hakkına İlişkin Kısıtlamalar", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, Temmuz 2019, s. 173-193.
- SMITH, D.E., "The Origins of Trespass to Airspace and the Maxim "Cujus est Solum Ejus Est Usque ad Coelum"", *The Trent Law Journal*, Volume: 6, 1982, s. 33-42.
- SÖYLER, İlhami, "Kamu Malları Teorisi Açısından Devletin Hüküm ve Tasarrufundaki Yerler", *Sayıştay Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 83, Ekim 2011, s. 57-68.
- SPRANKLING, John G., "Owning The Center Of The Earth", *Ucla Law Review*, 55(4), April 2008, s. 979-1040.

- ŞİMŞEK, Suat, “Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları”, *Sayıştay Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 92, Ocak 2014, s. 93-115. (ŞİMŞEK, Kamu).
- ŞİMŞEK, Suat, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 91, Yıl: 2010, s. 181-228. (ŞİMŞEK, Mülkiyet).
- ŞİMŞEK, Suat, “Taşınmaz Mülkiyetinin Dikey Kapsamı: Anayasa Mahkemesinin Kamulaştırma Kanunu ile İlgili K. 2015/49 Sayılı İptal Kararının Eleştirisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 109, Eylül 2015, s. 68-73. (ŞİMŞEK, Taşınmaz).
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atillâ, *Eşya Hukuku*, Cilt I, Yeniden İncelenmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, 1989.
- TEZCAN, Murat, “Soyut Kamu Yararı Kararıyla Sınırlandırılan Mülkiyet Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 85, Eylül 2013, s. 87-89.
- TOPALOĞLU, Mustafa, “Dünyada Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar ve Bu Bağlamda Türk Maden Hukukunun Gelişimi”, <http://mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/du-nyada-maden-hukukuyla-I-Ilgili-yeni-yaklas-imler-ve-bu-bag-lamda-tu-rk-maden-hukuku-740.pdf> (E.T. 03.01.2021). (TOPALOĞLU, Yeni Yaklaşımlar).
- TOPALOĞLU, Mustafa, “Maden Haklarının Devri ve Şirketlere Sermaye Olarak Koyulması”, *Adana Barosu Dergisi*, Sayı: 14, Yıl: 5, Nisan 1996, s. 7-12. (TOPALOĞLU, Maden).
- TOPALOĞLU, Mustafa, “Maden Ruhsat Sahibi ile Taşınmaz Malikleri Arasındaki Hukuki Uyuşmazlıklar”, *Türkiye Madenciler Derneği Sektörden Haberler Bülteni*, Sayı: 62, Ekim 2016, s. 66-77. (TOPALOĞLU, Ruhsat).
- TOPALOĞLU, Mustafa, “Madencilikle İlgili Yasal Düzenlemelerdeki Küresel Eğilimler ve Türkiye Uygulaması” *Bilimsel Madencilik Dergisi*, Özel Sayı, 2018, s. 143-152. (TOPALOĞLU, Küresel Eğilimler).

- TURHAN, Melih, Madencilikte Önemli Bazı Ülkelerde Maden Hukuku ile İlgili Mevzuat, (Editör: MECİT ALTIN, Evren), Mayıs 2014.
- TÜRK, Hikmet Sami, “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Ocak 1979, s. 83-119.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, “Glossator'lar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Cilt: 23, Sayı: 3, Yıl: 2017, s. 55-96.
- ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel, Şekî Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Ekim 2017.
- YILDIZ, Taşkın Deniz, “Türk Maden Mevzuatı Evriminde Madenlerin Mülkiyeti ve Rejimi”, 23rd International Mining Congress & Exhibition of Turkey, Antalya, 16-19 Nisan 2019, s. 1959-1980.
- ZARAKOLU, Avni, “Türkiye'nin Maden ve Enerji Ekonomisinde Etibank”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 1958, s. 165-194.





## HEKİM VE HASTANENİN CERRAHİ ROBOT KULLANIMININ HASTAYA VERDİĞİ ZARARDAN SORUMLULUĞU

Dr. Nihan KOYUNCU AKTAŞ\*

### Öz

Tıbbi robotların bir alt türü olan cerrahi robotların kullanımı yabancı ülkelerin yanı sıra ülkemizde de giderek yaygınlaşmaktadır. Ancak günümüz uygulamasında cerrahi robotlar kendi kendine öğrenen, öğrendikleri neticesinde yeni kararlar veren veya cerrahi müdahaleyi tamamen bağımsız olarak yürütebilen seviyeye henüz ulaşmamıştır. Örneğin cerrahi robotların en başarılı ve yaygın örneği olan da Vinci cerrahi robot tamamı ile hekimin kontrolünde ve hekimin komutları ile hareket etmektedir. Bunun yanı sıra ROBODOC gibi yine kendi kendine öğrenemeyen; ancak sınırlı da olsa bağımsızlığı olan robotlardan da faydalanılmaktadır. Cerrahi robotların sağlık hizmetine dahil edilmesi ile beraber hekim ve hastanenin robotik cerrahiye bağlı olarak hastaya verilen zarardan sorumluluğunun tartışılması gerekmektedir. Bu tartışma, cerrahi robotun otonomi derecesine bağlı olarak şekillenir. Bu çalışmada hekim ve hastanenin sorumluluğu, robotun otonomi derecesine bağlı olarak özellikle TBK md. 116 hükmü kapsamında değerlendirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Tıbbi Robot • Cerrahi Robot • Da Vinci Cerrahi Robot • Robotik Cerrahi • Robotun Otonomisi

\* Avukat, Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye | Lawyer, Dr., Istanbul Bilgi University, Vocational School Of Health Services, Istanbul, Turkey.

✉ koyuncuaktas@gmail.com • ORCID 0000-0002-8251-2629

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KOYUNCU AKTAŞ Nihan, "Hekim ve Hastanenin Cerrahi Robot Kullanımının Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1693-1737.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## LEGAL RESPONSIBILITY OF THE PHYSICIAN AND THE HOSPITAL FOR THE DAMAGES CAUSED BY THE USE OF SURGICAL ROBOTS TO THE PATIENT

### Abstract

The utilization of surgical robots which are sub-category of medical robots becomes widespread in our country as it is in foreign countries. However, it shall be mentioned that the surgical robots have not reached to a level that can self-learn, decide or conduct the surgery independently in today's practice. As an example, da Vinci surgical robots which are the most common and successful model of surgical robots can perform under the control of physician and operated directly by physician's commands. That being mentioned, there are robots such as RO-BODOC which also cannot self-learn but have a limited independency. With the integration of surgical robots in healthcare, the legal responsibility of the physician and the hospital for the damage caused by robotic surgery to the patient should be discussed. This discussion is shaped depending on the degree of autonomy of the surgical robot. Thus, the legal responsibility of the treating party has been evaluated especially under the provision TCO Art 116 accordingly with the degree of autonomy of the robot.

### Key Words

Medical Robot • Surgical Robot • Da Vinci Surgical Robot • Robotic Surgery • Autonomy of Robot

## GİRİŞ

Gelişen teknoloji ile birlikte robotlar tarım, üretim, otomotiv endüstrisi gibi birçok alanda kullanılmaya başlanmış ve hatta günlük hayatımızın birer parçası haline gelmiş bulunmaktadır. Evlerde kullanılan robot süpürgeler, endüstride kullanılan destekleyici robotlar, askeri ve sivil alanda kullanılan insansız hava araçları ile bugün sıklıkla karşılaşmak mümkündür<sup>1</sup>. Çalışmamız ise robot kullanımının oldukça yaygınlaştığı ve robot teknolojisinin öne çıktığı bir diğer temel alan olan sağlık hizmetlerine özgülenmiştir.

Günümüzde bugün için altmış yedi ülkede yedi milyonu aşan sayıda cerrahi müdahale cerrahi robot kullanılarak gerçekleştirilmiştir<sup>2</sup>. Robotik cerrahinin kullanıldığı ülkelerden biri de Türkiye'dir. Ülkemiz-

<sup>1</sup> MÜLLER, Melinda Florina, "Roboter und Recht", AJP, 2014, s. 595-608, s. 595.

<sup>2</sup> <https://www.davincicerrahisi.com> (Erişim Tarihi: 12 Ocak 2021).

de şu an yaklaşık yüz kırk hekim tarafından kullanılan cerrahi robot teknolojisinin çok yakın gelecekte çoğu hastaneye sirayet etmesi beklenmektedir<sup>3</sup>. Bununla birlikte halihazırda sağlık hizmetinde kullanılan cerrahi robotlar tam bir otonomiye sahip olmayan, kendi kendine öğrenemeyen robotlardır. Yakın gelecekte cerrahi robotların otonomi seviyelerinin artacağı ve en nihayetinde kendi kendine öğrenip karar vererek işlemi insan dahil olmaksızın yürüten robotların da sağlık hizmetine dahil olması beklenmektedir<sup>4</sup>.

Sağlık hizmetinde cerrahi robotların kullanılmasını özellikle iki açıdan değerlendirmek gerekmektedir: Bunlardan ilki sağlık hizmeti sunan kişilerin sorumluluğunun belirlenmesinde cerrahi robotların etkisi noktasında toplanmaktadır. Şöyle ki; sağlık hizmeti sunan hekim veya hastanenin somut uyuşmazlıkta hukuki sorumluluğunun mevcut olup olmadığı özen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği ile belirlenir<sup>5</sup>. Serbest çalışan hekimin ya da sağlık hizmetini ifa yardımcısı-hekim vasıtası ile yerine getiren hastanenin özen yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediği noktasında ise tıbbi standartlar esas alınmaktadır<sup>6</sup>. Bilinen ve genel kabul gören tıbbi standartlara aykırı hareket edilmiş olması halinde özen yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılır. Bu kapsamda çalışmamızda cerrahi robot kullanımına bağlı olarak farklılaşan özen yükümlülüğü incelenmektedir.

Cerrahi robotların kullanımı hususunda ilki kadar önemli olan ikinci husus ise hukuki sorumluluğun kapsamının belirlenmesidir. Bu

<sup>3</sup> ATEŞ, Ufuk/ ERGÜN, Ergun/ GÖLLÜ, Gülnur/ TÜREDİ, Bilge/ BAHADIR, Kutay/ ÇAKMAK Ahmet Murat, "Robotik Cerrahinin Ülkemizdeki Yaygınlaşma Süreci ve Önündeki Engeller", Türkiye Çocuk Hast. Derg, 4, 2017, s. 248-253, s. 250, s. 253. <https://www.davincicerrahisi.com> (Erişim Tarihi: 12 Ocak 2021).

<sup>4</sup> YIP Michael/DAS Nikhil, "Robot Autonomy for Sugery", World Scientific Review Volume, arXiv:1707.03080 [cs.RO] (Erişim Tarihi: 3 Ocak 2021) s. 3; PARLAK BÖRÜ, Şafak, "Robotik Cerrahi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk", İnÜHFD, 10, 2, 2019, s. 758-775, s. 759.

<sup>5</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, Beta, 2001, s. 128, s. 221-227.

<sup>6</sup> GAUTSCHI, Georg, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern, 1971, Art 398 N 24b; JANDA, Constanze, Medizinrecht, 3. Auflage, 2016, s. 311.

noktada karşımıza hekimin ve hastanenin hukuki sorumluluğu ile üreticinin sorumluluğu kavramları çıkmaktadır. Oldukça geniş ve kapsamlı bir konu olan ürün sorumluluğu ise çalışma konumuz kapsamına dahil değildir.

Esasen hekimin kendi hatalı hareketi nedeniyle cerrahi robotun hastaya zarar vermesi halinde ya da hekimin robotu talimata aykırı kullanması halinde sorumluluk hukukunun genel prensiplerinden ayrılan bir durum ile karşılaşmaz. Problem daha ziyade robotun ayıplı ya da hatalı olması halinde ortaya çıkar. Örneğin hekimin verdiği komutun robot tarafından algılanmaması ya da yanlış algılanması nedeniyle hastanın zarar görmesi böyledir. İşte hekime kusur yüklenemeyecek bu gibi durumlarda sağlık hizmeti sunan tarafın sorumluluğunda Türk Borçlar Kanunu<sup>7</sup> md. 116 hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmalıdır. Buna ilaveten ileride cerrahi robotların otonomi seviyesinin yükselmesi ile beraber hukuki sorunların karmaşıklaşması beklenmektedir. Buna ilişkin genel bir değerlendirmeye çalışmamızın son kısmında ayrıca yer verilmektedir.

## I. TEMEL KAVRAMLAR

Sağlık alanında hastalıkların teşhisinden ameliyatlara, akıllı kapsüllerden rehabilitasyon hizmetlerine kadar geniş bir yelpazede teknoloji den faydalanılmaktadır. Bu hizmetlerin bir kısmı tıbbi robot vasıtası ile yürütülme k teyse de bu durum zorunlu değildir. Örneğin Amerikan şirketi Arterys tarafından üretilen Cardio DL, kalp MR görüntülerini değerlendirmek için bir algoritma kullanmakta ve on beş saniye gibi bir süre içerisinde tanı koyabilmektedir<sup>8</sup>. Ancak herhangi bir fiziki obje içerisinde entegre olmayan Cardio DL başlı başına bir algoritma olup robot olarak kabul edilmemektedir<sup>9</sup>. Çalışmamız ise sadece cerrahi robot kullanımının hastaya verdiği zarardan sorumluluk ile sınırlandırıldığından algoritmaların ya da (cerrahi robot haricinde kalan) tıbbi robotların kullanımını neticesinde meydana gelen zararlar çalışmamız kapsamı dışın-

<sup>7</sup> RG 4.2.2011/27836.

<sup>8</sup> <https://www.dicardiology.com/product/arterys-cardio-dl-cloud-mri-analytics-software-receives-fda-clearance> (Erişim Tarihi: 16 Aralık 2020).

<sup>9</sup> WIDMER LÜCHINGER, Corinne, "Apps, Algorithmen und Roboter in der Medizin: Haftungsrechtliche Herausforderungen", HAVE, 2019, s. 3-15, s. 6.

dadır. Çalışmamızın sınırlarını çizebilmek amacı ile cerrahi robotlara ilişkin genel bilgi verilmeden önce algoritmalara ve algoritma ile robot arasındaki ilişkiye yer vermek uygun olacaktır.

### A. Algoritmalar

Algoritmalar, bir problem çözme amacı ile yaratılan tekil komutlar silsilesidir<sup>10</sup>. Esasen haftalık market alışverişi için çıkarılan ihtiyaç listesi bile bir algoritmadır<sup>11</sup>. Bu nedenle algoritmalar, günlük hayatımızda yapılan planların programlama dilindeki karşılığı olarak tanımlanmaktadır<sup>12</sup>.

Bir algoritma ile tümleşik yazılım (software) hesaplama yapabilir, bilgiyi işleyebilir ve öğrenme yeteneği varsa kendisine girilen bilgiler doğrultusunda bir problem çözebilir<sup>13</sup>. Örneğin kedileri ve köpekleri ayırmak için tasarlanan bir algoritma öncelikle farklı kedi ve köpek fotoğrafları ile beslenir<sup>14</sup>. Bu görüntülerle algoritma yeniden yapılır ve kendisine girilen (beslendiği) bilgiler neticesinde kedilerin yüzünün daha yassı olduğu bilgisine ulaşabilir<sup>15</sup>. Algoritma daha fazla görselle beslendikçe doğru sonuca ulaşması ihtimali o kadar artar. Bunun aksine algoritmanın yeteri kadar bilgi ya da görsel ile beslenmediği veya hatalı görselle beslendiği durumlarda öğrenme sürecinde hata yapma ihtimali doğar. Yukarıda verilen ve kedi ile köpeği ayırt etmeye yarayan algoritmanın, suratı yassı olan bir pug cinsi köpeği kedi sanması mümkündür<sup>16</sup>. Şu halde algoritmanın kendi kendine öğrenmesi, içeriği üretici tarafından belirlenen sabit bir program olmayıp sürekli olarak yeni bilgi ile beslenmesi halinde mümkündür<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> ZOBL Martin/LYSAKOWSKI Michael, "E-Persönlichkeit für Algorithmen?", Digma, 2019 s. 42-47, s. 42 ve dn.15'te belirtili yazarlar.

<sup>11</sup> TUNGUT, H. Burak, "Algoritma ve Programlama Mantiği" (Yayına Hazırlık Merve Nur Şengül; Editörler İrem Soylu, G. A.) İstanbul, 2020, s. 5.

<sup>12</sup> TUNGUT, s. 6.

<sup>13</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 5.

<sup>14</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 5.

<sup>15</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 5.

<sup>16</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 5.

<sup>17</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 5.

Kendi kendine öğrenen algoritmalarından sağlık hizmeti alanında özellikle tıbbi teşhis amacıyla faydalanılmaktadır<sup>18</sup>. IBM tarafından üretilen Watson programı hekimleri kanser teşhisinde destekleyen algoritma kullanmaktadır<sup>19</sup>. Cardio DL, kalp MR görüntülerini değerlendirmekte ve on beş saniye gibi bir süre içerisinde tanı koyabilmektedir<sup>20</sup>. Halbuki böyle bir algoritmadan faydalanmayan hekimin aynı tanıyı koymasına yaklaşık 30-60 dakika sürebilmektedir. Yine bir İngiliz start-up şirketi olan Ultromics tarafından üretilen ve kalp hastalıklarını analiz eden algoritmanın ultrason görüntüleri yardımı ile kalp hastalığı teşhisinde hata oranını %90 oranında azaltması beklenmektedir<sup>21</sup>.

## B. Robot Kavramı, Tıbbi (Medikal) Robot ve Cerrahi Robotlar

### 1. Robot Kavramı

#### a. Genel Bilgiler

Robotların tanımı hususunda kabul edilen ortak bir tanımlama bulunmamaktadır<sup>22</sup>. Bununla birlikte genel kabul, robotların fiziksel bir donanım ve o donanımı kontrol eden yazılımdan meydana geldiğidir<sup>23</sup>. Bu kapsamda dış dünyada herhangi bir cismani varlığa sahip olmayan ürünler robot tanımı dışında bırakılmaktadır<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Bu konuda bkz. WIDMER LÜCHINGER, s. 5vd.

<sup>19</sup> Watson'un hastaları taramak için gerekli süreyi yüzde 78 oranında azalttığı ve yüzde 92 doğruluk oranı elde ettiği belirtilmektedir. Bkz. <https://www.globaltechmagazine.com/2019/12/02/akciger-kanseri-tanilarinda-ibm-watson-kullanildi/> Ayrıca bkz. <https://www.thepercept.com/ibm-watson-ile-8-dakikada-kanser-teshisi-afsar-akal-ibm/?lang=tr> (Erişim Tarihi: 14 Aralık 2020).

<sup>20</sup> <https://www.dicardiology.com/product/arterys-cardio-dl-cloud-mri-analytics-software-receives-fda-clearance> (Erişim Tarihi: 16 Aralık 2020).

<sup>21</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 5vd.

<sup>22</sup> Bu konuda bkz. BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Robot Hukuku, Aristo, 2020, s. 4-13.

<sup>23</sup> ERSOY, Çağlar, Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, 2017, s. 5; WILDHABER, Isabelle/LOHMANN, Melinda F., "Roboterrecht – eine Einleitung", AJP, 2017, s. 135-140, s. 135.

<sup>24</sup> WILDHABER/LOHMANN, s. 135.

Robotlar, hisset-düşün-eyleme geç paradigması üzerine kurulmaktadır<sup>25</sup>. Sensörleri ile çevresini hissetmekte ve değişimi algılamakta, işlemcileri veya yapay zeka ile nasıl tepki vereceğine karar vermekte ve efektörleri ile çevresindeki dünya ile etkileşime girmektedir<sup>26</sup>. Belirtilen bu üç işlevin birlikte bulunması halinde yapay bir organizma olan robotun mevcudiyetinden söz edilmelidir, bu bileşenlerden birinin eksik olması halinde o ürün robot olarak kabul edilmemektedir<sup>27</sup>.

### **b. Robotun Otonomisi**

Otonomi özerklik olarak tanımlanmaktadır<sup>28</sup>. Robotlar yönünden otonomi, ilgili görevin bir kısmının veya tamamının akıllı bir robotik sistem tarafından yürütülebilir olmasını işaret etmektedir<sup>29</sup>.

Robotun otonomisini ele aldığımızda ifade etmemiz gereken ilk husus herhangi bir robot için otonominin doğrudan var ya da yok şeklinde belirlenemeyeceği ve değişken bir yelpaze içerisinde farklı seviyelerde otonominin mevcut olduğudur<sup>30</sup>. Diğer bir ifade ile robot hukukunda otonominin dereceleri bulunmaktadır.

Otonomi, en yüksek seviyede tamamı ile kendi kararını alan ve insana ihtiyaç duymayan seviyeden en aşağıda tüm kararları insanın aldığı bir skalada incelenmektedir<sup>31</sup>. *Parasuraman* ve arkadaşları tarafından derecelendirilen otonomi skalası şöyledir<sup>32</sup>:

<sup>25</sup> MÜLLER, s. 596; WILDHABER/LOHMANN, s. 135; FREYTAG, Urs, "Sicherheitsrechtliche Aspekte der Robotik" *Sicherheit&Recht*, 2, 2016, s.111-121, s. 112; ERSOY, s. 6. Bu belirtilenlere ilaveten robotun bir güç kaynağının (enerjisinin) olması gerektiği yönünde: BOZKURT YÜKSEL, s. 8.

<sup>26</sup> ERSOY, s. 6.

<sup>27</sup> ERSOY, s. 6.

<sup>28</sup> <https://sozluk.gov.tr> (Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi (Erişim Tarihi: 11 Kasım 2020)).

<sup>29</sup> YIP/DAS, s. 1.

<sup>30</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ERSOY, s. 24 ve 35-37.

<sup>31</sup> GORDON, Clara-Ann/ LUTZ, Tanja, "Haftung für automatisierte Entscheidungen – Herausforderungen in der Praxis", *SZW*, 2020, s. 53-61, s. 55 ve belirtilen yazarlar.

<sup>32</sup> PARASURAMAN, Raja/ SHERIDAN, Thomas B/ WICKENS Christopher D., "A Model for Types and Levels of Human Interaction with Automation, *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics: Part A: Systems and Humans*", 30, 3, 2000, s. 286-297 (Researchgate, Erişim Tarihi: 18 Ocak 2021) s. 287. Ayrıca bkz. ERSOY, s. 25.

| Otonomi Derecesi |    | Tanımlama   |
|------------------|----|---|
| ↑                | 10 | Sistem her şeye karar verir ve karar sürecinde insanı göz ardı ederek otonom karar verir                                  |
|                  | 9  | Sistem otomatik olarak hareket eder ve eğer (sistem) isterse insanı bilgilendirir   |
|                  | 8  | Sistem otomatik olarak hareket eder ve eğer (insan tarafından) talep edilmişse insanı bilgilendirir                       |
|                  | 7  | Sistem otomatik olarak hareket eder ve insanı bilgilendirir   |
|                  | 6  | Otomatik olarak eyleme geçmeden önce bu eylemin insan tarafından belirli bir süre içerisinde reddedilmesi için süre tanır |
|                  | 5  | İnsan bu öneriyi onaylarsa önerdiği eylemi yürütür  |
|                  | 4  | Sistem bu alternatiflerden birini önerir  |
|                  | 3  | Sistem muhtemel alternatifleri daraltarak küçük bir seçim grubuna indirir   |
|                  | 2  | Sistem tüm muhtemel alternatifleri hesaplar   |
|                  | 1  | Tüm kararları insan verir, tüm iş insan tarafından yapılır  |

Bu değişken yelpazede 5 numara da dahil olmak üzere 1-5 numaralı seviyelerde sistem doğrudan insan kontrolündedir. Tamamen kendi iradeleri doğrultusunda hareket eden tam otonom robotlar ise şu anki teknolojinin ilerisindedir<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> GORDON/LUTZ, s. 55.



### c. Robot ile Algoritma İlişkisi

Yukarıda ifade edildiği üzere algoritmalar, bir problem çözme amacı ile geliştirilen komutlar dizisidir<sup>34</sup>. Robotlar, kendi kendine öğrenebilen algoritma ile donatılabilir; ancak bu mecburi değildir<sup>35</sup>. Robotun zekaya sahip olması gerekmele birlikte bunun yapay zeka seviyesinde olması şart değildir<sup>36</sup>. Diğer bir ifade ile robot, yapay zeka veya akıllı yazımla donatılabilir; ancak bu zorunlu değildir<sup>37</sup>. Örneğin ROBODOC ve STAR bir robottur; ancak kendi kendine öğrenen algoritma ile donatılmamıştır. Bunun tersine kendi kendine öğrenen bir algoritmanın da robot içine entegre edilmesi mecburi değildir<sup>38</sup>. Kalp MR'larını analiz eden Cardio DL bir algoritmadır; ancak dış dünyada etkili olan fiziki bir objeye entegre edilmemiştir, bu nedenle robot değildir<sup>39</sup>.

## 2. Tıbbi (Medikal) Robotlar ve Cerrahi Robot

Tıbbi robotlar sağlık hizmetinde kullanılan ve hisset-düşün-eyleme geç paradigmasına sahip olması nedeni ile robot olarak kabul edilen tıbbi ürünlerdir<sup>40</sup>. Tıbbi robotların ISO 8323 tanımlamaları uyarınca yapılan endüstri-hizmet robot ayrımı kategorisinde hizmet robotu sınıfına girdiği kabul edilmektedir<sup>41</sup>.

Tıbbi robotlar üretim amacına veya kullanım alanına göre farklı alt kategorilerle ele alınabilmektedir.

Tıbbi robotları beş ana alt kategoride inceleyen *Butter* bu konuda şöyle bir ayrım yapmaktadır<sup>42</sup>: (1) Robot destekli önleyici tedavi ve teş-

<sup>34</sup> Bkz yuk. I/A.

<sup>35</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 6. Yapay zeka ve akıllı yazılım tek başına bir robot değil programdır (BOZKURT YÜKSEL, s. 11).

<sup>36</sup> BOZKURT YÜKSEL, s. 12.

<sup>37</sup> BOZKURT YÜKSEL, s. 12.

<sup>38</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 6.

<sup>39</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 6.

<sup>40</sup> DRITTENBASS, Joel/WILDHABER, Isabelle, "Regulation of Medical Robots in Switzerland", LSR, 2020, s. 11-19, s. 12.

<sup>41</sup> MÜLLER, s. 597; WILDHABER/LOHMANN, s. 138; DRITTENBASS/WILDHABER, s. 12. Ayrıca bkz. ISO 8373: 2012, Robots and robotic devices.

<sup>42</sup> BUTTER, Maurits/ RENSMA, Arjan/ van BOXSEL, Joey/ KALİSİNGH, Sandy ve ark. "Robotics for Healthcare: Final Report", 2008

his için kullanılan sistem (örneğin Given Imaging tarafından sunulan PillCam COLON isimli akıllı kapsül) (2) Yardımcı robotik teknoloji (örneğin, Secom Ltd JP tarafından üretilen Myspoon isimli beslenmeye yardımcı robot) (3) Profesyonel bakıma yardımcı robotlar (örneğin, insanları taşımak için RIKEN (JP) tarafından geliştirilen RI-MAN) (4) Eski sağlığına kavuşma amaçlı rehabilitasyon tedavisi için kullanılan robotlar (örneğin, hastanın yürümesini desteklemek için Locomat) (5) Tıbbi girişimsel cerrahi müdahaleler için kullanılan robotlar (örneğin, da Vinci gibi minimal girişimsel cerrahi için robotik cihazlar). Bununla birlikte bu sınıflandırmada yer alan tıbbi robotlar kullanım amacına göre oldukça kapsamlı alt kategorilere ayrılmaktadır<sup>43</sup>.

Tıp etiği ilkeleri kapsamında tıbbi robotları değerlendiren *Metin* ise, bu değerlendirmesinde tıbbi robotları (1) hastanelerde cerrahi alanda kullanılmak üzere tasarlanan ameliyat yardımcısı robotlar (2) yaşlılara evde destek vermek üzere geliştirilen bakım robotları ve kaybolan duyu-motor yetilerinin düzeltilmesinde hastalara yardımcı olan rehabilitasyon robotları (3) robotik protezler olmak üzere üç kategori altında ele almaktadır<sup>44</sup>.

Cerrahi robotlar ise tıbbi robotların bir alt türüdür. *Butter* tarafından yapılan sınıflandırmada yer alan *tıbbi girişimsel cerrahi müdahaleler için kullanılan robotlar* ya da *Metin* tarafından yapılan sınıflandırmada yer alan *ameliyat yardımcısı robotlar* cerrahi robotlardır.

Cerrahi robotların otonomi seviyesi de değişiklik göstermektedir. Da Vinci cerrahi robot gibi doğrudan hekimin kontrolünde olan robotlar bu otonomi seviyesine göre yelpazenin en altındadır<sup>45</sup>. Bu robotları sırasıyla kontrolün hem robot hem insanda olduğu paylaşımlı-kontrollü robotlar (örn. ACROBAT) ve sonrasında insan gözetiminde otonomiye

(<https://repository.tno.nl/islandora/object/uuid:beddf38c-e88c-4d2a-8394-e7234d9b3e8a> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2021), s. 38-55.

<sup>43</sup> Ayrıntı bilgi için bkz. BUTTER ve ark., s. 36-61.

<sup>44</sup> METİN, Sevtap, "Tıp Etiği İlkeleri ve Hukuk Açısından Tıbbi Robotlar", III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, (Editör Prof. Dr. Dr. H.c. Hakan Hakeri, Av. Cahid Doğan), Cilt 1, 2019, s. 369-423, s. 369. Bir diğer sınıflandırmaya göre tıp biliminde kullanılan robotlar (1) laboratuvar (2) hastane ve (3) rehabilitasyon robotları olmak üzere üç başlık altında incelenebilir. Bkz. PARLAK BÖRÜ, s. 760.

<sup>45</sup> Cerrahi robotların otonomisi hakkında bkz. YIP/DAS, s. 2-3.

sahip olan robotlar (örn CyberKnife ve ROBODOC) izlemektedir. Yelpanenin en üstünde ise tam otonom cerrahi robotlar yer almaktadır; ancak günümüz teknolojisinde bu tür robotlar mevcut değildir.

## II. CERRAHİ ROBOT KULLANIMINDAN DOĞAN SORUMLULUK

### A. Sorumluluğa İlişkin Genel Bilgiler

#### 1. Hekim ve Hastanenin Hastaya Karşı Sorumluluğuna İlişkin Genel Bilgiler

Hekim veya hastane ile hasta arasındaki hukuki ilişki çoğunlukla bir sözleşmeye dayanmaktadır<sup>46</sup>. Bununla birlikte sözleşmesel sorumluluğu hekim ve hastane yönünden ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Doktrinde çoğu yazar, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin asli edimini bir iş görme edimi olarak tanımlamakta, hekimin bu hukuki ilişkide müdahalenin başarılı sonucunu taahhüt edemeyeceği gerekçeyle sözleşmenin hukuki niteliğini vekalet sözleşmesi olarak kabul etmektedir<sup>47</sup>. Bizim kanaatimiz de hem olağan tıbbi müdahaleleri konu

<sup>46</sup> FELLMANN, Walter, "Arztrecht in der Praxis", 2, Schulthess Juristische Medien AG, 2007, s. 104. Hekim ve hastanenin sorumluluğunun dayanağı haksız fiil, vekaletsiz iş görme ya da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk olabilir. Bununla birlikte günümüz teknolojisinde robotik cerrahi daha ziyade acil olmayan ve önceden planlanan operasyonlarda kullanılmaktadır. Bu kapsamda robotik cerrahinin kullanıldığı durumlarda ekseriyetle daha önceden mevcut bir sözleşmesel ilişki bulunduğu belirtilmelidir. Robotik cerrahi kullanımı neticesinde bir zarar doğması halinde bu durum aynı zamanda haksız fiil sorumluluğuna da yol açabilir. Bu gibi durumlarda sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu yarışır; ancak sözleşmesel sorumluluk zamanaşımı ve ispat gibi nedenlerle hasta lehinedir.

<sup>47</sup> TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, 2010, s. 415; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların Devlet'in ve Özel Hastahanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki), Ankara, 1993, s. 20; AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı, 1991, s. 54; AKARTEPE, Alpaslan, "Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Yetkin, 2007, s.13-21, s. 17; KURT, Ekrem, "Hekimlik Sözleşmeleri" Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, On iki Levha Yayınları, 2011, s. 59-77, s. 73; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat, 2006, s. 272; SARI, Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 16; ZEYTİN, Za-

edinen hekimlik sözleşmelerinin hem de estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin vekalet sözleşmesinin özel bir görünümü olduğu yönündedir<sup>48</sup>. İsviçre hukukunda da hekimin söz-

fer, "Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi", TıpHD, 6, 2014, s. 103-115, s. 111.

- <sup>48</sup> Belirtmemiz gerekir ki, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri konu edinen hekimlik sözleşmelerinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü mevcuttur (Bu yönde bkz. ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin, 2006, s. 48; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 61; PETEK, Hasan, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", DEÜHFD, 8, 1, 2006, s. 177-239, s. 192; BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım" AÜHFD, 54, 4, 2005, s. 119-148, s. 121; BÜYÜKAY, Yusuf, "Tıbbi Hatalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Tazminatın Müdahaleyi Gerçekleştiren Sağlık Ekibi Arasında Paylaştırılması", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, 2011, s. 307-343, s. 311. Ayrıca karş. TEMEL, Erhan, "Türk ve Alman Hukukunda Estetik Operasyonların Hukuki Niteliği" Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C.1, 2017, s. 281-314, s. 312 vd.). Yargıtay kararları da bu yöndedir (bkz. Yargıtay 3 HD, 17955/2959, 13.3.2017; Yargıtay 3 HD, 5806/7762, 23.5.2017; Yargıtay 13 HD, 131/2741, 5.4.1993, Lexpera, 21 Mayıs 2021). Kanaatimiz, estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri içeren hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir (Bu görüşte olan yazarlar için bkz. TANDOĞAN, s. 21; KURŞAT, Zekeriya, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü", İÜHFM, 67, (1-2), 2009, s. 143-166, s. 153; GÜMÜŞ, s. 221; ZEYTİN, Estetik, s. 111). Bu görüşün gerekçeleri şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri içeren hekimlik sözleşmelerinde de sonuç taahhüdüne elverişli bir edim bulunmamaktadır. Eser sözleşmesinde taahhüt edilen sonucun sadece insan emeği ile belirlenmesi gerektiği yönündeki görüşü esas alarak, insan emeği haricinde, tesadüfi ya da hastanın vücudundan kaynaklı etkenlerle başarılı sonuca ulaşılamamasının muhtemel olduğu bu tip sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz (Eser sözleşmesinde insan emeği ile belirlenebilirlik ölçütü ile eser ve vekalet sözleşmesi karşılaştırması için bkz. KURŞAT, s. 148, s. 143-166). Burada eser sözleşmesi hüküm ve sonuçlarından faydalanmak sureti ile gerekçeleri çeşitlendirmek mümkündür. Şöyle ki; bu sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak kabul ettiğimiz vakit ortaya çıkacak eserin ayıp denetimine elverişli olup olmadığı sorusu ortaya çıkacaktır. Gerçekten eser sözleşmesinde taahhüt edilen sonucun ayıp denetimine elverişliliği, sonucun objektif olarak tespiti ile anlam taşır. Halbuki hekim tarafından yürütülen estetik müdahalenin ayıplı olup olmadığının tespiti hastanın sübjektif ve kişisel takdirine göre değişiklik gösterir. Buna ilaveten estetik amaçlı hekimlik sözleşmelerini eser sözleşmesi olarak nitelendirmemiz halinde TBK md. 512 hükmünün bu tip sözleşmelere uygulanamayacağı anlamı çıkmaktadır. Gerçekten taraflara sözleşmeyi dilediği zaman, haklı bir sebep göstermesi aranmaksızın tek taraflı sona erdirmeye imkanı tanıyan TBK md. 512 hükmü vekalet sözleşmesine özgü bir sona erme dü-

leşmesel sorumluluğu, vekalet sözleşmesini düzenleyen OR Art 394 ff hükümlerine göre belirlenmektedir<sup>49</sup>.

Hekimlik sözleşmesi uyarınca hekim, hasta menfaatine iş görmektedir. Ancak vekalet sözleşmesinin özel bir görünümü olan bu sözleşmede hekim, asli edimi olan hasta menfaatine iş görmeyi özenle yerine getirmekle yükümlüdür<sup>50</sup>. Hekimin asli edimi bir yapma borcu olup hekim müdahalenin başarılı sonucuna ulaşması ile değil hasta menfaatine özen yükümlülüğüne uygun iş görmekle borcunu gereği gibi ifa etmiş olur<sup>51</sup>. Zira taraflar arasındaki sözleşmeden beklenen amaca ancak özenli faaliyette bulunarak ulaşılması mümkündür.

Hekimin sözleşme ihlaline neden olmamak amacı ile yerine getirmesi gerekli özen yükümlülüğünün tayininde tıp bilimince o anki mevcut bilinen ve genel kabul gören tıbbi standartlardan istifade edilmekte-

---

zenlemesidir. Bu hükmün temelinde yatan düşünce taraflar arasındaki özel güven ilişkisinin özel bir sona erdirme düzenlemesi gerektirdiği ilişkilerde taraflara sözleşmeden kolayca ayrılma olanağı tanınmasıdır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SARI, s. 69-77). Hasta ve hekim ilişkisi gibi taraflar arasındaki güven ilişkisinin oldukça önem arz ettiği hukuki ilişkilerde taraflara sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye imkanı tanıyan bu özel düzenlemenin kabulü gerekir. Özellikle tıbbi müdahalenin hastanın vücut bütünlüğü, sağlığı ve kişisel özgürlüğü gibi en temel kişilik haklarına yönelmiş olması karşısında bu imkanın hasta yönünden mutlak olarak kabulü gerekir. Eser sözleşmesi nitelendirmesi TBK md. 512 hükmünün dışlanması anlamına geleceğinden estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri içeren hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliğine en uygun düşen sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz.

<sup>49</sup> FELLMANN, s. 106; GAUTSCHI, N 32a; OTT, Eduard Werner, Voraussetzung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich, 1978, s. 23; WIEGAND, Wolfgang, "Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung", Recht, Heft 5, 1993, Bern, s.149-159; s. 151; BUCHER, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, 1988, s. 267; WIDMER LÜCHINGER, s. 11. Alman hukukunda ise 2013 yılında yapılan değişiklik akabinde hekim ve hasta arasındaki sözleşme, tedavi sözleşmesi (behandlungsvertrag) başlığıyla BGB §§ 630a-h arasına eklenmiştir. BGB § 630b hükmü ile tedavi sözleşmesine hizmet sözleşmesi (vekalet değil) hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak bunun nedeni Alman hukukunda hekimin belirli bir ücret karşılığında iş görmesinin teamül olması ve buna karşılık vekalet sözleşmelerinin ivazsız olarak düzenlenmiş olmasıdır (TANDOĞAN, s. 365).

<sup>50</sup> TANDOĞAN, s. 21; GÜMÜŞ, s. 102; KURŞAT, s. 156, dn. 50. Ayrıca bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği (RG 1.8.1998, 23420) md. 14.

<sup>51</sup> GÜMÜŞ, s. 102, s. 159.

dir<sup>52</sup>. Anayasamızın 90/V fıkrası uyarınca iç hukukun bir parçası olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin<sup>53</sup> 4. maddesi de tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve tıbbi standartlara uygun yapılması gerektiğini açıkça düzenlemektedir. Bu kapsamda hekimin asli edim yükümlülüğü olan hasta menfaatine iş görme yükümlülüğünü tıbbi standartların şekillendirdiğini belirtmek gerekir. Ancak tıbbi standart kavramı ile ifade edilen, her hastalığa karşılık bir tedavi yönteminin yazılı olduğu kurallar bütünü değildir<sup>54</sup>. Aksine hekimin tıbbi standartlara uygun davranması onun tedavi yöntemini seçme serbestisini sınırlamaz<sup>55</sup>. Bu soyut kavram ile esasen yürütülen sağlık hizmetinin ilgili uzmanlık alanında iyi bir tıbbi uygulama olarak karşılık bulup bulunmadığı tespit edilmektedir<sup>56</sup>. Örneğin bilimsel gelişmeleri takip etmemesine bağlı olarak daha evvel terk edilen bir tedavi yönteminin tatbiki standarttan sapmayı işaret eder. Bu şekilde yapılacak değerlendirmede hekimin tıbbi standarttan saptığının tespit edilmesi halinde, sorumluluğun diğer şartları mevcutsa hekimin tıbbi müdahale hatasına bağlı olarak sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu kapsamda ilk soru cerrahi robot kullanımının tıbbi standart haline gelip gelmediğidir. Ancak bugünkü teknolojide buna olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira yeni bilgiler ve yeni teknoloji özen yükümlülüğünün tayininde temel alınan tıbbi standart kavramına hemen dahil edilemez. Burada henüz o uzmanlık dalındaki herkesçe kabul edilen ve bilinen genel bir standarttan söz etmek mümkün değildir. Bu yeni bilgilerin tıbbi standart haline gelmesinden evvel bir geçiş süreci olur ve bu esnada bu teknolojinin kullanımı lisans dersleri ve uzmanlık sonrası eğitimlere konu olur, makaleler, ulusal ve uluslararası kongre ve dergilerde tartışılır ve ancak genele yayılan kabul edilirli-

<sup>52</sup> BGE 64 II 200. Ayrıca bkz. GAUTSCHI, Art 398 N 24b; JANDA, s. 311; TANDOĞAN, s. 416.

<sup>53</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Avrupa Biyotıp Sözleşmesi) RG 9.12.2003, 25311.

<sup>54</sup> ÜNVER, Yener, "Tıbbi Standart", VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Adalet Yayınevi, 2012, s. 37-61, s. 39.

<sup>55</sup> ÜNVER, s. 39. Ayrıca bkz. SARP, Nilgün, "Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü", V. Sağlık Hakkı ve Sağlık hukuku Sempozyumu, 8-9 Kasım 2013, Adalet, 2014, s. 45-59, s. 47vd.

<sup>56</sup> ÜNVER, s. 39.

ğe ulaşması halinde standart haline gelebilir. Bu kapsamda cerrahi robot kullanımının halihazırda tıbbi standart olmadığı; hekimin somut durumda cerrahi robot kullanmamasının tıbbi standarttan sapmayı göstermeyeceğini belirtmek uygun olur.

Belirtmemiz gerekir ki hekimin cerrahi robot kullanımından doğan sorumluluğunu tartışırken hekim, hastane ve hasta ilişkisi özel önem arz eder. Şöyle ki; bir hekim muayenehanesinde bağımsız olarak faaliyette bulursa dahi büyük bir cerrahi müdahale söz konusu olduğunda bunu hastanede yerine getirebilir, muayenehanelerde cerrahi müdahalede bulunulması hukuka aykırıdır<sup>57</sup>. Bu kapsamda robotik cerrahiden faydalanmak sureti ile esasen büyük bir müdahale yürüten hekimin cerrahi robot kullanımı nedeni ile zarar doğmuşsa bu zararın hastanede meydana geldiğini belirlemek gerekir. Bu nedenle hastane ve hasta ilişkisini esas alarak hastanenin sorumluluğunu tartışmak gerekmektedir. Şöyle ki; hastane ile hasta arasındaki sözleşmenin farklı görünümleri mevcuttur. Hastanın, herhangi bir hekimden sağlık hizmeti alma yönünde iradesi mevcut olmayıp durumuna uygun hekime yönlendirilmesi amacı ile hastaneye başvurusu ihtimalinde sözleşme, hastane ve hasta arasında kurulmaktadır. Hastaneye tam kabul sözleşmesi olarak adlandırılan bu hukuki ilişkide diğer yükümlülüklerine ilaveten hasta menfaatine iş görme yükümlülüğü sadece hastane üzerindedir<sup>58</sup>. Hastane, sağlık hizmetini ifa yardımcısı hekimler vasıtası ile yürütmektedir<sup>59</sup>. Bu kapsamda hasta ile sağlık hizmetini yürüten hekimler arasında ayrı bir sözleşme kurulmamaktadır. Şu halde hastaneye tam kabul sözleşmesinin mevcut olduğu bir durumda cerrahi robottan meydana gelen zararda sözleşmesel sorumluluğun süjesi hekim değil hastanedir.

<sup>57</sup> Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik (RG 15.2.2008/26788) Ek-13'te muayenehanede yapılabilecek tıbbi işlemler listesi yer almaktadır. Bu Yönetmelik uyarınca muayenehanelerde sadece küçük cerrahi müdahalede bulunulabilir.

<sup>58</sup> FELLMANN, s. 106; AKKANAT, Halil, "Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni", Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s.25-41, s. 27. Ayrıca bkz. ŞAHİN CANDAS, Gökçe, Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu, Oniki Levha, 2019, s.19 vd.; YAĞOĞLU, Melike, Hastaneye Kabul Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2011, s. 10.

<sup>59</sup> AYAN, s. 134. Karş. AŞÇIOĞLU, s. 21-22.

Hastaneye tam kabul sözleşmesinin hastaya tıbbi müdahalede bulunacak hekim ile yapılacak ilave hekimlik sözleşmesini kapsar şekilde kurulması da mümkündür. Bu ihtimalde hem hastane ve hasta arasında hem de hekim ile hasta arasında sözleşme mevcuttur. Hasta menfaatine uygun tıbbi faaliyette bulunma hususunda ise hastane ve hekim bölünmez bir borcu üstlendiğinden borçtan müteselsil olarak sorumlulardır<sup>60</sup>.

Hastaneye kabul sözleşmesinin bir diğer türü ise bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesidir. Bu tip sözleşmeler özellikle muayenehanesinde serbest faaliyette bulunan hekimlerden sağlık hizmeti talep edildiğinde söz konusu olur<sup>61</sup>. Hekimden talep edilen sağlık hizmeti hekimin muayenehanesinde gerçekleştirilebilen bir faaliyetse<sup>62</sup> hasta ve hekim arasında bağımsız bir hekimlik sözleşmesi kurulur. Ancak ameliyat gibi bir hastanede gerçekleştirilmesi gereken faaliyet söz konusu olduğunda tıbbi faaliyet hastanede gerçekleştirileceğinden yükümlülüklerin dağılımı değişir. İşte bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde yükümlülükler bölünmüştür ve hasta menfaatine iş görme yükümlülüğü sadece hekim üzerindedir. Tıbbi faaliyete ilişkin bu yükümlülüğün haricinde kalan yeme, içme, barınma gibi yükümlülükler ise sadece hastaneye aittir. Bu kapsamda tıbbi müdahalenin özen yükümlülüğüne uygun yürütülmemesinden meydana gelen zarardan da sadece hekimin sorumlu olması gerekir. Bununla birlikte Özel Hastaneler Yönetmeliği Ek madde 5/1/c.2'de hastane ve hekimin teşhis ve tedaviden kaynaklanan zarardan birlikte sorumlu olacağı düzenlenmektedir<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> AKKANAT, s. 27; AYAN, s. 137.

<sup>61</sup> FELLMANN, s. 106. Özel Hastaneler Yönetmeliği (RG 27.3.2002/24708) Ek madde 5/1.

<sup>62</sup> Bkz. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik Ek-13.

<sup>63</sup> Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda tıbbi faaliyetin yürütülmesinden (sadece) hekim sorumludur. Hastanenin; ancak şartları varsa haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin TBK md.66 hükmü kapsamında adam çalıştırma sıfatı ile sorumlu tutulması böyledir. Bu kapsamda Özel Hastaneler Yönetmeliği Ek madde 5/1 bendini iki farklı şekilde yorumlamak mümkündür: İlk olarak ilgili düzenleme ile yeni bir sorumluluk yaratıldığı ve hekime ilaveten hastanenin de sözleşmesel sorumlu olduğu yorumu yapılabilir. İkinci olarak, ilgili düzenlemenin kanunlarda öngörülmemiş bir sorumluluk kuran fonksiyonu olmadığı ve genel hükümlere göre hastanenin (haksız fiil) sorumluluğunu ve heki-



## 2. Hekim ve Hastanenin Cerrahi Robotun Hastaya Verdiği Zarardan Sorumluluğu

### a. Cerrahi Robot olarak Da Vinci Modeli

Günümüzde gerek yabancı ülkelerde gerek ülkemizde kullanılan cerrahi robotların en yaygın ve başarılı örneklerinden biri da Vinci cerrahi robotlarıdır<sup>64</sup>.

Da Vinci cerrahi robot yöntemi ile yürütülen cerrahi müdahalelerde belirtilmesi gereken ilk ve temel husus, cerrahi müdahalenin robot değil hekim tarafından yapıldığıdır. Şöyle ki; da Vinci cerrahi robotun kullanıldığı ameliyatlarda hekim ameliyat masasına yakın bir uzaktan kumanda konsolunun başında oturmaktadır<sup>65</sup>. Hasta ise ameliyat masasındadır. Hekim, ameliyat sahasını yüksek çözünürlüklü 3 boyutlu kamera ile görüntülemekte ve konsolun başında oturur pozisyonda el ve ayaklarını hareket ettirerek cerrahi robota komut vermektedir<sup>66</sup>. Cerrahi robot da kollarına adapte edilen aletleri hekimin komutu ile paralel olarak eş zamanlı hareket ettirmektedir<sup>67</sup>. Elle yürütülen cerrahi müdahalelerden farklı olarak neşter, bisturi gibi aletler hekim tarafından kullanılmamaktadır. Hekim konsolun başında robota komut vermekte ve robot kollarına takılı aletleri hareket ettirmektedir. Da Vinci cerrahi robot, ko-

---

min sözleşmesel sorumluluğunu işaret eden açıklayıcı bir düzenleme olduğu şeklinde yorumlanması mümkündür. Bu yorum Yönetmelikle kanunlarda öngörülme-  
yen bir sorumluluk yaratılmasının önüne geçeceğinden isabetlidir. Bu konuda bkz. KOYUNCU AKTAŞ, Nihan, "Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine Görüş ve Değerlendirmeler" Tıp Hukuku Dergisi, 18, 2020, s.343-390, s.352 ve dn. 22.

<sup>64</sup> 2019 yılı itibari ile ülkemizde başta İstanbul, Ankara ve İzmir olmak üzere otuz aşan hastanede cerrahi robot yardımı ile ameliyat yapılmaktadır. <http://www.saglikteknoloji.com/robotik-cerrahi-yapan-hastaneler/> (Erişim Tarihi: 1 Şubat 2021).

<sup>65</sup> <https://www.davincisurgery.com> (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2020). Ayrıca bkz. YIP/DAS, s. 2.

<sup>66</sup> Robotik cerrahide elde edilen görüntü ameliyat sahasının 10-12 kat büyütülmüş halini yansıtmaktadır. Geleneksel laporoskopik 3 boyutlu yöntem nazaran daha net bir derinlik algısı vermektedir (ERBİN, Akif/ ÖZGÖR, Faruk/ BİNBAŞI, Murat, "Robotik Cerrahi: Teknolojik Gelişmeler ve Ürolojik Cerrahideki Yeri" Med Bull Haseki 54, 2016, s.127-132, s. 128).

<sup>67</sup> <https://www.davincisurgery.com> (Erişim Tarihi: 12 Aralık 2020).

mutlarla yönetilmedikçe hareket edememekte ve bağımsız görevleri yürütmek için programlanamamaktadır<sup>68</sup>.

Cerrahi robot kullanımının bazı olumlu ve olumsuz yanları olduğu belirtilmektedir. Robotik cerrahide kamera ile elde edilen görüntünün geleneksel laporoskopik yöntemlere nazaran daha net bir derinlik algısı verdiği ve donanımlı robotik enstrümanların vücut içinde manevra kabiliyetinin daha geniş olduğu belirtilmektedir<sup>69</sup>. Bunun yanı sıra cerrahi robotun insan el bileğinin hareketlerine benzeyen altı veya yedi derecede hareket özgürlüğü sağladığı, hekime uzak mesafeden rahat şekilde oturarak ameliyat yapma imkanı sunduğu belirtilmektedir<sup>70</sup>. Öte yandan özellikle uzun süren ameliyatlara nazara aldığımızda hekime nazaran yorgunluk ve el titremesi gibi olumsuz durumların olmayacağı da düşünülebilir. Buna karşılık cerrahi robot kullanan hekimin dokunma ve hissetme algısından uzak kalması, sistemin her cerrahi müdahaleye uygun olmaması, kurulumunun uzun sürmesi, ameliyat süresinin uzaması ve oldukça maliyetli olması bu teknolojinin olumsuz yanları arasında gösterilmektedir<sup>71</sup>.

## **b. Hekim ve Hastanenin, Cerrahi Robotun Özen**

### **Yükümlülüğüne Aykırı Kullanımından Doğan Sorumluluğu**

Örnek model olarak ifade ettiğimiz ve günümüzde en yaygın cerrahi robot olan da Vinci robotik cerrahi sistemi tamamı ile hekim kontrolünde olup robotun kendi kendine öğrenme ve bağımsız olarak hareket edebilme işlevi bulunmamaktadır. Her ne kadar özellikle uzun süren ameliyatlara nazara aldığımızda cerrahi robotun yorgunluk, dikkat kaybı, el titremesi gibi insana özgü nedenlerle hata yapmayacağı ve müdahalenin başarılı sonuca ulaşma ihtimalinin artacağı düşünülebilirse de hekimlik sözleşmesinde halen daha sonuç taahhüdüne elverişli bir edim bulunmamaktadır. Zira ister cerrahi robot kullanılsın ya da hekim tarafından elle yürütülen bir cerrahi girişim olsun bu girişimin başlı başına

<sup>68</sup> WIDMER LÜCHINGER, s.9.

<sup>69</sup> ERBİN ve ark., s. 128.

<sup>70</sup> ALTUNOLUK, Bülent, "Açık, Laporoskopik ve Robotik Sistektomi: Avantaj ve Dezavantajları", Üroonkoloji Bülteni, 2011, 1, s. 53.

<sup>71</sup> ATEŞ/ ERGÜN/ GÖLLÜ ve ark., s. 250. Cerrahi robot kullanımının olumlu ve olumsuz yanları için bkz. YIP/DAS, s. 5.

kendine özgü riskleri mevcuttur. Bu riskler hastanın kendisinden kaynaklanabileceği gibi komplikasyona bağlı olarak da gelişebilir. Bu nedenle cerrahi robot kullanımının hastaya karşı sözleşmesel ilişkinin niteliğini değiştirmediğini belirtmek gerekir.

Belirtmemiz gerekir ki, hekim ve/veya hastanenin, hekimlik faaliyetinin amacına kavuşması için mesleki deneyimlere ve işin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve bu amaca kavuşulmasını engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekir<sup>72</sup>. Bu gereklilik, sağlık hizmeti sunan tarafın özen yükümlülüğünün bir sonucudur. Bu kapsamda sağlık hizmeti sunan taraf, hastanın rahatsızlığının giderilmesi ya da estetik görünüm kazandırılması gibi başlangıçta hedeflenen amaca ulaşmak için gerekli tüm önlemleri almalı ve tedaviyi ihtiyatla yürütmelidir. Pek tabii robotik cerrahinin geleneksel ameliyat yönteminden farklı bir tedavi yöntemi olmasından mütevellit hekimin özen yükümlülüğünün kapsamı da farklılaşır. Özellikle sözleşme ile hedeflenen amaca kavuşulmasını engelleyecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü açısından da Vinci cerrahi robot gibi tamamen hekimin kontrolünde olan cerrahi robotlar ile yine kendi kendine öğrenemeyen ancak sınırlı da olsa bağımsız olan diğere cerrahi robotları ayırmak gerekir.

Da Vinci cerrahi robot kullanan hekimin sözleşme ile yükümlendiğı özen yükümlülüğüne uygun hareket etmesi onun robota aşına olmasına bağlıdır. Zira ancak robota aşına olarak onun çalışma sistemini tanıyan hekim, müdahalenin başarılı olması için gerekli girişimleri yapabilir. Buna ilaveten ancak robotun çalışma sistemini tanıyan hekim, sözleşme ile amaçlanan başarılı müdahaleyi engelleyecek davranışlardan kaçınabilir. Hekimin sisteme aşına olması ve cerrahi robotu tanıması olası bir arıza durumunu tespit etmeye yarar. Örneğın 56 yaşındaki prostat kanseri hastanın cerrahi robot yardımı ile yürütölen ameliyatında robotun sağ kolu arıza vermiştir. Hekimler arızayı gidermek için gerekli işlemleri yapsa da arıza giderilememiş ve sonunda robot kullanım dışı kalmıştır. Hekimlerse laporoskopik yöntemle ameliyata devam ede-

<sup>72</sup> TANDOĞAN, s. 410.

rek olası bir zararın önüne geçmiştir<sup>73</sup>. Bu kapsamda hekimlerin sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünü gereği gibi ifa ettiği belirtilebilir. Zira robotik cerrahi kullanma yönünde seçim yapan hekimin olası bir arıza durumunu gözeterek bu durumda ameliyata geleneksel yöntemle devam edecek şekilde hazırlık yapmış olması özen yükümlülüğünün sonucudur. Hekime arızayı düzeltme ödevi verilemezse de olası arıza durumunda hasta açısından en uygun, emin ve hastanın zarar görmesini engelleyecek şekilde hareket etmesi hem mesleki hem sözleşmesel sorumluluğunun kapsamına dahildir.

Almanya'da 1977 tarihinde verilen bir kararla makineleşmedeki artışa bağlı olarak hekimlerin kullandığı cihazlara yönelik tüm teknik detayları bilemeyeceği; ancak teknolojik cihazları yönetmeye etmeye aşına olması gerektiği belirtilmiştir<sup>74</sup>. Bu kapsamda tıbbi cihazlardan kaynaklı sorumluluk doğmaması için gerekli olduğunda uzmanların gözetiminde cihazın bakım, onarım ve takibini yapmak, cihazı tanımak ve geniş anlamı ile onu yönetmek için yeterli bilgiye sahip olmak, cihazı talimatlara uyumlu olarak kullanabilmek için gerekli bilgiye sahip olmak, her kullanımdan önce harici bir inceleme yapmak ve tehlikeli durumlarda daha detaylı inceleme yapmak, cihazı kontrol etmek ve bir arıza durumunda gerekeni yapmak için bilgi sahibi olmak gerekmektedir<sup>75</sup>. Almanya'da doktrin ve uygulama tarafından konan bu standartların teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak İsviçre Hukukunda da uygulanabilir olduğu belirtilmektedir<sup>76</sup>.

ROBODOC ve STAR gibi robotlar ise da Vinci cerrahi robotlardan farklı olarak sınırlı da olsa bağımsızdır<sup>77</sup>. Ancak bu bağımsızlık, robotla-

---

<sup>73</sup> TUĞÇU, Volkan/ MUTLU, Bircan ve ark., "Robotic Malfunction During Live Robotic Urologic Surgery: Live Surprise in a Robotic Surgery Congress" Arch Ital Urol Androl, 84, 4, 2012, s. 211-213.

<sup>74</sup> BGH VI ZR 110/75, 11.10.1977 E. III/2b (SIDIROPOULOS, Alexia, "Haftung für Gerätefehler bei der medizinischen Diagnostik und Behandlung", Sicherheit & Recht 2020, 1, s. 49-56, s. 53).

<sup>75</sup> SIDIROPOULOS, s. 53.

<sup>76</sup> SIDIROPOULOS, s. 53.

<sup>77</sup> ROBODOC, bir planı hekimden bağımsız olarak yürütülebilmektedir. Ancak bu plan daha önceden hekim tarafından oluşturulmaktadır. Hekim ise robotu gözetip denetleyerek yönetmektedir (YIP/DAS, s. 23).

rın kendi kendine öğrenerek hareket ettiği şeklinde anlaşılmalıdır. Aksine bu tür robotların sadece önceden tanımlanan cerrahi plana göre sınırlı bir hareket kabiliyeti mevcuttur. Örneğin kalça protezi ameliyatlarında daha önceden tanımlanan ameliyat planı çerçevesinde çevresine karşı tepki vermesine imkan tanıyan hassas sensörleri yardımı ile sınırlı olarak hareket edebilmektedir<sup>78</sup>. Bu kapsamda bu tür robotlar için da Vinci robotların kullanımına bağlı yükümlülüklerle ilave yükümlülükler olduğu kabul edilmektedir<sup>79</sup>. Bu yükümlülüklerin başında ameliyat planının doğru girilmesi yer almaktadır. Gerçekten bu tür cerrahi robotlarda hekimin yükümlülüğü özellikle planlama ve kontrole doğru evrilmektedir. Hekimin cerrahi robota aşına olması, onu tanıması ve yönetme amacı ile talimatlara uymasına ilaveten hekimin robotun hareketlerini daha fazla gözlemlemesi gerekmektedir<sup>80</sup>. Zira robotun sınırlı da olsa hareket kabiliyetinin olduğu alanın sürekli görüntülenmesi olası bir arızaya karşı hekimin ivedi müdahalesine (örneğin arızanın giderilmesi, başka bir aletle değiştirilmesi ya da elle ameliyata geçilmesi) imkan tanır. Bununla birlikte hekim ameliyat planını doğru şekilde yüklese ve ameliyat sahasını sürekli gözlemlese dahi cerrahi robotun kendisinden kaynaklı nedenlerle arızalanması ya da kullanım dışı kalması mümkündür. Örneğin cerrahi robotun yazılımının piyasaya sunulduğu zamanda ayıplı olması ile karşılaşılabilir. Bu gibi durumlarda hekimin, programlama ayıbını operasyon öncesi veya operasyon sırasındaki incelemelerinde tespit etmesi gerekirse; ancak bu ihmal edilmişse hekim veya hastanenin sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Zira cerrahi robot kullanımında hekimin öncelikle harici ve daha sonra dahili inceleme yapması gerekliliğinin altında yatan düşünce de hekim tarafından fark edilebilir ya da fark edilmesi gerekli olan ürün kaynaklı aksaklıkların önüne geçilmesidir. Buna ilaveten zarara, cerrahi robotun bakım ya da güncellemelerinin yapılmamış olması gibi hekimin yardımcısına atfedilebilir bir durum neden olmuşsa sağlık hizmeti sunan tarafın TBK md. 116 hükmü

<sup>78</sup> SIDIROPOULOS, s. 50.

<sup>79</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 10-11.

<sup>80</sup> SIDIROPOULOS, s. 53.

kapsamında sorumlu olduğu kabul edilmelidir<sup>81</sup>. Zira cerrahi robotun bakımından sorumlu kişiler hekim ya da hastanenin ifa yardımcısıdır.

Burada son olarak cerrahi robot kullanımı halinde hekimin yan yükümlülüğü olan aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişleyeceğini belirtmek gerekir<sup>82</sup>. Zira geleneksel elle yürütülen cerrahi bir girişim yerine robotik cerrahiden faydalanılması konusunda hastanın bilgilendirilmesi gerekmektedir. Cerrahi robot kullanımına yönelik aydınlatma, hastanın kendi geleceği hakkında karar verme ve vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik hakkı kapsamında karar vermesine hizmet edeceğinden karar aydınlatması niteliğindedir<sup>83</sup>. Hastanın kendi geleceği hakkında karar verebilmesi, onun muhtemel müdahale ve farklı tedavi yöntemleri hakkında bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Aksi durumda karar aydınlatmasına ilişkin yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna varılır ki bu durumda sağlık hizmeti sunan taraf, hastanın zararını gidermekle yükümlü olur. Alman hukuk uygulamasında ROBODOC yardımı ile ameliyat olan ve sınırlarında tahribat olan bir hasta tarafından açılan davada ROBODOC cerrahi robot kullanımının bir deney değil yeni bir tedavi metodu olduğu belirtilerek bu durum hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında tartışılmıştır<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 11.

<sup>82</sup> Bu yönde PARLAK BÖRÜ, s. 767.

<sup>83</sup> Aydınlatma yükümlülüğü doktrinde karar aydınlatması ve koruma aydınlatması olarak iki ana başlıkta incelenmektedir. Karar aydınlatması, hastanın olası müdahaleye yönelik serbestçe karar vererek kendi geleceği hakkında karar vermesine hizmet eder. Bu nedenle hastanın kendi vücuduna ilişkin karar vermesine etki edecek her bilginin hastaya açıklanması gerekir. Koruma aydınlatması ise sağlık hizmeti sunan taraf ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinde amaçlanan sonuca ulaşmak amacı ile hastanın belirli yönde sarfı gerekli davranışlar konusunda bilgilendirilmesidir. Örneğin bir ameliyat sonrası altı saat süre ile su içilmemesi yönünde yapılan bilgilendirme böyledir. Aydınlatma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OZANOĞLU, Hasan, Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", AÜHFD, 52, 3, 2003, s. 55-77; WIEGAND, s. 149-159; HOLLAND, Dario, Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung, Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 21, Universitätsverlag Göttingen, 2017.

<sup>84</sup> BGH, Urteil vom 13. 6. 2006- VI ZR 323/04, NJW 2006, 2477. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi ve görüş için bkz. KATZENMEIER, Christian, "Aufklärung über neue medizinische Behandlungsmethoden „Robodoc“" NJW, 2006, s. 2738-2745. Benzer bir karar için bkz. OLG Dresden, Urteil vom 13. 9. 2007- 4 U 601/06, NJOZ 2008, 247.

### c. Hekim ve Hastanenin, Cerrahi Robotun Hatalı veya Ayıplı Olması Nedeniyle Oluşan Zarardan Sorumluluğu

Cerrahi robotun ayıplı ve hatalı olması iki farklı hukuki durumu işaret etmektedir. Robotun ayıplı olması halinde yazılımının taşıması gereken özellikleri bulundurmaması, istenilen veya ondan beklenen sonuçları sağlamaması anlaşılır<sup>85</sup>. Robotun istenilen ve olması gereken özelliklere sahip olmasına rağmen farklı açıdan sorunlu olması halinde ise ürünün hatalı olduğu belirtilmektedir<sup>86</sup>. Örneğin cerrahi robotun taşıması gereken özellikleri taşıyıp ondan beklenen sonuca ulaşmasına rağmen kullanım esnasında radyasyon yayması halinde robotun hatalı üretildiğinden söz edilir<sup>87</sup>. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, bu gibi durumlarda robot üreticisi pek tabii ürün sorumluluğu kapsamında sorumludur<sup>88</sup>. Ancak asıl tartışmak istediğimiz husus bu durumda sağlık hizmeti sunan tarafın sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğidir. Burada hastane veya hekim yönünden organizasyon sorumluluğu (TBK md. 66/III) ve tehlike sorumluluğu (TBK md.71) düzenlemelerinin uygulama bulacağı düşünülebilir. Ne var ki çoğu olayda çalışma düzeninin zararın

<sup>85</sup> YÜCE, Melek Bilgin, "Hasta Hekim İlişkisinde Yapay Zeka Kullanımı ve Hukuki Sonuçlar", 7. Tüketici Hukuku Kongresi, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018, s. 481-502, s. 498. Tıbbi ürünlerin yol açtığı zararlardan sorumluluk konusunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem/ÖZ, Kerem, "Tıbbi Ürünlerin Yol Açtığı Zararlardan Sorumluluk: Karşılaştırmalı ve Eleştirel Yaklaşım", UAÜHFD, 8, 2016, s. 157- 197, özellikle s. 171vd.

<sup>86</sup> YÜCE, s. 499.

<sup>87</sup> YÜCE, s. 499. Terminoloji konusunda karşılaştırınız: HAVUTÇU, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2005, s. 31-33; KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 125-130. Ayrıca bkz. BÜYÜKSAĞIŞ/ÖZ, s.158, dn.1.

<sup>88</sup> Türk hukukunda cerrahi robotların ürün olduğu belirtilmektedir (PARLAK BÖRÜ, s. 772). Cerrahi robotun bir ürün olarak kabulü beraberinde robot üreticisinin ürün sorumluluğunu getirir. Bu kapsamda cerrahi robot kullanımı nedeni ile meydana gelen zararın 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanun (RG 12.3.2020/31066, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 12.3.2021) kapsamında olacağını belirtmek mümkündür (7223 sayılı Kanunun kapsamı ve Kanun hakkında değerlendirmeler için bkz. BAYSAL, Başak, "7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ve İmalatçının Tazminat Sorumluluğu" (Lexpera, Erişim Tarihi: 2 Kasım 2020). Ürün sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAVUTÇU, s. 46 vd; KIRCA, s. 73 vd; AYDOS, Oğuz Sadık, Ürün Sorumluluğu, Ankara, Adalet, 2009). İsviçre hukukunda da cerrahi robot tıbbi ürün olarak değerlendirilmektedir (DRIT-TENBASS/WILDHABER, s. 17; FREYTAG, s. 116).

doğmasını önlemeye elverişli olduğuna yönelik kurtuluş kanıtını yerine getiren hastanenin adam çalıştıran olarak sorumluluktan kurtulması mümkün olur<sup>89</sup>. Benzer bir çıkarım tehlike sorumluluğu yönünden de yapılabilir. Keza meydana gelen zararın tehlike sorumluluğu kapsamına girip girmeyeceğinin tayini, zararın, işletmenin faaliyet şekli ve amacının yarattığı tipik tehlikeden meydana gelmiş olmasına bağlıdır<sup>90</sup>. Tipik tehlike ile ifade edilen ise önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin özel tehlikesi için karakteristik olan, öngörülebilir fakat gerçekleşmesi istenmeyen şeydir<sup>91</sup>. Buna örnek olarak nükleer santralde meydana gelen nükleer sızıntı veya patlama gösterilmektedir<sup>92</sup>. Oysa nükleer santralde başka zarar tehlikeleri de mevcuttur; ancak tehlike sorumluluğunun doğmasına neden olan husus bu işletmenin tipik tehlikesi olarak kabul edilebilecek durumlarla sınırlıdır. Bu belirtilenler kapsamında cerrahi robot kullanımının hastane yönünden bu anlamda bir tipik tehlike olarak kabul edilemeyeceği ve TBK md. 71 hükmünün uygulanamayacağı kanaatine ulaşılmaktadır. Elbette teknolojideki gelişmelere paralel olarak tam otonom robotların piyasaya sürülmesi farklı bir değerlendirilmeyi gerektirebilir. Ancak mevcut düzlemde hastanenin, cerrahi robotun özellikle tekniğe dayalı arızalarından sorumluluğu konusunda belirtilen bu düzenlemeler yetersiz kalabilmektedir. İşte sağlık

<sup>89</sup> TBK md. 66/III.

<sup>90</sup> AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFİM, C.70, S.1, 2012, s. 203-220, s. 210; YÜCEL, Özge, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, 2014, s.137; ÇEKİN, Mesut Serdar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, 2016, s. 230. Hastanenin TBK md. 71 hükmünde işaret edilen önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olup olmadığı ise ayrı bir tartışma konusudur. TBK md. 71/II, c.2 uyarınca, *bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir*. Hastanenin, maddede belirtilen önemli ölçüde tehlike arz eden işletme tanımına dahil olduğunu söylemek güçtür. Hastanın zarar görme tehlikesini içermesi nedeni ile sağlık faaliyetlerinin mahiyeti gereği tehlikeli olması bu faaliyetlerin tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hükme tabi kılınmasını haklı kılmamaktadır (Aynı yönde YÜCEL, s. 115).

<sup>91</sup> YÜCEL, s. 138; ALPER, Gizem, İşletme Nedeniyle Tehlike Sorumluluğu (TBK M. 71), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 134.

<sup>92</sup> YÜCEL, s.139.



hizmeti sunan yönünden mevcut boşluğun TBK md. 116 (OR Art 101) hükmünün kıyasen doldurulması sureti ile giderilip giderilemeyeceği tartışmamızın temel noktasıdır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre cerrahi robotların ayıplı ya da hatalı olması halinde hastanenin ya da hekimin sorumluluğu kabul edilmemektedir<sup>93</sup>. Tedaviyi üstlenen hekim ya da hastanenin esasen ürünün CE sertifikalı olduğuna ve dolayısıyla güvenlik kriterlerini karşıladığını savunabileceği belirtilmektedir<sup>94</sup>. Bu görüşe göre hastane veya hekimin sorumlu olması onlara yüklenebilir bir sözleşmeye aykırılık durumunda söz konusu olur ki bu, tıbbi standartların dışına çıkılan durumlarda mevcuttur<sup>95</sup>. Bunun dışında kalan durumlarda cerrahi robot üreticisinin sorumlu olduğu ve hekim ya da hastaneye sorumluluk yüklenemeyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte hastaların, zarara neden olan olayın kaynağını belirleyemeyeceği de haklı olarak ifade edilmektedir<sup>96</sup>. Gerçekten hastalar somut uyuşmazlıkta meydana gelen zararın, cerrahi robotun kullanımından mı kaynaklandığını yoksa piyasaya ayıplı veya hatalı olarak sürülmesinden mi ileri geldiğini ayırt edemez. Dahası cerrahi robotun piyasaya ayıplı veya hatalı sunulmuş olması halinde dahi hekim veya hastanenin sorumluluğu doğrudan dışlanmamaktadır. Aksine robotun harici incelemesinde ve gerekli olması halinde daha detaylı incelemesinde bu hatanın veya ayıbın fark edilir olup olmadığı önem arz eder. Hekimin cerrahi robottaki bu aksaklığı fark etmesi gerektiğinin kabulünde hekim veya hastane sorumlu olur. Belirtilen bu nedenlerle hastanın zarara neden olan olayı belirlemesi daha da karmaşıklaşmaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda tamamen kontrol edilebilir risklerde ispat yükünün değişmesine yönelik uygulama kanuna yansımıştır. Tamamen kontrol edilebilen risk kavramı ile sağlık hizmeti sunan hastanenin hakimiyet ve organizasyon alanına dahil olan ve

<sup>93</sup> SIDIROPOULOS, s. 53; WIDMER LÜCHINGER, s. 10.

<sup>94</sup> SIDIROPOULOS, s. 52.

<sup>95</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 10.

<sup>96</sup> JUNOD, Valérie, "Liability for damages caused by AI in medicine : Progress Needed", in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), Responsabilité civile et nouvelles technologies, Journée de la responsabilité civile 2018 , Genève - Zurich - Bâle 2019, s. 119-149, s. 128. Ayrıca bkz. SIDIROPOULOS, s. 53.

sağlık hizmetlerinin uygun şekilde işleyebilmesi için bu tarafça gerekli önlem alınmak sureti ile önlenmesi gereken riskler ifade edilmektedir<sup>97</sup>. BGB § 630h(2) hükmü uyarınca sağlık hizmeti sunan tarafın tamamen kontrol edebileceği nitelikte bir riskin gerçekleşmesi nedeniyle hastanın hayatına, uzvuna ya da sağlığına yönelik zarar meydana gelmesi halinde bu zararın sağlık hizmeti sunan tarafın hatası olduğu varsayılmaktadır. Bu kavrama örnek olarak hijyen kurallarına uyulmamasına bağlı meydana gelen zararlar, hastanın doğru konumlandırılmaması, teknik araçların kullanımına bağlı zararlar gösterilmektedir<sup>98</sup>. Tamamen kontrol edilebilir riskin gerçekleşmesi halinde ispat yükünü değiştiren bu madde kapsamına tıbbi cihazlar da girmektedir<sup>99</sup>. Bu kapsamda hastanın, meydana gelen zararın cerrahi robot kullanımına bağlı olduğunu ve dolayısıyla hastanenin kontrol edilebilir risk alanına dahil olduğunu ispatlaması gerekli ve yeterlidir. Bu defa hastane zararın kendi risk alanından kaynaklanmadığını ispat etmekle yükümlü olur. İsviçre hukukunda ise kontrol edilebilir riskin mevcudiyeti halinde ispat yükünün değişeceğine yönelik bir kanuni düzenleme mevcut değildir<sup>100</sup>.

Bu konuda ileri sürülen diğer görüşe göre ise sağlık hizmeti sunan tarafın sorumluluğunun belirlenmesinde TBK md. 116 hükmünden kıyasen faydalanmak mümkündür. Bu yöndeki görüş ve değerlendirmelere yer vermeden evvel ilgili düzenlemeye yönelik genel bir bilgi vermek uygun olur.

Türk hukukunda TBK md. 116 hükmü uyarınca borcun ifasını kanuna uygun surette yardımcılarına bırakan kişinin, yardımcı kişinin verdiği zarardan sorumlu olacağı düzenlenmektedir<sup>101</sup>. Kanuni düzen-

<sup>97</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇ, Elif Irmak, "Alman Hasta Hakları Kanununun Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Açılan Davalarda İspat ile İlgili Hükümlerinin İncelenmesi", *TıpHD*, 4, 7, 2015, s. 65-101, s. 74-79.

<sup>98</sup> KILIÇ, s. 75 ve dn. 29'da belirtili eser.

<sup>99</sup> DROSTE Wiebke, "Intelligente Medizinprodukte: Verantwortlichkeiten des Herstellers und ärztliche Sorgfaltspflichten", *MPR*, 2018, s. 109-120, s. 108.

<sup>100</sup> Böyle bir düzenlemenin yerinde olacağı yönünde: WIDMER LÜCHINGER, s.15. Karş. SIDIROPOULOS, s.56.

<sup>101</sup> TBK md. 116 hükmünün özel bir görünümü vekalet sözleşmeleri açısından TBK md. 506 hükmünde düzenlenmektedir. Bununla birlikte vekalet sözleşmesinde de vekilin TBK md. 116 hükmü uyarınca ifa yardımcısından faydalanması mümkün-

lemenin altında yer alan düşünce, kendi borcunu yardımcı kişiler sureti ile ifa ederek iş bölümünden faydalanan kişinin, bu kişilerin verdiği zarardan sorumlu tutulmasıdır<sup>102</sup>. Gerçekten iş hayatında birçok durumda ifa yardımcısından yararlanmak mümkündür. Özellikle ticari hayattaki gelişmeler karşısında bir kişinin tüm işleri tek başına üstlenmesi mümkün görünmemektedir. Bunun yerine yardımcı kişi sayesinde işi üstlenen ve iş bölümünden faydalanan kişinin yardımcı kişinin karşı tarafa vereceği zarar rizikosunu üstlenmesi hakkaniyetlidir.

TBK md.116 hükmü kapsamında sorumluluğun doğması için ifa yardımcısının borçlunun onayı ile borca katılması gerekli ve yeterlidir<sup>103</sup>. Borçlu, ifa yardımcısının borca aykırı davranışında kusuru olmasa dahi sorumludur. TBK md.66 hükmünden farklı olarak borçlu, ifa yardımcısını seçmede ona talimat vermede ve gözetimde gereken özeni gösterdiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz<sup>104</sup>. Bununla birlikte borçlu, borcu bizzat ifa etseydi ve zarar verici davranışta kendisi bulunsaydı da sorumlu tutulabilecek olmalıdır<sup>105</sup>.

Belirtilen bu genel bilgiler çerçevesinde doktrinde bir görüş, TBK md. 116 hükmü kapsamına sadece gerçek ya da tüzel kişilerin girdiğini ve borcun ifası esnasında elektronik araçtan faydalanılmasının TBK md. 116 hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir<sup>106</sup>.

---

dür. Diğer bir ifade ile TBK md. 506 hükmü, TBK md. 116 hükmü karşısında özel hüküm olmayıp vekil hem TBK md. 116 hükmü uyarınca ifa yardımcısından hem de TBK md. 506 hükmü uyarınca alt vekil ya da ikame vekilden faydalanabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GAUTSCHI, Art 398, N 40b; von BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, (Art. 184-551), Zürich, 1972, s 131; TANDOĞAN, s. 460.

<sup>102</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, Dayınlarlı, 1995, s. 6vd.

<sup>103</sup> OĞUZMAN, M, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, Vedat, 2019, p. 1373.

<sup>104</sup> OĞUZMAN/ÖZ p. 1395. Ayrıca bkz. WEBER, Rolf H./EMMENEGGER Susan, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 101 / III.- V. N 136, Art. 101 / III N 136.

<sup>105</sup> OĞUZMAN/ÖZ p. 1392. WEBER/EMMENEGGER Art. 101 / III N 136.

<sup>106</sup> SIDIROPOULOS, s. 54; FREYTAG, s. 118. Ayrıca bkz. ZEYTİN, Zafer/ GENÇAY, Eray, "Hukuk ve Yapay Zeka: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", TAÜHFD, 1, 2019, s. 39-70, s.51. Karş. AKKURT, Sinan Sami, "Yapay Zekanın Oto-

Bu görüşe göre aksi bir kabul madde ile çelişir<sup>107</sup>. Elektronik araç kullanıldığında borçlunun farazi kusurunu tespit etmenin mümkün olmayacağı zira borçlunun elektronik araç yerine geçerek onun davranışından sorumlu tutulup tutulmayacağı değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir<sup>108</sup>.

Bununla birlikte doktrinde ilkin *Karl Spiro* tarafından savunulan görüşe göre borcun ifasında insan yerine makineden faydalanan borçlu, yardımcı kişinin başarısız olma rizikosunu yerine makinanın gereği gibi çalışmamasının rizikosunu üstlenmektedir<sup>109</sup>. Bu kapsamda zararın elektronik aracın hatalı kullanımı ile aracın üretimine ilişkin bir ayıptan ileri gelmesi yönünden fark bulunmamaktadır. Borçlu kendi rızası ile elektronik araçtan faydalanarak onun avantajlarından faydalanmaktadır. Bu kapsamda elektronik aracın gerektiği gibi çalışmaması rizikosunu da borçlunun üstlenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>110</sup>. Benzer şekilde ifanın borçlu veya yardımcı kişi tarafından yerine getirilmesinin beklendiği durumlarda onların yerine bir makine kullanan borçlunun sorumluluğunun TBK md. 116 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesinin alacaklı açısından daha güvenli olacağı belirtilmektedir<sup>111</sup>.

Bu konuda bizim de kanaatimiz sağlık hizmetinin sunulması esnasında cerrahi robot kullanan tarafın bu robotun verdiği zarardan sorum-

---

nom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7, 13, 2019, s. 39-59, s.48.

<sup>107</sup> SIDIROPOULOS, s. 54; FREYTAG, s. 118. Karş. MÜLLER, s. 600-601. Gelecekte robotlara insanlara benzer kişilik tanınması halinde robotları kullanan kişilerin ifa yardımcısından doğan sorumluluk kapsamında sorumlu olabileceği yönünde: YÜNLÜ, Semih, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul, 2019, s. 172.

<sup>108</sup> Bu hususta bkz. ŞENOCAK, İfa Yardımcıları, s.107 dn. 175’te belirtili yazarlar. Ayrıca bkz. SIDIROPOULOS, s. 54.

<sup>109</sup> SPIRO Karl, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, 209. Bu görüşün son zamanlarda Avusturya hukukunda yeniden ileri sürülmeye başlandığı belirtilmektedir. Avusturya hukukunda bu yöndeki görüşler için bkz. WIDMER LÜCHINGER, s. 13 dn. 90’da yer alan yazarlar. Otomatik veya elektronik makinaları kullananların bu makinalara bağlı zararlardan sorumluluğunda TBK md. 116 (BGB § 278) hükmüne kıyasen sorumlu tutulabileceğine yönelik görüş hakkında bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, p. 1380.

<sup>110</sup> SPIRO, s. 209-210. Ayrıca bkz. ŞENOCAK, İfa Yardımcıları, s. 107-109.

<sup>111</sup> ZEYİN, Zafer, “İfa Yardımcısının- Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk”, TıpHD, 5, 10, 2016, s. 439-463, s. 447.

luluğunda TBK md. 116 hükmünün kıyasen uygulanabileceği yönündedir<sup>112</sup>. Zira borcun ifası esnasında (elle yürütülen cerrahi tercih edilme-yip) cerrahi robot kullanan hekim robotik cerrahinin avantajlarından faydalanmaktadır. Buna ilaveten oldukça maliyetli olan bu cerrahi yönteminin kullanılması halinde çoğunlukla hastadan daha fazla ücret alınmaktadır. Hasta ile sosyal temas içerisinde bulunan ve robotik cerrahinin avantajlarından faydalanan hekim veya hastanenin bu robotun gereği gibi çalışmamasından ya da güvenli olmamasından sorumlu olması hakkaniyetlidir. Aksi halde hekim ve hastanenin sorumluluğu (*çoğu durumda*) robotik cerrahiden faydalanılacağı hususunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği ve tıbbi girişim esnasında tıbbi standartlara uygun (*lege artis*) hareket edilip edilmediği ile sınırlı kalır<sup>113</sup>. Hasta ise kendisinde meydana gelen zararın organizasyon hatasından mı tıbbi uygulama hatasından mı yoksa ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilecek bir ürünün piyasaya sunulmuş olmasından mı ileri geldiğini bilemez. Halbuki hastanın sosyal temas ve sözleşme ilişki içerisinde olduğu ve robotik cerrahinin avantajlarından faydalanan taraf hekim ya da hastanedir. Sağlık hizmeti sunan bu kişilerin TBK md. 116 hükmüne kıyasen sorumlu tutulması; ancak şartları varsa üreticiye rücu etmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak belirtilmelidir ki bu belirtilene ilaveten hastanın doğrudan üreticinin sorumluluğuna başvurması da mümkündür. Zira üreticinin sorumluluğu, sözleşme ilişkisi aranmaksızın üründen zarar gören herkesin zararının giderimini kapsamaktadır<sup>114</sup>. Bu kapsamda üreticinin sorumluluğu ile hekim ya da hastanenin ifa yardımcısından sorumluluğunun yarışacağını belirtmek mümkündür.

<sup>112</sup> Bu yönde ŞENOCAK, İfa Yardımcıları, s. 109; YÜCE, s. 500.

<sup>113</sup> DROSTE, s. 112. Özen kavramı, hekimlik sözleşmesinden doğan tüm yükümlülüklerin ifası açısından genel bir nitelik taşır. Diğer bir ifade ile sadece asli edim yükümlülüğü olan hasta menfaatine iş görme ile değil, hekimlik sözleşmesinden doğan yapma niteliğindeki aydınlatma, sadakat, kayda geçirme gibi yan yükümlülüklerin de özenle ifası gerekmektedir. Aksi durumda sözleşmenin ihlali söz konusu olur (Bu konuda bkz. GÜMÜŞ, s. 76, s. 102vd). Uygulamada hekimin sorumluluğuna en sık sebebiyet veren durumlarsa asli edimin özensiz ifası şeklinde tezahür eden kötü ifa ve aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olduğundan metin içerisinde bu iki duruma ayrıca yer verilmiştir.

<sup>114</sup> YÜCE, s. 499.

Bu durumu bir örnekle somutlaştırmak uygun olur: Uzaktan kumanda konsolu başında oturan hekim, ameliyat esnasında cerrahi robotun kollarına tümleşik aletin sağa doğru hareket etmesi komutunu vermiştir. Ancak cerrahi robot komutu algılamamış ya da hatalı algılayarak sola hareket etmiş ve civardaki damarı kesmiştir. Bir başka örnekte cerrahi robot komutu doğru algılamış; ancak operasyon esnasında etrafına radyasyon yaymıştır. Bu örneklerde hekimin bu ayıbı ya da hatayı fark etmesinin gerekli olduğu kabul edilmiyor ve robotun bakım ya da güncellemelerinde kendisine ya da yardımcı kişiye yüklenebilir bir kusur söz konusu değilse hekim veya hastanenin sözleşmesel sorumluluğu kabul edilmemektedir. Bu ihtimalde hastanın zararının giderimi üreticinin sorumluluğu ile çözülmektedir. Halbuki hasta bu örneklerde zarar görmüştür; ancak zararının dayanağını tespit etmesi olanaklı değildir. Dahası hasta, kendisinde meydana gelen zararın sağlık hizmeti sunan tarafın kusuru nedeniyle oluştuğunu düşünmekte haklıdır. Bu şekilde sağlık hizmeti sunan tarafa yönelik açılan dava, tıbbi uygulama hatası olmadığından ya da aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmediğinden bahisle reddedilecek ve hastanın zararının giderimi yıllar sürecektir. Halbuki robotik cerrahiden yarar sağlayan ve çoğunlukla bunu yüksek ücret ile sunan tarafın bu robotun hastaya verdiği zarardan sorumlu tutulması ve şartları varsa üreticiye rücu etmesi hakkaniyetli olur. Şu da belirtilmelidir ki ifa yardımcısından sorumlulukta farazi kusur değerlendirmesinin amacı, borcu bizzat ifa etseydi sorumlu tutulamayacak olan borçlunun sırf yardımcı kişiden faydalandı diye sorumlu tutulmasının makul olmaması, alacaklının bu gibi durumlarda daha fazla korunması için sebep olmamasıdır<sup>115</sup>. Yukarıda verdiğimiz örnekte ise esa-

---

<sup>115</sup> OĞUZMAN/ÖZ, p. 1396, p. 1397. Hastane veya hekimin TBK md. 116 hükmüne kıyasen sorumlu tutulması, robotik cerrahiye konu alan sözleşmelerin sonuç sorumluluğunu içereceği şeklinde değerlendirilmemelidir. Taraflar arasındaki ilişki halen daha vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Bu kapsamda güvenlik standartlarını karşılayan ve özen yükümlülüğüne riayet edilerek kullanılan bir cerrahi robotun hastaya zarar vermesi halinde bundan sağlık hizmeti sunan taraf sorumlu değildir. Zira cerrahi müdahalenin doğası kendine özgü riskler barındırmaktadır. Hekime kusur atfedilemeyen ve ürünün güvenlik standartlarını karşıladığı bir durumda bu riskin gerçekleşmesinden sorumluluk doğmaz. Burada ifade ettiğimiz husus esasen ürünün hatalı veya ayıplı olması halinde alacaklı-hastanın, borçlu-hekim ya da hastaneye nazaran daha fazla korunması gerekliliğidir.

sen bu cerrahi girişim hekim tarafından elle yürütülse (komutun yanlış algılanması ya da radyasyon yayılması söz konusu olmayacağından) hastada cerrahi robot kullanımına özgü zarar oluşmayacağından söz edilebilir. Öte yandan elle yürütülen bir cerrahi müdahalede sağ tarafa doğru kesi atması gereken hekimin sol tarafa kesi atması halinde kusuru söz konusu olur. Bu nedenle borçlunun borcu bizzat ifa etseydi sorumlu tutulabileceğinden bahsederek kusura ilişkin yapılan farazi değerlendirmenin de sağlık hizmeti sunan tarafı sorumlu kılması gerektiği belirtilebilir.

Burada sonra olarak ifa yardımcısı kullanımından kimin sorumlu olduğunu değerlendirmek gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle cerrahi robotun kullanımından söz ederken cerrahi robotun hekim tarafından kullanıldığını tekrar etmek gerekir. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi veya hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda hekim, kendi tarafı olduğu sözleşmeden doğan asli borcunu yerine getirmektedir. Bir başka ifade ile hasta menfaatine iş görme borçlusu bizzat hekimdir. Ancak hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye kabul sözleşmesinde hekim ve hastane tıbbi faaliyetten müştereken sorumludur. Bu kapsamda bu tür bir sözleşmenin mevcut olduğu hallerde hekim ve hastane cerrahi robot kullanımından TBK md.116 hükmüne kıyasen birlikte sorumludur. Hastaneye tam kabul sözleşmesinde de sağlık hizmeti hekim tarafından yürütülmektedir. Ne var ki burada hekim hastanenin ifa yardımcısıdır. Hekim tarafından yerine getirilen tıbbi faaliyet, hastanenin sözleşmesel yükümlülüğüne dahildir. Bu kapsamda hastaneye tam kabul sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda hastanenin ifa yardımcısı olan hekimin ifa yardımcısından faydalandığını belirtmek gerekir<sup>116</sup>. Bu nedenle hastaneye tam kabul sözleşmesi söz konusu olan hallerde sözleşmesel sorumluluğun süjesi sadece hastanedir.

<sup>116</sup> İfa yardımcısının ifa yardımcısı kullanması halinde de borçlu TBK md. 116 hükmü kapsamında sorumlu olmalıdır zira ikinci yardımcı kişinin verdiği zarar, ilk yardımcı kişinin tayininin bir sonucudur (OĞUZMAN/ÖZ, p. 1371).

## B. Kendi Kendine Öğrenen Cerrahi Robotlara İlişkin Genel Bir Değerlendirme

Esasen robotik cerrahiden sorumluluğun belirlenmesi hususunda ki ana problem, robotların otonomi seviyesinin artması ile büyüyecektir. Zira daha fazla otonomiye sahip olan ve kendi kendine öğrenebilen robotların kendi öğrendikleri bilgiler neticesinde hata yapma ihtimali de artmaktadır. Eğer bu hata, ürünün eksik bilgi ya da az görselle beslenmesi veya yeterince test edilmeden piyasaya sunulması nedeniyle oluşmuşsa üreticinin sorumlu olacağı kabul edilmektedir<sup>117</sup>. Gerçekten robotun hata yapmasının temelinde üç temel ihtimal bulunabilir: Karar verici algoritmaya yanlış bilgi yüklenmiş olabilir, yazılımın temel aldığı algorithmada programlama hatası olabilir veya karar algoritması nihayetinde zarar doğuran bir öğrenme alışkanlığı edinebilir<sup>118</sup>. Belirtilen bu ilk iki hal üreticinin sorumlu olduğunu gösterir. Üçüncü halde ürünün ayıplı olduğunun kabul edilmesi için robotun kendi karar verme özgürlüğü sınırları içerisinde olmayan bir hata yapmış olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>119</sup>.

Belirtmemiz gerekir ki burada esas sorun hatanın üreticiden bağımsız olarak meydana gelmesidir. Diğer bir ifade ile piyasaya sunulduğu zamanda ayıplı ya da hatalı olarak değerlendirilemeyecek bir robotun kullanım süresince öğrendiği bilgiler neticesinde hata yapması mümkün olabilir. Bu durum, kendi kendine öğrenen sistemin karakteristik özelliğidir<sup>120</sup>. Cerrahi robotun kendi kendine öğrenmesi, piyasaya sunulduğu halinden farklılaşması, farklı bilgiler neticesinde yeniden yapılanması anlamına gelmektedir. Pozitif hukukumuzda bu şekilde farklılaşan ve kendi öğrendiği bilgiler neticesinde hata yapabilen cerrahi robotun hastaya verdiği zarardan sorumluluk konusunu ele almak güçleşmektedir. Zira pozitif hukukumuzda ürün sorumluluğu kavramı daha ziyade insan ürününü temel almaktadır. Bir kişiliği bulunmayan; ancak kendi kendine öğrenebilen ve bunun neticesinde hata yapabilen

<sup>117</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 11-12.

<sup>118</sup> WIDMER LÜCHINGER, s. 11-12.

<sup>119</sup> GORDON/LUTZ, s. 56.

<sup>120</sup> SIDIROPOULOS, s. 54; WIDMER LÜCHINGER, s. 11; DROSTE, s. 110.



bir aracın verdiği zarardan sorumluluk konusu şu an için ürün sorumluluğu kavramı kapsamında değerlendirilmemektedir. Öte yandan teknoloji ile beraber piyasaya sunulduğu esnada bilinmeyen, öngörülemeyen veya etkilerini yıllar sonra göstermesi muhtemel olan risklere (gelişim riski) bağlı olarak meydana gelen zararlarda üreticinin sorumlu olmadığı kabul edilmektedir<sup>121</sup>. Gerçekten üretici, ürünün piyasaya sunulması esnasında zarara neden olan arızanın ya da öğrenme alışkanlığının mevcut olmadığı savunmasında bulunabilir. Üretici aynı zamanda ürünün, piyasaya sürülmesi esnasında mevcut olan teknik standartlara uygun şekilde üretildiğini de ileri sürebilir. Esasen üretici tarafından ilgili düzenlemelere uygun ve güvenli bir ürün olarak piyasaya sunulan cerrahi robotun ilerleyen süreçte ve kendi kendine öğrenmesi neticesindeki eylemlerinden sorumlu tutulması hakkaniyetli değildir. Ancak üreticinin dahi sorumlu tutulmadığı bu gibi durumlarda sağlık hizmeti sunan tarafı sorumlu tutmak daha da güçleşir. Üreticinin sorumluluğu bile ürünün piyasaya sunulduğu andaki standartlara göre belirlenirken hekim veya hastanenin daha fazla sorumlu olmasına ihtiyatla yaklaşılmalıdır<sup>122</sup>. Bununla birlikte üreticinin, hekim ve hastanenin sorumluluk alanının daralacağı bu ihtimalde hastanın, zararının gideriminden mahrum kalacağı belirtilmelidir.

Kanaatimizce burada, günümüz teknolojisinde kullanılan cerrahi robotlar ile geleceğin teknolojisinde tam otonom olarak hareket edecek robotlar arasında farklı bir yönden ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki, halihazırda kullanılan cerrahi robotlarda cerrahi müdahale hekim tarafından yönetildiğinden robotun gereği gibi çalışmaması rizikosunu üstlenmesi hakkaniyetlidir. Ancak tam otonom cerrahi robotların varlığı ile beraber cerrahi müdahalenin tamamının ya da bir kısmının hekimden bağımsız

<sup>121</sup> GORDON/LUTZ, s. 58-59; HESS, Hans-Joachim, Produktheftpflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produktheftpflicht vom 18. Juni 1993, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, 2016, 275-299, s.60vd. Ayrıca bkz. PrHG Art 5/I. Gelişim riskine bağlı zararların ProdHaftG kapsamında olmadığı yönünde: DROSTE, s. 111. Tanım ve gelişim riski kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s.1-17, (Erişim Tarihi: 1 Şubat 2021), s. 13.

<sup>122</sup> Bkz. SIDIROPOULOS, s. 54; WIDMER LÜCHINGER, s.11.

olarak cerrahi robot tarafından yürütülmesi söz konusudur. Görüleceği üzere bu defa borcun ifasında yardımcı kişi kullanılmasından ziyade borcun doğrudan otonom robotlar tarafından ifa edilmesi söz konusu olur. Bu nedenle TBK md. 116 hükmünün kıyasen uygulanması adil olmayan bir sonuca götürür. Buna karşılık hekimin bu defa TBK md. 506 hükmü kapsamında işi ikame ettiğinden söz edilebilir<sup>123</sup>. Zira burada hekim, edimi kendi ifa programından çıkararak otonom robota devretmektedir. Bu kapsamda hekimin sorumluluğu TBK md. 507 hükmü esas alınarak belirlenebilir. Ne var ki kendi kendine öğrenen robotların hekime nazaran insana özgü hata yapmayacağı ya da algoritmaların hekime nazaran doğruluk payının daha çok olacağı değerlendirildiğinde hekimin işi otonom robota ikame etmesi hukuka uygun olacak ve hatta işi ikame etmede gerekli özeni gösterdiğinden bahisle sorumluluktan kurtulma imkanı mevcut olacaktır<sup>124</sup>. Burada son olarak şu değerlendirilebilir: Tam otonom tıbbi robotların varlığı ile birlikte günümüz sağlık hizmeti anlayışından daha farklı bir yöne gidilmesi muhtemeldir. Tam otonom tıbbi robotların varlığı ile birlikte hekimlerin tıbbi faaliyet borcu daralarak işi ikame eden kişi olarak değerlendirilmesi mümkün hale gelebilir. Bir adım daha öteye gidilerek otonom robotların varlığı halinde ekseriyetle hastaneye tam kabul sözleşmesinin mevcut olacağı belirtti-

<sup>123</sup> Hekimin işi ikame etmesi halinde TBK md. 506 hükmü uygulanır. Bu kapsamda TBK md. 506 hükmünün, TBK md. 116 hükmünün uygulama alanını daralttığı belirtilmelidir. Hangi hallerde TBK md. 116 hükmü kapsamında ifa yardımcısından hangi hallerde (geniş anlamı ile) işin ikame edildiği yardımcı kişiden faydalandığını ayırma hususunda doktrinde bazı görüşler ileri sürülmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre borçlunun yardımcı kişiyi kendi organizasyon sahasına katarak yardımcı kişiye kendi iradesi ile kendi hesabına ve çıkarına başvurması halinde TBK md. 116 hükmü uygulanır. Bununla birlikte yardımcı kişiye müvekkilin hesabına başvurulduğu ve edimin kendi ifa programından çıkarılarak yardımcı kişiye devredildiği hallerde ikame (TBK md.506) söz konusu olur. Bu konuda bkz. GA-UTSCHI, Art 398 N 40b; ŞENOCAK, İfa Yardımcıları, s. 174vd; AKİPEK, Şebnem, Alt Vekalet, Ankara, Yetkin, 2003, s. 112, s. 143 vd. Ayrıca bkz. ERLÜLE, Fulya: "Alt Vekalet", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1999, s.259-269; s. 260-261.

<sup>124</sup> TBK md. 507/II şöyledir: "*Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermeye gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.*" Bu kapsamda hekimin işi ikame ettiği kişiyi seçmede ve talimat vermeye gerekli özeni göstermek sureti ile sorumluluktan kurtulması mümkündür. Halbuki TBK md. 116 hükmü kapsamında böyle bir sorumluluktan kurtulma imkanı mevcut değildir.

lebilir. Zira bu ihtimalde hasta hastaneye başvurarak müdahalenin bir cerrahi robot tarafından gerçekleştirilmesine onay verir. Tam otonom robotların varlığı ile beraber hasta-hekim ilişkisindeki güven duygusu ve kişisellik yerini hastaneye ve hastanedeki robotların müdahale sonuçlarına olan güvene bırakır. Bu kapsamda esasen hastanenin (hekimin değil) tam otonom robotların verdiği zarardan TBK md. 116 hükmüne kıyasen sorumlu olması düşünülebilir<sup>125</sup>. Zira hastaneye tam kabul sözleşmelerinin tarafı hekim değil hastanedir. Ancak bu ihtimalde dahi hastanenin daha sonra üreticiye rücu edemeyeceği düşünüldüğünde tam otonom robotların varlığı ile beraber yeni kanuni düzenlemelere olan ihtiyaç ortaya çıkmaktadır<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> Hastanenin, tam otonom robotun hastaya vereceği zarardan sorumluluğunun tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi düşünülebilir. Ancak hastane, (bu defa) önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kabul edilse dahi tam otonom robotun vereceği zararlar gelişim riski kapsamında değerlendirilebilir. TBK md. 71 hükmünde yer alan genel normun gelişim riski kavramını dışladığı yönünde bkz. ALPER, s. 122-123; BÜYÜKSAGIŞ, Tehlike, s. 14vd.

<sup>126</sup> Tam otonom robotların mevcudiyeti ile beraber muhtemel sorumluluk konusu çalışma sınırlarımızın ötesinde ve genel kapsamlı bir konudur. Bu konuda halihazırda düzenlenenlerin yetersiz kalabileceği gerekçesiyle Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 27 Ocak 2017 tarihli Robotikler Hakkında Medeni Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu Art 59/f bendinde elektronik kişilik görüşü ele alınmıştır (AKKURT, s. 47). Ancak sonrasında bu görüşten vazgeçilmiş ve farklı risklerde farklı sorumluluk kurallarının uygulanması gerektiği görüşü açıklanmıştır. Örneğin yüksek risk içeren otonom yapay zekanın verdiği zarardan sorumlulukta kusur aranmayan sorumluluk benimsenmelidir. Bu konuda bkz. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276\\_EN.html#title1](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html#title1) Çevrimiçi, 22 Mayıs 2021. Diğer sorumluluk türleri açısından şöyle görüşler ileri sürülmektedir: Yapay zekanın haksız fiil sorumluluğu söz konusu olamayacağı yönünde: DROSTE, s. 111; FREYTAG, s. 118; ZEYTİN/GENÇAY, s. 50. Bununla birlikte yapay zekanın verdiği zararı robotu yöneten kişiye izafe etmenin söz konusu olabileceği belirtilmektedir (Bkz. FREYTAG, s.118). Bu ihtimalde robotu yöneten kişinin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği incelenir (MÜLLER, s. 601). Ancak özellikle gelişim riski açısından robotu yöneten kişinin kaçınmayacağı durumlar söz konusu olduğundan çok nadir sorumluluk doğacağı belirtilmektedir (GORDON/LUTZ, s. 58). Yapay zekadan sorumlulukta hayvan bulunduranın ve yapı malikinin sorumluluğunun uygulanmasına ilişkin görüş ve eleştiriler için bkz. MÜLLER, s. 602-603. Ayrıca bkz. AKKURT, s. 48-51. Tehlike sorumluluğu anlamında OR 2020 60/2 düzenlemesinin uygun olabileceği yönünde: MÜLLER, s. 603. Karş. FREYTAG, s. 121. Zorunlu sigorta ve genel bir tehlike sorumluluğu düzenlemesinin uygun olacağı yönünde: GORDON/LUTZ, s. 60-61. Türk hukukunda tehlike sorumluluğunun yapay zeka yönünden uygulanabilir gözükse de zorlama ola-

## SONUÇ

Cerrahi robot kullanımının söz konusu olduğu hallerde hasta ile hekim veya hastane arasında ekseriyetle daha önceden mevcut olan bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bu sözleşme ilişkisinden doğan tıbbi faaliyetin yürütülmesi esnasında cerrahi robot kullanılmaktadır. Ancak günümüzde cerrahi robotlar tam otonom olmayan ve kendi kendine öğrenemeyen robotlardır. Örneğin bu robotların en yaygın modeli olan da Vinci cerrahi robot tamamen hekimin kontrolünde ve hekimin komutu ile çalışmaktadır. ROBODOC ve STAR gibi robotlar ise yine kendi kendine öğrenememekte; ancak daha önceden kendisine girilen bilgiler neticesinde sınırlı bir hareket kabiliyetine sahiptir.

Cerrahi robot kullanımı neticesinde hastada meydana gelen zararın temelde iki nedeni olabilir: Hekimin robotu kullanırken özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi veya ürünün ayıplı ya da hatalı olarak piyasaya sunulması.

Sağlık hizmeti sunan tarafın özen yükümlülüğü, robotun otonomisine göre şekillenir. Da Vinci cerrahi robotunda olduğu gibi tamamen hekimin kontrolünde olan robotlara yönelik özen yükümlülüğü hekimin bu robotlara aşına olması ve olası bir arıza durumunda hasta menfaatine hareket edecek bilgiye sahip olmasını gerektirmektedir. Pek tabii hekim robotu talimatlara uygun kullanılmalı, kullanım öncesinde harici bir inceleme yapmalı ve gerek olması halinde dahili bir inceleme de uzmanlar yardımı ile yapılmalıdır. ROBODOC gibi sınırlı da olsa bağımsız hareket kabiliyeti olan robotlarda ise ilave yükümlülükler mevcuttur. Bunun başında robota bağımsızlık tanınan alana ilişkin bilgilerin doğru girilmesi ve robotun bağımsız hareket ettiği ameliyat sahasının sürekli görüntülenmesi gelmektedir.

---

çağı yönünde: ZEYTİN/GENÇAY, s. 50. Yazarlar sorumluluğun, tehlike sorumluluğu altında özel bir kusursuz sorumluluk türü olarak ve kurtuluş kanıtı getirme imkanı olmadan düzenlenmesi gerektiği görüşündedir. ZEYTİN/GENÇAY, s. 50. Karş. AKKURT, s. 51; ERCAN, Cannur, "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri" TAAD, 40, 11, 2019, s. 19-51, s. 49. Ayrıca bkz. ERCAN, s. 48-49. E-kişilik hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. ZEYTİN/GENÇAY, s. 47vd.

Hekimin özen yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olmasına rağmen robotun üretiminden kaynaklı zarara yol açması mümkündür. Bu gibi durumlarda hekimin bu ayıbı ya da hatayı fark etmesi ve buna müdahale etmesi gerektiğinin kabul edilmesi; ancak bunun ihmal edilmesi halinde hekimin ve hastanenin sözleşmesel sorumluluğu doğar.

Ürünün ayıplı ya da hatalı olmasına bağlı meydana gelen ve sağlık hizmeti sunan tarafa kusur yüklenemeyecek zararlardan ise (sadece) üreticinin sorumlu olduğu ileri sürülmektedir. Bu konuda kanaatimiz cerrahi robottan faydalanan hekim ya da hastanenin bu robotun gereği gibi çalışmaması rizikosunu üstlenmesinin hakkaniyetli olduğudur. Bu kapsamda cerrahi robot kullanan tarafın sorumluluğunda TBK md. 116 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır. Bununla birlikte burada kimin borçlu kimin ifa yardımcısı olduğunu belirlemek önemlidir. Bu kapsamda her ne kadar cerrahi robot hekim tarafından kullanılsa da hastaneye tam kabul sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda sözleşme ilişkisi hasta ve hastane arasında kurulduğundan sözleşmesel sorumluluğun süjesi hekim değil hastanedir. Hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye kabul sözleşmesinde sözleşmeden doğan tıbbi faaliyet borcu konusunda hekim ve hastane bölünmez bir borcu üstlenmiştir. Tıbbi faaliyet neticesinde meydana gelen zarardan hem hekim hem hastane sorumludur. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde ise hekim kendi sözleşmesel borcundan doğan borcunu ifa ederken cerrahi robot kullanmaktadır. Bu kapsamda hekim cerrahi robotun hastaya verdiği zarardan sorumludur. Hastanenin sorumluluğu ise şartları varsa haksız fiile dayanabilir.

Cerrahi robotun hatalı ya da ayıplı olarak piyasaya sunulması nedeniyle doğan zararlarda hasta doğrudan üreticiye de başvurabilir. Bu durumda sorumluluk sebeplerinin yarıştığından söz edilmelidir.

Tam otonom cerrahi robotların sağlık hizmetine dahil olması ile beraber farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Gerçekten kendi kendine öğrenen algoritmaya sahip olan ya da tam otonom olan cerrahi robotların varlığı ile beraber bu robotların öğrendikleri bilgi neticesinde hata yapma ihtimali söz konusu olur. Bu durum kendi kendine öğrenen sistemin karakteristik özelliğidir. Pozitif hukukumuzda gelişim riskine bağlı zararlarda üreticinin sorumlu olmadığı kabul edilmektedir. Üreti-

cinin dahi sorumlu olmadığı bu durumda hekim veya hastaneyi sorumlu tutmak güçleşir. Bu defa hastanın zararının gideriminden mahrum kalınması ile karşılaşılabilir. Ancak belirtmemiz gerekir ki bu ihtimal sağlık hizmeti sunulan alanlara özgü değildir. Tam otonom robotların varlığı ile beraber robotların verdiği zarardan sorumluluk hususunda yeni hukuki düzenlemelerin yapılması gerekliliği haklı olarak ileri sürülmektedir.

## KAYNAKLAR

- AKARTEPE, Alpaslan, "Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", Sağlık Hukuku Sempozyumu: Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Yetkin, 2007, s.13-21.
- AKİPEK, Şebnem, Alt Vekalet, Ankara, Yetkin, 2003.
- AKKANAT, Halil, "Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni", Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s.25-41.
- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFİM, C.70, S.1, 2012, 203-220.
- AKKURT, Sinan Sami, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7, 13, 2019, s. 39-59.
- ALPER, Gizem, İşletme Nedeniyle Tehlike Sorumluluğu (TBK M. 71), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 134.
- ALTUNOLUK, Bülent, "Açık, Laporoskopik ve Robotik Sistektomi: Avantaj ve Dezavantajları", Üroonkoloji Bülteni, 2011, 1, s. 53.
- AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar: Doktorların Devlet'in ve Özel Hastahanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki), Ankara, 1993.
- ATEŞ, Ufuk/ ERGÜN, Ergun/ GÖLLÜ, Gülnur/ TÜREDİ, Bilge/ BAHADIR, Kutay/ ÇAKMAK Ahmet Murat, "Robotik Cerrahinin Ülkemizdeki Yaygınlaşma Süreci ve Önündeki Engeller", Türkiye Çocuk Hast. Derg, 4, 2017, s. 248-253.
- AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı, 1991.
- AYDOS, Oğuz Sadık, Ürün Sorumluluğu, Ankara, Adalet, 2009.
- BAYSAL, Başak, "7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ve İmalatçının Tazminat Sorumluluğu" (Lexpera, Erişim Tarihi: 2 Kasım 2020).
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Robot Hukuku, Aristo, 2020.

- BUTTER, Maurits/ RENSMA, Arjan/ van BOXSEL, Joey/ KALİSİNGH, Sandy ve ark., "Robotics for Heathcare: Final Report", 2008. <https://repository.tno.nl//islandora/object/uuid:beddf38c-e88c-4d2a-8394-e7234d9b3e8a> (Erişim Tarihi: 20 Ocak 2021).
- BUCHER, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, 1988.
- BÜYÜKAY, Yusuf, "Tıbbi Hatalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Tazminatın Müdahaleyi Gerçekleştiren Sağlık Ekibi Arasında Paylaştırılması", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, 2011, s. 307-343.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s.1-17 (Erişim Tarihi: 01 Şubat 2021).
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım" AÜHFD, 54, 4, 2005, s. 119-148.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem/ ÖZ, Kerem, "Tıbbi Ürünlerin Yol Açtığı Zararlardan Sorumluluk: Karşılaştırmalı ve Eleştirel Yaklaşım", UAÜHFD, 8, 2016, s. 157- 197.
- von BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, (Art. 184-551), Zürich, 1972.
- ÇEKİN, Mesut Serdar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, 2016.
- DRITTENBASS, Joel/WILDHABER, Isabelle, "Regulation of Medical Robots in Switzerland", LSR, 2020, s. 11-19.
- DROSTE Wiebke, "Intelligente Medizinprodukte: Verantwortlichkeiten des Herstellers und ärztliche Sorgfaltspflichten", MPR, 2018, s. 109-120.
- ERBİN, Akif/ ÖZGÖR, Faruk/ BİNBAŞI, Murat, "Robotik Cerrahi: Teknolojik Gelişmeler ve Ürolojik Cerrahideki Yeri" Med Bull Haseki 54, 2016, s.127-132.



- ERCAN, Cannur, "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri", TAAD, 40, 11, 2019, s. 19-51.
- ERLÜLE, Fulya: "Alt Vekalet", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1999, s.259-269.
- ERSOY, Çağlar, Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, 2017.
- FELLMANN, Walter, "Arztrecht in der Praxis", 2, Schulthess Juristische Medien AG, 2007.
- FREYTAG, Urs, "Sicherheitsrechtliche Aspekte der Robotik" Sicherheit&Recht, 2, 2016, s.111-121.
- GAUTSCHI, Georg, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern, 1971.
- GORDON, Clara-Ann/ LUTZ, Tanja, "Haftung für automatisierte Entscheidungen – Herausforderungen in der Praxis", SZW, 2020, s. 53-61.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, Beta, 2001.
- HAVUTÇU, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2005.
- HESS, Hans-Joachim, Produktheftpflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produktheftpflicht vom 18. Juni 1993, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, 2016, 275-299.
- HOLLAND, Dario, Das Verhältnis von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Aufklärung, Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Band 21, Universitätsverlag Göttingen, 2017.
- JANDA, Constanze, Medizinrecht, 3. Auflage, 2016.
- JUNOD Valérie, "Liability for damages caused by AI in medicine : Progress Needed", in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), Responsabilité civile et nouvelles technologies, Journée de la

responsabilité civile 2018 , Genève - Zurich - Bâle 2019, s. 119-149.

KATZENMEIER, Christian, "Aufklärung über neue medizinische Behandlungsmethoden „Robodoc“" NJW, 2006, s. 2738-2745.

KILIÇ, Elif Irmak, "Alman Hasta Hakları Kanununun Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Açılan Davalarda İspat ile İlgili Hükümlerinin İncelenmesi", TıpHD, 4, 7, 2015, s. 65-101.

KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007.

KOYUNCU AKTAŞ, Nihan, "Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine Görüş ve Değerlendirmeler" Tıp Hukuku Dergisi, 18, 2020, s.343-390.

KURŞAT, Zekeriya, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü", İÜHFMD, 67, (1-2), 2009, s. 143-166.

KURT, Ekrem, "Hekimlik Sözleşmeleri" Uluslararası 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, On iki Levha Yayınları, 2011, s. 59-77.

METİN, Sevtap, "Tıp Etiği İlkeleri ve Hukuk Açısından Tıbbi Robotlar", III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, (Editör Prof. Dr. Dr. H.c. Hakan Hakeri, Av. Cahid Doğan), Cilt 1, 2019, s. 369-423.

MÜLLER, Melinda Florina, "Roboter und Recht", AJP, 2014, s. 595-608.

OĞUZMAN, M, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Güncellenip Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, Vedat, 2019.

OTT, Eduard Werner, Voraussetzung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich, 1978.

OZANOĞLU, Hasan, Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", AÜHFMD, 52, 3, 2003, s. 55-77.

ÖZAY, Mert, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin, 2006.

PARASURAMAN, Raja/ SHERIDAN, Thomas B/ WICKENS Christopher D., "A Model for Types and Levels of Human Interaction with Automation, IEEE Transactions on Systems, Man, and Cy-

- bernetics: Part A: Systems and Humans”, 30, 3, 2000, s. 286-297 (Researchgate, Erişim Tarihi: 18 Ocak 2021).
- PARLAK BÖRÜ, Şafak, “Robotik Cerrahi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, İnÜHFD, 10, 2, 2019, s. 758-775.
- PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, DEÜHFD, 8, 1, 2006, s. 177-239.
- SARI, Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi, Beşir Kitabevi, 2004.
- SARP, Nilgün, “Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü”, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık hukuku Sempozyumu, 8-9 Kasım 2013, Adalet, 2014, s. 45-59.
- SIDIROPOULOS, Alexia, “Haftung für Gerätefehler bei der medizinischen Diagnostik und Behandlung”, Sicherheit & Recht 2020, 1, s. 49-56.
- SPIRO, Karl, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.
- ŞAHİN CANDAS, Gökçe, Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu, Oniki Levha, 2019.
- ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, Dayınlarlı, 1995 (İfa Yardımcıları).
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul, 2010.
- TEMEL, Erhan, “Türk ve Alman Hukukunda Estetik Operasyonların Hukuki Niteliği” Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C.1, 2017, s. 281-314.
- TUĞCU, Volkan/ MUTLU, Bircan ve ark. “Robotic Malfunction During Live Robotic Urologic Surgery: Live Surprise In A Robotic Surgery Congress” Arch Ital Urol Androl, 84, 4, 2012, s. 211-213.
- TUNGUT, H. Burak, “Algoritma ve Programlama Mantığı” (Yayına Hazırlık Merve Nur Şengül; Editörler İrem Soylu, G. A.) İstanbul, 2020.
- ÜNVER, Yener, “Tıbbi Standart”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Adalet Yayınevi, 2012, s. 37-61.

- WEBER, Rolf H./EMMENEGGER Susan, Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 101 / III. - V. N 136.
- WIDMER LÜCHINGER, Corinne, "Apps, Algorithmen und Roboter in der Medizin: Haftungsrechtliche Herausforderungen", HAVE, 2019, s. 3-15.
- WIEGAND, Wolfgang, "Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung", Recht, Heft 5, 1993, s.149-159.
- WILDHABER, Isabelle/LOHMANN, Melinda F., "Roboterrecht – eine Einleitung", AJP, 2017, s. 135-140.
- YAĞOĞLU, Melike, Hastaneye Kabul Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2011.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat, 2006.
- YIP Michael/ DAS Nikhil, "Robot Autonomy for Sugery", World Scientific Review Volume, arXiv:1707.03080 [cs.RO] (Erişim Tarihi: 3 Ocak 2021).
- YÜCE, Melek Bilgin, "Hasta Hekim İlişkisinde Yapay Zeka Kullanımı ve Hukuki Sonuçlar", 7. Tüketici Hukuku Kongresi, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2018, s. 481-502.
- YÜCEL, Özge, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, 2014.
- YÜNLÜ, Semih, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul, 2019.
- ZEYTİN, Zafer, İfa Yardımcısının- Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk, TıpHD, 5, 10, 2016, s. 439-463.
- ZEYTİN, Zafer, "Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi", TıpHD, 6, 2014, s. 103-115.
- ZEYTİN, Zafer/ GENÇAY, Eray, "Hukuk ve Yapay Zeka: E-Kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", TAÜHFD, 1, 2019, s. 39-70.

ZOBL Martin/LYSAKOWSKI Michael, "E-Persönlichkeit für Algorithmen?", Digma, 2019 s. 42-47.



## KESİŞİMSELLİK YAKLAŞIMI BAĞLAMINDA KADINA YÖNELİK TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI ŞİDDETE İLİŞKİN CEDAW KOMİTESİ GENEL TAVSİYE 35 SAYILI KARARI'NIN ANALİZİ

Dr. Ayşe GÜNEŞ\*

### Öz

Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin (CEDAW) amacı, kadınların toplumsal yaşamın her alanında insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanabilmesi için ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve eşitliği sağlamaktır. Kadına yönelik şiddet, çoklu ve kesişen ayrımcılık türleriyle bağlantılı toplumsal cinsiyet temelli bir şiddettir. Kadınlar, toplumsal cinsiyete dayalı olarak ayrımcılık yaşamakta ve bu onların diğer kimlikleriyle ve tecrübeleriyle kesişmektedir. Öyle ki, kadına karşı şiddetin temel sebeplerinden biri olan toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin ve ayrımcılığının kesişen faktörlerinin ve kimliklerinin analizi gerekmektedir. 2017 yılında, CEDAW Komitesi, Genel Tavsiye 19 (GR No. 19) Sayılı Kararı'nı güncelleyerek "kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" başlıklı Genel Tavsiye 35 (GR No. 35) Sayılı Kararı'nı yayınlamış-tır. Bu makalede, CEDAW Komitesinin Genel Tavsiye 19 ve 35 Sayılı Kararları, kesişimsellik yaklaşımı bağlamında kadına yönelik kesişen ayrımcılık türlerinin daha ayrıntılı ve kapsayıcı olarak ele alınması analiz edilecektir.

### Anahtar Kelimeler

Kadına Yönelik Şiddet • Toplumsal Cinsiyet Eşitliği • Ayrımcılık • Kesişimsellik Yaklaşımı • CEDAW

\* Öğr. Gör. Dr., Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Anabilim Dalı, Bartın, Türkiye | Lecturer, Bartın University, Department of Political Science and Public Administration, Bartın, Turkey.

✉ aysegunes@bartin.edu.tr • ORCID 0000-0001-7429-1531

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: GÜNEŞ Ayşe, "Kesişimsellik Yaklaşımı Bağlamında Kadına Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin CEDAW Komitesi Genel Tavsiye 35 Sayılı Kararı'nın Analizi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1739-1771.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## ANALYSIS OF CEDAW COMMITTEE GENERAL RECOMMENDATIONS NO. 19 AND 35 ON GENDER-BASED VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE CONTEXT OF INTERSECTIONALITY APPROACH

### Abstract

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) aims to eliminate all forms of discrimination and to achieve gender equality so that women can enjoy their human rights and fundamental freedoms. Violence against women is gender-based violence with links to multiple and intersecting forms of discrimination. Women experience discrimination based on their gender and that is related to other identities and experiences. Thus, it is necessary to analyse other intersecting factors and identities of gender inequality and discrimination, which is one of the main causes of violence against women. In 2017, the CEDAW Committee updated its General Recommendation No. 19 (GR No. 19) and published its General Recommendation No. 35 (GR No. 35) titled “gender-based violence against women”. The article discusses that the CEDAW Committee General Recommendation No. 35 covers more detail and inclusive of intersecting all forms of discrimination within the context of the intersectionality approach.

### Key Words

Violence Against Women • Gender Equality • Discrimination • Intersectionality Approach • CEDAW

### GİRİŞ

Kadına yönelik şiddet küresel olarak ele alındığında dünyada yaklaşık her üç kadından birini etkilemektedir<sup>1</sup>. Bu şiddet farklı kültür, millet, etnik grup ve yaş gruplarında çeşitli biçimlerde ortaya çıkan şiddet türlerini kapsamaktadır. Ayrıca bu fenomen uluslararası insan hakları hukuku literatüründe son otuz yılda daha çok gündeme gelerek küresel bir sorun haline gelmiştir<sup>2</sup>. Kadına yönelik şiddet, kadın ve erkek ara-

<sup>1</sup> World Health Organization (WHO), “Report on Global and Regional Estimates of Violence against Women: Prevalence and Health Effects of Intimate Partner Violence and Non-Partner Sexual Violence”, 2013.

<sup>2</sup> EDWARDS, Alice, Violence Against Women under International Human Rights Law, First Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2010; EVATT, Elizabeth, “Eliminating Discrimination against Women: The Impact of the UN Convention”, Melbourne University Law Review, 18, 1991, s. 435; BANTEKAS, Ilias /



sındaki eşitsiz güç dengesinin en doğrudan ifadelerinden biri olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. Şiddet, cinsiyet fark etmeksizin toplumun her kesiminden bütün bireyleri etkileyebilir. Ancak kadınlar, erkeklere oranla daha çok fiziksel, cinsel ve duygusal yönden baskı ve sömürü veya en yakın tanıdıkları erkekler tarafından öldürülme riski ile karşı karşıya kalmaktadır. Erkek sömürüsü ve şiddeti, kadın partnere yönelik fiziksel ve duygusal yönden korkutma, taciz ya da kadının istemediği şeylerin yapması ile sonuçlanacak zararları içeren davranışlar olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup>.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin (CEDAW)<sup>5</sup> amacı, kadınların yaşamın her alanında insan haklarından ve temel özgürlüklerinden yararlanabilmesi için ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve eşitliği sağlamaktır<sup>6</sup>. Kadına yönelik şiddet, çeşitli ve kesişen ayrımcılık türleriyle bağlantılı toplumsal cinsiyet temelli bir şiddettir<sup>7</sup>. Kadınlar, toplumsal cinsiyete dayalı olarak ayrımcılık yaşamakta ve bu onların diğer kimlikleriyle ve deneyimleriyle kesişmektedir. Öyle ki, kadına karşı şiddetin temel sebeplerinden biri olan toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin ve ayrımcılığının diğer kesişen faktörleri ve kimliklerinin analizi gerekmektedir. CEDAW Komitesi zaman içinde kesişimsellik anlayışını benimseyerek genel tavsiye kararları ile ayrımcı-

---

OETTE, Lutz, *International Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2013, s. 452-484.

<sup>3</sup> GÜNEŞ, Ayşe, *International Human Rights Law and Crimes Against Women in Turkey: Legislation on So-Called Honour Killings*, First Edition, London: Routledge, 2020, s. 70.

<sup>4</sup> MCCUE, Margi, *Domestic Violence: A Reference Handbook*, Second Edition, Oxford: ABC-CLIO, 2008.

<sup>5</sup> Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, opened for signature 1 March 1980), 1249 UNTS 13, Yürürlük Tarihi: 3 Eylül 1981.

<sup>6</sup> CEDAW, Madde 1.

<sup>7</sup> Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural, including the Right to Development, Ms. Rashida Manjoo (2 May 2011) UN doc. A/HRC/17/26, 2011.

lıgın diğer kesişen kimliklerini ayrıntılı bir şekilde Sözleşme metninin kapsamı altına alarak öncülük etmiştir<sup>8</sup>.

Kadınlara ve kız çocuklarına yönelik devam eden yüksek düzeylerde cinsiyete dayalı şiddet ve cinsiyetle ilgili cinayetler göz önüne alındığında bazı kadın hakları grupları ve feminist aktivistler, kadına yönelik şiddet üzerine yasal olarak ülkeleri bağlayıcı bir uluslararası anlaşmanın gerekliliği çağrısında bulunmuşlardır<sup>9</sup>. Kadına yönelik şiddetle mücadele etmek ve onu ortadan kaldırmak için kapatılması gereken normatif bir boşluk olduğunu ayrıca hukuki olarak bağlayıcı ve tek bir elden anlaşmanın devletlerin birbirinden kopuk iç hukuk sistemlerini bir araya getirmeye yardımcı olacağını savunmuşlardır<sup>10</sup>. Bu tartışmalara bir yanıt olarak, 2017'de CEDAW Komitesi Genel Tavsiye 19 Sayılı Kararı'nı (GR No. 19) güncelleyerek "kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" başlıklı Genel Tavsiye 35 Sayılı Kararı (GR No. 35) yayınlamıştır<sup>11</sup>. Bu güncellemenin, yüzden fazla sivil toplum kuruluşunun katkısı ile yoğun bir istişare süreci ardından devletler dâhil sivil halk, kadın örgütleri ve diğer paydaşlar tarafından kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>12</sup>.

Bu makalede, CEDAW Komitesinin GR No. 35, kesişimsellik yaklaşımı bağlamında kadına yönelik kesişen ayrımcılık türlerinin daha

<sup>8</sup> CEDAW Komitesi'nin kesişimsel ayrımcılık ile ilgili diğer Genel Tavsiye Kararları için bakınız: Kadınlar ve AİDS'e ilişkin 15 sayılı Genel Tavsiye, engelli kadınlara ilişkin 18 sayılı Genel Tavsiye, evlilikte ve ailevi ilişkilerde eşitliğe ilişkin 21 sayılı Genel Tavsiye, kadın ve sağlığa ilişkin 24 sayılı Genel Tavsiye; göçmen kadın işçilere ilişkin 26 sayılı Genel Tavsiye, yaşlı kadınlar ve bu kadınların insan haklarının korunmasına ilişkin 27 sayılı Genel Tavsiye, çatışmaların önlenmesi, çatışma ve çatışma sonrası durumlarda kadınlara ilişkin 30 sayılı Genel Tavsiye, zararlı uygulamalara ilişkin 31 sayılı Genel Tavsiye, kadınların göçmen statüsü, iltica, uyruk ve vatansızlığına ilişkin 32 sayılı Genel Tavsiye ile kırsal kesimdeki kadınların haklarına ilişkin 34 sayılı Genel Tavsiye kararlarıdır.

<sup>9</sup> CHINKIN, Christina / YOSHIDA, Keina, 40 Years of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, First Edition, London: Center for Women, Peace and Security, 2020, s. 6.

<sup>10</sup> MCQUIGG, Ronagh J. A., "Is it Time for a UN treaty on Violence against Women?" The International Journal of Human Rights, 22 (3), 2018, s. 305-24.

<sup>11</sup> BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), "Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 Sayılı Genel Tavsiye Kararı (19 Sayılı Genel Tavsiye Kararı Güncellendi)", (2017) CEDAW/C/GC/35.

<sup>12</sup> CHINKIN / YOSHIDA, s. 6.

ayrıntılı ve kapsayıcı olarak ele alınması tartışılacaktır. Makalenin ilk kısmında, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin ve ayrımcılığının en önemli göstergesi olan 'kadına yönelik şiddet' olgusunun Birleşmiş Milletler (BM) sistemindeki tarihsel gelişiminin analizi yapılacaktır. İkinci kısımda kesişimsellik yaklaşımı tanımlanarak CEDAW ve CEDAW Komitesi'nin genel tavsiye kararları bu yaklaşım bağlamında analiz edilecektir. Son kısımda, Komite'nin GR No. 35 "kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" kararı, kesişimsellik yaklaşımı bağlamında incelenecektir.

## I. KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİSTEMİNDEKİ TARİHSEL GELİŞİMİNİN ANALİZİ

Kadına yönelik şiddet ile ilgili olarak doğrudan ya da dolaylı olarak referans gösterilen birçok uluslararası yasal belgeler mevcuttur. Bunlar arasında; 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB); 1979 CEDAW ve kadına yönelik şiddetle ilgili olarak CEDAW Komitesi Genel Tavsiye 12, 19 ve 35 Sayılı Kararları (GR No. 12, 19 and 35); 1993 tarihli Kadına Yönelik Şiddetin Tasfiyesine İlişkin Bildirge (DEVAW), 1995 Pekin Eylem Platformu yer almaktadır. BM sistemi içindeki kurumlarının çalışmaları ve araştırmaları kadına yönelik şiddetle mücadele için önemlidir. Özellikle bu tür yasal araçları uygulamakla görevli olan BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC), BM Kadın Birimi (UN Women) ve Dünya Sağlık Örgütü (WHO) vb. gibi BM organları, bunlar arasında yer almaktadır. Kadına yönelik şiddet ile ilgili daha birçok uluslararası hukuki belge mevcut olmakla birlikte<sup>13</sup> bu çalışma sadece BM sistemi bağlamında analiz yapılacaktır.

İlk BM Dünya Kadın Konferansı, Mexico City'de yapılmış "Uluslararası Kadın Yılı" ve aile içinde gelişen haysiyet, eşitlik ve çatışma so-

<sup>13</sup> Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikan Devletleri Sözleşmesi / Belem do Para Sözleşmesi (Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women), 1994; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü / Maputo Protokolü (Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa), Yürürlük Tarihi: 25 Kasım 2005.

runlarını ele almıştır<sup>14</sup>. Kadına yönelik olarak ele alınan bu endişeler daha sonra 1980'de Kopenhag'da BM Kadın On Yılı Dünya Konferansında 'Eşitlik, Kalkınma ve Barış' temalarının gerçekleştirilmesi için hedefler olarak belirlenmiştir<sup>15</sup>. Bu üç hedefin bir sonucu olarak, CEDAW 1979 yılında BM Genel Kurulu (GA) tarafından kabul edilmiştir. Kadına yönelik şiddet, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin önemli bir nedeni ve sonucu olarak değerlendirilmektedir. Yani, kadına yönelik şiddetin temelinde kadına yönelik toplumsal cinsiyet ayrımcılığı yatmaktadır. CEDAW Sözleşmesi kadına yönelik ayrımcılığı; 1., 2. ve 3. maddeleri uyarınca, ekonomik, siyasi, sosyal, kültürel, medeni veya herhangi bir diğer alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinde eşit olarak uygulamalarını engelleyen herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama olarak tanımlamaktadır<sup>16</sup>. CEDAW her ne kadar kadınlara yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik bir sözleşme olsa da kendi ana metninde, bir ayrımcılık türü olan 'kadına yönelik şiddet'ten söz etmemesi ve referans vermemesi önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir<sup>17</sup>.

1985 yılında Nairobi'de<sup>18</sup> Kadın için 3. Dünya Konferansı raporunda bu eksiklik giderilmekte ve raporda: *"Kadına yönelik şiddet tüm toplumlarda günlük yaşamda çeşitli biçimlerde mevcuttur. Kadınlar dövülüyor, sakatlanıyor, yakılıyor, cinsel tacize uğruyor ve tecavüz ediliyor. Bu tür şiddet, barışa ve Kadın için On yılın diğer hedeflerine ulaşılmasında büyük bir engeldir ve özel dikkat gösterilmelidir. Şiddet mağduru kadınlara özel ilgi gösterilmeli ve kapsamlı yardım sağlanmalıdır. Bu amaçla, şiddeti önlemek ve kadın mağdurlara yardımcı olmak için yasal tedbirler oluşturulmalıdır. Kadına yönelik şiddet*

<sup>14</sup> World Women Conference, "Declaration of Mexico on the Equality of Women and Their Contribution to Development and Peace", Mexico (1975) UN doc. E/CONF.66/34 (2 July 1975).

<sup>15</sup> Dünya Kadın Konferansı, "Eşitlik, Kalkınma ve Barış (Equality, Development and Peace)", Kopenhag (1980) UN doc. A/CONF.94/35 (19 September 1980).

<sup>16</sup> EVATT, s. 435.

<sup>17</sup> GÜNEŞ, s. 72.

<sup>18</sup> World Conference on Women, "Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievement of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace", Nairobi (United Nations Publication, 15-26 July 1985, Sales No. E.85.IV.10).

sorununun aile ve toplum içinde ele alınabilmesi için ulusal mekanizma kurulmalıdır” ifadeleri yer almaktadır<sup>19</sup>.

Kadına yönelik şiddet türleri hakkında zamanla BM raporları içinde söz edilir olmuştur. Özellikle 1988 tarihli BM Genel Sekreteri'nin yayınlamış olduğu raporda, kadına yönelik şiddetin kamusal/özel ayrımı yapılmadan, tüm devletlerin şiddeti önlemek için gerekli tedbirleri alması için uyarıda bulunulmuştur<sup>20</sup>. Ayrıca bu dönemde özellikle 1975 ile 1990 yılları arasında, kadına yönelik şiddetle ilgili bazı raporlar ve araştırmalar kadının insan hakları ihlali çeşitleri olarak; asit saldırıları, zorla evlendirme, kadın sünneti, gözüaltında kadınlara tecavüz ve taciz, işkence, seks turizmi ve pornografi gibi kadına yönelik şiddetin birçok biçimini sıralamışlardır<sup>21</sup>.

CEDAW Komitesi, Sözleşme ana metninde 'kadına yönelik şiddet'e açıkça atıfta bulunulmamasına kısmen yanıt olarak ilk önce GR No. 12'yi bu konunun dikkate alınmasını istemesi ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ilişkin istatistiksel verilerin sağlanması için kabul etmiştir<sup>22</sup>. Daha sonra Komite, ayrımcılıkla mücadelenin bir ihlali olarak kadına yönelik şiddeti, GR No. 19'da<sup>23</sup> daha eksiksiz bir şekilde ifade etmektedir. GR No. 19, açıkça 'toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti' bir ayrımcılık biçimi olarak adlandırmakta<sup>24</sup> ve uluslararası hukukta ilk kez

<sup>19</sup> The Advocates for Human Rights. UN Conference Documents (15 Haziran 2006) [http://www.stopvaw.org/UN\\_Conference\\_Documents3.html](http://www.stopvaw.org/UN_Conference_Documents3.html) Erişim tarihi: 12 Ocak 2021.

<sup>20</sup> UN Secretary General, "1988 Report for the Commission on the Status of Women to Eradicate Violence against Women within the Family and Society", UN doc. E/CN.6/1988/6 in the 32nd Session of the Commission of the Status of Women (CSW), 1989, para. 7-8.

<sup>21</sup> Amnesty International, "Women in the Front of Line: Human Rights Violations against Women", 1991; International League for Human Rights, "Human Rights Abuses against Women: A Worldwide Survey. A Compilation of Experts from the US Department's 1990 Country Reports on Human Rights Reports", 1990.

<sup>22</sup> BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), "12 Sayılı Tavsiye Kararı: Kadına Yönelik Şiddet (GR No. 12)", CEDAW/C/GC/12, 1989.

<sup>23</sup> BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), "19 Sayılı Tavsiye Kararı: Kadına Yönelik Şiddet (GR No. 19)", CEDAW/C/GC/19, 1992.

<sup>24</sup> CEDAW Komitesi, GR No. 19, para. 1.

kadına yönelik şiddet için 'gerekli özen gösterme'<sup>25</sup> ilkesini ya da standardını ortaya koymaktadır.

Kadına yönelik şiddete hukuki bağlamda daha çok dikkat çekmek isteyen feminist aktivistler ve kadın hakları örgütleri, 1993 yılında Viyana İnsan Hakları Dünya Konferansı'nın sonucu olarak Viyana Deklarasyonu'nu<sup>26</sup> yayınlamalarıyla iki önemli konuyu devletlere kabul ettirmişlerdir. İlkinde, liberal hukuki feminizmin de öngördüğü kadınların ve kız çocuklarının haklarının evrensel insan haklarının vazgeçilmez, ayrılmaz ve bölünmez bir parçası olduğunu vurgulamışlardır<sup>27</sup>. İkincisinde, devletlerin kadına ve kız çocuklarına yönelik şiddeti önlemek, onları şiddetten korumak, suçluları adil bir şekilde kovuşturmak ve oluşan hasarın tazminini sağlamak için gerekli özeni gösterme yükümlülüğünün altını çizmişlerdir<sup>28</sup>. Öyle ki, kuruluşundan yaklaşık 50 yıl sonra BM, Viyana Deklarasyonu aracılığıyla, 'kadın hakları insan haklarıdır' ve 'kadına yönelik şiddetin insan hakları ihlali' olarak yorumlanacağını resmi olarak kabul etmiştir<sup>29</sup>.

Viyana Deklarasyonu ve GR No. 19 belgelerinin yayınlanması altında 1993 tarihli Kadına Yönelik Şiddetin Tasfiyesine İlişkin Bildirge (DEVAW)'nin<sup>30</sup> kabul edilmesine temel olarak öncülük etmektedir. DEVAW, ilk kez, devlet tarafından, toplum ve ev içinde uygulanan şiddeti kapsayacak şekilde 'kadına yönelik şiddeti' geniş olarak tanımlamaktadır<sup>31</sup>. Ayrıca, devletlerin bu tür şiddeti ulusal düzeyde ortadan kaldırmaktan ve şiddete maruz kalan kadınların adalet mekanizmalarına erişimini garanti altına almaktan sorumlu olduğunu teyit etmektedir<sup>32</sup>. Dianna Otto'ya göre, DEVAW iki amaca hizmet etmektedir: Birincisi, kadına yönelik şiddet türlerini ilk kez geniş bir şekilde kapsamı altına

<sup>25</sup> CEDAW Komitesi, GR No. 19, para. 9.

<sup>26</sup> İnsan Hakları Konferansı. "Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı (The Vienna Declaration and Programme of Action)" (25 June 1993) A/CONF.157/23.

<sup>27</sup> Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, I. Bölüm, para. 18.

<sup>28</sup> Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, I. Bölüm, para. 18.

<sup>29</sup> GÜNEŞ, s. 74.

<sup>30</sup> BM Genel Kurulu, "1993 Tarihli Kadına Yönelik Şiddetin Tasfiyesine İlişkin Bildirge (DEVAW)" (20 December 1993) GA Res. A/RES/48/104.

<sup>31</sup> DEVAW, Madde 2.

<sup>32</sup> DEVAW, Madde 4 (d).

almaktadır. İkincisi, 'kadın hakları insan haklarıdır' yaklaşımının amacı, 'toplumsal cinsiyet ana akımlaştırılmasını (gender mainstreaming)' teşvik ederek dikkatin insan hakları hukuku belgelerine tekrar odaklanmasını sağlamaktadır<sup>33</sup>.

Kadın hakları alanındaki bu gelişmeler, hükümet dışı kadın örgütleri, feminist örgütler, devlet hükümetleri ve uluslararası kurumlar arasında iş birliğini daha da artırarak ortak hareket etmelerini sağlamıştır. Bu dönemde önemli bir diğer gelişme 1995 tarihli Pekin Dünya Kadın Konferansı sonucu ilan edilen Pekin Deklarasyonu (Beijing Declaration) ve Eylem Planı oluşturmaktadır<sup>34</sup>. Pekin Deklarasyonu 12 kritik alanda toplumsal cinsiyet eşitliği amacı ile acil önlemlerin alınması gerektiğinin altını çizmektedir<sup>35</sup>. Toplumsal cinsiyet eşitliğini teşvik etmek için küresel bir strateji olarak 'toplumsal cinsiyetin ana akımlaştırılması' Pekin Deklarasyonu ile kapsamının altına alınmıştır. Ayrıca, kadın göçmen işçiler, yerli kadınlar ve azınlık kadınları gibi bazı kadın gruplarının özellikle savunmasız olduğunu gösterirken, sınıf, kültür veya gelir dikkate alınmaksızın tüm ülkelerdeki tüm kadınların cinsiyet temelli şiddet riski altında olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, Pekin Deklarasyonu, özellikle sistematik tecavüz, cinayet, cinsel kölelik, silahlı çatışma sırasında zorla hamilelik, zorla kısırlaştırma, zorla kürtaj, kız çocuğu öldürme ve doğum öncesi cinsiyet seçimi olmak üzere, DEVAW'da açıkça bahsedilmeyen kadına yönelik şiddet biçimlerini de ele almıştır<sup>36</sup>.

Kadına yönelik şiddetin, bir başka ifade ile aile içi şiddetten namus cinayetlerine, cinsel tacizden kadın sünnetlerine varan türlerinin, uluslararası belgeler kapsamında ele alınması "kadın hakları insan haklarıdır" anlayışının önemli bir göstergesi olmaktadır. Ancak kadına yönelik şiddet kapsamında ortaya çıkan bu belgeler daha doğrusu bildirgeler hukuki olarak bağlayıcılığı olmaması noktasında eleştiri kaynağı olmuş-

<sup>33</sup> OTTO, Dianne, "Violence against Women-Something Other Than a Violation of Human Rights?", Australian Feminist Law Journal, 1 (1), 1993, s.159.

<sup>34</sup> Dünya Kadın Konferansı, "Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu", UN doc. A/CONF.177/20 (1995) and A/CONF.177/20/Add.1 (1995).

<sup>35</sup> Dünya Kadın Konferansı, 1995: para. 113-6.

<sup>36</sup> Dünya Kadın Konferansı, 1995: para. 114-5.

tur<sup>37</sup>. CEDAW'a yönelik daha önce de söz ettiğimiz ana metninde kadına yönelik şiddete dair herhangi bir maddenin olmaması eleştirisi, Pekin Deklarasyonuna ve DEVAW'a hukuki bağlayıcılığının olmaması ve uygulanması bağlamında devletlere yükümlülük getirmemesi şeklinde, yöneltilmektedir. Bunun sonucunda toplumsal cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine yönelik olarak, BM, CEDAW'a Ek Protokol (OP)'i<sup>38</sup> kabul etmiştir. Protokol, devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri konusunda kadınlara ve gruplara bireysel başvuru hakkını sağlamakta, diğer bir deyişle şikâyet mekanizması oluşturmaktadır<sup>39</sup>. Bu şikâyet mekanizmasına başvurabilmek için devletlerin hem CEDAW Sözleşmesini hem de Ek Protokol'ü imzalayıp onaylamaları gerekmektedir. Ek Protokol ile protokolü onaylayan devletlerdeki kadınların, ulusal hukuk yetersiz kaldığında, uluslararası platformda yasal başvurularına izin verilmektedir<sup>40</sup>. Ayrıca bu dönemde, Pekin + 5: Kadınlar Üzerine Özel Bir Oturum 2000: Yirmi Birinci Yüzyılda Cinsiyet Eşitliği, Kalkınma ve Barış temalı BM Konferansı'nda<sup>41</sup> kadına yönelik şiddete ilişkin uluslararası sıfır tolerans kampanyasının yanı sıra bu tür şiddetin kabul edilemezliği ve toplumsal bedelleri konusunda halkın bilinçlendirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Uluslararası ve bölgesel platformlarda düzenlenen konferanslar, seminerler, CEDAW Komitesi'nin yayınlamış olduğu genel tavsiye kararları, ülke sonuç gözlem raporları, kadına yönelik şiddet nedenleri ve sonuçları konusunda özel raportörünün ülke inceleme raporlarını da

<sup>37</sup> BYRNES, Andrew / BATH, Eleanor, "Violence against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-Recent Developments", *Human Rights Law Review*, 8 (3), 2008, s. 519; MERRY, Sally Engle, "Constructing a Global Law-Violence Against Women and the Human Rights System", *Law & Social Inquiry*, 28 (4), 2003, s. 941-977.

<sup>38</sup> CEDAW Ek Protokolü (Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) (Kabul Tarihi: 6 Ekim 1999), GA Res. 54/4, UN GAOR, 54th Session, Agenda Item 109, UN doc. A/RES/54/4, 2131 UNTS, para. 83.

<sup>39</sup> CEDAW Ek Protokolü, Madde 2.

<sup>40</sup> CHARLESWORTH, Hilary / CHINKIN, Christine, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, First Edition, Manchester University Press, 2000, s. 245.

<sup>41</sup> UNGA, "Beijing+5, Further Actions and Initiatives to Implement the Beijing Declaration and Programme for Action" (2000) UN doc. A/RES/S-23/3.



içeren birçok uluslararası belge, kadına yönelik şiddetin cinsiyet/toplumsal cinsiyet ayrımcılığı olduğunu vurgulamış ve devletlerin bu konuda gerekli özen yükümlülüğü ilkesi bilinciyle sorumluluklarını yerlerine getirmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Makalenin ilerleyen bölümünde, kadına yönelik şiddetin çoklu ve kesişen ayrımcılık türleriyle bağlantılı toplumsal cinsiyete dayalı bir insan hakları ihlali olduğu 'keşişimsellik yaklaşımı' bağlamında tartışılacaktır. Öncelikle kesişimsellik yaklaşımının kavramsal analizi yapılacak, ilerleyen bölümlerde CEDAW Komitesi'nin 1992 tarihli GR No. 19 kararı ve bu kararı tam 25 yıl sonra güncelleyerek GR No. 35 kararı kesişimsellik yaklaşımı bağlamında analiz edilecektir.

## II. KESİŞİMSELLİK YAKLAŞIMI

Bireylerin doğaları gereği kesişimsel kimlikleri vardır. Beyaz, orta sınıf, Hristiyan, heteroseksüel bir kadın ırkı, dini ve cinsel yönelimi bakımından ayrıcalıklı olabilirken, toplumsal cinsiyeti nedeniyle dezavantajlı olabilmektedir. Dezavantajlı muamele, her ne kadar dışlayıcı olmasa da ağırlıklı olarak kadının cinsiyetine atfedilebilir. Kadınların deneyimlerine yönelik uluslararası insan hakları yaklaşımının eksikliklerine ilişkin feminist eleştiriler (kamusal/özel ayrımı, anti-özcü feminist yaklaşım gibi), kadına yönelik şiddet bağlamında toplumsal cinsiyet eşitliği ve insan hakları arasında önemli ve gerekli bir köprü sağlamaktadır. Bu eleştiriler, kadın haklarının insan hakları olduğunu ve kadına yönelik şiddet kavramının evrensel olarak kadınlara yönelik ataerkil baskısı sonucu toplumsal cinsiyet ayrımcılığını göstermektedir.

Anti-özcü feminist yaklaşımla birlikte, uluslararası insan haklarının 'kadınlara' odaklanması—Batılı olmayan kadınların hariç tutulması da dâhil olmak üzere etnik köken, ırk, din, sınıf ve cinsel yönelim gibi diğer kimlik kümelerinin dışlanması—kadınların insan haklarının ihlali konusunda dar bir anlayışa neden olmuştur<sup>42</sup>. Kesişimsellik, kadınlara eşit derecede dokunan çoklu baskı sistemlerini ele alarak bu dar anlayışı dengeleyen bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Kadınlar, yaş, ırk,

<sup>42</sup> BOND, Johanna E., "International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women's International Human Rights Violations", *Emory Law Journal*, 52, 2003, s. 76.

etnik köken, toplumsal cinsiyet, engellilik ve cinsellik gibi konulara bağlı olarak farklı şekillerde çeşitli şiddet biçimlerine (ev içi şiddet, erken evlilikler, namus temelli şiddet, namus cinayetleri ve zorla evlilikler gibi) maruz kalmaktadırlar. Örneğin, göçmen kadınlar hayatta kalmak için diğer ülkelere sığınma taleplerinde bulunurken hem toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılık hem de göçmen kadın oldukları için ayrımcılıkla karşı karşıya kalmaktadırlar.

Kesişimsellik; toplumsal cinsiyet, ırk ve sosyal uygulamalar, kurumsal düzenlemeler ve kültürel ideolojiler gibi bireysel yaşamlardaki diğer farklılıklar arasındaki etkileşimleri ve bu etkileşimlerin güç açısından sonuçlarını gerektirir<sup>43</sup>. Kesişimsellik feminizm içinde hiyerarşi, hegemonya ve ayrımcılık ile mücadele etmeyi amaçlayan birincil teorik araç olarak gelişmiştir<sup>44</sup>. Dahası kesişimsellik hem feminist söylemlerde hem de ırkçılık karşıtı söylemlerde ortaya çıkan kadınların deneyimlerini ve zorluklarını ele almaktadır<sup>45</sup>.

Kesişimsellik kavramı ilk olarak Crenshaw tarafından kullanılmıştır. Kadınlar arasındaki farklılıkların kabul edilmesiyle birlikte kadın çalışmalarına önemli bir katkı sunduğu değerlendirilmektedir<sup>46</sup>. Crenshaw kadınlar tarafından dezavantaj ve ayrımcılığı anlamak için çoklu ve kesişen kimliklerin önemli olduğunu belirtmektedir<sup>47</sup>. Siyah ve beyaz kadınlar, siyah ve beyaz erkekler tarafından yaşanan ayrımcılıkları hem benzer hem de farklı şekillerde yaşayabilmektedirler<sup>48</sup>. Crenshaw teorisyenlerin, siyah kadınların yaşadıkları ayrımcılığın çeşitli yönlerini oluşturmak için toplumsal cinsiyet ve ırkın nasıl etkileşime girdiğini göstermesi gerektiğini tartışmaktadır<sup>49</sup>. Ayrımcılık, birden fazla kimlik özelli-

<sup>43</sup> DAVIS, Kathy, "Intersectionality as Buzzword: A Sociology of Science Perspective on What Makes a Feminist Theory Successful", *Feminist Theory*, 9 (1), 2008, s. 68.

<sup>44</sup> MCCALL, Leslie, "The Complexity of Intersectionality", *Signs*, 30 (3), 2005, s. 1771.

<sup>45</sup> CRENSHAW, Kimberle, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, 1989, s. 139.

<sup>46</sup> MCCALL, s. 1771.

<sup>47</sup> CRENSHAW, s. 149.

<sup>48</sup> CRENSHAW, s. 149.

<sup>49</sup> CRENSHAW, Kimberle, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color" *Stanford Law Review*, 43 (6), 1997, s. 1241-1243.

ğini içerdiği için benzersiz ve sinerjik olarak farklı bir olgudur<sup>50</sup>. Bu nedenle kesişimsellik, kadınlar arasındaki farklılıkları ele alarak kadınların merkezi olan güç ilişkilerini ve kadınların günlük yaşamını oluşturan çoklu konumlandırmayı daha görünür hale getirmeyi amaçlayan kullanışlı ve işlevsel bir kavramdır<sup>51</sup>.

Siyah kadınların deneyimlerinin feminist teoride nasıl marjinalleştiğini ele almak için 'kesişimsellik' kavramı Crenshaw tarafından icat edilse de feministler, ırk ve cinsiyet tarafından şekillenen siyah kadınların tecrübelerinin, sorunlarının feminist teoride (Üçüncü Dünya Feminizmi/*Third World Feminism*) zaten daha önce ele alındığını savunarak onu eleştirmişlerdir. Örneğin, Nash, kesişimselliği, "*kimliğin karmaşık, öznenliğin dağınık olduğu ve bu kişiliğin ayrılmaz bir şekilde güç vektörleriyle bağlantılı olduğu*" yönünde önemli algılar sağlarken, sadece siyah kadınların yaşadığı deneyimleri merkeze aldığı için Crenshaw'ın çalışmalarına önemli bir eleştiri yapmaktadır<sup>52</sup>. Ancak, Smith'e göre, bu eleştiri yanlıştır. Çünkü Crenshaw siyah bir kadındır ve siyah kadınların yaşadığı ayrımcılığa odaklanarak çalışmalarında kısmen siyah kadınların dava stratejilerine cevap vermektedir<sup>53</sup>. Öyle ki, yazılarında kesişimsellik kavramının genişlemesini engelleyen hiçbir ifadenin olmadığına da dikkat çekmiştir<sup>54</sup>. Diğer yandan, Conaghan kesişimsellik kavramının feminist harekete önemli katkısını kabul etmesine rağmen 'teorik potansiyelinin sınırlarına ulaştığını' savunmaktadır<sup>55</sup>. Yine de onun için bu kavram 'kimlik' üzerine odaklanarak çok boyutlu ve sofistike olan 'eşitsizlik' olgusunu tam olarak ele almamaktadır<sup>56</sup>. Bu eleştirilere kısmen katılmamıza rağmen, kesişimsellik yaklaşımı bize mevcut ayrımcılık kavra-

<sup>50</sup> FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, Second Edition, Claredon, 2011, s. 139.

<sup>51</sup> PHOENIX, Ann / PATTYNAMA, Pamela, "Intersectionality", *European Journal of Women's Studies*, 13 (3), 2006, s. 187.

<sup>52</sup> NASH, Jennifer, "Re-thinking Intersectionality", *Feminist Review*, 89, 2008, s. 13.

<sup>53</sup> SMITH, Ben, "Intersectional Discrimination and Substantive Equality: A Comparative and Theoretical Perspective", *The Equal Rights Review*, 16, 2016, s. 76.

<sup>54</sup> SMITH, s. 76.

<sup>55</sup> CONAGHAN, Joanne, "Intersectionality and the Feminist Project in Law", in GRABHAM, Emily et al. (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, First Edition, London: Routledge, 2009, s. 1.

<sup>56</sup> CONAGHAN, s. 1.

mını sorgulatırken en dezavantajlı konumda bulunanları görmemize olanak sağlamaktadır. Böylelikle kadına yönelik şiddetin evrenselliğini gözden kaçırmadan kesişen ayrımcılık türleriyle onların farklı deneyimlerini kabul etmemize olanak sağlamaktadır.

Bir sistem olarak uluslararası insan hakları hukuku, yaş, etnik köken, sınıf, cinsellik veya cinsel yönelime dayanan diğer baskı sistemleriyle toplumsal cinsiyete dayalı boyun eğmenin kesişimini dikkate almadığı için başarısız sayılmaktaydı<sup>57</sup>. Bond'a göre, BM, insan haklarına kesişen bir yaklaşım elde edemezdi çünkü bu sistem içindeki toplumsal cinsiyet ana akımlaştırma perspektifi iki açıdan yetersiz kalmıştır<sup>58</sup>. İlk olarak, kesişimsellik, bilinen 'karışma kadınları eklemek' ifadesinden daha fazlasını gerektirmektedir. Öyle ki, toplumsal cinsiyet ana akımlaştırması kadınlar bakımından farklı baskı sistemlerinin nasıl kesiştiğini ve kadın gruplarını çeşitli şekillerde nasıl etkilediğini incelemeyi teşvik etmek yerine, kadınları monolitik bir grup olarak ele almasından dolayı özcü olma eğilimindedir<sup>59</sup>. İkincisi, BM kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının (STK) çalışmalarına toplumsal cinsiyet perspektifini enjekte etme çabalarının bir kısmı, sadece kesişimsellik anlayışı ve özneliğin akışkan, karmaşık doğası anlayışından değil, aynı zamanda 'toplumsal cinsiyet ana akımına' yönelik bir 'yukarıdan aşağıya' direktifine uyma arzusundan kaynaklanmaktadır<sup>60</sup>.

Bu eleştirileri dikkate alarak BM geçtiğimiz son yirmi yılda kesişimsellik yaklaşımını kendi gündemine almıştır. Örneğin, eski BM Kadına Karşı Şiddetin nedenleri ve sonuçları Özel Raportörlerinden Coomaraswamy 2002 yılında 'kesişimsellik' teriminin oldukça yaygın hale geldiğini ve kadınların insan hakları konusunda toplumsal cinsiyet perspektifinin temel nedenleri de dâhil olmak üzere çoklu ayrımcılık biçimlerinin kesişimselliğini incelemenin önemini kabul etmektedir<sup>61</sup>. Yine, eski BM Kadına Karşı Şiddetin nedenleri ve sonuçları Özel Raportörlerinden Ertürk, kadına yönelik şiddet üzerindeki evrensel kavram-

<sup>57</sup> BOND, s. 124.

<sup>58</sup> BOND, s. 124.

<sup>59</sup> BOND, s. 124.

<sup>60</sup> BOND, s. 124.

<sup>61</sup> UNHRC, "Resolution on the Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective" (16 April 2002) UN doc.E/CN.4/2002/L.59.

sallaştırmanın bir parçası olarak kesişimsellik yaklaşımı şu şekilde ifade etmektedir: *“Kesişimsellik yaklaşımı, kadına yönelik şiddetin evrenselliğini gözden kaçırmadan kadınların çeşitli deneyimlerindeki özellikleri görmemizi sağlayan güçlü bir kavramsal araçtır. Bu, cinsiyet eşitsizliğinin sınıf, etnik köken, savaştan taraflar, göçmen rejimleri ve benzerleri gibi diğer eşitsizlik sistemleriyle kesiştiği yerli, azınlık ve göçmen topluluklardaki kadınların deneyimlerini anlamada özellikle önemlidir”*<sup>62</sup>.

Öyle ki, kesişimsellik teorisi kadına yönelik şiddet ajandasında kendine yer ederek her geçen gün daha çok başvurulmuş bir kaynak olmuştur. Örneğin, göç bağlamında bir toplumsal cinsiyete dayalı şiddet biçimi olarak kadın sünneti, zorla evlilik gibi namus temelli şiddet türlerinin, göçmen topluluklarının etnik ve dini geçmişinin tarihi ile ilgili olarak anlaşılması gerekmektedir<sup>63</sup>. Kesişimsellik yaklaşımı, zorla ve erken evliliklerde yaşı, namus cinayetlerinde etnik kökeni, insan ticaretinde ise medeni durum, gelir düzeyi ve vatandaşlık durumu gibi yapısal eşitsizliklerin varlığını kabul eder<sup>64</sup>. Bu nedenledir ki cinsiyet, ırk, etnisite, milliyet, cinsellik ve din gibi farklılık ve eşitsizlik kümeleri ayrı ayrı değil, birbirleriyle ilişkili olarak düşünülmelidir. Makalenin son kısmında, kesişimsellik yaklaşımı bağlamında kadına yönelik kesişen ayrımcılık türlerinin daha ayrıntılı ve kapsayıcı olarak ele alınması gerektiği, CEDAW Komitesi'nin 1992 tarihli GR No. 19 ve 2017 tarihli GR No. 35 kararları doğrultusunda analiz edilecektir.

### III. KESİŞİMSELLİK YAKLAŞIMI BAĞLAMINDA CEDAW VE GENEL TAVSİYE KARARLARI

CEDAW'da daha önce de ifade ettiğimiz gibi cinsiyet, toplumsal cinsiyet ve kimlikleri oluşturan diğer ifadelerinin etkileşimine atıfta bulunan hiçbir hüküm yoktur. Sözleşmede ırk, din, dil, etnik köken, göç-

<sup>62</sup> ERTÜRK, Yakın, “Towards a Post-Patriarchal Gender Order: Confronting the Universality and the Particularity of Violence against Women”, *Sociologiskforskning*, 46 (4), 2009, s. 63.

<sup>63</sup> YURDAKAL, Gökçe / KORTEWEG, Anna C., “Gender Equality and Immigrant Integration: Honor Killing and Forced Marriage Debates in the Netherlands, Germany, and Britain”, *Women's Studies International Forum*, 41, 2013, s. 205.

<sup>64</sup> ACAR, Feride / ALTINOK, Gülbanu / GÖZDAŞOĞLU, Elif, *Report Analysing Intersectionality in Gender Equality Policies in Turkey and in the EU*, QUING Project Vienna: Institute for Human Rights, 2008, s. 41.

menlik durumu, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, yaş veya sosyo-ekonomik duruma dayalı şiddet, silahlı çatışma veya adalet sistemine dayalı ayrımcılık yaşayan kadınlara atıfta bulunulmamaktadır<sup>65</sup>. Diğer bir ifadeyle, kesişimsel ayrımcılığa açık birebir gönderme olmamasına rağmen, Sözleşme metninin tüm kadınların farklı yaşam deneyimlerine işaret ettiği de açıktır. Örneğin, CEDAW'ın 1. maddesi ayrımcılığı tanımlarken iki farklı kimliğe yani 'cinsiyet ve medeni duruma vurgu yapmaktadır<sup>66</sup>. CEDAW, 'kadınlara karşı ayrımcılık' terimini "*siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama*"<sup>67</sup> olarak tanımlar. Bu tanımla CEDAW metni, yalnızca cinsiyete ve medeni duruma dayalı ayrımcılığı vurgulamaktadır. CEDAW 1. maddede ayrımcılık konusunda hangi gerekçelerin kabul görmeyeceğini vurgularken, "başka herhangi bir alan" dili kullanımı ile aile ilişkileri de dâhil olmak üzere özel alanda kadınlara karşı ayrımcılığa müsamaha gösterilmeyecek şekilde yorumlanmaktadır<sup>68</sup>. CEDAW genel anlamda "kadınlara karşı ayrımcılık" tanımı ile her alanda insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılığı tanımlamaktadır.

Aslında, CEDAW metninde kadınlara karşı kesişen ayrımcılık türleri özel olarak korunan birkaç kimlik temelinde kendine yer bulmuştur<sup>69</sup>. Sözleşme madde 4(2)<sup>70</sup> ve madde 11(2)<sup>71</sup> hamilelik ve anneliğe da-

<sup>65</sup> CAMPHELL, Meghan, "CEDAW and Women's Intersecting Identities: A Pioneering Approach to Intersectional Discrimination", Oxford University Working Paper, 2 (3), 2016, s. 16.

<sup>66</sup> CAMPHELL, s. 16.

<sup>67</sup> CEDAW Madde 1. CEDAW Türkçe metni için bakınız: <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/cedaw.pdf> Erişim Tarihi: 23 Ocak 2021.

<sup>68</sup> MINOR, Julie A., "An Analysis of Structural Weaknesses in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", GA J. Int'l & COMP. L., 24, 1994, s. 139.

<sup>69</sup> CAMPHELL, s. 18.

<sup>70</sup> CEDAW, Madde 4 (2): "*Anneliği korumak amacıyla bu Sözleşmedeki tedbirler de dâhil Taraf Devletler tarafından alınan bütün özel tedbirler ayrımcılık şeklinde görülemez.*"

yalı olarak kadınlara özel koruma sağlamaktadır. Yine Sözleşme madde 9<sup>72</sup> ayrımcılık türünde ‘milliyeti’, başka bir ifadeyle uyrukluğu yasaklar-ken, madde 14<sup>73</sup> kırsaldaki kadınları korur ve onlara kırsal kalkınmaya

71 CEDAW, Madde 11 (2):

*Taraf Devletler, evlilik veya annelik sebepleriyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasını engellenmek ve çalışma hakkını etkili bir biçimde korumak için aşağıdaki tedbirleri alırlar:*

- a) *Hamilelik veya annelik izni sebebiyle işe son verilmesini ve medeni duruma dayanılarak işten çıkarmak şeklinde ayrımcılık yapılmasını cezaya tabi tutarak yasaklar;*
- b) *Önceki iş, kıdem ve sosyal hakları kaybetmeden ücretli olarak veya buna benzer menfaatler sağlanarak annelik izni verilmesine dair düzenleme yapar;*
- c) *Anne ve babanın aile içi yükümlülüklerini, çalışma yaşamındaki sorumluluklarıyla ve toplumsal yaşama katılmalarıyla uyumlaştırabilmeleri için, özellikle çocuk bakım kurumlarının kurulmasını ve geliştirilmesini istemek suretiyle, gerekli destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasını teşvik eder;*
- d) *Hamilelik sırasında kendilerine zarar verebilecek işlerde çalışan kadınların özel olarak korunmasını sağlar.”*

72 CEDAW, 9. Madde: Vatandaşlık hakkı

1. *Taraf Devletler vatandaşlığın kazanılması, değiştirilmesi, sürdürülmesi konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar tanır. Taraf Devletler özellikle, bir yabancı ile evlenmenin veya evlilik sırasında kocanın vatandaşlık değiştirmesinin, otomatik olarak kadının da vatandaşlık değiştirmesine, Vatansız kalmasına veya zorla kocanın vatandaşlığına geçmesine neden olmamasını sağlar.*

2. *Taraf Devletler çocukların vatandaşlığı konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar sağlar.*

73 CEDAW, 14. Madde: Kırsal alandaki kadınların hakları

1. *Taraf Devletler kırsal alanda yaşayan ve kayıt dışı sektörlerde çalışarak ailelerinin ekonomik yaşamlarına önemli katkıda bulunan kadınların karşılaştıkları özel sorunları dikkate alır ve bu Sözleşmenin hükümlerinin kırsal alanda yaşayan kadınlara uygulanmasını sağlamak için gerekli her türlü tedbiri alır.*

2. *Taraf Devletler erkekler ile kadınlar arasında eşitliği sağlamak üzere, kırsal alanda meydana gelen gelişmelere katılmaları ve bu gelişmelerden yararlanmaları için kırsal alanda yaşayan kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve bu kadınlara özellikle aşağıdaki hakları tanır;*

- a) *Her düzeydeki planlamanın yapılmasına ve uygulanmasına katılma hakkı;*
- b) *Aile planlamasında bilgilendirme, danışmanlık ve hizmet verme de dâhil, yeterli sağlık hizmetinden yararlanma hakkı;*
- c) *Sosyal güvenlik programlarından doğrudan yararlanma hakkı;*
- d) *Okuma-yazma ile ilgili öğretim de dâhil, teknik yeterliliklerini artırmak için halka açık olan ve geliştirmeye yönelik hizmetler ile birlikte her türlü resmi veya gayri resmi eğitim ve öğretimden yararlanma hakkı;*
- e) *Adam çalıştırma veya çalışma suretiyle ekonomik imkânlardan eşit bir biçimde yararlanmalarını sağlamak için ferdi gruplar ve topluluklar örgütlenme hakkı;*
- f) *Her türlü toplumsal faaliyetlere katılma hakkı;*
- g) *Tarımsal kredi ve borç alma, pazarlama imkânlarına ulaşma, toprak ve tarım reformunda gerekli teknolojiden yararlanma ve eşit muamele görme ile iskân programlarından yararlanma hakkı;*

katılma ve bunlardan yararlanma ayrıca sağlık, ulaşım, barınma, sosyal güvenlik, elektrik, su ve iletişim gibi erişim haklarını da garanti etmektedir.

CEDAW'da tam olarak geliştirilmiş bir kesişimsellik kavramı olmasa da daha derin bir metin analizi ile kesişimsel ayrımcılık da dâhil olmak üzere kadınların yaşadığı her türlü baskı ve dezavantajı ele almak için örtük bir taahhüt olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda CEDAW kadın deneyimine odaklı çeşitli ayrımcılık türlerinin değerlendirilmesine olanak tanıyan ve değişebilen geniş bir kadın anlayışını benimseyen bir zemin seçmiştir. Bu yüzden CEDAW metninin, Sözleşmenin amacının ne olduğunun unutulmayarak okunması halinde, Sözleşmede kesişen ayrımcılık türlerini örtülü bir şekilde de olsa kapsamı altına aldığı görülecektir.

#### A. CEDAW Komitesi 19 Sayılı Genel Tavsiye Kararı

CEDAW'ın amaçlarına ulaşmak için, ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve cinsiyet eşitliğinin sağlanması, dezavantajlı muameleyle sonuçlanan benzersiz ve çoklu ayrımcılık biçimlerinin değerlendirilmesini gerektirir. Komite, bu hükümlerin 'her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak için kapsamlı bir yükümlülük oluşturduğuna' karar vermektedir<sup>74</sup>. Komite "kadına karşı şiddet" konulu GR No. 19 ile kadınların ailede, toplumda veya devlet yoluyla şiddete maruz kalmasına ilişkin, sözleşmede özellikle belirtilmeyen birçok hakkı kapsamı içine almıştır. Bu karar aynı zamanda Komitenin, etnik azınlıklar veya yerli halklar gibi belirli kadın gruplarının birden fazla ayrımcılığa maruz kalabilecek pozisyonlarını ele alan kesişimsellik endişesini de ortaya çıkarmaktadır<sup>75</sup>. Ayrıca CEDAW Komitesi tarafından 2010 yılında kabul edilen, *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin En Temel Yükümlülüklerine İlişkin 28 Sayılı Genel Tavsiye Kararı* (GR No. 28)'de 2. maddede yer alan taraf devletlerin genel yü-

h) Özellikle konut, sağlık, aydınlanma, içme suyu, ulaşım ve iletişim hizmetleriyle ilgili yerli yaşam standartlarından yararlanma hakkı."

<sup>74</sup> CEDAW GR. No. 19, para. 10.

<sup>75</sup> BYRNES, Andrew, "Article 1", in Marsha A. Freeman, Christine Chinkin, Beate Rudolf (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Oxford University Press, 2012, s. 67.



kümlülüklerinin kapsamını anlamak için kesişimselliğin temel bir kavram olduğu' belirtilmiştir<sup>76</sup>. Bununla birlikte, CEDAW Komitesi Genel Tavsiye Kararı No. 28'de CEDAW'ın kadınlara karşı, toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığı kapsadığını da ele almaktadır<sup>77</sup>. Kadınların insan haklarına zarar veren bu ayırım, CEDAW'ın 1. maddesindeki ayrımcılık tanımına dâhil edilmiştir.

CEDAW Komitesi, Genel Tavsiye Kararı No. 28 ile "cinsiyete ve toplumsal cinsiyete dayalı kadına karşı ayrımcılığın ırk, etnik köken, din veya inanç, sağlık, statü, yaş, sınıf, kast, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi" kadınları etkileyen diğer faktörlerle ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğunu belirtmektedir<sup>78</sup>. CEDAW Komitesi, ayrımcı muamelenin temelinin yalnızca cinsiyet veya toplumsal cinsiyet olduğunu iddia etmenin imkânsız olduğunu savunmaktadır<sup>79</sup>. Campbell, cinsiyet ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığını değerlendirirken bir kadının kimliğinin tüm yönlerinin son derece önemli olduğunu vurgulamaktadır<sup>80</sup>. Bu yoruma göre, ayrımcı muamelenin temel sebeplerinden biri cinsiyet veya toplumsal cinsiyet olduğu sürece, ayrımcı muameleyi açıklamak için diğer kimlik özelliklerinin nasıl birbirine bağlandığını incelemek gereklidir. O yüzden ki CEDAW Komitesi almış olduğu Tavsiye Kararları ile kadınların toplumsal cinsiyetleri ile diğer kimliklerinin kesişimleri sebebiyle uğramış oldukları ayrımcı muameleye cevap vermeye çalışmıştır. Örneğin CEDAW Komitesi, 27 Sayılı Kararı<sup>81</sup> ile ayrımcılık türle-

<sup>76</sup> BYRNES, s. 67.

<sup>77</sup> BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin En Temel Yükümlülüklerine İlişkin 28 Sayılı Genel Tavsiye Kararı (GR No. 28)" (2010) CEDAW/C/GC/28, para. 5.

<sup>78</sup> CEDAW Komitesi, GR. No.28, para. 18.

<sup>79</sup> CAMPHELL, s. 22.

<sup>80</sup> CAMPHELL, s. 22.

<sup>81</sup> BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), "Yaşlı kadınlar ve bu kadınların insan haklarının korunmasına ilişkin 27 sayılı Genel Tavsiye (GR No. 27)" (2010) CEDAW/C/GC/27. CEDAW Komitesi 27 Sayılı Genel Tavsiye Kararı paragraf 13'te yaşlı kadınların kesişen diğer ayrımcılık kimliklerinden söz eder: "Yaşlı kadınların yaşadığı ayrımcılık genellikle çok boyutludur ve yaş faktörü, cinsiyet, etnik köken, engellilik, yoksulluk seviyeleri, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği, göçmen statüsü, medeni durum ve aile durumu, okuryazarlık ve diğer gerekçelere dayalı diğer ayrımcılık biçimlerini birleştirir. Azınlık, etnik veya yerli grupların üyesi olan, ülke

rine karşı, 32 Sayılı Kararı<sup>82</sup> ile vatansız kadınları ayrımcılığa karşı koruma kapsamı altına almıştır<sup>83</sup>.

Bu bölümde CEDAW Komitesi'nin 1992 yılında "kadına yönelik şiddeti" GR No. 19 kararının, kesişimsellik yaklaşımını benimsemeye başladığı ve zaman içerisinde diğer tavsiye kararları ile ayrımcılığın kesişen kimliklerini genişleterek birçok kadını koruma kapsamı altına aldığı tartışılmıştır. Ancak, bu tavsiye kararında Komite, kadına yönelik şiddet türlerinin, özellikle kadın cinayetlerinin, son zamanlarda belirgin hale gelmesiyle birlikte Komite'nin GR No. 19 kararının yetersiz olduğu düşüncesi ortaya çıkmıştır. Komite, GR No. 19 kararını yeniden güncelleyerek, GR No. 35 kararını tam 25 yıl sonra 2017 yılında daha kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde yayınlamıştır. Makalenin son kısmında, CEDAW Komitesi'nin GR No. 35 kararı kesişimsellik yaklaşımı bağlamında analiz edilecektir.

## B. CEDAW Komitesi 35 Sayılı Genel Tavsiye Kararı

GR No. 35, kapsamı ve içeriği bakımından CEDAW Komitesi'nin yayınlamış olduğu zengin bir tavsiye kararıdır. Çünkü kadına yönelik şiddeti kapsamı altına alan CEDAW Komitesi'nin ilk kez genel tavsiye kararı olarak yayımladığı GR No. 19'u güncellemektedir<sup>84</sup>. İkinci olarak

---

*içinde yerinden edilmiş veya vatansız olan yaşlı kadınlar genellikle orantısız derecede ayrımcılık yaşarlar."*

<sup>82</sup> BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), "Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin kadınların mülteci, sığınmacı, uyrukluk ve uyruksuzluk statülerinin toplumsal cinsiyetle ilgili boyutlarına ilişkin 32 Sayılı Genel Tavsiye Kararı (GR No. 32)" (2014) CEDAW/C/GC/32.

<sup>83</sup> Genel Tavsiye No. 35, dipnot 12: "Kesişimsel ayrımcılık ile ilgili diğer Genel Tavsiyeler, kadınlar ve AIDS'e ilişkin 15 sayılı Genel Tavsiye, engelli kadınlara ilişkin 18 sayılı Genel Tavsiye, evlilikte ve ailevi ilişkilerde eşitliğe ilişkin 21 sayılı Genel Tavsiye, kadın ve sağlığa ilişkin 24 sayılı Genel Tavsiye; göçmen kadın işçilere ilişkin 26 sayılı Genel Tavsiye, yaşlı kadınlar ve bu kadınların insan haklarının korunmasına ilişkin 27 sayılı Genel Tavsiye, çatışmaların önlenmesi, çatışma ve çatışma sonrası durumlarda kadınlara ilişkin 30 sayılı Genel Tavsiye, zararlı uygulamalara ilişkin 31 sayılı Genel Tavsiye, kadınların göçmen statüsü, iltica, uyruk ve vatansızlığına ilişkin 32 sayılı Genel Tavsiye ile kırsal kesimdeki kadınların haklarına ilişkin 34 sayılı Genel Tavsiye kararıdır."

<sup>84</sup> CHINKIN, Christina, "CEDAW General Recommendation 35 on Violence against Women is a Significant Step-forward", LSE Blog, <https://blogs.lse.ac.uk/wps/2017/09/06/cedaw-general-recommendation-35-on-violence-against-women-is-a-significant-step-forward/> Erişim Tarihi: 27 Aralık 2020.

2010 tarihli Genel Tavsiye Kararı No. 28'de belirtilen devlet yükümlülüklerine ilişkin alınan kararları güçlendirmektedir<sup>85</sup>. Üçüncü olarak ise, 18 Ekim 2013 tarihinde alınan Çatışmanın Önlenmesi, Çatışma ve Çatışma Sonrası Durumlarda Kadına İlişkin 30 No'lu Genel Tavsiye Kararı (GR No. 30) ve Kadının Adalete Erişimi ile ilgili Genel Tavsiye No. 33 gibi CEDAW Komitesi'nin almış olduğu diğer tavsiye kararlarını da güçlendirmektedir<sup>86</sup>.

Özünde Komite GR No. 35 kararını, dünya genelinde kadına yönelik aile içi şiddet, cinsel saldırı ve özellikle kadın cinayetlerinin artış oranının gün geçtikçe belirgin hale gelmesi sonucu almıştır. Kadına yönelik şiddeti ve ev içi şiddeti önlemeye yönelik bölgesel düzeyde yapılan sözleşmeler de bu kararın alınmasında rol oynamaktadır. Özellikle Avrupa Konseyi tarafından 2011 yılında imzaya açılıp 1 Ağustos 2014 yılında yürürlüğe giren *Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*<sup>87</sup> ya da kısaca İstanbul Sözleşmesi'ne GR No. 35 Kararı'nın giriş bölümünde yapılan atıftan da anlaşılmaktadır<sup>88</sup>. İstanbul Sözleşmesi bugüne kadar hem uluslararası hem de bölgesel düzeyde kadına yönelik şiddeti önlemeye yönelik düzenlenen en kapsamlı ve hukuken bağlayıcılığı olan bir sözleşme olması sebebi ile önemini hala korumaktadır. Bu bağlamda CEDAW Komitesi'nin GR No. 19 kararının eksiklikleri tamamlamaya çalışarak GR No. 35 kararını almıştır. Ayrıca Komite, kadına yönelik şiddeti önlemenin küresel bir mücadele olduğunu vurgulayarak, GR No. 35 kararında giriş bölümünde GR No. 19 kararının bu mücadele sürecinin katalizörü olduğunu ifade etmektedir<sup>89</sup>. Komite, BM kadın konferanslarıyla başlayan bu sürecin önemine değinerek kadına yönelik şiddetin, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olduğunu ve bir insan hakkı ihlali olduğunu GR No. 19 kararı ile ilk kez tanımlamış ve bu süreci tam 25 yıl sonra taraf devletler-

<sup>85</sup> CHINKIN, LSE Blog.

<sup>86</sup> CHINKIN, LSE Blog.

<sup>87</sup> Kadına Yönelik Şiddet ve Aile içi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, (İstanbul Sözleşmesi), CETS No. 210, 11 May 2011, Yürürlük Tarihi: 1 Ağustos 2014.

<sup>88</sup> GÜNEŞ, s. 116-117.

<sup>89</sup> GR No. 35, para. 1 ve 2.

ce kadına yönelik şiddeti önlemede ivme kazandırma amacı ile GR No. 35 kararını almıştır<sup>90</sup>.

CEDAW Komitesi, Genel Tavsiye Kararı No. 19 başlığı "kadına yönelik şiddete" atıfta bulunurken, özellikle 35 Numaralı Genel Tavsiye'nin başlığı bunun yerine "kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet" ifadesini kullanmaktadır. CEDAW Komitesine göre, bu terim "*şiddetin toplumsal cinsiyete dayalı nedenlerini ve etkilerini açık bir şekilde ortaya koyduğu için*" kullanılmaktadır<sup>91</sup>. Bu durum için McQuigg, CEDAW Komitesi'nin, şiddetin ele alınmasında, toplumsal cinsiyet ayrımı gözetmeyen argümanlara karşı koymak için özellikle bu terimi kullanmaya karar verdiği görüşünü savunmaktadır<sup>92</sup>. CEDAW Komitesi, 'kadına yönelik toplumsal cinsiyet temelli şiddet' ifadesinin kullanılmasyla, söz konusu konunun esasen kadın oldukları için kadına yönelik şiddet olduğunu vurgulamaktadır. Yine, Komite; "*kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, erkeklerin kadınlar üzerinde hak sahibi olması veya kadınlara göre daha ayrıcalıklı olması ideolojisinden, erkeklik ile ilgili sosyal normlar, erkek kontrolü ve gücünü uygulama, toplumsal cinsiyet rollerine bürünme veya kadınlar için kabul edilemez olarak görülen davranışları engelleme, bu davranışlardan vazgeçirme veya bunları cezalandırma ihtiyacından doğduğunu*" ifade etmektedir<sup>93</sup>.

Özellikle kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin etkileri, CEDAW Komitesi tarafından GR No. 35'te, GR No. 19'da olduğundan çok ve daha ayrıntılı olarak açıklanmıştır. GR No. 19 kararı bu durumu paragraf 1'de şu şekilde açıklamaktadır: "*cinsiyete dayalı şiddet, kadınların erkeklerle eşitlik temelinde haklardan ve özgürlüklerden yararlanma yeteneğini ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık türüdür*"<sup>94</sup>. Kısaca, GR No. 35'te kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin etkilerini daha geniş ve kapsamlı olarak CEDAW kapsamına almaktadır.

<sup>90</sup> GR No. 35, para. 3.

<sup>91</sup> GR No. 35, para. 9.

<sup>92</sup> MCQUIGG, Ronagh J.A., "The CEDAW Committee and Gender-based Violence against Women: General Recommendation No. 35", *International Human Rights Law Review*, 6 (2), 2017, s. 266.

<sup>93</sup> GR No. 35, para. 19.

<sup>94</sup> GR No. 19, para. 1.

CEDAW, GR No. 35'in kesişimsellik yaklaşımını benimsemesi ile kapsayıcılığının genişliğini bize ayrıca göstermektedir. GR No. 35 kadına yönelik ayrımcılık türlerinin daha ayrıntılı ve kesişen biçimlerini/faktörlerini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, GR No. 35 ile kadına yönelik şiddetin ayrımcılığın kesişen biçimlerini şu şekilde açıklamaktadır: *“Komite, bu faktörlerin, etnisite/ırk, yerli veya azınlık olma durumu, renk, sosyoekonomik durum ve/veya kast, dil, din veya inanç, siyasi düşünce, tabiiyet, medeni durum ve/veya anne olup olmama, yaş, şehirde/kırsalda yerleşim, sağlık durumu, özürllülük, mülk sahibi olma, lezbiyen, biseksüel, transseksüel veya interseksüel olma, okuma yazma bilmeme, kadın kaçakçılığı, silahlı çatışma, sığınma hakkı talep etme, göçmen olma, kendi ülkesinde yerinde edilme, vatan-sızlık, göç, evin reisi olma, dul olma, HIV/AIDS taşıma, özgürlüğünden mahrum olma, hayat kadını olma, coğrafi uzaklık ve hakları için mücadele eden kadınların damgalanmasını kapsayabileceğinin altına çizer”*<sup>95</sup>. Öyle ki kadına yönelik kesişen ayrımcılık türleri, bölgesel nitelikte olmasına rağmen, tüm ülkelerin katılımına açılmış ve daha kapsayıcı olarak kabul edilen İstanbul Sözleşmesi'nden daha da ayrıntılı hale getirilmiştir. İstanbul Sözleşmesi 4. maddenin 3. paragrafında şu şekilde açıklanmaktadır: *“Taraflar bu Sözleşme hükümlerinin, özellikle de mağdurların haklarını korumaya yönelik tedbirlerin, cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik, medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmasını temin edeceklerdir”*<sup>96</sup>.

Ayrıca, Komite GR No. 35 ile ayrımcılığın ağırlaştırıcı olumsuz bir etkisi olan çoklu ve kesişen türlerini kadınların daha çok tecrübe ettiğini ve bu nedenle toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin bazı kadınları farklı derecelerde veya farklı yollarla etkileyebileceğini belirtmektedir<sup>97</sup>. Dolayısıyla, Sözleşmeye taraf devletler bu kesişen ayrımcılık türlerini ve ilgili kadınlar üzerindeki olumsuz etkilerini göz önünde bulundurarak uygun yasal önlemler almalı ve uygun olan durumlarda 25 No.lu Sö-

<sup>95</sup> GR No. 35, para. 12.

<sup>96</sup> İstanbul Sözleşmesi, Madde 4 (3).

<sup>97</sup> GR No. 35, para. 12.

leşme ve Genel Tavsiyenin 4. maddesinin 1. paragrafıyla uyumlu olarak geçici tedbirler almak yoluyla, bu türden durumların ortaya çıkmasını engellemek üzere politikalar ve programlar benimseyip uygulamaya geçirmelidirler<sup>98</sup>. Sözleşmenin 4. maddesinin 1. Paragrafı ise; *“kadınlar ve erkekler arasında fiili eşitliği sağlama sürecini hızlandırmaya yönelik geçici özel önlemlerin Taraf Devletlerce benimsenmesi, hâlihazırdaki Sözleşme’de tanımlandığı şekliyle ayrımcılık olarak”* değerlendirilemeyeceğini ve aynı zamanda *“bu yolla eşitsiz veya ayrı standartların kalıcılılaşması gibi bir duruma da izin verilmez; fırsat ve muamele eşitliği sağlandığında da”*, bu önlemlere son verileceğini ifade etmektedir<sup>99</sup>. GR No. 25 kararı ile Komite, devletlerin alacağı tedbirlerle kadınlar ile erkekler arasındaki fiili veya gerçek eşitliği sağlayarak insan haklarından ve temel özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmalarını sağlamaya yönelik politikalarının gerekli bir adımı olduğunu vurgulamaktadır<sup>100</sup>. Öyle ki, bu durum GR No. 35 ile kadınların erkeklere göre ikincil statüde olma durumunu ve kalıplaşmış rollerini sürekli hale getiren siyasi, ekonomik ve toplumsal araçlardan birinin *“kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet”* olduğu, asıl amaçlananın kadınlar ve erkekler arasındaki gerçek eşitliği sağlanması ile kadınların bütün insan haklarından özgürce yararlanmalarını imkan sağlamanın önemi tekrar belirtilmektedir<sup>101</sup>.

GR No. 35 ile devletlerin kendi örgüt ve temsilcilerinin kadınların maruz kaldığı toplumsal cinsiyete bağlı şiddet girişimlerini, Sözleşme ve genel uluslararası hukuk doğrultusunda, önlemek, soruşturmak, kovuşturmak ve cezalandırmak konusunda gerekli özeni göstermekle yükümlü oldukları tekrar vurgulanmaktadır<sup>102</sup>. Devletler özellikle bu yükümlülüğü yerine getirirken kadınların farklılıklarını ve bundan kaynaklanabilecek kesişimli ayrımcılık risklerini ve tehditlerini göz önünde bulun-

<sup>98</sup> GR No. 35, dipnot 13, GR No. 28, para. 18.

<sup>99</sup> CEDAW, Madde 4 (1).

<sup>100</sup> BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), *“Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin 4. Maddesinin 1. Paragrafında Yer Alan Geçici Özel Önlemlerle İlgili 25 Sayılı Genel Tavsiye GR No. 25”*, (2004), para. 18

<sup>101</sup> GR No. 35, para. 10.

<sup>102</sup> GR No. 35, para. 21-26.

durmalıdırlar<sup>103</sup>. Diğer bir ifadeyle, kadınlar açısından dezavantaj ve ayrımcılığı anlamak için çoklu ve kesişen kimliklerin şiddetle mücadele anlamında önemli olduğu dikkate alınmalıdır. Yine, taraf devletlerin devlet dışı aktörlerin yani üçüncü kişilerin kadına yönelik şiddet eylemleri ve ihmalleri için yasama, yürütme ve yargı düzeyinde gerekli özen yükümlülükleri olduğu belirtilmektedir<sup>104</sup>.

Ayrıca kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin ortadan kaldırılması için alınan bütün önlem tedbirlerinin hem mağdur odaklı bir yaklaşımla hem de kadınların kalıplaşmış rollerinden uzaklaştırılarak onların da bir birey ve hak özneleri oldukları dikkate alınarak uygulanmalıdır. Aynı zamanda, bütün bu tedbirler kadınların katılımıyla ve ayrımcılığın kesişimli türlerinden etkilenen kadınların durumları göz önüne alınarak planlanmalı ve hayata geçirilmelidir<sup>105</sup>. Koruma ve destek tedbirlerinin, özellikle ayrımcılığın kesişimli türlerinden etkilenenler olmak üzere bütün kadın mağdurlar için erişilebilir olması gerektiği GR No. 35'te vurgulanmaktadır<sup>106</sup>. Örneğin, mülteci kadınlar şiddete karşı koruma talep ettiklerinde kadının oturma statüsü dikkate alınmaksızın koruma tedbirleri alınmalıdır. Yine Komite, ayrımcılığın kesişimli türlerinden etkilenenler için, *“örneğin engelli olanlar, okuma yazması olmayanlar, ülkenin resmi dillerini bilmeyenler ya da az bilenler ve kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin mağdurları/geride kalanları için erişilebilir olan, muhtelif ve erişilebilir medya ve toplumsal diyalog vesilesiyle onarmayı da içerecek şekilde yasal ve sosyal kaynaklar hakkında bilgisi olmayanlar ya da çok az bilgisi olanlar olmak üzere kadınları hedefleyen erişilebilir bilgileri”* geliştirmeyi ve yaygınlaştırmayı koruma tedbirleri arasına almaktadır<sup>107</sup>.

Bununla birlikte, 35 Sayılı Genel Tavsiye ile bir antlaşma arasındaki kritik fark, taraf devletler için yasal olarak bağlayıcı olmasına karşın, 35 Sayılı Genel Tavsiye kararı için durum böyle olmamakla birlikte tek eleştiri odak noktası olmuştur. CEDAW Komitesi'nin Genel Tavsiyeleri, adından da anlaşılacağı gibi sadece tavsiye niteliğindedir. Yasal olarak

<sup>103</sup> GR No. 35, para. 23.

<sup>104</sup> GR No. 35, para. 21-26.

<sup>105</sup> GR No. 35, para. 28.

<sup>106</sup> GR No. 35, para. 41.

<sup>107</sup> GR No. 35, para. 43.

bağlayıcı yükümlülükler oluşturmanın aksine, devletlere yönelik tavsiye kararlarıdır. Ancak, CEDAW'a Ek Protokol'ün sağlamış olduğu bireysel başvuru imkanı ile birlikte verilen başvuru kararlarına bakıldığında tavsiye kararlarına atıf yapıldığı görülmektedir<sup>108</sup>. Ayrıca 35 Sayılı Genel Tavsiye kararı ile birlikte CEDAW Komitesi, artık kadınlara yönelik her türlü şiddeti önlemenin ve mücadele etmenin devletler açısından bir uluslararası hukuk normu olarak kabul edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir<sup>109</sup>. 35 Sayılı Tavsiye Kararı bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: *“25 yıldır Taraf Devletlerin uygulamaları Komite'nin yorumunu desteklemiştir. Opinio juris (bunun bir hukuki zorunluluk oluşturduğu kanaati) ve devlet uygulamaları, kadına yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin yasaklanmasını, uluslararası teamül hukukunun bir ilkesine dönüştürmüştür. 19 Numaralı Genel tavsiye bu sürecin katalizörü olmuştur”*<sup>110</sup>.

Kısaca değerlendirecek olursak, kadına yönelik şiddet toplumsal cinsiyet temelli birden çok kesişen ayrımcılık sonucu ortaya çıkan bir insan hakları ihlalidir. CEDAW Komitesi, kesişimsellik yaklaşımını GR No. 19 kararı ile başlayan süreçte GR No. 35 sayılı kararı ile daha da genişleterek kadınların uğramış olduğu birçok kesişen ayrımcılık türlerini kapsamı altına almıştır. BM sistemi içinde, CEDAW Komitesi GR No. 35 kararı ile, kesişimsellik yaklaşımı ile en dezavantajlı konumda bulunanları görmemize olanak sağlayarak kadına yönelik şiddetin evrenselliğini kabul etmemize olanak sağlamıştır. Dahası hem kesişimsel ayrımcılık türleri hem de içerik açısından, CEDAW Komitesi'nin GR No. 35 kararı, BM sisteminde kadına yönelik şiddetle ilgili kapsayıcı bir tavsiye kararı olmuştur.

## SONUÇ

CEDAW metninde bariz bir şekilde eksik olan tek husus, 'kadına yönelik şiddet' kavramına yönelik herhangi bir referansın olmamasıdır. Sözleşme taslağı hazırlandığında, kadına yönelik şiddet bir insan hakları

<sup>108</sup> Bireysel başvuru kararları için bakınız:

<https://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=3&sortOrder=Date> Erişim Tarihi: 12 Nisan 2021.

<sup>109</sup> MOROĞLU, Nazan, “Birleşmiş Milletlerden Şiddetle Mücadelede Kararlı Bir Adım CEDAW Genel Tavsiye No.35”, İstanbul Barosu, Kadın Hakları Merkezi, 2018.

<sup>110</sup> GR No. 35, para. 2.



değil, bir sosyal politika sorunu olarak görülüyordu. Bu anlayışın değişmesi ancak CEDAW Komitesinin çalışmaları sayesinde değişerek Genel Tavsiye Kararı No. 19'u yayınlamasıyla 'kadına yönelik şiddeti' kapsamı içine almıştır. Genel Tavsiye Kararı No. 19 kadına yönelik şiddeti, orantısız bir şekilde kadınları hedef aldığı için ya da kadın oldukları için toplumsal cinsiyete dayalı bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirmektedir. 2017 yılında CEDAW Komitesi, 25 yıl sonra Genel Tavsiye Kararı No. 35 ile bu anlayışını ileri taşımıştır.

Ayrıca, CEDAW, kadına yönelik şiddetin en önemli sebebi olan toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık ve diğer ayrımcılık türlerinin kesimiyle nasıl başa çıkılacağıyla ilgili konuları da kapsamı içine almaktadır. Bahse konu 35 Sayılı belge ile birlikte CEDAW Komitesi, kadına yönelik şiddetin biçim ve boyutlarının çeşitliliği dikkate alınarak kapsamlı bir insan hakları analizi sunmaktadır. Genel Tavsiye Kararı No. 35, selefi olan Genel Tavsiye Kararı No. 19 gibi, CEDAW yükümlülüklerinin bağlayıcı olmayan bir yorumu olmasına rağmen kadına yönelik kesişen ayrımcılık türlerini en kapsamlı bir biçimde uluslararası insan hakları hukuku literatürüne sunarak bu alana büyük katkıda bulunmaktadır.

Sonuç olarak, CEDAW ve CEDAW Komitesi, kesişimsel ayrımcılık konusunda toplumsal cinsiyet ayrımcılığını diğer ayrımcılık biçimlerinden ayrı tutmamaktadır. Ayrıca CEDAW Komitesi, Genel Tavsiyelerinde ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ve eşitliğin sağlanmasına dayanan kesişimsel ayrımcılığın zararına entegre bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Cinsiyet ve toplumsal cinsiyet şemsiyesi altında kimlikleri ve deneyimleri kapsamak, CEDAW Sözleşmesi ve CEDAW Komitesinin kesişimsellik konusunda nitelikli bir değerlendirmeyi geliştirme potansiyeli taşıdığına önemli bir yaklaşımdır.

## KAYNAKLAR

- ACAR, Feride / ALTINOK, Gülbanu/ GÖZDAŞOĞLU, Elif, Report Analysing Intersectionality in Gender Equality Policies in Turkey and in the EU, QUING Project, Vienna: Institute for Human Rights, 2008.
- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü / Maputo Protokol (Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa) Yürürlük Tarihi: 25 Kasım 2005.
- AMNESTY INTERNATIONAL, "Women in the Front of Line: Human Rights Violations against Women", 1991.
- BANTEKAS, Ilias/ OETTE, Lutz, International Human Rights Law and Practice, Cambridge University Press, 2013, s. 452-484.
- BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi) "12 Sayılı Genel Tavsiye Kararı: Kadına Yönelik Şiddet" CEDAW/C/GC/12, 1989.
- BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), "19 Sayılı Genel Tavsiye Kararı: Kadına Yönelik Şiddet" CEDAW/C/GC/19, 1992.
- BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi) 'Kadınlara Yönelik Toplumsal Cinsiyete Dayalı Şiddete İlişkin 35 sayılı Genel Tavsiye (19 sayılı Genel Tavsiye Güncellendi), CEDAW/C/GC/35, 2017.
- BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi) "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin En Temel Yükümlülüklerine İlişkin 28 Sayılı Genel Tavsiye Kararı", CEDAW/C/GC/28, 2010.
- BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi), "Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 4. Maddesinin 1. Paragrafında Yer Alan Geçici Özel Önlemlerle İlgili 25 Sayılı Genel Tavsiye GR No. 25", 2004.
- BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi) "Yaşlı Kadınlar ve Bu Kadınların İnsan Haklarının Korunması"

na İlişkin 27 Sayılı Genel Tavsiye (GR No. 27)", CEDAW/C/GC/27, 2010.

BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi (CEDAW Komitesi)

"Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin Kadınların Mülteci, Sığınmacı, Uyruklu ve Uyruksuzluk Statülerinin Toplumsal Cinsiyetle İlgili Boyutlarına İlişkin 32 Sayılı Genel Tavsiye Kararı (GR No. 32)", CEDAW/C/GC/32, 2014.

BM Genel Kurulu, "1993 tarihli Kadına Yönelik Şiddetin Tasfiyesine İlişkin Bildirge (DEVAW)" (20 Aralık 1993) GA Res. A/RES/48/104.

BOND, Johanna E., "International Intersectionality: A Theoretical and Pragmatic Exploration of Women's International Human Rights Violations", *Emory Law Journal*, 52, 2003.

BYRNES, Andrew, "Article 1", in Marsha A. Freeman, Christine Chinkin, and Beate Rudolf (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Oxford University Press, 2012.

BYRNES, Andrew / BATH, Eleanor, "Violence against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-Recent Developments", *Human Rights Law Review*, 8 (3), 2008, s. 517-533.

CAMPHELL, Meghan, "CEDAW and Women's Intersecting Identities: A Pioneering Approach to Intersectional Discrimination", *Oxford University Working Paper*, 2 (3), 2016.

CEDAW Ek Protokolü, Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (adopted 6 October 1999), GA Res. 54/4, UN GAOR, 54th Session, Agenda Item 109, UN doc. A/RES/54/4, 2131 UNTS.

CHARLESWORTH, Hilary / CHINKIN, Christine, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, First Edition, Manchester University Press, 2000.

CHINKIN, Christina, "CEDAW General Recommendation 35 on Violence against Women Is a Significant Step-forward" LSE Blog, <https://blogs.lse.ac.uk/wps/2017/09/06/cedaw-general->

recommendation-35-on-violence-against-women-is-a-significant-step-forward/ Erişim Tarihi: 27 Aralık 2020.

CHINKIN, Christina /YOSHIDA, Keina, "40 Years of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women" Center for Women, Peace and Security, 2020.

CONAGHAN, Joanne, "Intersectionality and the Feminist Project in Law", in GRABHAM, Emily et al. (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, First Edition, Oxford, 2009.

CRENSHAW, Kimberle, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, 1989.

CRENSHAW, Kimberle, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, 43 (6), 1997.

DAVIS, Kathy, "Intersectionality as Buzzword: A Sociology of Science Perspective on What Makes a Feminist Theory Successful", *Feminist Theory*, 9 (1), 2008.

Dünya Kadın Konferansı, "Eşitlik, Kalkınma ve Barış (Equality, Development and Peace)", Kopenhag (1980) UN doc. A/CONF.94/35 (19 September 1980).

Dünya Kadın Konferansı, "Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu", UN doc. A/CONF.177/20 (1995) and A/CONF.177/20/Add.1 (1995).

EDWARDS, Alice, *Violence Against Women under International Human Rights Law*, First Edition, Cambridge University Press, 2010.

ERTÜRK, Yakın, "Towards a Post-Patriarchal Gender Order: Confronting the Universality and the Particularity of Violence against Women", *Sociologiskforskning*, 46 (4), 2009.

EVATT, Elizabeth, "Eliminating Discrimination against Women: The Impact of the UN Convention", *Melbourne University Law Review*, 18, 1991.

- FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, Second Edition, Oxford: Clarendon, 2011.
- GÜNEŞ, Ayşe, *International Human Rights Law and Crimes Against Women in Turkey: Legislation on So-Called Honour Killings*, First Edition, London: Routledge, 2020.
- International League for Human Rights, "Human Rights Abuses against Women: A Worldwide Survey. A Compilation of Experts from the US Department's 1990 Country Reports on Human Rights Reports", 1990.
- İnsan Hakları Konferansı. "Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı (The Vienna Declaration and Programme of Action)" (25 June 1993) A/CONF.157/23.
- Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW), (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, opened for signature 1 March 1980), 1249 UNTS 13, Yürürlük Tarihi: 3 Eylül 1981.
- Kadına Yönelik Şiddet ve Aile içi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, (İstanbul Sözleşmesi), CETS No. 210, 11 May 2011, Yürürlük Tarihi: 1 Ağustos 2014.
- Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikan Devletleri Sözleşmesi / Belem do Para Sözleşmesi (Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women), 1994.
- MCCALL, Leslie, "The Complexity of Intersectionality", *Signs*, 30 (3), 2005.
- MCCUE, Margi, *Domestic Violence: A Reference Handbook*, Second Edition, Oxford:ABC-CLIO, 2008.
- MCQUIGG, Ronagh J. A., "Is it Time for a UN Treaty on Violence against Women?", *The International Journal of Human Rights*, 22 (3), 2018.
- MCQUIGG, Ronagh J. A., "The CEDAW Committee and Gender-based Violence against Women: General Recommendation No. 35", *International Human Rights Law Review*, 6 (2), 2017.

- MERRY, Sally Engle, "Constructing a global law-violence against women and the human rights system", *Law & Social Inquiry*, 28 (4), 2003.
- MINOR, Julie A., "An Analysis of Structural Weaknesses in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", *GA J. Int'l & COMP. L.*, 24, 1994.
- MOROĞLU, Nazan, "Birleşmiş Milletlerden Şiddetle Mücadelede Kararlı Bir Adım CEDAW Genel Tavsiye No.35", İstanbul Barosu, Kadın Hakları Merkezi, 2018.
- NASH, Jennifer, "Re-thinking Intersectionality", *Feminist Review*, 89, 2008.
- OTTO, Dianne, "Violence against Women—Something Other Than a Violation of Human Rights?", *Australian Feminist Law Journal*, 1 (1), 1993.
- PHOENIX, Ann / PATTYNAMA, Pamela, "Intersectionality", *European Journal of Women's Studies*, 13 (3), 2006.
- SMITH, Ben, "Intersectional Discrimination and Substantive Equality: A Comparative and Theoretical Perspective", *The Equal Rights Review*, 16, 2016.
- Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural, the Right to Development, Ms. Rashida Manjoo (2 May 2011) UN doc. A/HRC/17/26.
- The Advocates for Human Rights. UN Conference Documents (15 Haziran 2006)  
[http://www.stopvaw.org/UN\\_Conference\\_Documents3.html](http://www.stopvaw.org/UN_Conference_Documents3.html)  
Erişim tarihi:12 Ocak 2021.
- UN General Assembly "Beijing+5, Further Actions and Initiatives to Implement the Beijing Declaration and Programme for Action", UN doc. A/RES/S-23/3, 2000.
- UNHRC, "Resolution on the Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective" (16 April 2002) UN doc.E/CN.4/2002/L.59.

- UN Secretary General, "1988 Report for the Commission on the Status of Women to Eradicate Violence against Women within the Family and Society" UN doc. E/CN.6/1988/6 in the 32th Session of the Commission of the Status of Women (CSW), 1989.
- World Conference on Women, "Declaration of Mexico on the Equality of Women and Their Contribution to Development and Peace", UN doc. E/CONF.66/34 (2 July 1975), Mexico 1975.
- World Conference on Women, "Report of the World Conference to Review and Appraise The Achievement of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace", Nairobi (United Nations Publication, 15-26 July 1985, Sales No. E.85.IV.10), 1985.
- World Health Organisation (WHO), Report on Global and Regional Estimates of Violence against Women: Prevalence and Health Effects of Intimate Partner Violence and Non-Partner Sexual Violence, 2013.
- YURDAKAL, Gökçe / KORTEWEG, Anna C., "Gender Equality and Immigrant Integration: Honor Killing and Forced Marriage Debates in the Netherlands, Germany, and Britain", Women's Studies International Forum, 41, 2013.
- YUVAL-DAVIS, Nira, "Intersectionality and Feminist Politics", European Journal of Women's Studies, 13 (3), 2006, s. 193-209.





## KAZANANIN BİR KEZ DAHA ÖDÜLLENDİRİLDİĞİ SEÇİM SİSTEMİ: ÇOĞUNLUK ÖDÜLLÜ SEÇİM SİSTEMİ

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN\*

### Öz

Siyasi partiler, seçimler aracılığıyla iktidara sahip/ortak olarak veya en azından mecliste temsil edilerek seçmenlere vermiş oldukları sözleri yerine getirme gayre-ti içerisinde olan yapılardır. Siyasi yarış içerisinde olan bu yapılar, ülke siyaseti-nin işler hale getirilmesi veya etkinleştirilmesi için sürekli seçim usullerini güncelleme arzusu içerisinde olurlar. Bu güncellemelerin arkasında kimi zaman iktidarı kaybetmeme düşüncesi yatmaktadır. Ancak kimi zamanlarda bu güncelleme ihtiyacı bir zorunluluk haline gelmektedir. Siyasi istikrarsızlıkların ve tıkanıklıkların sıklıkla görülmesi, seçim sistemlerinde temsilde adalet aleyhine olacak şekilde bir reforma gidilmesine yol açmaktadır.

Yönetimde istikrar için temsilde adaletten taviz veren seçim sistemlerinden birisi de çoğunluk ödüllü seçim sistemidir. Bu seçim sistemini en öz şekilde, seçmenlerden en yüksek oyu alarak ödüllendirilen bir partinin, bir de seçim sistemi tarafından ödüllendirilerek ilave milletvekili aldığı sistem şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu çalışmada, bu seçim sisteminin uygulandığı ülkelerdeki verilerden hareketle yapılan analizler ile seçim sisteminin ne gibi sonuçlar doğurduğu irdelenerek sistemin daha yakından tanınmasına çalışılmıştır.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye | Asst. Prof., Yalova university, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Yalova, Turkey.

✉ tekinabdurrahman@hotmail.com • ORCID 0000-0003-3041-3941

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TEKİN Abdurrahman, "Kazananın Bir Kez Daha Ödüllendirildiği Seçim Sistemi: Çoğunluk Ödüllü Seçim Sistemi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1773-1811.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Parlamentar Sistem • Koalisyon • Seçim Sistemi • Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar • Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

## AN ELECTORAL SYSTEM WHICH REWARDS THE WINNER ONCE AGAIN: THE MAJORITY PRIZE SYSTEM

### Abstract

Political parties are in continual pursuit of updating the election procedures with a view to keeping functional or effective the politics of their country. Sometimes the underlying reason behind such updates might be the concern of not losing the power. On the other hand, these updates can occasionally stem from a necessity and become imperative. Frequently experienced political instabilities and dead-locks can lead to a reform in electoral systems which is injustice in representation.

One of the electoral systems which make concessions to justice in representation for the sake of stability in government is the majority bonus system. This electoral system can be defined, as most concisely as possible, as the system in which a party rewarded with the highest number of votes from the electorate is rewarded once more with prize seats by the electoral system. This study has tried to facilitate better recognition of this electoral system through examining its practical outcomes in the light of the analyses conducted based on the data obtained from the countries where this electoral system is in effect.

### Key Words

Parliamentary System • Coalition • Electoral System • Justice in Representation, Stability in Government • Presidential Decree

## GİRİŞ

İnsanoğlu, yaratılış gereği cüz'i iradesi sayesinde ezelden beridir günlük iş ve işlemlerinin her bir aşamasında "bireysel seçimler" yapmakta ve hayatına yön vermektedir. Buna karşın, "toplumsal" manada en önemli haklardan olan yöneticilerin seçimi hususundaki kazanımı, oldukça yakın sayılabilecek bir tarihe kadar elde edemediği görülmektedir. Yunan site devletlerinde belirli bir dönem sadece hür olanlara bahşedilen bu hak, nihayet uzun bir aradan sonra Avrupa'da tekrar kullanılmaya başlanmıştır. Seçim hakkının yeniden gün yüzüne çıkmasının temelinde, meclislerin kurulması ve kanun yapımı başta olmak üzere pek çok konuda güç dengesinin monarklardan meclislere kayması yatmaktadır. Parlamentarlerin halk tarafından seçilmeye başlanması ve seçim hakkının

tabana yayılması ile seçim sistemleri kurgulanmaya ve güç dengesinin paylaşımı hususunda çekişmeler yaşanmaya başlanmıştır.

İnsanoğlunun büyük bedeller ödeyerek seçme imkanına kavuşmasından bu yana, üzerine en büyük tartışmalar yaptığı konuların ilk sıralarında seçim sistemleri gelmektedir. Günümüze kadar oldukça çeşitli seçim sistemlerinin kurgulandığı gözlemlenmektedir. Kullanılan oyları, çeşitli hesaplama yöntemleri ile sandalyelere dönüştüren seçim sistemleri,<sup>1</sup> günümüzde, adeta bir ağacın dalları gibi budaklanmış ve çeşitlenmiş durumdadır. Her geçen gün, yeni bir sistemin kurgulandığı akademik çalışmalar veya siyasi söylemler ile karşılaşmak mümkündür. Sistemler iç içe geçirilerek yeni sistemler üretilmekte ve hangisinin daha iyi sonuç vereceği üzerinde derin çıkarımlar yapılmaktadır. Bu üretim faaliyetlerinin yegane ve nihai amacını, iktidar mücadelesi olarak görmek yanlış olmayacaktır. Zira seçim sistemleri, genellikle yapıcısını mutlu edecek şekilde, yani yapıcısını, meclis çoğunluğuna ulaştırması amacıyla inşa edilmektedir. Bu sebeple seçim sistemlerinde reform yapma tartışmaları hiçbir zaman son bulmamaktadır.

Siyasilerin en çok zikrettiği reformların başında seçim reformları gelmektedir. Siyasiler, seçim sistemlerinden duyulan rahatsızlığı her daim dile getirme eğilimindedirler. Ancak bu reformu gerçekleştirme imkanına kavuştuklarında, bu isteklerinin gittiği gözlemlenmektedir. Zira Mitchell'in da oldukça öz bir şekilde zikrettiği üzere, "siyasi güç" ile "seçim reformu arzusu" arasında ters orantı bulunmaktadır. Siyasi iktidar elinde olmadığında seçim reformu isteğini dillendirirsin; söz konusu seçim sistemi ile iktidarı elde ettiğinde ise reform hevesini kaybedersin.<sup>2</sup> Söz konusu ironik durumdan hareketle ortaya koyulan bu rasyonel çıkarımın varyasyonlarını, esasen siyasetin her alanı için türetmek mümkündür. Peki, iktidara gelenlerin seçim reformu yapma hususunda arzusu gidiyorsa, her yıl bir başka ülkeden duyulan seçim sistemi değişikliği haberleri nasıl açıklanmalıdır? Bunun ise cevabı oldukça basittir: Güç kaybeden iktidarlar, koltuklarını daha sağlama almak için reform yapma eğilimine sahip olurlar. Elbette ki adaletsizliklere yol açan mevcut seçim sisteminin,

<sup>1</sup> REYNOLDS, Andrew, REILLY, Ben, The International IDEA Handbook of Electoral System Design, SRM Production Services, Malaysia, 2002, s. 4.

<sup>2</sup> MITCHELL, Paul, The United Kingdom: Plurality Rule Under Siege, The Politics of Electoral Systems, Ed. by. GALLAGHER, Michael, MITCHELL, Paul, New York, Oxford University Press, 2005, s. 174.

siyasi bir patlama noktasına geldiği durumlarda da iktidarlar, kendilerini feda etme pahasına reform yapabilmektedirler.

Siyasi partilerin en önemli amaçlarından birisi, seçmenlere vermiş oldukları sözleri hayata geçirmek için mecliste çoğunluğu elde etmektir. Özellikle parlamenter sistemlerde hayati olan meclis çoğunluğu sayesinde yasama içinden çıkan yürütme, politikalarını rahat bir şekilde icra edebilme imkanına kavuşmaktadır. Başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinde de halk tarafından seçilen devlet başkanı, meclis desteği ile seçmenlerine verdiği sözleri “daha hızlı” bir şekilde yerine getirebilmektedir. Bu sebeple hükümet sistemine bakılmaksızın her ülkede, toplumsal yönelimler analiz edilerek, seçim sistemleri kurgulanmakta ve yönetimde istikrarı temin edecek bir seçim sistemine sahip olmaya çalışılmaktadır. Öte yandan seçim sistemleri kurgulanırken, temsilde adalet ilkesi de elbette ki hesaba katılmaktadır. Bu iki zıt ilkenin makul bir ağırlıkta tutulduğu seçim sistemleri, halkın mutluluk kaynağı haline gelmektedir. Ancak siyasi istikrarsızlıkların had safhaya ulaştığı kimi ülkelerde terazinin dengesi yönetimde istikrar lehine bozulmaktadır. Seçim barajının yükseltilmesi, seçim ittifaklarına imkân verilmemesi, seçim çevrelerinin daraltılması gibi enstrümanlar ile bu istikrar sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu noktada, yakın geçmişte parlayan bir seçim sistemini de bu enstrümanlar arasına ilave etmek mümkündür. Meclis çoğunluğunun elde edilmesi mücadelesini, temsilde adalet aleyhine bozmak üzerine tesis edilen ve koalisyonları bitirmek üzere tasarlanan bu sistem, “çoğunluk ödüllü” seçim sistemi olarak isimlendirilmektedir. Bu seçim sistemi ile siyasi istikrarsızlıklardan dolayı etkin faaliyet gösteremeyen yasama ve yürütme organı, temsilde adalet ilkesinin nispeten feda edilmesi ile daha işler hale getirilmeye çalışılmaktadır.

Bu çalışmada böylesi bir seçim sistemine neden ihtiyaç duyulduğu; bu sistem ile ne elde edilmeye çalışıldığı ve edildiği; sistemin, ülke siyasetinde ne gibi etkilere yol açtığı hususları ele alınacaktır. Seçim sisteminin ülkeden ülkeye değişen farklı sonuçlarının bulunması doğal bir durumdur. Bu sebeple farklı ülkelerdeki ulusal düzeydeki uygulamalar ve seçim sonuçları ışığında daha derli toplu bir analiz yapılabilmesi için seçim sisteminin ülkelerdeki uygulamaları ayrı ayrı ele alınacaktır.

## **I. ÇOĞUNLUK ÖDÜLLÜ SEÇİM SİSTEMİ: TANIM, TARİHÇE, KAVRAM-SINIFLANDIRMA**

Parti ve adayların seçimlerde almış oldukları oyların çeşitli matematiksel hesaplama yöntemleri yoluyla sandalyelere çevrilmesi seçim

sistemlerinin başlıca rolüdür. Seçim sistemlerinin bu temel role ilaveten, temsilde adaleti sağlamak ve yönetimde istikrarı temin etmek gibi başka amaçlara ulaşma rolü de bulunmaktadır. Bu amaçları gerçekleştirmek için çeşitli enstrümanlar ile seçim sistemleri donatılmaktadır. Ulusal veya yerel seçim barajı, geniş veya dar/daraltılmış seçim çevrelerinin belirlenmesi, tercihli veya blok liste uygulamaları, seçim ittifakına izin verilip verilmemesi ve seçim çevrelerinin *Gerrymandering* metodu<sup>3</sup> ile bölünmesi gibi enstrümanların kullanıldığı görülmektedir. İtalya'da başlayıp gelişen bir seçim sistemi ile söz konusu enstrümanların da ötesinde bir seçim sistemi geliştirilmiştir. Bu seçim sisteminde, seçimden birinci çıkan partiye/seçim ittifakına normal şartlar altında kazandığından daha fazla sandalye, adeta bir ödül olarak verilmektedir. Bu seçim sisteminin amacı, mecliste güçlü bir çoğunluğun oluşmasını temin etmektir.

Söz konusu seçim sisteminin doğuşunu, İtalya'nın Faşist lideri Mussolini döneminde görmek mümkündür. O dönemde kaleme alınan bu seçim kanunu, *Legge Acerbo*, yani yapıcısının soyadını alarak Acerbo Kanunu olarak isimlendirilmiştir. Ancak bu yasa literatürde "dümen, dolandırıcılık, dolap, düzenbazlık kanunu" gibi ağır ithamlar ile nitelendirilmektedir.<sup>4</sup> 1923 yılında çıkarılan bu kanun ile iktidarını sağlamlaştıran Mussolini, İtalya Meclisi'nin 2/3'ünün sahibi olmuştur. Şöyle ki bir parti %25'ten fazla oy almak kaydıyla seçimden birinci çıktığı takdirde meclisin 2/3'ünün sahibi olmaktadır. Kalan 1/3 ise diğer partiler arasında bölüştürülmektedir. Acerbo Kanunu, karma bir seçim sistemi öngörmüştür. Birinci olana, çoğunluk seçim sistemi mantığında bir dağıtım yapılırken; diğer partilere nispi temsil esasına uygun bir paylaşım öngörmüştür<sup>5</sup> Söz konusu seçim sistemi, 1953 yılında %50'yi geçen partinin meclisin 2/3'üne sahip olacağı şekilde tekrar kurgulanmıştır.<sup>6</sup> Ancak şartlı ödülün

<sup>3</sup> Seçim çevrelerinin bölünmesi sırasında ilçelerin, kasabaların veya mahallelerin idari sınırları dikkate alınmadan zik-zak çizilerek sınırların belirlenmesidir. Bu metodu kullanılması ile ulaşılmak istenen temel amaç, bir adayın veya partinin söz konusu bölgede avantajlı konuma getirilmesidir. Oy deposu olarak görülen bir ilçenin, avantaj sağlaması amacıyla, bir başka seçim çevresine dahil edilmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

<sup>4</sup> BEDOCK, Camille, SAUGER, Nicolas, *Electoral Systems with Majority Bonus as Mixed Systems* Congrès AFSP, 2013, s. 4.

<sup>5</sup> MORGAN, Philip, *Italian Facism 1915-1945*, 2. bs., New York, Palgrave Macmillan, 2004, s. 82.

<sup>6</sup> RENWICK Alan, *The Politics of Electoral Reform: Changing the Rules of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 113.

olduğu bu seçim sistemi ile yapılan seçimde, hiçbir parti %50'ye ulaşamamaya sandalye dağıtımı nispi temsil sistemine göre yapılmıştır.<sup>7</sup> İtalya'da yerel düzeyde 1950 yılında uygulanan çoğunluk ödüllü seçim sistemi, kaldırılmış ancak 1993 yılında tekrar getirilmiş ve bu güne kadar da uygulanmaktadır. Fransa'da da bu sistemin yerel seçimlerde 1983'den beri uygulandığı görülmektedir.<sup>8</sup>

Çoğunluk ödüllü seçim sistemini ulusal düzeyde ikinci uygulayan ülke olarak karşımıza Meksika çıkmaktadır. 1988-1994 tarihleri arasında iki seçimde uygulanan bu sistem, gelen yoğun eleştiriler karşısında kaldırılmıştır. Meksika Devriminden sonraki *Maximato* olarak isimlendirilen geçiş döneminden beri 60 yıldır başkanlık ve meclis çoğunluğunun tek sahibi olan Kurumsal Devrimci Partisi (PRI), bu seçim sistemini hayata geçirmiştir. PRI'nın başkanlık seçimlerini kazanmayı olası görmesine rağmen, parlayan muhalefet partilerinin varlığı sebebiyle meclis desteğinden yoksun kalacağını düşünmesinin, bu reformun yapılmasına sebep olduğu zikredilmektedir. Yapılan reformda %50 den bir fazla oy alan parti 500 kişilik meclisin 251 üyesine sahip olacaktır. Partinin oyları artıkça elde edeceği sandalyenin de artacağı şekilde kaleme alınan seçim sistemi ile PRI, 260 sandalyenin sahibi olmuştur. 1991 yılında yapılan değişiklik ile "çoğunluğu garanti eden seçim sistemi", "çoğunluğu kolaylıkla garanti eden seçim sistemi" olarak isimlendirilmeye başlanmıştır. Buna göre 251 milletvekiline sahip olmak için gereken nisap %35'e düşürülmüş ve bu orandan fazla alınan her bir yüzde için ilave vekillik temin edilmiştir.<sup>9</sup> Muhalefetin var olmasına ket vuran bu tarz hükümlerin olduğu seçim sistemi en sonunda kaldırılmıştır. Bahsedilen bu tecrübeler ile sistemin kurgulanmasında birtakım değişikliklere gidilerek XXI. yüzyılda bu seçim

<sup>7</sup> DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 07/06/1953 Area Italia, 2021, [elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=07/06/1953&tpa=I&tpc=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S](http://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=07/06/1953&tpa=I&tpc=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S), (E. T. 19.01.2021).

<sup>8</sup> BEDOCK, Camille, SAUGER, Nicolas, Electoral Systems with Majority Bonus as Unconventional Mixed Systems, Representation, 2014, C. 50, S. 1, s. 101-102; BEDOCK, SAUGER, 2013, s. 2-4.

<sup>9</sup> HORCASITAS, Juan Molinar, WELDON, Jeffrey A., Reforming Electoral Systems in Mexico, Ed. SHUGART, Matthew Soberg, WATTENBERG, Martin P., Mixed-Member Electoral Systems The Best of Both Worlds?, Oxford, Oxford University Press, 2001, s. 214-218; POLITICAL DATABASE OF AMERICAS, United Mexican States Election Results, <https://Politi/pdba.georgetown.edu/Elecdata/Mexico/mexico.html> (E. T. 20.02.2021).

sisteminin tekrar uygulamaya koyulduğu görülmektedir. İlerleyen başlıklarda ülkelerdeki uygulamalardan daha detaylıca bahsedilecektir.

Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin isimlendirilmesine geçmeden önce seçim sisteminin değişik görünümüne kısaca değinmek gerekecektir. Bu sistemin birinci çeşidinde, seçimlerde birinci olan partiye, seçim kanununda belirlenmiş sayıda milletvekilliği ödül olarak verilmektedir. Yunanistan’da uygulanmakta olan bu sistemde bu sayı 50 milletvekili olarak belirlenmiştir. Seçim sisteminin ikinci çeşidinde ise seçimlerde birinci olan partiye, meclisteki sandalyelerin %50’sinden bir miktar fazlası verilmektedir. Bu seçim çeşidi ise 2018’e kadar İtalya’da ve halen San Marino’da uygulanmaktadır.

Yunanistan’daki seçim sistemi için “bonus/ödül” sistemi isimlendirmesi yapılmaktadır. Bu seçim sisteminin, seçimlerde çoğunluğu elde edene, bonus/prim/ödül/ikramiye verildiği seçim sistemi olarak anlaşılması mümkündür. Ancak San Marino, İtalya ve Meksika’daki sistem için “çoğunluk garantili” seçim sistemi isimlendirmesi daha doğru olmaktadır. Bu ülkelerdeki seçim sistemlerinde, gerçekten de meclis çoğunluğunu garanti eden ve kazanan parti/ittifakın, koalisyonsuz hükümet kurmasına veya meclise hâkim olmasına imkân veren bir sistem kurgulandığı görülmektedir. Esasen Yunanistan’da kurgulanan ödül sistemi, partilerin meclis çoğunluğunu garantilemesi ümidiyle kaleme alınmıştır. Ancak bu seçim sistemi, ileride inceleneceği üzere uygulanan 7 seçimin sadece 3’ünde bir partiyi meclis çoğunluğuna ulaştırmıştır. Buradan anlaşılmaktadır ki Yunanistan’daki seçim sistemi çoğunluk garantili olmayabilmektedir. Bir diğer ifade ile her ne kadar her iki çeşit seçim sisteminde de amaç, meclis çoğunluğunun garantilenmesi olsa da Yunanistan’daki ödül sisteminde bu her zaman mümkün olmamaktadır. Bu sebeple bu iki seçim sistemi için tek bir ad olarak “çoğunluk garantili seçim sistemi” denilemez. Bu iki benzer seçim sisteminin, seçim sonuçlarındaki olası farklılıklar sebebiyle isimlendirmelerinin de farklı olması normaldir. Ancak özü aynı olan bu iki benzer seçim sistemini tek bir “çatı kavram” altında incelemek daha yerinde olur. Bu sebeple iki farklı görünüme sahip seçim sistemi için “çoğunluk ödüllü” seçim sistemi isimlendirmesi tercih edilmiştir. Burada kullanılan “çoğunluk” kelimesi, meclis üye tamsayısının bir fazlasını elde etme olarak değil, genel seçimlerden basit çoğunluk da olsa en fazla milletvekilinin kazanılması olarak anlaşılmalıdır. Yani çoğunluk ödüllü seçim sistemi denilince, seçimde birinci çıkan parti/ittifaka ilave sandalye verildiği anlaşılmaktadır; birinci çıkan parti/ittifakın meclis çoğunluğuna

ulaştırılması anlaşılmalıdır. Bu çatı kavramın nitelediği seçim sistemi ile meclis çoğunluğuna da ulaşılması mümkündür; ama bir zorunlu unsur olarak görülmemelidir.

Çoğunluk ödüllü seçim sistemi için alışılmadık, olağandışı veya *incognitia* nitelendirmelerini yapmak mümkündür. Bu sistemin, uygulandığı ülkeye göre sınıflandırma yapılması daha doğru sonuçlar verecektir. Bilindiği üzere seçim sistemleri çoğunluk ve nispi temsil sistemleri etrafında yapılmaktadırlar. Günümüzde her iki sistemden de belirli unsurların alındığı karma seçim sistemlerinin yaygınlaştığı görülmektedir. Peki, çoğunluk ödüllü seçim sistemini nereye konumlandırmak gerekmektedir? Bu seçim sistemi için nispi temsil sisteminin bir alt dalı vurgusu yapılmaktadır. Uygulamadan örnek vermek gerekirse, Yunanistan'daki sistem için güçlendirilmiş nispi temsil sistemi; İtalya'daki sistem için ise ödüllü nispi temsil sistemi isimlendirmesinin yapıldığı görülmektedir.<sup>10</sup> Ancak bu nitelermeler iki farklı aşamadan oluşan bu seçim sisteminin tek bir aşaması üzerinden yapılan eksik değerlendirmeye dayanmaktadır.

Çoğunluk ödüllü seçim sistemi iki farklı aşamadan oluşmaktadır. Bu seçim sisteminin birinci aşaması, milletvekilliklerinin belirlenen kuralara göre normal olarak dağıtıldığı safhadır. İkinci aşaması ise birinci aşamada belirlenen seçim birincisinin, "ödül olarak belirlenen milletvekilliklerini" kazandığı safhadır. Seçimde en çok oyu alan parti/ittifakın ödül milletvekilliklerini kazanmasını değerlendirmek gerekirse eğer (ikinci aşama), bu taksimata çoğunluk sistemi demek gerekecektir. Zira çoğunluk sisteminde parti, aday veya ittifak, belirlenen bir bölgede en fazla oyu aldığı zaman, o bölgede nispi olmayan bir taksimat ile tüm adaylıkları kazanmaktadır. Çoğunluk ödüllü seçim sisteminde de birinci çıkan parti, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, 50 vekil veya meclisin çoğunluğu için belirlenmiş bir sayıya ulaşana kadar eksik kalan milletvekilliklerinin hepsini kazanmaktadır. Ancak sırf bu aşamada yapılan paylaşımı esas alarak bu seçim sisteminin tamamına çoğunluk sistemi denilmesi pek de doğru olmayacaktır. Ödül olarak verilmeyen sandalyelerin nasıl dağıtıldığına bakıldığında ise -ileride teferruatlandırılacağı üzere- genellikle nispi temsil sistemi ile sandalyelerin dağıtıldığı görülmektedir. Sadece bu aşamaya bakılarak bu sisteme nispi temsil isimlendirmesi yapmak da doğru değildir. Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin her iki aşaması bir arada

<sup>10</sup> BEDOCK/SAUGER, 2014, s. 99-100; RENWICK, s. 6.



düşünülerek sınıflandırmasının yapılması gerekmektedir. Bu durumda çoğunluk ödüllü seçim sistemi için iki ana seçim sisteminden esintiler taşıyan bir “karma seçim sistemi” olduğu çıkarımı rahatlıkla yapılabilmektedir.

## II. ÇOĞUNLUK ÖDÜLLÜ SEÇİM SİSTEMİNİN TERCİH SEBEBİ VE ORTAYA ÇIKARABİLECEĞİ SONUÇLAR<sup>11</sup>

Parlamerter sistemlerde yürütme yasamanın güvenoyuna dayanmaktadır. Gerek göreve gelişte gerekse de görevde kalış süresince yürütmenin, yasama çoğunluğunu kaybetmemesi gerekmektedir. En azından azınlık hükümeti olarak yürütmenin, yasama çoğunluğunun desteğinden yoksun olmaması beklenmektedir. Aksi takdirde mevcut hükümet yıkılacak ve uzunca sürebilecek pazarlıkların gözleneceği hükümet kurma çabalarına girişilecektir. Türkiye’de koalisyon hükümetlerinin yaşandığı 1990-2002 yılları incelendiğinde 11 hükümetin kurulduğu görülecektir. Yakın tarihten örnek vermek gerekirse 13 partinin mecliste yer aldığı Hollanda’da 2017 yılında yaklaşık 250 gün sonra hükümet kurulabilmiştir. İsrail’de ise Nisan ve Eylül 2019’da, Mart 2020 ve Mart 2021’de hükümet kurulamadığı için erken seçimler yapılmıştır.<sup>12</sup> Pek çok ülkenin verilerinden, parlamenter sistemlerde hükümet yıkma-kurma mücadeleleri sebebiyle her yasama döneminde aylar hatta yıla yaklaşan sürelerin pazarlıklarla harcandığı rahatlıkla ortaya konulabilecektir. Hükümet krizlerine sebep olarak seçim sistemi, baraj, iktidar/muhalefet partilerinin başarısızlığı, sosyo-politik değişimler, yeni partilerin kurulması gösterilebilir. Ancak sebep hangisi olursa olsun, faturanın kesildiği unsur genellikle değişmemektedir: Seçim sistemleri. Lisi ve Tsatsanis’in de altını çizdiği üzere yönetimdeki istikrarsızlıklar ve halkı tatmin etmeyen politikaların icra

<sup>11</sup> Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin benimsenmesinde ileride incelenecek olan ülkelerin her birinde aynı saiklerin etkili olduğu göze çarpmaktadır. Buna karşın bu başlık altında sadece genel saikten bahsedilecektir. Bu ülkeleri reforma götüren süreçteki detayların, her ülkenin anlatılacağı alt başlıklara bırakılması konunun daha derli toplu incelenmesi açısından faydalı olacaktır. Aynı şekilde bu seçim sisteminden çıkabilecek sonuçları da genel hatlarıyla bu başlık altında işlemek ve ülke özelindeki detayları ilgili başlık altında incelemek daha uygun olacaktır.

<sup>12</sup> TBMM, Hükümetler Listesi, 2021, [tbbmm.gov.tr/kutuphane/e\\_kaynaklar\\_kutuphane\\_hukümetler.html](https://tbbmm.gov.tr/kutuphane/e_kaynaklar_kutuphane_hukümetler.html), (E. T. 10.01.2021); AA, "Hollanda'da 200 gündür hükümet kurulamadı", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/hollandada-200-gundur-hukümet-kurulamadi/924214>, (E. T. 17.03.2021); RASGON, Adam, Israel Has Its 4th National Election in 2 Years. Here's Why, <https://www.nytimes.com/2021/03/17/world/middleeast/israeli-election.html>, (E. T. 17.03.2021).

edilmesi, mevcut partilerin toplumdaki değişime ayak uyduramaması ile birleşince yeni partilerin ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Durum bu şekilde geliştiğinde oyların bölünmesi söz konusu olmakta ve istikrarsızlığın daha da artmaması için yönetimdeki siyasi elitler, seçim reformu yapmaya tevessül etmektedirler.<sup>13</sup>

Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin temel hareket noktası ve en belirgin amacı yasamada güçlü bir parti/ittifak ve yürütmede istikrarlı bir yönetim ortaya çıkarmaktır. Yönetimde istikrarsızlığın yaşanma potansiyeli yüksek olan parlamenter sistemlerde genellikle görülen bu seçim sistemi ile parçalı bir meclis görünümünden kaçma imkânı doğmaktadır. Seçimden birinci çıkan parti/ittifaka verilecek olan ödül milletvekillikleri ile bu parti/ittifakın kolaylıkla hükümet kurması sağlanmaktadır. İleride verilecek olan bilgiler ile destekleneceği üzere İtalya, San Marino ve Yunanistan'da bu amaçlar ile seçim sisteminin benimsendiği görülmektedir. Bu ülkelerde yaşanan siyasi krizler ve tıkanıklıklar ve bunların mevcut seçim sistemi ile daha da derinleşeceğinin öngörülmesi, çoğunluk ödüllü seçim sistemine geçişe neden olmuştur.

Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin ortaya çıkaracağı sonuçlara bakıldığında, ödül ile desteklenen bir partinin yanı sıra muhalefette kalan ikinci büyük etkin bir partinin varlığı göze çarpmaktadır. Seçmenlerin vermiş oldukları oyların mecliste çoğunluğa ulaşması ve iktidara sahip olmayı istemeleri sebebiyle iki büyük parti çatısı altında seçmenlerin birleşme eğilimleri görülmektedir. Bu noktada seçmenlerin aklında, çoğunluk seçim sisteminde olduğu gibi oylarının israf olmaması düşüncesinin yattığı söylenebilir. Ülkeler incelendiğinde de iki büyük parti etrafında seçmenlerin toplandığı ve eski seçim sistemlerinden elde edilen sonuçlara göre mecliste bulunan etkin siyasi parti sayısında da azalmanın olduğu görülmektedir. San Marino'da ileride görüleceği üzere seçimlerde ve mecliste iki partinin ağırlığı bulunmaktadır. Nitekim İtalya'da iki büyük partinin ödülü almak için mücadele ettiği ve diğer partilerin bu iki büyük parti etrafında birleştiği görülmektedir. Ayrıca İtalya'da etkili siyasi parti sayıları, 1986-2007 yılları arasında 5,5-5,9 arasında iken söz konusu seçim sistemi sayesinde bu oran, 2008-2016 arasında 3,86'ya düşmüştür.

---

<sup>13</sup> LISI, Marco, TSATSANIS, Emmanouil, Southern Europe and the eurozone crisis: political representation, party system characteristics and the impact of austerity, Ed. FREIRE, André, BARRAGAN, Mélanie, COLLIER, Xavier, LISI, Marco, RIVAS, Cristina, TSATSANIS, Emmanouil, Political representation in Southern Europe and Latin America: Crisis or Continuing Transformation?, New York, Routledge, 2020, s. 6.

Yunanistan'da da benzer şekilde iki büyük partinin varlığı gözükmüş ancak etkin siyasi parti sayısı bakımından tam tersi sonuçlar elde edilmiştir. 1996-2007 yılları arasında 2,9 olan etkili parti sayısı 2007-2019 yılları arasında 3,26'ya çıkmıştır.<sup>14</sup> Her ne kadar ileride zikredilecek olsa da Yunanistan'da yaşanan bu artışı, yaşanan ekonomik kriz ve mülteci krizi ile birleştirip, son yarım asra damga vuran iki büyük partinin bu krizleri iyi yönetememesi sebebiyle seçmenlerin başka partilere kayması şeklinde görmek mümkündür. Zira Yunanistan'daki birinci partiye verilen 50 milletvekili ödülünün olmadığını ve bu sayının diğer partilerle paylaşıldığı düşünülürse etkili parti sayısı yukarıda zikredilenden daha da fazla olacaktır. Bu sebeple Yunanistan'da yaşanan etkili siyasi parti sayısındaki artışı, seçim sisteminden kaynaklı "görmemek" gerekir. Bilakis ödül sayesinde bu etkililik sayısında azalma görülmüştür. Netice olarak Yunanistan'daki veriler, "bu seçim sistemi etkili siyasi parti sayısını azaltır veya seçmenleri iki büyük parti etrafında toplar" çıkarımını ortadan kaldırmaya yetmemelidir.

Ancak etkili parti sayısında beklenen azalmanın, meclise giren parti sayısında artışı engellemediği gözlemlenmektedir. Bir diğer ifade ile bu seçim sistemi, kutuplaşmış iki ana akımı doğurmakta ancak bölünmeyi de hızlandırmaktadır. Bu bölünmeye sebep olarak da seçim barajının düşük tutulması gösterilmektedir. Zira bu seçim sistemi temsilde adaletsizlikler oluşturduğu için yüksek bir barajın uygulanmadığı göze çarpmaktadır. Bu sebeple pek çok parti, iktidardan pay alabilme yarışı içerisine girmeye çekinmemektedir.<sup>15</sup> Bu seçim sistemi ile partilerin seçime ittifak yaparak girdiği ve seçimi kazanan ittifakların 3-5 partiden oluştuğu görülmektedir. Örneğin İtalya'da 2008 yılında kurulan 60. Hükümet'te, seçimi kazanan ittifakta yer alan 7 parti arasında bakan ve müsteşar dağıtımı gerçekleşmiştir.<sup>16</sup> Söz konusu ödüle ulaşmak için küçük partilere

<sup>14</sup> GALLAGHER, Michael, 2017, "Election Indices Dataset", [https://www.tcd.ie/Political\\_Science/people/michael\\_gallagher/EISystems/Docts/ElectionIndices.pdf](https://www.tcd.ie/Political_Science/people/michael_gallagher/EISystems/Docts/ElectionIndices.pdf), (E. T. 10.03.2021), s. 18-23; LISI/TSATSANIS, s. 12.

<sup>15</sup> BEDOCK/SAUGER, 2014, s. 103-105.

<sup>16</sup> Her ne kadar seçimi 3'lü ittifak kazanmış olsa da kendi isim ve amblemleri ile seçime girmeyip, bu 3 parti içerisinde seçimlere katılan partiler de bulunmaktadır. Bu sebeple iktidarın 7 parti arasında bölüşüldüğü görülmektedir. 60. Hükümetin Bakanlar Kurulu listesi için Bkz. GOVERNO ITALIANO PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Governo Berlusconi IV, [governo.it/it/i-governi-dal-1943-ad-oggi/xvii-legislatura-dal-29-aprile-2008-al-23-dicembre-2012/governo-berlusconi](http://governo.it/it/i-governi-dal-1943-ad-oggi/xvii-legislatura-dal-29-aprile-2008-al-23-dicembre-2012/governo-berlusconi), (E. T. 10.01.2021).

duyulan ihtiyaç, seçimlere daha fazla partinin girmesine yol açmaktadır. Nitekim San Marino’da çoğunluk ödüllü seçim sisteminin uygulanmadan önceki iki seçimde “seçimlere katılan parti sayısı” 2001’de 6, 2006’da 9 iken; 2012’de 11’e, 2016’da ise 14’e çıkmıştır. “Mecliste temsil edilen” parti sayısında” da benzer rakamları görmek mümkündür.<sup>17</sup>

Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin temsilde adaletten ödün verdiği hususuna da değinmek gerekmektedir. Bedock ve Sauger, bu sistemin çoğunluk seçim sisteminden daha da adaletsiz sonuçlar çıkartacağını zikretmektedir.<sup>18</sup> San Marino’da birinci partiye meclisin %58,33’ü, İtalya’da ise meclisin %54’ü; Yunanistan’da ise birinci partiye, kazandığına ilave-ten %16,66 ödül milletvekilliği verilmektedir. İtalya’da 2013 yılında seçimi birinci bitiren partinin %29,55 oy oranı ile meclisteki sandalyelerin %54’üne sahip olması temsilde adaletsizliği gözler önüne sermeye yetmektedir.<sup>19</sup> Ancak bu aşırılığın sebebini ödül sisteminin bir şarta bağlanmamasında görmek mümkündür. Nitekim, ileride zikredileceği üzere İtalya’da, yapılan reform ile birinci partinin söz konusu ödülü ancak %40’tan fazla oy aldığı takdirde hak edebileceğine dair hüküm getirilerek temsilde adaletsizlikler yumuşatılmıştır.

Bu seçim sisteminin, seçim ittifaklarına imkân verecek şekilde işletilmesinin temsilde adaletsizlikleri azaltacağı unutulmamalıdır.<sup>20</sup> Zira tek bir parti yerine ittifak içerisindeki partilerin belirlenen ödülü alması ve paylaşması temsilde adaletsizliği hafifletmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki temsilde adaletsizlik, sadece seçim sisteminden kaynaklanmamaktadır. Ayrıca seçim çevrelerinin büyüklüğü ve seçim çevrelerinin sınırları, partilerin stratejisi, seçmenlerin koordinasyonu gibi sebeplerle de adaletsizlikler ortaya çıkabilmektedir.<sup>21</sup>

Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin temsilde adaletsizliğinin çoğunluk seçim sisteminden dahi öte olduğu çıkarımını eleştiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu noktada en önemli eleştiriyi D’alimonte

<sup>17</sup> CARR, Adam, Most Serene Republic of San Marino, 2021, psephos.adam-carr.net/countries/s/sanmarino/, (E. T. 10.03.2021).

<sup>18</sup> BEDOCK/SAUGER, 2014, s. 99-100.

<sup>19</sup> 2013 seçim sonuçları için Bkz. DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 24/02/2013 Area Italia, elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=24/02/2013&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S, (E. T. 12.01.2021).

<sup>20</sup> BEDOCK/SAUGER, 2014, s. 103-104.

<sup>21</sup> BEDOCK/SAUGER, 2013, s. 2.

getirmektedir. Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin, küçük partileri çoğunluk seçim sistemindeki gibi yok saymadığının altını çizmektedir.<sup>22</sup> Çeşitli ülkelerdeki veriler incelendiğinde D'alimonte'nin haklı olduğu ortaya çıkacaktır. Tek turlu veya iki turlu çoğunluk sisteminde küçük partilerin hak ettikleri sandalyelere ulaşamadığı yaygın karşılaşılan bir durumdur. Örneğin 2017'de Fransa'da yapılan genel seçimlerin birinci turunda %2,7 alan Parti Communiste Français (PCF) 10 milletvekili kazanırken; Le Pen'in partisi Front National (FN) %13,2 ile 8 sandalye kazanabilmiştir.<sup>23</sup> Halbuki temsilde adalet gereği barajsız ulusal listeli saf nispi temsil sisteminde PCF 13; FN'nin ise 64 milletvekili kazanması gerekirdi. Benzer şekilde İngiltere'de 2019 yılında yapılan genel seçimlerde Liberal Democratic Party (LDP) %11,6 oy ile 11 sandalye kazanmış; Scottish National Party (SNP) ise aldığı %3,9 oy ile 48 sandalyenin sahibi olmuştur.<sup>24</sup> Çoğunluk sisteminde bu tip anomaliler ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Ancak düzgün bir şekilde tasarlanmış çoğunluk ödüllü seçim sisteminde "bu denli" adaletsizlikler yaşanmayabilir. Nitekim, çoğunluk ödüllü seçim sisteminde baraj oldukça düşük olduğu için küçük partiler birinci partiden kalan vekilliklerin nispi temsil sistemi ile dağıtılmasından dolayı mecliste temsil imkanına kavuşmaktadırlar. Örneğin, İtalya'da her yüzdeler dilim için 6.3 milletvekilinin kazanılması temsilde adil olanıdır. 2008 seçimlerinde %1.13 alan ve kazanan ittifak içerisinde olan Movimento per le Autonomie (MpA) Partisi 8 milletvekili kazanmışken; kaybeden muhalefet ittifakında yer alan ve %4.37 oy alan Di Pietro Italia Dei Valori (IdV) Partisi 29 milletvekiline sahip olmuştur.<sup>25</sup> Benzer sonuçları 2013 yılında yapılan seçimden görmek de mümkündür. Seçimlerde %1,96 oy alan Fratelli D'Italia (FdI) Partisi 9 milletvekili kazanmış; %4.09 oy alan Lega Nord

<sup>22</sup> D'ALIMONTE, Roberto, The New Italian Electoral System: Majority-Assuring But Minority-Friendly, *Contemporary Italian Politics*, C.7, S. 3, s. 286-292.

<sup>23</sup> MINISTERE DE L'INTERIEUR, Résultats des élections législatives 2017, [interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/elecresult\\_\\_legislatives-2017/\(path\)/legislatives-2017//FE.html](http://interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/elecresult__legislatives-2017/(path)/legislatives-2017//FE.html), (E. T. 15.01.2021).

<sup>24</sup> UK PARLIAMENT, General Election 2019: Full Results and Analysis, [commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8749/](https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8749/), (E. T. 15.01.2021).

<sup>25</sup> DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 13/04/2008 Area Italia (escl. Valle d'Aosta), 2021, [elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=13/04/2008&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S](http://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=13/04/2008&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S), (E. T. 20.02.2021). IdV'nin kazanmış olduğu milletvekili buradaki resmi sitede 28 olarak gösterilmiştir. Ancak yurtdışından gelen oylar ile seçilen 1 milletvekili daha bu parti tarafından kazanılmıştır. Site içerisindeki "Circoscrizione Estero" sekmesi aracılığıyla yurtdışı oyların dağıtımından alınan bir vekile ilişkin bilgi bulunabilir.

(LN) Partisi 18 vekil kazanmıştır.<sup>26</sup> Bir başka sonuca da Yunanistan üzerinden değinmek faydalı olacaktır. Yunanistan'ın nispi temsil sistemindeki seçim sonuçları ile çoğunluk ödüllü seçim sistemindeki seçim sonuçları incelendiğinde, birinci partinin aşkın temsile sahip olduğu gözükmektedir. Ancak diğer partilerin aldıkları oy ile kazandıkları sandalye oranlamasında çoğunluk ödüllü seçim sisteminin beklenenin aksine, eski sisteme göre sandalye dağıtımını temsilde adalete daha yaklaştırdığı göze çarpmaktadır.<sup>27</sup>

Bu noktada seçim sistemi ile ilgili olarak Venedik Komisyonu'nun görüşüne değinerek ülke uygulamalarına geçmek iyi olacaktır. Komisyon, çoğunluk ödüllü seçim sistemi için birinci partiye ayrıcalık tanıdığını ancak uygulanmakta olan pek çok seçim sisteminin büyük partileri daha da büyüten sonuçlara sahip olduğunu vurgulamaktadır. Bu sebeple raporda eleştirilerin kısmen haklı olduğunu ancak bu seçim sisteminin uygulanmaması gereken bir seçim sistemi olarak nitelendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>28</sup>

### III. UYGULAMADAN ÖRNEKLER İLE SEÇİM SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında “ulusal düzeyde” çoğunluk ödüllü seçim sistemini uygulamış ve uygulamakta olan ülkelerin XXI. Yüzyıldaki örnekleri irdelenecektir. Ülkeler incelenirken, bu seçim sistemini kabul etmelerine sebep olan siyasi buhranlar, bu seçim sistemi üzerinde yapmış oldukları reformlar, Anayasa mahkemelerinin seçim sistemine ilişkin vermiş olduğu kararlar da göz önünde tutulacaktır. Böylece sistemin, hangi usuller ile uygulandığında nasıl sonuçlar vereceği gözler önüne serilebilecektir. Ayrıca seçim sonuçları analiz edilerek çoğunluk ödüllü seçim sisteminin birincil amacı olan siyasi istikrarı yakalamadaki başarısı da gözlenecektir.

<sup>26</sup> DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 24/02/2013 Area Italia, 2021, [elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=24/02/2013&tpa=I&tpc=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S](http://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=24/02/2013&tpa=I&tpc=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S), (E. T. 18.01.2021).

<sup>27</sup> PATRIKIOS, Stratos, KARYOTIS, Georgios, “The Greek Parliamentary Election of 2007”, *Electoral Studies*, V. 27/2, 2008, s. 357.

<sup>28</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe, 2020, s. 42, [venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)023-e](http://venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)023-e), (E. T. 10.03.2021).

## A. İtalya 2006-2019

İtalya, bulunduğu coğrafyada devletleşme aşamasına en geç geçen ülkelerdendir. Siyasi birliğini ancak 1861 yılında sağlamış ve krallık ilan edilmiştir. Faşist lider Benito Mussoluni'nin diktatörlüğü altında 1946 yılına kadar 22 yıl yönetilen İtalya, II. Dünya Savaşından mağlup ayrılması neticesinde Faşist rejim yıkılmış ve yerine Cumhuriyet kurulmuştur. Faşist döneme tepki olarak yapılan 1948 Anayasası, yürütme gücünü olabilirdiğince parçalayan birtakım düzenlemeler öngörmüştür.<sup>29</sup> Bu düzenlemelerin başında da iki meclisli bir yapının varlığı gelmektedir. Birçok Avrupa ülkelerine benzer olarak İtalyan Parlamentosunda da iki meclisli bir yapı benimsenmiş ancak bu meclislere neredeyse eş yetkiler tanınmıştır.<sup>30</sup> Her iki Meclisin de aynı partinin elinde olduğu seçim sadece 1948 yılında gerçekleşmiş, daha sonra yapılan 17 seçim sonucunda parçalı bir meclis yapısı oluşmuş, her iki Meclisi de elinde bulunduran bir partiye rastlanmamıştır.<sup>31</sup> Anayasa'da öngörülen belirli durumlarda, her iki meclis birlikte oturum yapıp karar alma sürecini yürütmek zorundadırlar. Öngörülen bu simetrik meclis yapısı da sistemi tıkayan ve siyasi istikrarsızlıklara yol açan baş etmenlerden birisidir.<sup>32</sup> Her iki meclisin de birbirine eş yetkilerle donatılmasının arkasında yatan sebep olarak Mussolini zamanında yaşanan acı tecrübelerle bir daha karşılaşma korkusunun varlığı gösterilmektedir. Yani bir meclisin çok revizyonist ve devrimci bir yapısı olduğunda, bir diğerinin onu dizginlemesi, frenlemesi amaçlanmaktadır.<sup>33</sup> Tıkanıklığa yol açan hususların bir Anayasa değişikliğiyle

<sup>29</sup> SOLAK, Mehmet, "İstikrarsız Hükümetler ve Sürekli Reform Arayışı: İtalya'da Parlamenter Sistem", Ed. YAPICI KAYA, Havvana, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem (Almanya, Güney Afrika, Hindistan, İngiltere, İtalya ve Japonya Örnekleri), TBMM Basımevi, Ankara, 2015, s. 246

<sup>30</sup> İtalya Anayasası, 1948, m. 70.

<sup>31</sup> DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 18/04/1948 Area Italia, (çevrimiçi) <http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=C&dtel=18/04/1948&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S>, (E. T. 11.02.2021).

<sup>32</sup> GOLDONI, Marco, Italian Constitutional Referendum: Voting for Structural Reform or Constitutional Transformation?, Verfassungsblogon Matters Constitutional, verfassungsblog.de/italian-constitutional-referendum-voting-goldoni/, (E. T. 02.02.2021).

<sup>33</sup> WILLS, Mark, Et Tu, Brute? Is the Italian Referendum the Second Act of the European Union's Tragedy?, 2016, s. 2, <https://www.ssga.com/publications/investment-quarterly/2016/et-tu-brute-is-the-italian-referendum-04102016.pdf>, (E. T. 11.03.2021).

aşılammış olması, ülkenin siyasi istikrarsızlıklara düşme ihtimalini de arttırmaktadır.<sup>34</sup>

İtalya'nın parçalı meclis yapısının ülkede siyasi istikrarsızlığa olan etkisini daha iyi görebilmek için, 1948'den günümüze kadar olan yasama dönemlerinde yapılan kanunlaştırma oranlarına bakmak daha yararlı olacaktır. 1948–1993 yılları arasında iki partili hayatın yoğun olduğu koalisyonlar yaşanmış, iktidar, Hıristiyan Demokrat partisinin elinde bulunmuş, sadece ittifak kurdukları küçük partiler değişmiştir.<sup>35</sup> 1993 Seçim Kanunu değişikliğine kadar süren bu dönemin verileri incelendiğinde, yüksek bir kanunlaştırma oranı görülmektedir. Oran olarak %65'in altına hiç düşmeyen tasarıların kanunlaştırma oranı, bu 10 yasama döneminde ortalama %80,5 olarak gerçekleşmiştir. (Bkz: Tablo 1) 1993'te Seçim Kanununda yapılan değişiklikle, daha parçalı bir meclis yapısı doğmuş ve bu da kanunlaştırma oranlarını ve meclise sunulan kanun tasarılarının sayısını bir hayli düşürmüştür. Bu durumun, işlevselliğini yitirmiş ve karar alma yeterliliğinden yoksun bir parlamento görüntüsü verdiği söylenebilir. (Bkz: Tablo 1) Aşağıdaki tablodaki veriler, hükümet tarafından sunulan "kanun tasarılarının" yasalaşma oranıdır. Son yıllara ait verilerden de görülebildiği gibi ittifak halinde hükümette yer alan partiler kanun tasarisını birlikte veriyor ancak hükümetteki ittifakları, meclise yansıyama-dan tasarılar reddediliyor çıkarımı yapılabilir. Bu durum da İtalya'nın yasama faaliyetlerinin ne derece istikrarsız yürüdüğünü göstermektedir.

<sup>34</sup> 2016 yılında Anayasa reformu hazırlanmıştır. Buna göre Senato'nun artık hükümeti ilgilendiren konularda oylama yapma yetkisi kaldırılmış ve böylece eskiden beri uygulanlagelen simetrik çift meclisli yapıdan vazgeçilmiştir. Bkz. CHIARAMONTE, Alessandro, *The Unfinished Story of the Electoral Reforms in Italy: The Difficult Attempt to Build a Majoritarian-Style of Government*, 2014, <http://www.sisp.it/files/papers/2014/alessandro-chiaramonte-1827.pdf>, (E. T. 11.03.2021), s. 14-15. Senato, artık hükümetin güven oylamasına katılamayacak ve Temsilciler Meclisinin çıkardığı kanunları veto edemeyecektir. Böylece politik güç, Temsilciler Meclisine bırakılmış olmaktadır. Bu düzenlemenin asıl maksadı, 2013 seçimlerinde yaşanan iki meclisi farklı güçlerin elde etmesinden kaynaklı karmaşık ittifaklardan ve elverişsiz karar alma süreçlerinden ülkeyi uzak tutmaktır. Bkz. STRATFOR, *How Electoral Reform Effect Italian Politics*, 6 May 2015, <https://worldview.stratfor.com/article/how-electoral-reform-will-affect-italian-politics>, (E. T. 15.03.2021), s. 1. Ancak bu Anayasa reformu, Aralık 2016'da yapılan referandum ile reddedilerek, siyasi tıkanıklıklara çözüm getirme çabası adeta bir başka bahara bırakılmıştır.

<sup>35</sup> SOLAK, s. 245.



Tablo 1<sup>36</sup>

| Yasama Dönemi           | Sunulan Kanun Tasarısı | Kabul Edilen Kanun Tasarısı | Kanunlaşma Oranı % |
|-------------------------|------------------------|-----------------------------|--------------------|
| I (1948–1953)           | 2,199                  | 1,996                       | 92,8               |
| <b>II (1953–1958)</b>   | <b>1,564</b>           | <b>1,439</b>                | <b>92</b>          |
| III (1958–1963)         | 1,484                  | 1,34                        | 90,3               |
| <b>IV (1963–1968)</b>   | <b>1,442</b>           | <b>1,259</b>                | <b>87,3</b>        |
| V (1968–1972)           | 831                    | 663                         | 79,8               |
| <b>VI (1972–1976)</b>   | <b>1,133</b>           | <b>941</b>                  | <b>83,1</b>        |
| VII (1976–1979)         | 831                    | 644                         | 77,5               |
| <b>VIII (1979–1983)</b> | <b>1,242</b>           | <b>861</b>                  | <b>69,3</b>        |
| IX (1983–1987)          | 1,175                  | 769                         | 65,4               |
| <b>X (1987–1992)</b>    | <b>1,369</b>           | <b>922</b>                  | <b>67,3</b>        |
| XI (1992–1994)          | 653                    | 292                         | 44,7               |
| <b>XII (1994–1996)</b>  | <b>819</b>             | <b>318</b>                  | <b>38,8</b>        |
| XIII (1996–2001)        | 1,222                  | 695                         | 56,9               |
| <b>XIV (2001-2005)</b>  | <b>646</b>             | <b>429</b>                  | <b>66,4</b>        |
| XV (2006-2008)          | 284                    | 99                          | 34,8               |
| <b>XVI (2008-2013)</b>  | <b>482</b>             | <b>298</b>                  | <b>61,8</b>        |
| XVII (2013-2015)        | 223                    | 101                         | 45,2               |

İtalyan seçimleri genel hatlarıyla incelendiğinde, İtalya'daki siyasi istikrarsızlığın ne boyutlara ulaştığının en çarpıcı göstergelerinden bir diğeri ise tek parti iktidarının sadece 1948 yılında görülebilmiş olmasıdır. Seçimden önce yapılan ittifaklarla blok halinde seçime katılımın ilk kez mümkün olduğu 1994 seçimine kadar sürekli koalisyonlar devri olmuştur. 1994 yılından sonraki seçimlerde ise seçim öncesi ittifakın önü açılmış ve seçimleri, ittifak yapan gruplar kazanmıştır.<sup>37</sup> Ancak bu durum,

<sup>36</sup> SOLAK, s. 264.

<sup>37</sup> DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, 2021, <https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php>, (E. T. 18.03.2021).

yukarıda da belirtildiği gibi kırılğan bir yürütme organının oluşumuna neden olmuştur. İttifaklar içinde bulunan parti sayısının fazlalığı ve bunlar arasındaki ciddi fikir ayrılıklarından dolayı kanun tasarılarının parlamentodan geçirilemediği gözlenmiştir.

İtalya'daki siyasi istikrarsızlıklar, kurulan hükümetlerin ömründen de anlaşılmaktadır. 1948–1994 tarihleri arasında kurulan hükümetlerin ortalama görevde kalma süresi 322 gün; 1994–2006 yılları arasında 523,4 gün<sup>38</sup> iken 2006–2021 yıllarında ise yaklaşık 601 gün olarak gerçekleşmiştir. Bu durum, sürekli hükümetlerin yıkılıp yeni pazarlıkların yapılmasına, sonunda da erken seçimlerin yapılmasına sebebiyet vermiştir. İtalya'nın 1948'dan günümüze yaklaşık 73 yıllık siyasi tablosuna bakıldığında 67 farklı hükümetin kurulduğu ve seçimlerin sürekli vaktinden önce yapıldığı, sadece son zamanlardaki yasama dönemlerinde erken seçime gidilmediği görülmektedir.

1993 yılına gelindiğinde sürekli aynı iki partinin seçim sisteminden dolayı iktidarda olması, toplumda rahatsızlıklara neden olmuş ve halkın %77'sinin katılımıyla yapılan referandum ile yeni seçim kanunu %82,7 oy ile kabul edilmiştir. Buna göre 1994 seçimlerinden 2006 seçimlerine kadar uygulanan "karma" bir sistem öngörülmüştür. Bu dönemde 630 sandalyeli Temsilciler Meclisinin 475'i "dar bölgeli basit çoğunluk" usulüne göre, geriye kalan 155 vekil ise "nispi temsil" ile seçilmekteydi. Her partinin 155 kişilik bir liste hazırladığı ve seçimden aldığı oyun karşılığı olan sayıda vekile sahip olmasına dayanan bu sistemde, düşünülen aksine, özellikle küçük partiler daha da fazla varlık gösterme imkânı bulmuş ve daha parçalı bir meclis yapısı ortaya çıkmıştır.<sup>39</sup> Bu sistemde, yine iki ana partinin ağırlığı hissedilmekle birlikte, hiçbir partinin dar bölgeli basit çoğunluk sisteminde tek başına iktidarı elde edecek kadar vekil çıkarması mümkün olamamış, bu durum da büyük partileri birden fazla partiyle, çok kırılğan olacak olan koalisyonlar kurmaya sevk etmiştir. Görülen sonuçlar ile bu seçim kanununun da yönetimde istikrar sorunlarını çözmeye elverişli olmadığı anlaşılmıştır.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> CHIARAMONTE, s. 17.

<sup>39</sup> ORTONA, Guido, OTTONE, Stefania, PONZANO, Ferruccio, "A Simulative Assessment of The Italian Electoral System", Department of Public Policy and Public Choice – POLIS, 2005, s. 8.

<sup>40</sup> AGNEW, John "Remaking Italy? Place Configurations and Italian Electoral Politics under the Second Republic", *Modern Italy*, C. 12, S. 1, 2007, s. 25-27

2005 yılında yapılan yerel seçimlerden mağlup ayrılan Merkez sağ ittifakı (Berlusconi Hükümeti), 2006 yılındaki genel seçimlere mevcut sistemle girdiğinde ciddi sayıda koltuk kaybedeceğini öngörerek, yasama yılının sonuna 6-7 ay kala, seçimleri kolaylıkla kazanacaklarına inandığı bir seçim reformunu parlamentodan geçirmiştir.<sup>41</sup> Bu sistemde, seçimde çoğunluğu elde eden partiye veya ittifaka fazladan vekillik verilmesi düzenlenmektedir. 19 seçim çevresinde ve yurtdışındaki vatandaşlar tarafından kullanılan oyların toplamının en çoğunu alan parti veya ittifaka, parlamentodaki 630 sandalyenin 340'ının verilmesi düzenlenmiştir. Bu seçim sisteminde, ilk başta partilerin almış oldukları oylara göre vekillikler dağıtılır. Hiçbir parti veya ittifakın 340 vekil elde edememesi halinde, bu dağıtım işlemi iptal edilir ve en çok oyu almış parti/ittifaka 340 vekil adeta "hediye" edilir.<sup>42</sup> Ancak bunun için iki çeşit baraj öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, hiçbir ittifak yapmadan seçime giren partilerin 340 vekili alabilmesi için seçimden birinci çıkması ve en az %4 oy alması gerekmektedir. Örneğin seçime onlarca partinin katıldığı ve çoğunun düşük oylar aldığı varsayımında, seçime ittifaksız giren "X" partisi %4 barajını geçerek birinci olduğunda 340 vekile sahip olacaktır. Görüldüğü üzere, oluşma ihtimali zayıf da olsa oldukça orantısız bir temsil yetkisi veren bir sistem öngörülmüştür. Bir diğer baraj şartı ise ittifak yaparak seçime giren partiler için getirilmiş olan %10 barajıdır. Buna göre seçim ittifakının seçimlerde birinci çıkması ve en az %10 oy alması halinde, bu ittifak 340 vekilin sahibi olmaktadır. Böylece çok parçalı bir meclis figüründe % 11 ile seçimden zafer ile ayrılan örneğin "Y" ittifakı, 340 vekil sahibi olabilecektir.<sup>43</sup> Bu sistemde geriye kalan 277 koltuk, partilerin almış oldukları oran nispetinde, "nispi temsil" esasına göre dağıtılacaktır.<sup>44</sup> Siyasi istikrarsızlığa son vermek adına getirilen bu sisteme, "Majority-Assuring/Garantili Çoğunluk Sistemi" adı verilmektedir.<sup>45</sup> Seçime bağımsız giren partiler için öngörülmüş olan % 4'lük baraj, küçük partileri büyük partilerle

<sup>41</sup> BALDINI, Gianfranco, "The Different Trajectories of Italian Electoral Reforms", West European Politics, C. 34, S. 3, 2011, s. 654-656.

<sup>42</sup> SOLAK, s. 271.

<sup>43</sup> FUSARO, Carlo, "Party System Developments and Electoral Legislation in Italy (1948-2009)", Bulletin of Italian Politics, C. 1, S. 1, 2009, s. 57-58.

<sup>44</sup>  $340+277=617$  yapmaktadır. Geriye kalan 13 vekilliğin 12'si yurtdışı seçmenler tarafından verilen oylarla seçilir, 1' i ise 'Valle d'Aosta' adlı seçim çevresinden seçilir.

<sup>45</sup> FUSARO, s. 58.

ittifak etmeye zorlamakta, aksi takdirde barajı geçemeyecekleri için milletvekilliği kazanamamakla karşı karşıya bırakılmaktadır.

Bu sistemin ilk uygulandığı 2006 seçimlerinde “The Union” ittifakı (13 partilik bir ittifak)<sup>46</sup>, oyların 19.002.598’ünü alarak (%49,81) 340 milletvekili kazanırken, başını Berlusconi’nin çektiği “House of Freedoms” ittifakı (12 partilik bir ittifak)<sup>47</sup>, 18.977.843 oy ile (%49,74) 277 milletvekili kazanabilmiştir.<sup>48</sup> Seçim sonucu değerlendirildiğinde, neredeyse eşit oy alan iki partinin sahip olduğu vekil sayısında temsilde adalet yönünden büyük bir farklılık mevcuttur. Görülen bu tablo üzerine ilerleyen yıllarda bir tadilat gerçekleştirilmiştir.

Senato seçimlerinde ise bu sistem ulusal düzeyde uygulanmakta, her bir bölge için ayrı ayrı uygulanmaktadır. Bu da Temsilciler Meclisinde elde edilmesi garanti olan çoğunluğun, Senatoda pek de kolay elde edilemeyeceği sonucunu doğurmaktadır.<sup>49</sup> Nitekim 2013 seçimlerinde Temsilciler Meclisinde 340 vekil almaya hak kazanan parti, Senatoda çoğunluğu elde edememiştir. Böylece Temsilciler meclisinde hükümeti kuran partiler, Senatodaki çoğunluğu elde edemedikleri için siyasi istikrarı tam manasıyla sağlayamamışlardır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, 2014 yılında vermiş olduğu karar ile Temsilciler Meclisinde ülke çapında, Senato seçiminde bölgesel çapta birinci gelen partiye fazladan vekil verilmesini ve seçmenlere seçim hakkı tanımayan “listeli oy” usulünü düzenleyen kanun maddelerini iptal etmiştir.<sup>50</sup> Mahkeme, ilgili kanun maddelerinin gerekli minimum oyu alan

<sup>46</sup> The Olive Tree, Communist Refoundation Party, Rose in the Fist, Party of Italian Communists, Italy of Values, Federation of the Greens, Union of Democrats for Europe, Pensioners’ Party, South Tyrolean People’s Party, The Socialists, Consumers’ List-Civic Duties-Christian Democracy, League for Autonomy-Lombard Alliance-Pensioners League, Liga Fronte Veneto

<sup>47</sup> Forza Italia, National Alliance, Union of Christian and Centre Democrats, Lega Nord-Movement for Autonomy, Christian Democracy-Socialist Party, Social Alternative, Tricolour Flame, No Euro, United Pensioners, Environmenta-list – Democratic Ecologists, Italian Liberal Party, S.O.S. Italy

<sup>48</sup> DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 09/04/2006 Area Italia (escl. Valle d’Aosta), <http://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=09/04/2006&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S>, (E. T. 23.02.2021).

<sup>49</sup> CHIARAMONTE, s. 7

<sup>50</sup> COURTE COSTITUZIONALE, 2014, para.1, <https://dochero.tips/judgment-no-1-year-2014.html>, (E. T. 21.02.2021).

bir partinin belirtilen maksimum vekilliğe kavuşmasını sağlamasının demokratik temsilde ciddi bir noksanlığa yol açacağından dolayı, bu hükümlerin Anayasa'nın 1/2, 3, 67. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Esasında mahkeme, birinci partinin 340 milletvekili almasının Anayasaya aykırı olduğunu belirtmemiş, sadece bu sayıda milletvekilini kazanabilmek için daha üst bir sınırın belirlenmemesini Anayasaya aykırı bulmuştur. Örneğin ittifakla seçime girildiğinde %10'u geçen bir partinin birinci olması halinde 340 vekil alması, temsilde ciddi adaletsizliklere yol açacağından, daha üst bir sınırın belirlenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bir diğer deyişle, %35 veya 40 gibi bir üst sınırı geçen ve birinci olan partinin, 340 vekile sahip olabilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Gerçekten de mevcut durumda çok az oy alan bir partinin parlamentoda %54 gibi bir çoğunluk elde etmesi demokrasi açısından kabul edilebilir bir şey değildir.<sup>51</sup> Anayasa Mahkemesinin, kanunun ilgili maddelerini iptal etmesi üzerine *de facto* olarak nispi temsil sistemine girildiğini söylemek mümkündür. Yakın zamanda bir düzenleme yapılmadığı takdirde, İtalya'nın 2018 genel seçimine gireceği sistem 1948–1992 yılları arasındaki sistemle aynı olacaktır.<sup>52</sup> Geçmişin acı tecrübelerinin tekrar yaşanmaması için Parlamento, 2015 seçim reformunu hayata geçirmiştir.

İtalya'nın yeni Başbakanı Renzi, Anayasa Mahkemesinin 2014'te vermiş olduğu iptal kararı üzerine 2015 yılında yeni bir seçim reformunu parlamentoya sürerek, ülkesini eski istikrarsız günlerine döndürmemeye çalışmıştır. Yeni getirilen sistem, 2005 yılında getirilen ve Anayasa Mahkemesince iptal edilene kadar uygulanan çoğunluk ödüllü karma seçim sisteminin, biraz daha değiştirilmiş halidir. Bu sistemde, 2014 yılında Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesini dayandığı "üst sınır" eksikliği giderilmiştir. Buna göre seçimde %40'tan daha fazla oy alan ve birinci çıkan parti/ittifak, 630 milletvekilinin olduğu Temsilciler Meclisinde 340 milletvekili elde etmekte, geri kalan milletvekilliklerse "liste usulü nispi temsil" sistemine göre diğer parti/ittifaklara dağıtılmaktadır. Hiçbir partinin %40'lık barajı aşamaması durumunda ise 2 hafta içinde yapılacak 2. tura, en çok oyu almış iki parti/ittifak girmekte ve geçerli oyların %50'sinden fazlasını alan parti/ittifaka 340 milletvekili verilmektedir.<sup>53</sup> Baraj

<sup>51</sup> COURTE COSTITUZIONALE, 2014, para: 3.1, <https://dochero.tips/judgment-no-1-year-2014.html>, (E. T. 21.02.2021).

<sup>52</sup> CHIARAMONTE, s. 14.

<sup>53</sup> Disposizioni in Materia di Elezione Della Camera Dei Deputati, Legge 6 Maggio 2015, n. 52, Art: 1/1 (f).

olarak ise %3'lük bir "ulusal baraj" öngörülerek siyasi bölünmeler engellenmeye çalışılmaktadır. Bir önceki düzenlemede olan %4'lük seçim barajı %3'e düşürülerek mecliste temsil edilmeyen oylarda düşüş sağlanmamıştır.<sup>54</sup>

*Italicum* adı verilen seçim reformunun hayata geçmesinin önündeki en büyük tehditlerden biri, yine Anayasa Mahkemesi olarak görülmekteydi. Mahkemenin 2014 tarihinde, bir önceki seçim reformuyla alakalı olarak vermiş olduğu iptal kararı göz önünde bulundurulunca, bu reform için de iptal kararı verilebileceği düşünülmekteydi.<sup>55</sup> Ancak Anayasa Mahkemesinin bir önceki reforma ilişkin verdiği iptal gerekçelerini öngören hükümet, eski reforma göre birtakım değişiklikler yapmıştır. Bunun başında, "hediye milletvekilliklerinin" alınabilmesi için %40'luk bir üst sınır belirlenmiştir. Eski seçim reformunda halkın, milletvekillerinin sıralamasında bir değişiklik yapamamaktaydı. Böylece halka bir liste dayatılmakta ve tercih imkânı sunulmamaktaydı. Bu konu üzerinde bir değişikliğe gidilmiş ve seçmenlere tercih yapma hakkı getirilmiştir. Böylece seçmenler, kendilerine sunulan blok listede seçim yapma imkânına sahip olmuşlardır. Buna ilaveten reforma, kadın vekil sayısını dengelemek için de birtakım hükümler eklenmiştir.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Disposizioni in Materia di Elezione Della Camera Dei Deputati, Legge 6 Maggio 2015, n. 52, Art. 1/1 (e).

<sup>55</sup> STRATFOR, s. 1.

<sup>56</sup> Seçim Kanununun 1. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre İtalya 20 seçim çevresine bölünmüş ve bunlar da kendi içinde tekrar alt seçim bölgelerine bölünerek nüfuslarına göre 3 ila 9 vekilin bulunduğu toplamda 100 seçim çevresi oluşturulmuştur. Aynı maddenin (b) bendine göre her parti, her seçim çevresi için bir "liste başı ismi" belirlemektedir. Ancak belirlenen 100 "liste başı vekilin" %60'ı aynı cinsiyetten olamamaktadır. Yani en az 40 kadın veya erkek liste başı olarak belirlenmiş olabilmekte daha fazlasına izin verilmemektedir. Buna ilaveten, seçmenlere her seçim çevresinde iki adayı belirleme hakkı tanınmıştır. Seçmenler, liste başındaki vekil adayına ilaveten, iki ismi daha oy pusulasına yazabilmektedir. Ancak tercih edilen bu iki ismin ikisi de erkek veya kadın olamamakta, en az birisi kadın diğeri de erkek olabilmektedir. Aksi takdirde ilk yazılan isim geçerli, ikinci yazılan isim geçersiz kabul edilmektedir. Yapılan taksimatı bir örnek vererek daha da somutlaştırmak mümkündür. Örneğin, X partisinin 340 vekil kazanıp iktidarı elde ettiğini varsayarsak, partinin belirlediği her seçim çevresi için belirlenen 100 tane "liste başı vekil aday" doğrudan vekillik hakkını kazanmış olur. Daha sonra partilerin her seçim çevresinde belirlediği adaylar arasından seçmenler tarafından en fazla tercih edilen ikişer aday vekillik hakkı kazanır. Daha sonra da listede belirlenen diğer adaylara sıra gelecek şekilde bir taksimat yapılır. Bkz. Disposizioni in Materia di Elezione Della Camera Dei Deputati, Art. 1/1 (g).

Ocak 2017'de İtalyan Anayasa Mahkemesi, 2016 yılındaki anayasa değişiklik referandumunun iptal edilmesini de fırsat bilerek, 2015 seçim reformunun belli hükümlerini iptal etmiştir. İptal edilen en önemli kısım ise hiçbir partinin %40'ı geçememesi halinde yapılacak olan 2. tur oylamalarına ilişkin hükümdür. Anayasa Mahkemesi 2. tura kalan seçimin, temsilde adalet ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek, 2. tur oylamayı düzenleyen hükümleri iptal etmiştir. Böylece seçimler tek turlu olacak ve %40'ı geçen parti ödül milletvekillikleri kazanacak, hiçbir partinin bu sayıya ulaşamaması halinde ise saf nispi temsil sistemine göre milletvekilliklerin taksimatı yapılacaktır. Anayasa Mahkemesi, seçimde en çok oyu alan iki partinin, 2. turda tekrar seçime girmesinde, herhangi bir üst sınır belirtilmediğini iptal gerekçesi olarak göstermiştir. Örneğin, seçime katılan ve birinci olan partinin oy oranı %15, ikinci olan partinin oy oranının ise %10 olduğunu varsayalım. Bu durumda %40'ı geçen parti olmadığı için 2. tur oylamalara en çok oyu alan bu iki parti girecektir. Anayasa Mahkemesi de işte bu noktada, bu kadar az oy alan bu iki partiden birinin mutlaka 2. turda %50'yi geçerek 340 milletvekilliği kazanacağını, bu durumun da olağanüstü bir aşkın temsile, haksız kazanca sebebiyet vereceğini ileri sürmüştür.<sup>57</sup>

2017 yılına gelindiğinde ise yapılan seçim değişikliği ile çoğunluk ödüllü seçim sisteminden vazgeçilmiş ve karma seçim sistemi benimsenmiştir. Buna göre milletvekillerinin 1/3'ü çoğunluk seçim sistemine, kalanı ise nispi temsil sisteminin en büyük artık usulüne göre belirlenmektedir.<sup>58</sup>

İtalya'da çoğunluk ödüllü seçim sisteminden önceki, 20 yılı dahi bulmayan zaman zarfında 12 hükümet değişmiş, iki tane "çok fazla partiden oluşan" koalisyon hükümeti kurulmuş, 6 farklı başbakan görev yapmış ve ilginçtir ki aynı yasama döneminde meclis çoğunluğu yer değiştirmiştir.<sup>59</sup> Uzlaşma kültürünün ve koalisyonlu yapının zenginliği yeteri düzeyde idrak edilememiş olan İtalya'da, ülkenin planladığı reformları

<sup>57</sup> DIAN, Schefold, "Constitutional Reform and Constitutional Unity", *The Italian Law Journal*, Special Issue, 2017, s. 147-156.

<sup>58</sup> CHIARAMONTE Alessandro, D'ALIMONTE, Roberto, *The New Italian Electoral System and its Effects on Strategic Coordination and Disproportionality*, *Italian Political Science*, C. 13, S. 1, 2018, s. 10.

<sup>59</sup> PASSARELLI, Gianluca, *Electoral Systems in Context: Italy*, Ed. HERRON, Erik S. PEKKANEN, Robert J., SHUGART, Matthew S., *The Oxford Handbook of Electoral Systems*, New York, Oxford University Press, 2018, s. 860.

gerçekleştirmesinin tek görünür yolu, istikrarlı ve uzun süreli hükümetlerin kurulmasıdır. Nitekim sunulan reçete çözüm bulmaya yetmemiştir. İtalya'nın tecrübe ettiği çoğunluk ödüllü seçim sistemi üzerine söylenebilecek ilk şey, çoğunluk ödüllü seçim sisteminin arzu edilen neticeyi tam manasıyla verememesidir. Zira sistemin uygulandığı ve bir ittifakın meclisin %54'üne sahip olduğu 3 seçim yapılmasına rağmen 12 yılda 6 kez hükümet değişmiştir. Bu hükümetlerden biri de partiler üstü teknokrat hükümetidir. Ne var ki çoğunluk ödüllü seçim sisteminden beklenen istikrarlı hükümetlerin İtalya'da arzu edilen düzeyde oluşmamasını, tamamen seçim sistemine mâl etmek doğru değildir. İtalya'da asıl sorun, siyasi partilerin yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır. Zira seçim sisteminin uygulandığı yıllara bakıldığında kurulan hükümetlere, şaşırtıcı şekilde başka ittifak ile seçime giren partilerin katıldığı; ittifak ile seçime giren partilerin hükümete desteklerini çektiği veya partilerin yasama dönemi içinde bölünerek yeni partilerin kurulduğu ve bunların hükümetten desteğini çektiği görülmüştür. Seçim ittifakını sınırlayan veya zorlaştıran hükümlerin yetersizliği ve partilerin sıklıkla ittifak değiştirmesi, seçim sisteminden beklenen amaca ulaşamamanın temel sebebi olarak görülebilir. Tablo 1'den görüleceği üzere bir ittifakın 340 milletvekiline sahip olduğu yasama dönemlerinde de kanunlaştırma oranlarında yeterli iyileşme görülmemektedir. Bunun sebebi hükümet ortağı olan partilerin desteklerini çekme tehdidinde bulunmuş olmalarıdır. Zira İtalya'da küçük partiler, özgül ağırlığının çok ötesinde bir güce ulaşmaktadırlar.<sup>60</sup> Kanunlaştırma oranlarındaki düşüşe bir diğer sebep ise Temsilciler meclisindeki çoğunluğun, Senatoda çoğunluğa sahip olamamasıdır. Zikredildiği üzere çoğunluk ödüllü seçim sistemi Senato seçimlerinde farklı usuller ile uygulandığı için iki meclisteki çoğunluklar aynı olamamaktadır. Ancak 2008 yılı ile başlayan yasama yılında, her iki meclisin de aynı siyasi "ittifakın" elinde olması sayesinde kanunlaştırma oranlarının artması yukarıdaki yargıyı destekler niteliktedir. (Bkz. Tablo 1)

İtalya'da sorunları çözmek için yapılan çoğunluk ödüllü seçim sistemi merkez sağ ve merkez solda iki büyük siyasi ekolün "çatı" olmasına yol açmıştır. Ancak bu büyük partiler, Regalia'nın zikrettiği üzere barajın

<sup>60</sup> PIATTONI, Simona, GIGLIOLI, Matteo Fabio Nels, Does Changing Electoral Systems Affect (Corrupt) Particularistic Exchanges? Evidence from the Italian Case, *Politics and Governance*, C. 7, S. 2, 2020, s. 80-82.



düşük olması sonucu küçücük partilerin şantajlarının tutsağı haline gelmişlerdir.<sup>61</sup>

İtalya’da Senato’nun etkinliğinin bir Anayasa reformu ile azaltılmadan, siyasi istikrarı tek başına bir seçim reformu ile sağlamak mümkün olmadığı 2006, 2008 ve 2013 seçim sonuçları sonrası kurulan hükümetlerin ömrü ve icraatlarından anlaşılmaktadır. Seçim sisteminin ittifak kurulmasını oldukça destekleyen hükümleri, partilerin daha da bölünmesine yol açmakta ve çoğunluk ödüllü seçim sisteminin arzu edilen sonuçları vermemesini sağlamaktadır.

## B. Yunanistan

Yunanistan, bağımsızlığını ilan ettiği tarihten bu yana her daim çalkantılı bir siyasi atmosfere sahip olmuştur. Monarşi-cumhuriyet, komünizm-liberalizm gibi çekişmelere ilaveten sıklıkla yaşanan ekonomik buhranlar uzunca bir süre ülkeyi esiri altına almıştır. Ordunun bu kriz anlarını fırsata çevirerek sürekli darbe yaptığı veya darbeye teşebbüs ettiği görülmüştür.<sup>62</sup> Yaşanan en son askeri darbe 1967 yılında gerçekleşmiş ve Türkiye’nin Kıbrıs Adasına askeri müdahalede bulunması ile askeri rejim 1974’te yıkılmıştır.<sup>63</sup> Bugüne kadar kesintisiz bir şekilde sivil iktidarın görev yaptığı bu dönemde 2012 yılındaki kesinti hariç tutulursa güçlü iktidarların olduğu istikrarlı bir yönetim hayatı sürdürülmüştür.

Yunanistan’da çoğunluk ödüllü seçim sisteminin benimsenmesinden önce nispi temsil sistemi uygulanmasına rağmen iki partinin arasında seçim rekabetlerinin sürdüğü ve hükümetin bu iki parti arasında birbirine devredildiği göze çarpmaktadır. 1980-2012 yılları üzerinden bir değerlendirme yapılacak olursa, çoğunluk seçim sistemine sahip İngiltere ve Malta’nın aksine Yunanistan’ın, nispi temsil seçim sistemine sahip olmasına rağmen saf iki partili sisteme sahip yegâne ülke olduğu

<sup>61</sup> MARTA, Regalia, “Electoral Reform as an Engine of Party System Change”, South European Society and Politics, C. 23, S. 1, 2018, s. 81–96.

<sup>62</sup> “Sırasıyla 1831 (iki kez), 1843, 1862, 1909, 1916, 1922, 1925, 1926, 1935 ve 1967’te başarı ile sonuçlanan askeri darbeler; 1923, 1933, 1935, 1938, 1951, 1967, 1973, 1975 yıllarında ise başarısızlıkla sonuçlanan askeri darbe girişimleri yaşanmıştır.” Bkz. TEKİN, Abdurrahman, Yunanistan, Ed. TEKİN, Abdurrahman, TEMEL, Ömer, CENGİZ, İlyas Fırat, Osmanlı Ardıl Devletlerinin Siyasal Sistemleri, 2. Bs., Ankara, Adalet, 2020, s. 603; TRIDIMAS, George, “Political Economy Perspectives of the Fall of the Greek Monarchy”, Democracy and an Open-Economy World Order, Ed. BITROS, George C., KYRIAZIS Nicholas C., Cham, Springer, 2017, s. 162.

<sup>63</sup> HATZIS, Aristides N., “A Political History of Modern Greece, 1821-2018” Encyclopedia of Law and Economics, C. 39, S. 8, 2019, s. 844-851.

görülecektir.<sup>64</sup> Esasen sadece 1974 sonrası değil, II. Dünya Savaşı sonrasından beridir benzer tablo ile karşılaşmaktadır. Yunanistan'da koalisyon hükümetleriyle oldukça kısa sayılabilecek birkaç dönemde, 1950-1952, 1963-1964 ve 1989-1990 yılları arasında karşılaşmıştır.<sup>65</sup> Duverger'in seçim sistemlerinin siyasi partiler üzerindeki etkileri üzerine yapmış olduğu sınıflandırmalarda çoğunluk sisteminin iki partili sistemi; buna karşın nispi temsil sisteminin ise çok partili sistemi doğuracağı zikredilmektedir.<sup>66</sup> Bu noktada, Duverger'in sınıflandırmasına uymayan nadir ülkelerden biri olarak Yunanistan'ı göstermek mümkündür.

Yunanistan'da yaşanan siyasi olayların siyasi bölünmelere, yeni partilerin ortaya çıkmasına ve seçmenlerin uzun süredir devam eden siyasi tercihlerinde değişikliğe gitmesine neden olması, seçim reformu tartışmalarını gün yüzüne çıkarmıştır. Yeni kurulan ve mevcut küçük muhalefet partilerinin giderek etkinleşmesi sonucu, siyasi iktidar, seçim sisteminde bir değişiklik yapılmasının zamanının geldiğini düşünerek çoğunluk ödüllü seçim sistemini hayata geçirmiştir. 2004 yılında kabul edilen bu seçim sisteminin ilk halinde birinci partiye ilave 40 milletvekilliği verilmekteydi. 260 sandalyenin paylaşımında ise nispi temsil sistemi uygulanmaktaydı.<sup>67</sup> Ancak Yunan Anayasasındaki hüküm nedeniyle söz konusu seçim reformu, meclis üye tamsayısının 2/3'ü ile kabul edilmediği için 2004 yılındaki seçimlerde uygulanmamış, 2007 seçimlerinde ilk kez uygulanmıştır.<sup>68</sup> 2004 yılında eski seçim sistemi ile 300 kişilik Mecliste *New Democracy* (ND) Partisi 165 milletvekiline sahip olurken; *Panhellenic Socialist Movement* (PASOK) 117 milletvekilinin sahibi olmuştur. Seçim sisteminin hayata geçtiği 2007 yılında ise ND 152 milletvekili, PASOK ise 102 milletvekilinin sahibi olmuştur. Benzer şekilde 2009 yılında 40 ödül milletvekilliğini alan PASOK 160, ND 91 milletvekilliği kazanmıştır.<sup>69</sup> Bu

<sup>64</sup> TSATSANIS, Emmanouil, TEPEROGLOU, Eftichia, Greece's coalition governments: Power sharing in a majoritarian democracy, Ed. EVANS, Matt, Coalition Government as a Reflection of a Nation's Politics and Society, New York, Routledge, 2019, s. 229.

<sup>65</sup> TSATSANIS, TEPEROGLOU, s. 225-226

<sup>66</sup> MAURICE, Duverger, Political Parties: Their Organization and Activity in the Modern State, Methuen, Wiley, 1954.

<sup>67</sup> TSATSANIS/TEPEROGLOU, s. 227; Article 6 of Law 3231 / 2004 (GG 45 A).

<sup>68</sup> Yunanistan Anayasası, 1974, m. 54.

<sup>69</sup> HELLENIC PARLIAMENT, Election Results, 2021, hellenicparliament.gr/en/Vouliton-Ellinon/To-Politevma/Ekloges/Eklogika-apotelesmata-New/#Per-11, (E. T. 15.01.2021).

verilerden, çoğunluk ödüllü seçim sistemine geçme hususunda yukarıda yapılan çıkarımın doğruluğu gözükmemektedir.

**Tablo 2<sup>70</sup>**

| Partiler | Partilerin Aldıkları Oy Oranı |       | Meclis'te Kazanılan Sandalye Oranı |       | Aşkın/Eksik Temsil |       |
|----------|-------------------------------|-------|------------------------------------|-------|--------------------|-------|
|          | 2007                          | 2009  | 2007                               | 2009  | 2007               | 2009  |
| ND       | %41,8                         | %33,5 | %50,6                              | %30,3 | +%8,8              | -%3,2 |
| PASOK    | %38,1                         | %43,9 | %34                                | %53,3 | -%4,2              | +%9,4 |

2008 yılında seçim sisteminde bir reform yapma ihtiyacı hissedilmiştir. 2004 tarihli 3231 sayılı kanunda, 2008 tarihli 3636 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile artık 50 milletvekili birinci partiye verilecek, seçim barajı %3 olacak<sup>71</sup>, 238 milletvekili ülke çapında ayrılmış olan 56 seçim çevresinden çarşaf liste usulüne göre nispi temsil seçim sistemi ile, 12 milletvekili ise ülke çapında barajı geçmiş olan partilerin almış oldukları oy oranına göre seçilecekti.<sup>72</sup> Ancak yapılan bu değişiklik, meclis üye tamsayısının 2/3'ü ile kabul edilmeyince 2009 yılında yapılan seçimlerde değil 2012 genel seçiminde uygulanmaya başlanmıştır.<sup>73</sup> Bu reformun sebebi, partiler arası bölünmenin artması ve ödül olarak verilen milletvekili sayısının (40) bir sonraki seçimde hükümet kurmak için yetmeye(bile)cek olması şeklinde gösterilebilir. Nitekim 2012 yılında yapılan iki genel seçimde de partiler ve seçmenler arası bölünme o denli büyümüştür ki birinci parti ilave 50 milletvekilliğine rağmen tek başına hükümet kuracak sayıya ulaşamamıştır.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> 40 ödül milletvekilliği sisteminin uygulandığı 2007 ve 2009 seçimlerinde partilerin aldığı oy oranı, iki büyük partinin kazandığı milletvekili sayısı ve aşkın/eksik temsil oranlarını göstermektedir. Bkz. HELLENIC PARLIAMENT, Election Results, a.g.e..

<sup>71</sup> Law 3231/2004 sayılı Kanun Law 3636/2008 ile değiştirilmiştir. (Law for the election of MPs), published on the Official Journal of the Government, ΦΕΚ 45/A/11.2.2004, art. 2, 3, 99 (3) [http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomothesia/n3231\\_04.htm](http://www.dsnet.gr/Epikairothta/Nomothesia/n3231_04.htm), (E. T. 20.03.2021); KOKI, Constandina, LEONARDOS, Stefanos, Coalitions & Voting Power in the Greek Parliament of 2012: A Case-Study, Homo Oeconomicus, C. 19, 2018, s. 4.

<sup>72</sup> OSCE, Greece Early Parliamentary Elections 6 May 2012, 2012, [osce.org/odihr/elections/92460](http://osce.org/odihr/elections/92460), (E. T. 10.02.2021).

<sup>73</sup> OSCE, Greece, s. 4

<sup>74</sup> HELLENIC PARLIAMENT, Election Results, a.g.e..

Tablo 3<sup>75</sup>

| Partiler | Partilerin Aldıkları Oy Oranı |               |                 | Meclis'te Kazanılan Sandalye Oranı |               |                 | Aşkın/Eksik Temsil |               |                 |
|----------|-------------------------------|---------------|-----------------|------------------------------------|---------------|-----------------|--------------------|---------------|-----------------|
|          | 2012<br>Haziran               | 2015<br>Eylül | 2019<br>Haziran | 2012<br>Haziran                    | 2015<br>Eylül | 2019<br>Haziran | 2012<br>Haziran    | 2015<br>Eylül | 2019<br>Haziran |
| SYRIZA   | %26,9                         | <b>%35,5</b>  | %31,5           | %23,6                              | <b>%48,3</b>  | %28,7           | -%3,3              | <b>+%12,8</b> | -%2,8           |
| ND       | %29,7                         | <b>%28,1</b>  | %39,9           | %43                                | <b>%25</b>    | %52,7           | +%13,3             | -%3,1         | +%12,8          |
| PASOK    | %12,3                         | <b>%6,3</b>   | %8,1            | %11                                | <b>%5,6</b>   | %7,3            | -%1,3              | -%0,7         | -%0,8           |
| XA       | %6,9                          | <b>%7</b>     | %2,9            | %6                                 | <b>%6</b>     | %0              | -%0,9              | -%1           | -%2,9           |

2016 yılına gelindiğinde SYRIZA ve koalisyon ortakları, ülkesinin siyasi istikrarsızlıklarla boğuşacak olma ihtimalini yok sayarak seçim sistemini değiştirmiş, saf nispi temsil sistemini getirmiştir. Ancak söz konusu kanun değişikliği meclis üye tamsayısının 2/3'ü tarafından kabul edilmediği için 2019 genel seçimlerinde uygulanmamıştır.<sup>76</sup> Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin kalkmış olduğu Yunanistan'da bu seçim sistemi ile 2019 yılında son kez iktidarı kazanan ND Partisi, SYRIZA Partisinin kaldırdığı çoğunluk ödüllü seçim sistemini geri getirmek için seçim kanununu 2020 yılında tekrar değiştirmiştir. Normal şartlarda 2023 yılında yapılacak olan genel seçimlerde saf nispi temsil sistemi ile siyasi istikrarsızlıkların had safhaya ulaşacağı düşüncesi ile girilen bu değişiklik, meclis üye tamsayısının 2/3'ü ile desteklenememiş ve ilerleyen ikinci seçimde hayata geçecek şekilde uykuya yatmıştır. Çoğunluk ödüllü seçim sisteminin özü olan ilave milletvekilliği hakkı bir şarta bağlanmış ve birinci partinin ödülü alabilmesi için en az %25 oya ulaşması aranmıştır. Zira "Mayıs" 2012 yılında yapılan seçimlerde seçimi birinci bitiren ND, ödül olarak verilen 50 milletvekilliğini %18,9 oy ile kazanmış ve Meclisin %36'sına sahip olmuştur.<sup>77</sup> Tekrar bu tür bir tablo ile karşılaşılmamak için bir alt sınır getirilmiştir. Buna ilaveten, verilecek ödül, alınan oy oranı ile artacak şekilde belirlenmiştir. Buna göre birinci olan parti 20 milletvekili ödülünü %25'i geçme şartı ile elde edecektir. %25'in üzerinde aldığı her

<sup>75</sup> 2012, 2015 ve 2019 yıllarındaki seçimlerde 50 bonus milletvekili uygulamasının sebebiyet verdiği aşkın/eksik temsil oranlarını göstermektedir. Bkz. HELLENIC PARLIAMENT, Election Results, a.g.e.; Carr, Adam, Greek Republic, psephos.adam-carr.net/countries/g/greece/, (E. T. 20.01.2021). Yunanistan'daki partiler: SYRIZA: Coalition of the Radical Left KKE:Communist Party of Greece; XA: Golden Dawn; DIMAR: Democratic Left.

<sup>76</sup> LISI/TSATSANIS, s. 6.

<sup>77</sup> HELLENIC PARLIAMENT, Election Results, a.g.e.

%0,5 oy oranı ile bir ilave milletvekilliği ödülüne daha kavuşacaktır. Bu şekilde verilecek ödül sayısı 50 milletvekilini geçemeyecektir.<sup>78</sup> Bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse; seçimlerde %35 ile birinci olan parti %25'ten fazla oy alarak birinci olduğu için ilave 20 milletvekili ödül kazanacaktır. Buna ilaveten, %25'ten fazla aldığı %10 oy için 20 ilave milletvekili kazanacak ve böylece 40 ödül milletvekilliğini elde edecektir. Aynı şekilde %45 ile oy alan bir parti, 60 değil 50 ödül milletvekili kazanacaktır.

Yunanistan'da uygulanan çoğunluk ödüllü seçim sistemi için yapılacak ilk çıkarım, sistemin, seçim sonuçlarında çoğunluğu garanti edememesidir. Sistemin benimsendiği 2004'ten bu yana yapılan 7 genel seçimin sadece üçünde, 2007, 2009 ve 2019, bir parti tek başına hükümet kuracak bir sayıya kavuşmuştur. (Bkz. Tablo 2-3) Elbette ki seçimlerde birinci çıkan partinin hükümeti kuracak seviyeye 4 seçimde ulaşamamış olmasına rağmen ödül milletvekillikleri ile güçlendirilerek hükümeti kurlmalarının kolaylaştırıldığı 2010'dan bu yana süregelen çalkantılı siyasi atmosferden en az zarar ile çıkabilmenin ancak böyle bir seçim sistemi ile mümkün olduğu söylenebilir.

Bu seçim sisteminin uygulanmasından çıkarılacak ikinci sonuç, seçim sisteminin, seçimlerin iki büyük parti etrafında dönmesini temin etmesidir.<sup>79</sup> Zira seçim sonuçlarından, seçimlerin her daim iki büyük partinin çekişmesi ile sonuçlandığı görülebilmektedir. (Bkz. Tablo 2-3) Buna karşın etkili parti sayısında beklenenin aksine bir artış yaşanmıştır.<sup>80</sup> Mayıs 2012'de yapılan seçimlerde 7 siyasi partinin mecliste yer aldığı görülmektedir. Benzer şekilde Temmuz 2012'de 7; Temmuz 2015'te 7; Eylül 2015'te 8; 2019'da 6 siyasi parti meclise girmiştir. Buna karşın 2000 ve 2004 seçimlerinde sadece 4 parti meclise girebilmiştir. Seçime katılan siyasi parti sayılarında da benzer artışı görmek mümkündür.<sup>81</sup> Esasen bu artışın sebebini sadece seçim sisteminde aramak doğru değildir. Zira İtalya'nın aksine Yunanistan'da seçim ittifakı mümkün değildir. Çoğunluk ödüllü seçim sistemi, seçim ittifakının olduğu ülkelerde seçime giren ve mecliste temsil edilen parti sayısını artırmaktadır. Yunanistan'da seçime katılan ve mecliste temsil olunan partilerin sayısındaki artışın asıl sebebini,

<sup>78</sup> EKATHIMERINI, Parliament Votes to Change Election Law, 2020, ekathimerini.com/news/248820/parliament-votes-to-change-election-law/, (E. T. 09.03.2021).

<sup>79</sup> Esasen bu seçim sisteminden önce de durum bu şekildeydi. Ancak bu seçim sistemi ile en azından durumun değişmemesi garanti edilmiş oldu.

<sup>80</sup> GALLAGHER, s. 18-23. LISI/TSATSANIS, s. 12.

<sup>81</sup> CARR, Greek Republic, a.g.e.

Yunanistan'ın içinden geçmekte olduğu kriz ortamıdır. 1974'ten bu yana iktidarın el değiştirdiği ND ve PASOK partileri, 2009 yılında başlayan Küresel ekonomik krizin tetikleme ile ülkenin girdiği borç krizinin müsebbibi ilan edilmişlerdir. Ülkenin büyüme rakamlarının eksi hanelerden 2017 yılında çıktığında, ülke ekonomisinin son 10 yılda ortalama %25 küçüldüğü görülmüştür.<sup>82</sup> Ekonomik kriz, kamu borcu, işsizlik ve mülteci krizinin yaşandığı bu dönemde, yeni partilerin kurulması ve büyük partilerin parçalanarak küçülmesi kaçınılmaz olmuştur. Söz konusu seçim sisteminin olmadığı varsayımında meclisteki parçalanmışlık göz önüne getirildiğinde, çoğunluk ödüllü seçim sisteminin güçlü yürütmenin varlığını eksik de olsa temin ettiği daha iyi anlaşılacaktır.

Çoğunluk ödüllü seçim sisteminde, seçimlerden birinci çıkan partinin temsilde adil olmayacak şekilde ilave milletvekilliği kazandığı bir gerçek olsa da bu seçim sistemi Yunanistan'da şaşırılanın aksine, daha önce uygulanmakta olan nispi temsil seçim sistemine göre seçim sonuçlarını temsilde adalete daha da yaklaştırmıştır.<sup>83</sup> Bu çıkarımı veriler ile desteklemek de mümkündür. Yunanistan'da barajsız ulusal listeli saf nispi temsil seçim sistemi ile alınan her %1 oy ile 3 milletvekili kazanılmaktadır. Örneğin, çoğunluk ödüllü seçim sisteminin uygulandığı Mayıs 2012 seçiminde %6,1 oy alan DIMAR 19 milletvekili kazanırken; XA %7 oy ile 21 milletvekili kazanmıştır. Benzer şekilde Temmuz 2015 seçimlerinde XA Partisi %6,3 ile 17 PASOK %4,7 ile 13 milletvekili elde etmiştir. Buna karşın 2004 yılında eskiden uygulanan nispi temsil seçim sisteminde KKE %5,9 oy ile 12 milletvekili; %3,3 oy alan SYRIZA ise 6 milletvekili kazanmıştır.<sup>84</sup>

### C. San Marino

Tek parti iktidarının en son 1949'ta görüldüğü San Marino'da ittifak halinde meclis çoğunluğu ise en son 1951'de kazanılmıştır. 2000'li yıllara kadar genel olarak 6 parti Mecliste temsil edilmiş ancak 2006 yılında Meclise 9 partinin girmesi Mecliste karar alımını ciddi manada etkilemiş ve yönetimde istikrarda sarsıntılara yol açmıştır. 2008 yılında hükümetin dağılmasından önce öngörülü bir şekilde yapılan seçim kanunu değişikliği ile çoğunluk ödüllü seçim sistemi benimsenmiştir. Alınan erken seçim

<sup>82</sup> Yunanistan'ın yaşadığı krizler ve etkileri ile siyasi partilerin geçmişten günümüze, bilhassa bu süreç içerisindeki evrimi hakkında Bkz. TEKİN, 2020, s. 624-630.

<sup>83</sup> PATRIKIOS/KARYOTIS, 2008, s. 357.

<sup>84</sup> HELLENIC PARLIAMENT, Election Results, a.g.e..

kararı ile 2008 yılında seçimler yenilenmiştir. Seçim kanununun, seçim ittifaklarına izin vermesi ile iki büyük ittifakın etkinlik gösterdiği seçim sonuçlarından anlaşılmaktadır. Her ne kadar son iki genel seçimde 2,5 büyük ittifakın varlığı göze çarparsa da genel manada küçük partileri büyük partiler ile ittifaka zorlayan bir sistemin varlığı göze çarpmaktadır.<sup>85</sup> Bu noktada, çoğunluk ödüllü seçim sisteminden beklenen sonucun San Marino'da alındığı söylenebilir.

Kabul edilen seçim sistemine göre ülke barajı 0.4'ten %3,5'a yükseltilmiştir. Ödül olarak ise 60 kişiden oluşan meclisin 35 milletvekili seçimi kazanan partiye/ittifaka verilmektedir. Partinin/ittifakın söz konusu ödülü kazanması için tek şart %50'den fazla oy almasıdır.<sup>86</sup> Nitekim 2008 ve 2012 yıllarında yapılan genel seçimlerde bu oran geçilerek 35 milletvekilinin sahibi olunmuştur. Hiçbir partinin %50'den fazla oy alamaması durumunda ise söz konusu ödül, en çok oyu almış iki büyük parti/ittifakın ikinci turda tekrar yarışması sonucu kazanana verilmektedir.<sup>87</sup> 2016 yılında gerçekleşen bu hadise sonucu seçimin ilk turunu 20 milletvekili kazanarak ikinci sırada bitiren "Adesso.sm" ittifakı ikinci turdaki seçimde %58'e yakın oy ile galip gelerek 35 milletvekilinin sahibi olmuştur.<sup>88</sup> Bu seçim sistemi için bir nevi, kazananı kaybedenlerin ikinci tercihlerinin belirlediği bir seçim sistemi olarak tanımlamak da mümkündür. İlk turda %31,43 oy alan ittifakın ikinci turda gelen zaferi ile meclisin %58,3'üne sahip olması temsilde adalet açısından eleştiriye açık bir konudur. Yönetimde istikrar için bu denli bir dengesizliği kabul etmek ne kadar doğrudur sorusu akla gelmektedir.

2019 yılında seçim kanununda yapılan bir değişiklik ile hiçbir partinin %50'ye ulaşamaması durumunda zorunlu olan ikinci tur seçimi uygulaması ihtiyarleştirilmiştir. Şöyle ki seçimin ilk turundan sonra en çok

<sup>85</sup> CARR, Most Serene Republic of San Marino, a.g.e.

<sup>86</sup> OSCE, Republic of San Marino Early Parliamentary Elections, 2016, s. 4, osce.org/files/f/documents/f/3/280341.pdf, (E. T. 25.02.2021).

<sup>87</sup> SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, Risultato generale elezioni del 11/11/2012, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/elezioni-del-11112012.html, (E. T. 21.02.2021); SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, Risultato generale elezioni 9/11/2008, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/elezioni-del-09112008.html, (E. T. 21.02.2021).

<sup>88</sup> SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, BALLOTAGGIO- 4 Dic. 2016- Risultato Generale, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/elezioni-del-20112016/risultati-ballotaggio-4-dic-2016/generale.html, (E. T. 21.02.2021).

oyu almış iki parti/ittifaka 15'er gün süre tanımlanarak hükümeti kurmaları istenmektedir. 30 günün sonunda herhangi bir ittifakın hükümeti kuramaması durumunda seçimde en çok oy almış bu iki parti/ittifakın ikinci turda tekrar yarışması sağlanmaktadır. İkinci turda kazanan parti/ittifaka 35 milletvekili verilmekte ve kalan 25 milletvekili birinci turda alınan oylar nispetinde diğer partilere dağıtılmaktadır.<sup>89</sup> 2019 yılında yapılan seçimler sonucu hiçbir parti %50'den fazla oy alamamış ancak koalisyon görüşmeleri sonucu çıkan uzlaşma sonucu hükümet kurulabilmiştir. Böylece seçimler ikinci tura kalmamış ve temsilde adaletsizlikler ile sonuçlanmayan bir tablo ortaya çıkmıştır.<sup>90</sup>

## SONUÇ

Seçmenlerin vermiş olduğu oylar ile birincilikle ödüllendirilen partinin veya seçim ittifakının, bir de seçim sistemi tarafından ödüllendirildiği sisteme çoğunluk ödüllü seçim sistemi demektedir. Bu seçim sisteminin birinci yönteminde, birinci olan parti/ittifaka daha önceden belirlenen bir sayıda ilave milletvekilliği verilmektedir. Yunanistan'da görülen bu yöntemde, ilave milletvekilliği ile güçlü bir parti hedeflenmekte, hükümetin kolay kurulması sağlanmakta ancak her zaman partinin meclis çoğunluğuna ulaşması mümkün olamamaktadır. İkinci yöntem ise İtalya'da uygulanmış ve San Marino'da uygulanmakta olup birinci partiye/ittifaka meclis üye tamsayısının %54-58'i bahşedilerek parti/ittifakın meclis çoğunluğunu garanti etmesi sağlanmaktadır.

Çoğunluk ödüllü seçim sistemini benimseyen ülkelerde görülen ortak husus, seçim sistemi üzerinde sürekli tartışmaların ve değişikliklerin yaşanmasıdır. Hatta İtalya'da 2 kez Anayasa Mahkemesi devreye girerek seçim sisteminin bazı hükümlerini iptal yoluna gitmiştir.

Çoğunluk ödüllü seçim sistemi temsilde adaletsiz bir şekilde bir partiye ödül vermekte ancak küçük partiler de sistemden koparılmamaktadır. Birinci olamayan partilere milletvekilliklerin dağıtımının, genellikle nispi temsil ile olması, barajın oldukça düşük belirlenmesi ve genel olarak seçim ittifaklarına imkân verilmesi bu seçim sistemini benimseyen ülkelerde görülen ortak özelliklerdir. Bu özellikler sayesinde küçük partiler

<sup>89</sup> SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, Sistema Elettorale Vigente Nella Repubblica di San Marino, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/sistema-elettorale.html, (E. T. 20.02.2021).

<sup>90</sup> SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, Risultati Generale 2019, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/elezioni-del-08122019/risultati/articolo26013816.html, (E. T. 21.02.2021).



de etken bir pozisyona taşınmaktadır. Seçim sonuçları incelendiğinde seçim yarışına ve meclise giren parti sayısında ciddi bir artış gözlemlenmiştir. Bu durum seçim ittifakı ile birlikte değerlendirildiği zaman, ittifak içerisindeki büyük partiler, küçük partilerin çeşitli konularda tutsağı haline gelebilmektedir çıkarımı yapılmaktadır.

Çeşitli sonuçların çıkarılabileceği bu seçim sistemi, parçalı meclis fiğürünün olduğu ve uzlaşma kültürünün siyasette kanıksanmadığı toplumlarda sıklıkla görülen yönetimde istikrarsızlığı ortadan kaldırmak için uygun bir seçim sistemi olarak göze çarpmaktadır. Ancak çoğunluk ödüllü seçim sisteminin, seçim çevresi, baraj, ittifak, tercihli oy gibi etmenler ile bütünleştiği zaman temsilde adaletsizliği minimuma indirecek şekilde kurgulanması daha uygun olacaktır.

## KAYNAKLAR

- AA, "Hollanda'da 200 gündür hükümet kurulamadı", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/hollandada-200-gundur-hukümet-kurulamadi/924214>, (E. T. 17/03/2021).
- AGNEW, John "Remaking Italy? Place Configurations and Italian Electoral Politics under the Second Republic", *Modern Italy*, C. 12, S. 1, 2007.
- BALDINI, Gianfranco, "The Different Trajectories of Italian Electoral Reforms", *West European Politics*, C. 34, S. 3, 2011.
- RASGON, Adam, Israel Has Its 4th National Election in 2 Years. Here's Why, <https://www.nytimes.com/2021/03/17/world/middle-east/israeli-election.html>, (E. T. 17/03/2021).
- BEDOCK, Camille, SAUGER, Nicolas, *Electoral Systems with Majority Bonus as Unconventional Mixed Systems, Representation*, 2014, C. 50, S. 1, s. 99-112
- BEDOCK, Camille, SAUGER, Nicolas, *Electoral Systems with Majority Bonus as Mixed Systems Congrès AFSP*, 2013.
- Carr, Adam, *Greek Republic*, [psephos.adam-carr.net/countries/g/greece/](http://psephos.adam-carr.net/countries/g/greece/), (E. T. 20.01.2021).
- CARR, Adam, *Most Serene Republic of San Marino*, 2021, [psephos.adam-carr.net/countries/s/sanmarino/](http://psephos.adam-carr.net/countries/s/sanmarino/), (E. T. 10.03.2021).
- CHIARAMONTE Alessandro, D'ALIMONTE, Roberto, *The New Italian Electoral System and its Effects on Strategic Coordination and Disproportionality*, *Italian Political Science*, C. 13, S. 1, 2018.
- CHIARAMONTE, Alessandro, *The Unfinished Story of the Electoral Reforms in Italy: The Difficult Attempt to Build a Majoritarian-Style of Government*, 2014, <http://www.sisp.it/files/papers/2014/alessandro-chiaramonte-1827.pdf>, (E. T. 11.03.2021).
- COURTE CONSTITUZIONALE, 2014, <https://dochero.tips/judgment-no-1-year-2014.html>, (E. T. 21.02.2021).
- D'ALIMONTE, Roberto, *The New Italian Electoral System: Majority-Assuring But Minority-Friendly*, *Contemporary Italian Politics*, C.7, S. 3, s. 286-292.
- DIAN, Schefold, *Constitutional Reform and Constitutional Unity*, *The Italian Law Journal*, Special Issue, 2017.

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, 2021, <https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php>, (E. T. 18.03.2021).

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 07/06/1953 Area Italia, 2021, [elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=07/06/1953&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S](https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=07/06/1953&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S), (E. T. 19.01.2021).

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 09/04/2006 Area Italia (escl. Valle d'Aosta), [elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=09/04/2006&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S](https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=09/04/2006&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S), (E. T. 23.02.2021).

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 13/04/2008 Area Italia (escl. Valle d'Aosta), 2021, [elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=13/04/2008&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S](https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=13/04/2008&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S), (E. T. 20.02.2021).

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 18/04/1948 Area Italia, (çevrimiçi) <http://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=18/04/1948&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S>, (E. T. 11.02.2021).

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 24/02/2013 Area Italia, [elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=24/02/2013&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S](https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=24/02/2013&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S), (E. T. 12.01.2021).

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI INTERNI E TERRITORIALI, Camera 24/02/2013 Area Italia, 2021, [elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=24/02/2013&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S](https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=C&dtel=24/02/2013&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S), (E. T. 18.01.2021).

Disposizioni in Materia di Elezione Della Camera Dei Deputati, Legge 6 Maggio 2015.

EKATHIMERINI, Parliament Votes to Change Election Law, 2020, [ekathimerini.com/news/248820/parliament-votes-to-change-election-law/](https://ekathimerini.com/news/248820/parliament-votes-to-change-election-law/), (E. T. 09.03.2021).

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), Report on Electoral Law and Electoral Administration in Europe, 2020.

FUSARO, Carlo, "Party System Developments and Electoral Legislation in Italy (1948-2009)", Bulletin of Italian Politics, C. 1, S. 1, 2009.

GALLAGHER, Michael, 2017, "Election Indices Dataset", [https://www.tcd.ie/Political\\_Science/people/michael\\_gallagher/EISystems/Docts/ElectionIndices.pdf](https://www.tcd.ie/Political_Science/people/michael_gallagher/EISystems/Docts/ElectionIndices.pdf), (E. T. 10.03.2021).

GOLDONI, Marco, Italian Constitutional Referendum: Voting for Structural Reform or Constitutional Transformation?, Verfassungsblogon Matters Constitutional, [verfassungsblog.de/italian-constitutional-referendum-voting-goldoni/](http://verfassungsblog.de/italian-constitutional-referendum-voting-goldoni/), (E. T. 02.02.2021).

GOVERNO ITALIANO PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Governo Berlusconi IV, [governo.it/it/i-governi-dal-1943-oggi/xvi-legislatura-dal-29-aprile-2008-al-23-dicembre-2012/governo-berlusconi](http://governo.it/it/i-governi-dal-1943-oggi/xvi-legislatura-dal-29-aprile-2008-al-23-dicembre-2012/governo-berlusconi/), (E. T. 10.01.2021).

HATZIS, Aristides N., "A Political History of Modern Greece, 1821-2018" Encyclopedia of Law and Economics, C. 39, S. 8, 2019.

HELLENIC PARLIAMENT, Election Results, 2021, [hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Ekloges/Eklogika-apotelesmata-New/#Per-11](http://hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Ekloges/Eklogika-apotelesmata-New/#Per-11), (E. T. 15.01.2021).

HORCASITAS, Juan Molinar, WELDON, Jeffrey A., Reforming Electoral Systems in Mexico, Ed. SHUGART, Matthew Soberg, WATTENBERG, Martin P., Mixed-Member Electoral Systems The Best of Both Worlds?, Oxford, Oxford University Press, 2001.

KOKI, Constandina, LEONARDOS, Stefanos, Coalitions & Voting Power in the Greek Parliament of 2012: A Case-Study, Homo Oeconomicus, C. 19, 2018.

Law 3231/2004 sayılı Kanun Law 3636/2008 ile değiştirilmiştir. (Law for the election of MPs), published on the Official Journal of the Government, ΦΕΚ 45/A/11.2.2004, art. 2, 3, 99 (3) [http://www.dsanet.gr/Epikairothta/Nomothesia/n3231\\_04.htm](http://www.dsanet.gr/Epikairothta/Nomothesia/n3231_04.htm), (E. T. 20.03.2021).

Law 3636/2008 (Law for the election of MPs), published on the Official Journal of the Government, ΦΕΚ 45/A/11.2.2004, [http://www.dsanet.gr/Epikairothta/Nomothesia/n3231\\_04.htm](http://www.dsanet.gr/Epikairothta/Nomothesia/n3231_04.htm), (E. T. 20.03.2021).

- LISI, Marco, TSATSANIS, Emmanouil, Southern Europe and the eurozone crisis: political representation, party system characteristics and the impact of austerity, Ed. FREIRE, André, BARRAGAN, Mélyny, COLLER, Xavier, LISI, Marco, RIVAS, Cristina, TSATSANIS, Emmanouil, Political representation in Southern Europe and Latin America: Crisis or Continuing Transformation?, New York, Routledge, 2020.
- MARTA, Regalia, "Electoral Reform as an Engine of Party System Change", South European Society and Politics, C. 23, S. 1, 2018.
- MAURICE, Duverger, Political Parties: Their Organization and Activity in the Modern State, Methuen, Wiley, 1954.
- MINISTERE DE L'INTERIEUR, Résultats des élections législatives 2017, [interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/election-resultat\\_legislatives-2017/\(path\)/legislatives-2017//FE.html](http://interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/election-resultat_legislatives-2017/(path)/legislatives-2017//FE.html), (E. T. 15.01.2021).
- MITCHELL, Paul, The United Kingdom: Plurality Rule Under Siege, The Politics of Electoral Systems, Ed. by. GALLAGHER, Michael, MITCHELL, Paul, New York, Oxford University Press, 2005.
- MORGAN, Philip, Italian Facism 1915-1945, 2. bs., New York, Palgrave Macmillan, 2004.
- ORTONA, Guido, OTTONE, Stefania, PONZANO, Ferruccio, "A Simulative Assessment of The Italian Electoral System", Department of Public Policy and Public Choice – POLIS, 2005.
- OSCE, Greece Early Parliamentary Elections 6 May 2012, 2012, [osce.org/odihr/elections/92460](http://osce.org/odihr/elections/92460), (E. T. 10.02.2021).
- OSCE, Republic of San Marino Early Parliamentary Elections, 2016, [osce.org/files/f/documents/f/3/280341.pdf](http://osce.org/files/f/documents/f/3/280341.pdf), (E. T. 25.02.2021).
- PASSARELLI, Gianluca, Electoral Systems in Context: Italy, Ed. HERRON, Erik S. PEKKANEN, Robert J., SHUGART, Matthew S., The Oxford Handbook of Electoral Systems, New York, Oxford University Press, 2018.
- PATRIKIOS, Stratos, KARYOTIS, Georgios, "The Greek Parliamentary Election of 2007", Electoral Studies, V. 27/2, 2008, s. 356–359.
- PIATTONI, Simona, GIGLIOLI, Matteo Fabio Nels, Does Changing Electoral Systems Affect (Corrupt) Particularistic Exchanges?

Evidence from the Italian Case, *Politics and Governance*, C. 7, S. 2, 2020.

POLITICAL DATABASE OF AMERICAS, United Mexican States Election Results, <https://Politi/pdba.georgetown.edu/Elec-data/Mexico/mexico.html>, (E. T. 20.02.2021).

RENWICK Alan, *The Politics of Electoral Reform: Changing the Rules of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

REYNOLDS, Andrew, REILLY, Ben, *The International IDEA Handbook of Electoral System Design*, SRM Production Services, Malaysia, 2002.

SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, BALLOTTAGGIO- 4 Dic. 2016- Risultato Generale, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/elezioni-del-20112016/risultati-ballotaggio-4-dic-2016/generale.html, (E. T. 21.02.2021).

SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, Risultati Generale 2019, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/elezioni-del-08122019/risultati/articolo26013816.html, (E. T. 21.02.2021).

SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, Risultato generale elezioni del 11/11/2012, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/elezioni-del-11112012.html, (E. T. 21.02.2021).

SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, Risultato generale elezioni 9/11/2008, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/elezioni-del-09112008.html, (E. T. 21.02.2021).

SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI ESTERI SAN MARINO, Sistema Elettorale Vigente Nella Repubblica di San Marino, elezioni.sm/on-line/home/elezioni-politiche/sistema-elettorale.html, (E. T. 20.02.2021).

SOLAK, Mehmet, "İstikrarsız Hükümetler ve Sürekli Reform Arayışı: İtalya'da Parlamenter Sistem", Ed. YAPICI KAYA, Havvana, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem (Almanya, Güney Afrika, Hindistan, İngiltere, İtalya ve Japonya Örnekleri), TBMM Basımevi, Ankara, 2015.

- STRATFOR, How Electoral Reform Effect Italian Politics, 6 May 2015, <https://worldview.stratfor.com/article/how-electoral-reform-will-affect-italian-politics>, (E. T. 15.03.2021).
- TBMM, Hükümetler Listesi, 2021, [tbmm.gov.tr/kutuphane/e\\_kaynaklar\\_kutuphane\\_hukümetler.html](http://tbmm.gov.tr/kutuphane/e_kaynaklar_kutuphane_hukümetler.html), (E. T. 10.01.2021).
- TEKİN, Abdurrahman, Yunanistan, Ed. TEKİN, Abdurrahman, TEMEL, Ömer, CENGİZ, İlyas Fırat, Osmanlı Ardıl Devletlerinin Siyasal Sistemleri, 2. Bs., Ankara, Adalet, 2020.
- TRIDIMAS, George, "Political Economy Perspectives of the Fall of the Greek Monarchy", Democracy and an Open-Economy World Order, Ed. BITROS, George C., KYRIAZIS Nicholas C., Cham, Springer, 2017.
- TSATSANIS, Emmanouil, TEPEROGLOU, Eftichia, Greece's coalition governments: Power sharing in a majoritarian democracy, Ed. EVANS, Matt, Coalition Government as a Reflection of a Nation's Politics and Society, New York, Routledge, 2019.
- UK PARLIAMENT, General Election 2019: Full Results and Analysis, [commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8749/](https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8749/), (E. T. 15.01.2021).
- WILLS, Mark, Et Tu, Brute? Is the Italian Referendum the Second Act of the European Union's Tragedy?, 2016, s. 2, <https://www.ssga.com/publications/investment-quarterly/2016/et-tu-brute-is-the-italian-referendum-04102016.pdf>, (E. T. 11.03.2021).





## MANEVİ HAKLARIN TÜRK TELİF HUKUKUNDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN\*

Av. Banu Eylül YALÇIN\*\*

### Öz

Türkiye’de telif haklarının korunmasına ilişkin ilk kanunî düzenlemeler, 19’uncu yüzyılda kabul edilmiştir. Bugün, Türk telif hukukunda, eser sahipleri için altı geniş manevi hak grubu tanınmaktadır: i) umuma arz hakkı; ii) eser sahibi olarak tanıtılma hakkı; iii) eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı; iv) eserin aslına ulaşma hakkı; v) eseri tahrip etmeyi önleme hakkı ve vi) sergileme hakkı. Türk hukukunda icracı sanatçılara da icra sahibi olarak tanıtılma hakkı ve icrada değişiklik yapılmasını önleme hakkı tanınmıştır.

Bu makalenin amacı, manevi hakların Türkiye’deki tarihî gelişimini incelemektir. Bu amaçla, makalede Osmanlı İmparatorluğu dönemine kadar uzanan manevi hakların tarihî gelişimi incelenmektedir. Buna ilaveten, cumhuriyet döneminde kabul edilen altı tür manevi hak ve her bir hakkın mevcut olduğu ölçüde yargı kararlarındaki yorumu ele alınmaktadır. Son olarak makalede, Türk telif hukukundaki manevi haklar kavramının teorik ve pratik çerçevesi çizilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Telif Hakkı • Manevi Haklar • FSEK • Encümen-i Daniş Nizamnamesi •  
Hakk-ı Telif Kanunu

\* Daire Başkanı (Hâkim), Türkiye Adalet Akademisi, Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Ankara, Türkiye | Head of Department (Judge), Justice Academy of Turkey, Department of Foreign Affairs, Ankara, Turkey.

✉ hkytekin@gmail.com • ORCID 0000-0003-1050-4272

\*\* Avukat, Ankara Barosu, Ankara, Türkiye | Qualified lawyer, Ankara Bar Association, Ankara, Turkey.

✉ eylulyalcin96@gmail.com • ORCID 0000-0002-1865-6855

📖 **Atıf Şekli** | Cite As: YILMAZTEKİN Hasan Kadir / YALÇIN Banu Eylül, “Manevi Hakların Türk Telif Hukukundaki Tarihî Gelişimi”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1813-1866.

📖 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## HISTORICAL DEVELOPMENT OF MORAL RIGHTS IN TURKISH COPYRIGHT LAW

### Abstract

In Turkey, early statutory arrangements for the protection of copyright were drafted in the 19th century. Today, Turkish copyright law provides six broad categories of moral rights for authors. These are: i) the right of disclosure; ii) the right of attribution-paternity; iii) the right of integrity; iv) the right of access; v) the right to prevent destruction; and vi) the right of exhibition. Under Turkish law, performers are also granted 'the right of attribution-paternity' and 'the right of integrity'.

The object of this article is to analyze the historical transformation of the moral rights in Turkey. To this end, this article explores the historical development of moral rights by going as far as back to the era of the Ottoman Empire. It additionally examines six types of moral rights that has been adopted in the republican period by presenting the judicial exegeses of each right, where available. Finally, the theoretical and practical framework of the concept moral rights under Turkish copyright law is portrayed by the article.

### Key Words

Copyright • Moral Rights • LIAW • Council of Science Act of 1850 • Copyright Act 1910

## GİRİŞ

Manevi haklar, fikrî ürünlerinin bütünlüğünü ve eser sahiplerinin itibarlarını korumanın yanı sıra yaratıcı kişiliklerine yönelik tanıma sağlamaktadır.<sup>1</sup> Modern anlamda manevi hakların ortaya çıkışı, Fransız hukukuna ait bir terim olan *le droit d'auteur* (eser sahiplerinin hakları) kavramına kadar uzanmaktadır.<sup>2</sup> Eser sahiplerinin hakları, esasen Aydınlanma Çağı'ndan sonra ortaya çıkmış ve ilk olarak 1791 ve 1793 yıllarında kabul edilen kanunlarda 'ilmi ve edebi mülkiyet' olarak düzenlenmiştir.<sup>3</sup> Bu kavram, bir fikrî ürünü, eser sahibinin kişiliğinin/benliğinin ve ruhunun bir yansıması olarak gören rasyonalist felsefenin bir sonucu olarak

<sup>1</sup> DAVIES, Gillian/ GARNETT Kevin, *Moral Rights*, Sweet & Maxwell, 2010, s. 3.

<sup>2</sup> ADENEY, Elizabeth, *The Moral Rights of Authors and Performers: An International and Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2006, s. 165; DAVIES/GARNETT, s. 16.

<sup>3</sup> ADENEY, s. 165.

ortaya çıkmıştır.<sup>4</sup> O dönemde, bir eserin izinsiz kullanılması eser sahibinin ruhuna bir saldırı olarak görülmekteydi. Bu anlayış, eserin korunması ile eser arasında manevi bir bağ olduğu varsayımına dayanıyordu. Bu nedendir ki, yeterli yaratıcılığa sahip olmayan eserlerin *droit d'auteur* korumasından yararlanamayacağı kabul edilmişti. 'İnsanın en kutsal hakkı' olarak görüldüğü için, bir fikrî ürünün eser sayılıp sayılmayacağını belirlerken her halde doğuştan getirilen bu yaratıcılık özelliğine ilişkin normatif bir değerlendirme yapılması gerekiyordu.<sup>5</sup> Manevi haklar kavramı (*droit moral/droits moraux*), işte bu reformist kökenlerinden başlayarak 19'uncu yüzyıl boyunca Fransız mahkemelerinin içtihatlarında 'imtiyazların ayrıntılı açıklanması (yorumlanması)' yoluyla gelişti.<sup>6</sup> Bu haklar, 20'nci yüzyılın ilk yarısında kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin telif hukuku düzenlemelerine de kademeli olarak dahil edilmiştir.

Manevi hakların eser sahiplerini korumak için hukukî bir dayanak olarak tesisinden sonra, bugün için beş ana manevi hak kategorisi kabul edildiğini görmek mümkündür: i) eser sahibi olarak tanıtılma hakkı (*droit de paternité*),<sup>7</sup> ii) umuma arz hakkı (*droit de divulgation*),<sup>8</sup> iii) eserin bütünlüğünü koruma hakkı (*droit à l'intégrité*),<sup>9</sup> iv) eseri geri çekme hakkı (*droit*

<sup>4</sup> NEWMAN, Simon, "The Development of Copyright and Moral Rights in the European Legal Systems", *European Intellectual Property Review*, Cilt: 33, Sayı: 11, 2011, s. 682.

<sup>5</sup> NEWMAN, s. 682.

<sup>6</sup> SARRAUT, Raymond, "Current Theory on the Moral Right of Authors and Artists under French Law", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 16, Sayı: 4, 1968, s. 486, 465; ADENEY, s. 165.

<sup>7</sup> Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, korunan eser üzerinde eser sahipliği iddia edebilme hakkıdır (bkz. DAVIES/GARRET, s. 5).

<sup>8</sup> Umuma iletim hakkı, eserin ne zaman kamuoyuna sunulmaya hazır olduğunu ve eserin hangi biçimde kamuya sunulacağını belirleme hakkıdır (bkz. DAVIES/GARRET, s. 5).

<sup>9</sup> Eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkı, eser sahibinin onuruna veya itibarına zarar verecek şekilde eserin bozulmasını, tahrif edilmesini veya başka bir şekilde değiştirilmesini önleme hakkıdır (bkz. DAVIES/GARRET, s. 6).

*au retrait et droit au repentir*),<sup>10</sup> ve v) esere erişim hakkı (*droit d'accès*).<sup>11</sup> Bu haklar, artık dünya çapında 162 farklı yargı alanında çeşitli derecelerde, geniş çapta tanınmaktadır.<sup>12</sup> Bazı manevi haklar – eser sahibi olarak tanıtılma hakkı ve eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı – Bern Sözleşmesi'nin 6bis maddesinde uluslararası düzenlemeye kavuşmuştur.<sup>13</sup> 1996 yılında imzalanan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi (WPPT), icracı sanatçılar bakımından ilk kez bazı manevi haklara uluslararası koruma öngörmüştür.<sup>14</sup>

Kıta Avrupası hukukunun önde gelen iki ülkesi olan Fransa ve Almanya, günümüzde manevi haklar konusunda iki farklı yaklaşıma sahiptir. Fransız fikri mülkiyet hukukunda korunan manevi haklar, şu şekildedir: i) eser sahibi olarak tanıtılma hakkı (*droit de paternité*);<sup>15</sup> ii) umuma arz hakkı (*droit de divulgation*);<sup>16</sup> iii) eserin bütünlüğünü koruma hakkı (*droit à l'intégrité*);<sup>17</sup> iv) geri çekme hakkı (*droit au retrait et droit au repentir*);<sup>18</sup> ve v) erişim hakkı (*Droit d'accès*).<sup>19</sup> Fransa'da manevi haklar doğaları gereği

<sup>10</sup> Geri çekme hakkı, eseri kamuya yaymaktan ve kamu kullanımından geri çekme hakkıdır (bkz. DAVIES/GARRET, s. 6).

<sup>11</sup> Erişim hakkı, eserin asıl sahibinden eserin aslına veya kopyasına erişim talep etme hakkıdır (bkz. DAVIES/GARRET, s. 6).

<sup>12</sup> DAVIES/GARRET, s. 4, dipnot 4.

<sup>13</sup> Bern Sözleşmesi, 6bis maddesi: “Eser sahibinin mali haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonra dahi, eser sahibi, eseri üzerindeki sahipliğini ileri sürmek ve eserinin her türlü tahrifine, bozulmasına veya diğer değişikliklerine veya şeref veya itibarına zarar verebilecek her türlü küçük düşürücü fiillere itiraz etme hakkına sahip olacaktır.”

<sup>14</sup> WPPT, Madde 5/1: “Sanatçıların mali haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devredilmesinden sonra dahi, icracı sanatçılar, canlı sesli icralar ya da fonogramlar üzerine tespit edilmiş icralar ile ilgili olarak, icranın kullanım şekli bu ifadenin ortadan kaldırılmasını gerektirmedikçe, icracı sanatçı kendi eserlerinin icracısı olarak tanımlanma hakkını muhafaza eder ve icranın kendi itibarını halel getirecek şekilde tahrif edilmesine, bozulmasına ve herhangi bir şekilde değiştirilmesine muhalefet etme hakkını muhafaza eder.”

<sup>15</sup> Fikri Mülkiyet Kanunu (Code de la Propriété Intellectuelle (CPI)) m. L. 121-1.

<sup>16</sup> CPI m. L.121-2.

<sup>17</sup> CPI L. 121-1 al.1. Fransız hukukunda saygı hakkını düzenleyen başka birçok hüküm vardır: Görsel işitsel eserler için m. 121-5 al. 3; halka açık olarak tiyatro, sinema, televizyon kanalları, dijital sunucular aracılığıyla icra edilebilecek eserler için m. 132-22; yayıncılık sektörü için m. 132-11 al. 2.

<sup>18</sup> CPI m. L. 121-4.

<sup>19</sup> CPI m. 111-3. Bu hükümlere ilişkin yorumlar için bkz. DAVIES/GARNETT, s. 365-402; ADENEY, s. 163-215.

ebedi bir şekilde korunmaktadır. Ayrıca, bu haklardan feragat etmek veya hakları devretmek mümkün değildir.<sup>20</sup>

Öte yandan, Alman Telif Hakkı Kanunu tarafından korunan manevi haklar, şu şekilde sıralanabilir: i) umuma arz hakkı, ii) eser sahibi olarak tanıtılma hakkı ve iii) eserin bütünlüğünü koruma hakkı.<sup>21</sup> Buna ek olarak, Alman hukuku, eser sahiplerinin edebi, ilmî veya sanatsal fikirleri değiştiğinde eserlerini geri çekmelerine imkân tanımaktadır.<sup>22</sup> Fransız hukuku, mali ve manevi hakları ayrı hak kategorileri olarak görürken, Alman hukuku, eser sahiplerinin hem manevi hem de mali haklarının birbirlerinden ayırlamayacak kadar içe içe geçtiği ‘tekçi bir yaklaşım’<sup>23</sup> benimsemiştir. Bu, yalnızca manevi hakların devredilemeyeceği veya feragat edilemeyeceği anlamına gelmemektedir; bir bütün olarak telif hakkının da devredilemez veya feragat edilemez nitelikte olduğu anlamına gelmektedir.<sup>24</sup> Bu farklılığın bir sonucu olarak, Fransa’daki düzenlemenin aksine, Almanya’da manevi haklar sonsuza kadar korunmakta ve koruma eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl devam etmektedir.<sup>25</sup>

Tarihî olarak, Anglosakson hukuk dünyasının manevi hakların korunması bakımından Fransız *le droit d’auteur* geleneğinden ayrıldığı söylenebilir. Fransızların manevi, dokunulmaz, devredilemez ve teorik olarak ebedi olan *le droit d’auteur* kavramı, Anglosakson hukuku nezdinde kabul edilemez bulunmuştur. Bu ayrışmanın temel sebebi, Anglosakson

<sup>20</sup> CPI m. L 121-1. Bu, en yüksek Fransız Temyiz Mahkemesi’nin bir Amerikan kara filmi olan ‘The Asphalt Jungle’ın Fransız televizyonlarında renkli versiyonunun yayınlanmasını yasaklamasına yol açmıştır. Mahkeme, filmin renkli versiyonunun yayınlanmasının filmin senaryo yazarı ve yönetmeninin eserin bütünlüğünü koruma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Gerek yazar gerekse de yönetmen ABD yasalarına göre manevi haklarından feragat ettiklerine dair sözleşmeler imzalamış olsa da, mahkeme bu tür bir feragatnamenin Fransız kanunlarına göre geçersiz olduğuna karar vermiştir.

<sup>21</sup> Urheberrechtsgesetz § 12-14.

<sup>22</sup> Urheberrechtsgesetz § 42.

<sup>23</sup> Alman duayen hukuk profesörü Eugen Ulmer bu teoriyi açıklamak için “aynı ağacın iki dalı” metaforunu kullanmıştır. Bkz. ULMER, Eugen, Urheber-und Verlagsrecht, 3. Baskı, Springer-Verlag, 1980, s. 116-117.

<sup>24</sup> Urheberrechtsgesetz § 7[1].

<sup>25</sup> Urheberrechtsgesetz § 64.

hukuk sistemindeki telif hakkının Rönesans dönemindeki kraliyet sansürü sonucu ortaya çıkan bir hukukî kurum olması ve teknik değişimlere pragmatik bir yanıt olarak gelişmiş olmasıdır. Bununla birlikte, manevi hakların korunması fikri, Anglosakson hukuk sistemine hiçbir zaman tamamen yabancı olmamıştır. Nitekim eski tarihli *Millar v Taylor* davasında,<sup>26</sup> eser sahibi ile eser arasında bazı şahsî ve manevi bağlantılar olduğu kabul edilmiştir. İngiliz tarihinin en saygın hâkimlerinden biri olan Lord Mansfield, bu davada, telif hakkının mali haklar ile kişilik (manevi) haklarının bir karışımı olduğunu belirtmiştir.<sup>27</sup>

*Millar v Taylor* davasından uzun bir süre sonra Birleşik Krallık'ta manevi haklara, farklı yöntemler aracılığıyla sınırlı bir koruma getirildiğini gözlemek mümkündür. Bu yöntemler arasında; sanatçılara çizimlerinin izinsiz olarak değiştirilmesine veya eserlerin üzerine sahte imza atılmasına karşı koruma sağlanması<sup>28</sup>; eser sahipliğinin yanlış bir şekilde başkasına atfedilmesine karşı genel bir hak sağlanması<sup>29</sup>; yayım hakkı<sup>30</sup>; işleme hakkı<sup>31</sup>; sözleşme hukuku; passing-off (Birleşik Krallık hukukuna özgü haksız rekabete benzeyen bir doktrin) ve hakaretlere karşı sağlanan koruma bulunmakta idi.<sup>32</sup> Bu sebeple, Birleşik Krallık'taki manevi hakların korunmasına ilişkin bu hükümlerin, Bern Sözleşmesi'nin 6bis maddesinin gereklerini yerine getirmek için yeterli olduğu ve bu hususta özel bir kanun hükmüne gerek olmadığı ileri sürülmüştür. Bu konu, ABD'de halen tartışılmaktadır. İngiliz hukukunda manevi hakların kanunen düzenlenmesi nihayetinde Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) kabulü ile gerçekleşmiştir.<sup>33</sup> CDPA, Bölüm IV'te manevi haklar şu şekilde tanımlanmaktadır: i) eser sahibi veya yönetmen olarak

<sup>26</sup> *Millar v. Taylor*, 1769, 4 Burr. 2303.

<sup>27</sup> *Millar v. Taylor*, 1769), 4 Burr. 2303; 98 Eng. Rep. (K.B. 1769) 201, 252, 253. Bkz. DAVIES/GARNETT, s. 14.

<sup>28</sup> Copyright Act 1956 ile değiştirilip genişletilen Fine Arts Copyright Act 1862, s. 43.

<sup>29</sup> Copyright Act 1956, s. 43.

<sup>30</sup> e.g. *Doyle v Wright* [1928-35] MCC 243 (Ch 191) (Eng).

<sup>31</sup> Bkz. DWORKIN, Gerald, "The Moral Rights of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries", 19 Colum-VLA JL & Arts 229, 1994.

<sup>32</sup> NEWMAN, s. 683.

<sup>33</sup> Bu hükümlerle ilgili inceleme için bkz. DAVIES/GARNETT, s. 79-336; ADENEY, s. 368-440.

tanıtılma hakkı;<sup>34</sup> ii) eserde onur kırıcı değişiklik yapmaya itiraz etme hakkı;<sup>35</sup> iii) bir eserin eser sahibi veya yönetmeni olarak yanlış bir şekilde kendisine atfedilmesini önleme hakkı;<sup>36</sup> iv) belirli fotoğraf ve filmlerle ilgili olarak mahremiyet hakkı.<sup>37</sup> Birleşik Krallık'ta manevi haklar, ilgili esere tanınan koruma süresince korunmaktadır. Ancak, eser sahipliğinin yanlış atfedilmesini önleme hakkı, yanlış bir şekilde ismi eserde zikredilen kişinin ölümünden sonra yalnızca 20 yıl sürmektedir. Birleşik Krallık telif hukuku, manevi haklar bakımından tamamen farklı bir yaklaşım benimsemektedir. Buna göre manevi haklar, devredilemez niteliktedir ancak bu haklardan feragat etmek mümkündür.<sup>38</sup>

Türkiye'de telif haklarının korunmasına ilişkin ilk kanunî düzenlemeler 19'uncu yüzyılda gerçekleşmiştir. Bugün, Türk telif hukukunda, eser sahipleri için altı manevi hak tanınmaktadır: i) umuma arz hakkı;<sup>39</sup> ii) eser sahibi olarak tanıtılma hakkı;<sup>40</sup> iii) eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı;<sup>41</sup> iv) eserin aslına ulaşma hakkı;<sup>42</sup> v) eseri tahrip etmeyi önleme hakkı;<sup>43</sup> ve vi) sergileme hakkı.<sup>44</sup> Türk hukukunda icracı sanatçılara da icra sahibi olarak tanıtılma hakkı ve icrada değişiklik yapılmasını önleme hakkı tanınmıştır.<sup>45</sup>

Bu makalenin amacı, manevi hakların Türkiye'deki tarihî gelişimini incelemektir. Bu amaçla, ikinci bölümde Osmanlı İmparatorluğu döneminde kabul edilen manevi haklar, tarihî gelişim çizgileri içinde incelenmektedir. Üçüncü bölümde, cumhuriyet döneminde kabul edilen altı tür manevi hak, bunlara özgü yargı kararlarındaki yorumlarıyla birlikte ele

<sup>34</sup> CDPA, s. 77-99.

<sup>35</sup> CDPA, s. 80-83.

<sup>36</sup> CDPA, s. 84.

<sup>37</sup> CDPA, s. 85.

<sup>38</sup> CDPA, s. 87.

<sup>39</sup> FSEK, m. 15.

<sup>40</sup> FSEK, m. 16.

<sup>41</sup> FSEK, m. 16.

<sup>42</sup> FSEK, m. 17/1.

<sup>43</sup> FSEK, m. 17/2.

<sup>44</sup> FSEK, m. 17/3.

<sup>45</sup> FSEK, m. 80/1-(A)(1).

alınmaktadır. Son olarak dördüncü bölüm, Türk telif hukukundaki manevi hakların sağladığı korumanın kavramlaştırılması konusuna ayrılmıştır.

## I. OSMANLI ETKİLERİ

### A. İlk Adımlar

Manevi haklar, tarihî olarak ilk Türk telif hakkı kanunlarında nasıl düzenlendi ve bu kanunların temel felsefelerinde ne şekilde yer buldu? Türkiye’de telif hakkının geçmişi Osmanlı Devleti’ne kadar uzanmaktadır.<sup>46</sup> Türkiye’de telif hakkına ilişkin ilk düzenlemeleri incelemeyen önce, Osmanlı hukuk sisteminin nasıl şekillendiğini anlamak önem arz etmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu’nda, kural olarak, tüm imparatorlukta geçerli olan tek bir hukuk sistemi mevcuttu. Kişinin şahsi hallerini ilgilendiren hukuki durumlarda İslam hukukunun uygulanması gibi, diğer yabancı hukuk sistemlerinin uygulanacağı bazı alanlar da bulunmaktaydı.<sup>47</sup> Osmanlı hukuku, Tanzimat’a kadar, esas olarak iki temel kaynağa dayanıyordu: İslam hukuku (*şeriat*) ve padişah tarafından şeriat dışı alanda İslam yararına konulan hükümleri içeren örf hukuku.<sup>48</sup> İslam hukuku,

<sup>46</sup> Telif hakkı korumasının ilk biçimleri bir ödül, tekel veya teşvik şeklinde olabilmekteydi. Örneğin Fatih Sultan Mehmet, geçimlerini sağlayabilmeleri için yaklaşık 30 şaire maaş veriyordu. AKAY, Tolga, Osmanlı Devleti’nde Fikri Mülkiyet (1850-1914), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Ana Bilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, Kayseri, 2015, s. 68, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>. Kanuni Sultan Süleyman iktidarı sırasında, saygın bir şair ve Sultan’ın yakın arkadaşı olan Bakî, şeyhülislam olmaya çok yaklaşmış ancak alamamıştır. İNALCIK, Halil, Şair ve Patron, 4. Baskı, Ankara, Doğu-Batı Yayınları, 2011, s. 22. Üçüncü Sultan Murad, 1954 yılında Brantoon ve Orazio Bandini adlı iki azınlık tüccarına devlet sınırları içinde sınırlı sayıda kitap ticareti yapmak üzere imtiyaz verilmesi için bir ferman çıkarmıştır. Bu imtiyaz Türkçe, Arapça ve Farsça kitaplar ile sınırlı olarak verilmiştir. Ferman için bkz. PEKTAŞ, Nil, Beginnings of Printing in the Ottoman Capital: Book Production and Circulation in Early Modern Istanbul, Osmanlı Bilimi Araştırmaları, Cilt: XVI/2, 2015, s. 12.

<sup>47</sup> Bkz. KARPAT, Kemal/ ZENS, Robert, Ottoman Borderlands: Issues, Personalities and Political Changes, Center of Turkish Studies, University of Wisconsin Press, 2003.

<sup>48</sup> HANİOĞLU, M Şükrü, A Brief History of the Late Ottoman Empire, Princeton University Press, 2008, s. 18.



kişilik hakları, aile hukuku, miras hukuku, ticaret hukuku ve borçlar hukuku gibi alanlarda uygulanıyordu.<sup>49</sup> Uygulamada, bu meselelerden doğan uyuşmazlıklar fıkha dayalı olarak çözülmüyordu. Yine Osmanlı uygulamasında, fikhî hükümler, ceza kanunu olarak kabul edilmişti, ancak padişah kanunnameleri de bu alanı düzenlemek için ana kaynak olarak kullanılmıştır.<sup>50</sup> Padişah, örfî hukuk koyma yetkisini, İslam hukukuna uygunluğun sağlanması amacıyla Şeyhülislam'dan fetva alarak ve fermanlar aracılığıyla kullanmıştır.<sup>51</sup> Yasama yetkisi kullanılırken kamu yararını koruma ve adalet ilkeleri esas alınmıştır.<sup>52</sup> Padişah, yasama yetkisini, *yasaknâmeler* (bazı fiilleri yasaklayan veya yeni durumlar için çıkarılan düzenlemeler<sup>53</sup>), *adaletnâmeler* (devlet otoritesini temsil edenlerin, reâyâ'ya karşı bu otoriteyi kötüye kullanmalarını yasaklayan ve İslam hukuku, kanun ve adalet sınırları dahilinde hareket etmelerini emreden düzenlemeler<sup>54</sup>), *kanunnâmeler* (padişah tarafından konulan kanunları derleyen ve ilgilileri uygulamaya yetkili kılan ferman hükümleri<sup>55</sup>) ve kadılar için çıkarılan *tevki'ler* (belirli kanunları kadılara tebliğ eden hükümler<sup>56</sup>) şeklinde kullanabiliyordu. Padişah tarafından bazı vilayetler için de idare hukuku, vergi hukuku ve benzeri alanlarda düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Bu bölgesel düzenlemeler, mahalli örf ve gelenekleri dikkate olarak oluşturulmuştur.<sup>57</sup> İşte, padişahın İslam hukuku dışında cemiyetin hayrı için sırf kendi iradesine dayanarak çıkardığı bu kanunlar (*lex principis*) örf hukukunu oluşturmuştur.<sup>58</sup> Bu ikili hukuk düzeni içinde, telif hakkını düzenleyen ilk kanun nasıl ortaya çıkmıştır?

<sup>49</sup> HANİOĞLU, s. 18.

<sup>50</sup> HANİOĞLU, s. 18.

<sup>51</sup> ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Nihal, Türk Hukuk Tarihi, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 226-227.

<sup>52</sup> İNALCIK, Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, 1958, s. 104.

<sup>53</sup> İNALCIK, s. 124.

<sup>54</sup> İNALCIK, Halil, Adâletnâmeler, (Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet içinde), 11. Baskı, İstanbul, Kronik Yayınları, 2020, s. 95.

<sup>55</sup> İNALCIK, s. 124; ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 227.

<sup>56</sup> İNALCIK, s. 124.

<sup>57</sup> HANİOĞLU, s. 18.

<sup>58</sup> İNALCIK, s. 103.

Telif hakkı, İslam hukukunda tanınıyordu ve hala da tanınmaktadır. Ancak, bu hak İslam hukukunda satılabilen veya devredilebilen bir mal olarak düşünülmemiştir. Telif hakkı şahsi veya aynî bir hak olarak da görülmemiştir. Bu hak, ilk olarak bilimi ve sanatı teşvik etmek için tanınmış olup sahibine, eserin çoğaltılmasından ve satışından elde edilen gelirden pay alma hakkı tanımıştır. Bunlar, bu amaca matuf manevi mal olarak düşünülümüştür.<sup>59</sup> Hukuk tarihçilerinin Türkiye’deki fikri mülkiyet hukukunun tarihi üzerine yapmış olduğu araştırmalar çok az olduğu için,<sup>60</sup> Osmanlı İmparatorluğu’nda telif hakkıyla ilgili İslam hukukunun uygulandığı bir dava bugüne kadar bildirilmemiştir.

Genellikle, telif hakkının ortaya çıkışının matbaanın bulunmasıyla başladığı söylenmektedir. Peki Türkiye’de telif hakkı düzenlemelerinin ortaya çıkışında matbaanın icadının herhangi bir etkisi olmuş mudur? Matbaa, Osmanlı İmparatorluğu’na ilk olarak İstanbul’daki Sefarad Yahudileri tarafından 1493 yılında getirilmiştir.<sup>61</sup> 18’inci yüzyıla kadar matbaa yalnızca gayrimüslimler tarafından kullanılmıştır.<sup>62</sup> İlk Türk matbaası

<sup>59</sup> KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, İz Yayıncılık, Cilt: 3, 2003, 9-10 dipnot 1 ve 22.

<sup>60</sup> Bu konuda sadece iki çalışmadan bahsedilebilir: ÇAKMAK, Diren, Osmanlı İmparatorluğu’nun Kapitalistleşme Tecrübesi ve Telif Haklarının Gelişimi, Libra Yayınları ve AKAY, Tolga, Osmanlı Devleti’nde Fikri Mülkiyet (1850-1914) (Yayınlanmamış Doktora Tezi), <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.

<sup>61</sup> İstanbul’daki ilk Yahudi yayınevleri hakkında bilgi için bkz. ASHER, Jacob/ Marx, Alexander, *The First Book Printed in Constantinople: An Original Leaf of Jacob ben Asher’s ‘Arba’ah Turim’*, Constantinople, 1493, Oxford University Press, 1946.; BEN-NAEH, Yaron, “Hebrew printing houses in the Ottoman Empire”, in *Jewish Journalism and Printing Houses in the Ottoman Empire and Modern Turkey*, (Editör NASSİ, Gad), İstanbul, The Isis Press, 2001, s. 35–82; SIMON, Rachel, “The Contribution of Hebrew Printing Houses and Printers in Constantinople to Ladino Culture and Scholarship”, *Judaica Librarianship*, Cilt: 16/17, 2011, s. 125-135. Diğer tarihçiler, İstanbul’da ilk matbaanın kurulduğu tarih için 1493-1495 yılları arasında farklı tarihler ileri sürmektedir. Bu görüşler için bkz: BERKES, Niyazi, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, 2017, s. 58; ALTUNTEK, Serpil, “İlk Türk Matbaasının Kuruluşu ve İbrahim Müteferrika”, *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, Temmuz 1993, s. 191-204; 192; LEWIS, Bernard, *The Emergence of Modern Turkey*, Oxford University Press, 1968, s. 50.

<sup>62</sup> PEKTAŞ, s. 13-27.

bu dönemde iki kişinin çabalarıyla ortaya çıkmıştır.<sup>63</sup> Bunlardan ilki, 1720’de Osmanlı Büyükelçisi olarak Paris’e giden ünlü Yirmisekiz Mehmet Çelebi’nin oğlu olan Said Çelebi’dir. Said Çelebi, babasına Paris yolculuğunda eşlik etmiştir. Fransa’da bulunduğu süre boyunca Said Çelebi, matbaacılık sanatına ilgi duymuş ve orada matbaanın yararlı olduğuna da ikna olmuştur.<sup>64</sup>

Said Çelebi, İstanbul’a döndüğünde, Türk matbaasının gerçek kurucusu ve ilk yöneticisi olan Macar asıllı İbrahim Müteferrika’nın da matbaaya karşı benzer bir ilgisi bulunduğunu keşfetmiştir.<sup>65</sup> İbrahim Müteferrika, Said Çelebi ile birlikte matbaanın faydalarına dair hazırlamış olduğu *Vesilet-üt-Tıbaa* isimli risaleyi Sadrazam’a sunmuştur. Bir matbaa açılması yönündeki taleplerini de risaleye eklemiştir.<sup>66</sup> Bu talep üzerine, Sadrazam meseleyi Şeyh-ül İslam’a havale etmiştir. Şeyh-ül İslam, İbrahim Müteferrika’nın risalesiyle ikna olarak, din dışındaki konularda Türkçe kitap basılmasına izin veren bir fetva yayımlamıştır.<sup>67</sup> Nihayet Temmuz 1727’de, fetvaya dayanarak hazırlanan padişah fermanıyla, bu tür kitapları basmak üzere ilk Türk matbaasının kurulmasına izin verilmiştir.<sup>68</sup> Bu matbaada ilk kitap, 1729’da basılmıştır. Ancak telif hakkıyla ilgili hüküm içeren ilk kanunî düzenlenme, matbaanın kuruluşundan yaklaşık bir yüzyıl sonra kabul edilmiştir. Bu husus düşünüldüğünde, matbaanın kurulmasının telif hakkına dair ilk kanunî düzenlemenin kabulünde bir etkisinin olmadığı söylenebilir.

19’uncu yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu önemli ölçüde modernleşme ve Avrupalılaşmaya doğru yön değiştirmiştir. Osmanlı İmparatorluğu’nda en köklü reformlar Tanzimat döneminde gerçekleştirilmiştir.<sup>69</sup> Reformlar, 1839 yılında başlamış, ardından 1856’da ikinci dalga

<sup>63</sup> BERKES, s. 56; LEWIS, s. 50; UZUNÇARŞILI, İbrahim Hakkı, Osmanlı Tarihi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Cilt IV, Bölüm: 1, 2011, s. 158.

<sup>64</sup> BERKES, s. 56; LEWIS, s. 50; UZUNÇARŞILI, s. 158.

<sup>65</sup> LEWIS, s. 50-51; UZUNÇARŞILI, s. 159.

<sup>66</sup> BERKES, s. 57; LEWIS, s. 51; UZUNÇARŞILI, s. 159.

<sup>67</sup> UZUNÇARŞILI, s. 159-160.

<sup>68</sup> Modern Türk alfabesiyle yazılmış bu fermanın bazı kısımları için bkz. UZUNÇARŞILI, s. 160, dipnot 2.

<sup>69</sup> HANİOĞLU, s. 91.

gerçekleşmiş ve 1879'da da sona ermiştir.<sup>70</sup> Tanzimat, önemli ekonomik, idari, hukuki, eğitimsel, teknolojik, politik ve kültürel değişiklikler ve bu değişikliklerin getirdiği sonuçlarla yaşamın tüm alanlarını kapsamıştır.<sup>71</sup> Kültür alanında Tanzimat; matbaanın, edebiyatın ve sanat faaliyetlerinin hızla artmasını sağlamıştır. Şükrü Hanioğlu'nun hatırlattığı gibi:

'Büyük Osmanlı matbaaları, 1727-1838 yılları arasında bir asırdan fazla bir sürede toplamda yalnızca 142 kitap yayınladılar. Her kitabın çok az nüshalarda basıldığı da gözönüne alındığında bu istatistik; 19'uncu yüzyılın ortalarında hareketli matbaanın ortaya çıkmasına kadar, matbaanın kurulmasının Osmanlı'nın kültürel yaşamını değiştirmedeği ortaya koymaktadır.'<sup>72</sup>

Hukuk alanında medeni konularla ilgili çoğunlukla şerh hükümleri dayalı olarak on altı bölümlük bir kodifikasyon olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (Mecelle) kabul edilmiştir. Mecelle çalışmaları 1868'de başlamış ve 1876'da tamamlanmıştır.<sup>73</sup> Mecelle, hükümleri itibarıyla İslam hukukundan daha bireyci bir yaklaşıma sahip olmuştur.<sup>74</sup> Zamanı itibarıyla modern bir bakış açısına sahip olmasına rağmen telif hakkı Mecelle'ye dahil edilmemiştir.

<sup>70</sup> Bkz. HANİOĞLU, s. 91-108; DAVISON, Roderic H, *Reforms in the Ottoman Empire 1856-1876*, Princeton University Press, 1963.

<sup>71</sup> HANİOĞLU, s. 94-100; KASABA, Reşat, *The Ottoman Empire and the World Economy: The Nineteenth Century*, State University of New York Press, 1988, s. 50; FORTNA, Benjamin C, *Learning to Read in the Late Ottoman Empire and the Early Turkish Republic*, Palgrave Macmillan, 2011, s. 21.

<sup>72</sup> HANİOĞLU, s. 38 (İç notlar çıkarılmıştır).

<sup>73</sup> TOPRAK, Zafer, "From Plurality to Unity: Codification and Jurisprudence in the Late Ottoman Empire"; FRANGOUDAKI, Anna/ KEYDER, Çağlar, *Ways to Modernity in Greece and Turkey: Encounters with Europe, 1850 - 1950*, Library of European Studies, 2007, 26-39, s. 35.

<sup>74</sup> MARDİN, Ebul'ula, *İslâm Ansiklopedisi VII: Mecelle*, Maarif Basımevi, İstanbul, 1957, s. 433- 436; BERKİ, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1979; OSMANOĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, 2011, Sayı: 29, ss. 93-124.

Tazminat döneminde kültürel değişimler, eğitim reformlarında da kendini göstermiştir. Telif haklarıyla ilgili ilk mevzuat olan ve 1850’de kabul edilen *Encümen-i Daniş Nizamnamesi*<sup>75</sup> bu bağlamda ortaya çıkmıştır. Encümen-i Daniş, devlet kurumlarının geniş çaplı modernizasyonunu başlatma çabasının bir parçası olarak Fransız Akademisi (*Académie Française*) modelinden esinlenerek kurulmuştur.<sup>76</sup> Encümen-i Daniş, *Darülfünûn*’da (1846 yılında inşa edilen ve 1870 yılında İstanbul’da hizmete giren üniversite) verilecek derslere yönelik ders kitaplarının hazırlanması için özel olarak kurulmuştur.<sup>77</sup> Bununla birlikte, Encümen-i Daniş’in ilgili Nizamname’de tanımlanan temel görevi, çeşitli bilim kitaplarını Türkçe’ye tercüme edip veya derleyip yayınlamak ve Türk dilinin gelişimine hizmet etmek olarak belirlenmiştir.<sup>78</sup> Telif hakkının korunması için benimsenmiş temel sistem, ilgili devlet organları ve nihayetinde padişah tarafından onaylanan ve Nizamname’de yer alan üç kategoriden<sup>79</sup> birisinin kapsamına giren eserlerin (yalnızca kitapların) eser sahiplerine, bilim ve sanata olan katkılarının tasdiklenmesi amacıyla ödül verilmesi şeklinde olmuştur.<sup>80</sup> Nizamname’de tanınan temel haklar, eser sahiplerinin kitaplarını yayımlama ve satışlarından gelir elde etme hakkıdır.<sup>81</sup> Nizamname’de ayrıca, bazı yazarların isminin, ‘imtiyaz levhası namıyla Encümen mahalinde yapılan kitabeye’ yazılması ve böylece eser sahibinin isminin

<sup>75</sup> TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Basım, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 87; ÇAKMAK, Diren, “Osmanlı Telif Hukuku ile İlgili Mevzuat”, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 21, 2007, 191-234, s. 199.

<sup>76</sup> AKYÜZ, Kenan, Encümen-i Daniş, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975, s. 29-30; Ahmet Cevdet Paşa, Tezâkir 40-Tetimme, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, s. 40, 46; KÜÇÜKLER, Osman Zahit, “Encümen-i Daniş’in Kurumsal Yapısı”, TODAİE Kamu Yönetimi Dergisi, 2012, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 184-185.

<sup>77</sup> HANİOĞLU, s. 102-103. Ayrıca bkz. Prof. Ekmeleddin İhsanoğlu tarafından yapılmış olan “*Darülfünun: How was the first modern university established in the Muslim world?*” başlıklı konuşmanın özeti <https://globalcenters.columbia.edu/news/darulfunun-how-was-first-modern-university-established-muslim-world>.

<sup>78</sup> Encümen-i Daniş Nizamnamesi, III. Bölüm, 1. Bend.

<sup>79</sup> Encümen-i Daniş Nizamnamesi, IV. Bölüm, 1. Bend.

<sup>80</sup> Encümen-i Daniş Nizamnamesi, IV. Bölüm, 2-4. Bendler.

<sup>81</sup> Encümen-i Daniş Nizamnamesi, IV. Bölüm, 2. Bend. Ancak Meclis-i Maarif-i Umu-miye (Genel Eğitim Meclisi – 1946-1864 yılları arasında Encümen-i Daniş üzerinde denetleyici bir görevi de bulunan daimi bir eğitim meclisi) gerekli gördüğünde, kitapların yayım hakkını kamulaştırma hakkına sahiptir.

ebedileştirilerek onurlandırılması öngörülmüştür.<sup>82</sup> Bu kuralın, eser sahibi olarak tanıtılma hakkının benzer mahiyette bir hak tanıdığını söylemek mümkündür. İsmi levhada yazılması, icra edilebilir bir hak olmaksızın ziyade, eser sahibini şereflendirmek üzere getirilmiş bir imtiyazdır.

Daha sonra, 1857 yılında kabul edilen *Telif Nizamnamesi*<sup>83</sup> olarak da bilinen *Kitap Tab'ı Hakkında Nizamname*, eser sahiplerine kitaplarını yayımlamaları için ömür boyu tekel hakkı veren ilk telif hakları kanunu olmuştur.<sup>84</sup> Nizamname, 1872 ve 1876 yıllarında olmak üzere iki kez değiştirilmiştir.<sup>85</sup> Ancak, eser sahibi olarak tanıtılma manevi hakkını içeren bir düzenlemeye, 1857 yılında kabul edilen Telif Nizamnamesi'ni tamamlamak için kabul edilen 1870 tarihli *Telif ve Tercüme Nizamnamesi*'nde yer verilmiştir.<sup>86</sup> Bu nizamnameyle Maarif-i Umumiye Nezareti Bakanlığı (Milli Eğitim Bakanlığı) tarafından bir ders kitabı hazırlamak üzere görevlendirilen bir yazarın, eseri çoğaltma ve ticarete sunma hakkının hukuken bakanlığa devredileceği ancak eser sahibi olarak tanıtılma hakkının yazara ait olduğu kabul edilmiştir.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> Encümen-i Daniş Nizamnamesi, IV. Bölüm, 3-4 Bendler. Bazı eser sahipleri madalya ile de ödüllendirebilmekteydi. Encümen-i Daniş Nizamnamesi, IV. Bölüm, 4. Bend.

<sup>83</sup> CEYLAN, Ayhan, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Basım ve Yayımında Hukuki Düzen (1839-1876)", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 1, Bahar, 2006, 139-155, s. 148.

<sup>84</sup> *Kitap Tab'ı Hakkında Nizamname*, Madde 2. 1857 tarihli Matbuat Nizamnamesi'nin 8. maddesi ile de eser sahiplerine ömür boyu süren bir tekel hakkı sağlanmıştır. Ancak *Kitap Tab'ı Hakkında Nizamname*'den farklı olarak Matbuat Nizamnamesi'nde yer alan düzenlemede eser sahiplerinin hakları devredilemezdi ve haklar yalnızca onaylanmış yayınevleri bünyesinde kullanılabilirdi. Bu nedenle *Kitap Tab'ı Hakkında Nizamname* tüm yazarlar için kitap yayımlama hakkını serbestleştirmiş oldu.

<sup>85</sup> 1872 yılında yapılan değişiklikler telif hakkı koruma süresini eser sahibinin yaşam süresinden 40 yıla indirip telif hakkının miras yoluyla intikaline imkân tanırken, 1876 yılında yapılan değişiklikler bir eserin sahibinin veya onun mirasçılarının ölümü halinde eserin yayımlanabilmesi için gerekli olan şartları düzenlemiştir.

<sup>86</sup> Bu düzenleme esas olarak, 1857 yılında kabul edilen *Kitap Tab'ı Hakkında Nizamname*'ye tabi olmayan ders kitaplarına ilişkin kurallar içermekteydi. CEYLAN, s. 148.

<sup>87</sup> 1870 yılında kabul edilen Telif ve Tercüme Nizamnamesi, madde 24.

## B. 1910 yılında Kabul Edilen Hakk-ı Telif Kanunu

1910 yılında kabul edilen Hakk-ı Telif Kanunu Avrupa'da geçerli olan telif hukuku ruhunu yansıtan bir düzenleme olmuştur.<sup>88</sup> Telif hakkıyla ilgili önceki kanunî düzenlemeler, yalnızca ilgili devlet kurumlarının onayına tabi olan belirli kitap türleriyle sınırlı olarak bir koruma sağlamıştır. Ancak, Hakk-ı Telif Kanunu, telif hakkı korumasını diğer eser türlerini de kapsayacak şekilde genişletmiştir. Telif hakkı koruması her türden kitap, tablo, resimli eser, çizim, gravür, heykel, plan ve haritalar, teknik tasarımlar, müzik eserleri ve notalar (madde 2) çeviriler ve uyarlamalar (tiyatro senaryoları gibi), dersler, vaazlar, söylev, konferans konuşmaları ve eğlence maksatlı icralar (madde 3), haber makaleleri, fotoğraflar ve çizimleri (madde 4, ihtar şartına tabi olarak<sup>89</sup>) kapsamıştır. Kanunlar, telif koruması kapsamının dışında bırakılmıştır (madde 8). Kanunda, fotoğrafik eserler, sinema eserleri ve radyo programlarından ise hiç bahsedilmemiştir.

Bir eserin telif hakkı korumasından yararlanabilmesi için de İstanbul'daki Milli Eğitim Bakanlığı'na veya bakanlığın her ilde yer alan yerel başkanlıklarından birine tescilin yapılması gerektiği öngörülmüştür (madde 20-22).<sup>90</sup> Bununla birlikte tescil, telif hakkı için kurucu değildir ve sadece dava açmak için bir ön şart olarak öngörülmüştür (madde 24).<sup>91</sup>

<sup>88</sup> BIRNHACK, Michael D, *Colonial Copyright: Intellectual Property in Mandate Palestine*, Oxford University Press, 2012, s. 84. Kanunu oluşturan kırk iki madde bulunmaktaydı.

<sup>89</sup> Günlük gazetelerde ve diğer süreli yayınlarda yayınlanan makale ve fotoğraflarda "tüm hakları saklıdır" ihtarını yer almalıdır. Bkz. Hakk-ı Telif Kanunu, madde 4.

<sup>90</sup> Eser sahibi, eserin adı, basım tarihi ve yeri, sayfa sayısı, yorumlar ve seri numara hakkında bilgi veren kayıt belirli bir ücret karşılığında yapılmaktadır. Bkz. Hakk-ı Telif Kanunu madde 21-22. Ayrıca eserin üç nüshası Bakanlık'a verilecektir. Bkz. Hakk-ı Telif Kanunu madde 21. Bakanlık, basılı bir nüshası bulunmasa veya yoksulluk veya mirasçılar arasındaki anlaşmazlık nedeniyle başka nüshalarının basılamaması durumunda bile halka fayda sağlayacak bir eseri yayınlama yetkisine de sahiptir (madde 19). Ayrıca Bakanlık, devir ve lisans sözleşmelerinin kaydı konusunda ek bir role sahiptir (madde 26).

<sup>91</sup> BIRNHACK, s. 85.

Tescile tabi olarak telif hakkı koruması, eserin yayınlamasıyla başlatılmıştır (madde 9).<sup>92</sup>

Kanunun sağladığı malî haklar, çoğaltma, yayma, tercüme, piyes haline getirme (madde 3, 6, 29) ve ayrıca tiyatro oyunları ve operanın umuma temsilidir (madde 10). Ancak, Meclis-i Mebusan ve Ayanda, mahkemede ve kamuya açık toplantında söylenen nutukları herkes yayımlayabilir. Bu mali haklar, ayrıca eleştiri istisnasına (madde 31) tabidir. Eserlerin çevrilmesi veya şerhe konu edilmesi de koruma kapsamı dışında bırakılmıştır (madde 31).

Kanun, bir yayımcının eser sahibinin izni olmadan eserde değişiklik yapmasını yasaklamıştır. Bu tür değişikliklerin yapıldığı hallerde, mahkemeye eserin yayımının engellenmesine ve bu kararın bir gazetede yayımlanmasına karar verme yetkisi tanınmıştır (madde 28). İlan, halkı eseri satın almama konusunda uyarmak için öngörülmüştür. Bu anlamda Kanun, eserin değiştirilmesini önleme hakkını korumuştur. Bu manevi hak, eser sahibi-yayımcı ilişkisi için uygulanabilir nitelikte idi ve üçüncü şahısları teşmil edilememektedir.

Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, intihalle ilgili olan hükümde dolaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Kanun, intihal suretiyle ihlal teşkil eden üç tür fiil tanımlamıştır: (i) bir başkasının ilim veya sanat eserlerinin kendine atfetmek veya (ii) bir kitabın ifadelerini veya bir müzik kompozisyonunun melodilerini değiştirerek esere kendi adını vermek veya (iii) eserin ifade tarzını baştan sona bozarak esere kendi adını koymak (madde 30).

Bu iki manevi hakkın ihlaline karşılık hukukî çare olarak tazminat mekanizması öngörülmüştür (madde 33). İntihal ayrıca kanun kapsamında suç sayılmıştır (madde 32, 35).<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Koruma süresi, yazarın ömrü ve ölümünden itibaren otuz yıldır (madde 6). Koruma süresi; çizelge, gravür ve haritalarda eser sahibinin ölümünden itibaren 18 yıl (madde 7); tercümelemede, tercümanın ölümünden itibaren 15 yıl olarak belirlenmiştir. Eser sahipleri ölmüş ve mirasçısı olmayan ya da mirasçıların da artık hayatta olmadığı öksüz eserler için özel bir kural tahsis edilmiştir. Bu eserler yeniden basılabilir, yayımlanabilir ve tercüme edilebilir (madde 17). Yayımlanmamış bir öksüz eseri kullanmak isteyen kişi, Bakanlığa lisans için başvurabilir. Bu durumda, baskıya bir yıl içinde başlanması şartıyla 10-15 yıl süreli lisans verilebilir (madde 18).

<sup>93</sup> Kanununun Latin alfabesiyle Osmanlı Türkçesine çevirisi için bkz. ÇAKMAK, 2007, s. 224-228.



## II. CUMHURİYET DÖNEMİ

### A. Osmanlı Döneminin Mirası ve FSEK'in Kabulü

Türkiye'de telif haklarının korunması ilgili diğer önemli ancak çoğu zaman unutulmuş bir başka belge, 1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşmasıdır. Türkiye, Lozan Antlaşmasının Ticaret Sözleşmesinin m. 14/2 hükmü uyarınca, antlaşmanın yürürlüğe girmesinden itibaren on iki ay içinde Bern Sözleşmesi'ne katılmayı taahhüt etmiştir.<sup>94</sup> Ancak Türkiye, tercüme hakkına çekince koymuştur. Bern Sözleşmesi'nin diğer imzacı ülkeleri, bu çekinceye uzun süre karşı çıktıkları için, 1948 yılında kabul edilen Bern Sözleşmesi Brüksel Metni 1952'de<sup>95</sup>, 1971 yılında kabul edilen Paris Metni ve Sözleşmenin 1979'da değiştirilmiş son hali 1996'da Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.<sup>96</sup>

Türkiye Cumhuriyeti 1923'te kurulmasına rağmen, Hakk-ı Telif Kanunu ancak 1951'de yeni bir kanun ile değiştirilmiştir.<sup>97</sup> Bu kanun, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'dur (FSEK).<sup>98</sup> FSEK, ilk hali itibarıyla Alman hukukunun ruhunu yansıtmaktadır. FSEK'in bu özelliği, Nazi zulmü<sup>99</sup> nedeniyle Almanya'dan Türkiye'ye gelen Profesör Ernst Hirsch'in FSEK'in hazırlık çalışmalarına katılmış olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>100</sup>

Türkiye'de telif haklarının korunması için bir sistem oluşturmaya yönelik kanunî girişimler erken tarihlerde başlamış olsa da bu sistemin gelişimi 20'nci yüzyılın neredeyse tamamında yavaş bir şekilde seyretmiştir. Bu duruma örnek olarak, Türkiye'deki ilk meslek birliğinin ancak

<sup>94</sup> Lozan Sulh Mırahedenamesinin Kabulüne Dair 340, 341, 342 ve 343 sayılı Kanunlar için bkz.: kanuntbmmc00200340.pdf

<sup>95</sup> 2.06.1951 tarihinde kabul edilen 5777 sayılı kanun için bkz. RG 7824.

<sup>96</sup> 12.07.1995 tarihinde kabul edilen 4117 sayılı kanun için bkz. RG 22341.

<sup>97</sup> ÖZSUNAY, Ergun: 'Turkey', 2001, 7 International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property 32, s. 48.

<sup>98</sup> Bkz. 13.12.1951 tarihli RG.7938.

<sup>99</sup> Profesör Hirsch, Ankara ve İstanbul Üniversitelerinin önde gelen özel hukuk hocalarından birisiydi. Anıları için bkz. HIRSCH, Ernst E., Anılarım: Kayzer Dönemi Weimar Cumhuriyeti Atatürk Ülkesi, TÜBİTAK Yayınları, 1997.

<sup>100</sup> Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Eğitim Kurulu Toplantı Tutanağı Kayıt No: 1/74 E 6 K, 19 Ocak 1951, s. 8.

1986'da yani 1952 tarihinde yürürlüğe giren FSEK'ten tam 34 yıl sonra kurulmuş olması verilebilir.

Dünyadaki iki büyük gelişme Türkiye'deki fikri mülkiyet hukukunun gidişatını temelden değiştirmiştir. Bunlardan ilki, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'dır (TRIPS).<sup>101</sup> Bu anlaşma, Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) kapsamında gerçekleştirilen Uruguay turundaki görüşmelerde kabul edilmiş ve 1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Bir diğer eş zamanlı gelişme de Türkiye ile Avrupa Birliği arasında 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı ile 6 Mart 1995'te kurulan Gümrük Birliği olmuştur.<sup>102</sup> Bu gelişmelerin etkisi altında telif hakkına ilişkin kanunî çerçeve 1995 yılında yenilenmiştir.

FSEK, 1983,<sup>103</sup> 1995,<sup>104</sup> 2001,<sup>105</sup> 2004,<sup>106</sup> 2008<sup>107</sup> ve 2014<sup>108</sup>'te değiştirilmiştir. Aşağıdaki bölümde, FSEK tarafından tanınan manevi haklar bu kanunlaştırma süreçleriyle getirilen değişiklikler ile birlikte incelenecektir.

## A. Manevi Hak Türleri

### 1. Umuma Arz Hakkı

FSEK'te umuma arz hakkı, 14'üncü madde düzenlenmektedir. FSEK m. 14/1'e göre, '*bir eserin umuma arzedilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder.*'. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise '*Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmıyan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir*' hükmünü içermektedir. Son olarak üçüncü fıkrada, '*Eserin umuma arzedilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin*

<sup>101</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex IC, Legal Instruments-Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1197 (1994).

<sup>102</sup> Gümrük Birliği'nin son aşamasının uygulanmasına ilişkin 22 Aralık 1995 tarihli karar (96/142/EC) (OJ L 35, 13.02.1996)

<sup>103</sup> 03.11.1983 tarihinde kabul edilen 2936 sayılı kanun için bkz. RG 18120.

<sup>104</sup> 12.06.1995 tarihinde kabul edilen 4110 sayılı kanun için bkz. RG 22311.

<sup>105</sup> 03.03.2001 tarihinde kabul edilen 4630 sayılı kanun için bkz. RG 24335.

<sup>106</sup> 12.03.2004 tarihinde kabul edilen 5101 sayılı kanun için bkz. RG 25400 ve 23.07.2004 tarihinde kabul edilen 5217 sayılı kanun için bkz. RG 25531.

<sup>107</sup> 28.01.2008 tarihinde kabul edilen 5728 sayılı kanun için bkz. RG 26781.

<sup>108</sup> 11.09.2014 tarihinde kabul edilen 6552 sayılı kanun için bkz. RG 29116.

*şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını menedebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır.’ hükmünü amirdir.*

FSEK m. 14, ilk kabulünden bu yana yalnızca bir kez 2001 yılında değiştirilmiştir. Maddenin 3. fıkrasındaki iki husus değiştirilmiştir. İlk olarak, fıkranın yeni halinde ‘salahiyet’ kelimesi yerine ‘yazılı izin’ ifadesi tercih edilmiştir. Bu, eser sahibinin yazılı izin verdiği hallerde dahi hakkını kullanabileceği anlamına gelmektedir. İkinci olarak da sahibinin şeref ve itibarını “düşürmek” yerine “zedelemek” ibaresi getirilmiştir.

FSEK m. 14’te düzenlenen umuma arz hakkının eser sahibine sağladığı yetkilerin şunlar olduğunu belirtmek mümkündür: i) eseri umuma arz edip etmeme konusunda karar verme yetkisi; ii) eserin umuma arz zamanını ve tarzını belirleme yetkisi; iii) eserin muhtevası hakkında bilgi verme yetkisi; iv) eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyetteki umuma arzı menetme yetkisi.<sup>109</sup>

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir davada umuma arz kavramının tanımını vermiştir. Bu dava, 1960-1970 yılları arasında Türk sembolik resmin temsilcisi olan sanatçı Burhan Uygur’un 32 adet tablosuyla ilgilidir. Uygur’un mirasçıları, tabloların satılmak suretiyle umuma arzından sonra alıcılar tarafından bir sanat galerisinde sergilenmesini engellemek istemişlerdir. Yargıtay, umuma arzın bir kere eser sahibinin rızasıyla gerçekleşmesinden sonra artık geri alınamayacağını belirtmiştir. Böylece davacıların umuma arz hakkının ihlal edildiği iddiaları reddedilmiştir. Yargıtay buna ilaveten, bir eserin umuma arz edilmesini; eserin kamuya açıklanması veya başka bir şekilde kamuya tanıtılması veya ülkenin bir bölümünde ya da tamamında eser sahibi veyahut onun yetkilendirdiği başka bir kişi tarafından eser hakkında kamuoyuna bilgi verilmesi şeklinde tanımlamıştır.<sup>110</sup>

FSEK m. 14, hem ‘umuma arz’ hem de ‘yayımlama’ kelimelerini kullandığı için ‘umuma arz’ ibaresinin anlamı konusunda bir müphemlik

<sup>109</sup> YAVUZ, Levent/ALICA, Türkiye/MERDİVAN, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Cilt: I-II, Ankara, 2014, s. 268.

<sup>110</sup> Yargıtay 11. HD. T. 29.01.2007, E. 2005/14025, K. 2007/942.

meydana gelmiştir. Ancak, 'umuma arz' etmenin yalnızca bir eserin çoğaltılmasını ve yayımlanmasını değil, aynı zamanda umuma arzına imkân veren diğer yöntemleri de kapsadığına yönelik güçlü bir akademik fikir birliği vardır. Bir tiyatro eserinin sahnelenmesi, sinema eserinin televizyonda yayımlanması, bir müzik eserinin konserde seslendirilmesi, bir sanat galerisinde veya sergide bir tablonun sergilenmesi veya bir eserin internet ortamında yayınlanması umuma arz fiiline örnek teşkil etmektedir.<sup>111</sup> FSEK m. 14 bağlamındaki 'umum' kavramı, eser sahibinin özel ve şahsî sosyal çevresinin kapsamını aşan bir anlam taşımaktadır.<sup>112</sup> Bu nedenle, tamamlanmış bir eserin, bir grubun bilgisine sunulması veya eser sahibi tarafından eserle ilgili görüş ve önerilerini almak üzere eserin ak-raba ve arkadaşlarına gönderilmesi FSEK m. 14 kapsamında umum olarak kabul edilmemektedir. Umuma arzdan bahsedilebilmesi için ortada yeterli sayıda bir grup olmalıdır.<sup>113</sup>

Umuma arz hakkı, esasında eser sahibine, eserlerinin başkaları tarafından umuma arz edilmesini engelleme hakkı vermektedir. Buna karşın, eser sahibinin eserinin yayımlanması veya uygulanması konusunda olumlu bir talep hakkı bulunmamaktadır. Mesela, bir mimar bu hakka dayalı olarak çizdiği projenin mülk sahibi tarafından uygulanmaması nedeniyle tazminat talep edemez.<sup>114</sup>

Umuma arz yetkisinin yalnızca ilk ihlale karşı mı yoksa sonraki ihlallerde de kullanıp kullanılmayacağı sorusu Yargıtay'ın önüne gelmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, son kararlarında umuma arz hakkının ilk ihlale karşı kullanılmasından sonra ortadan kalkmayacağına ve müteakip her izinsiz umuma arza karşı da kullanılabileceğine karar vermiştir. Yani Yargıtay, umuma arz yetkisinin ilk umuma arz ile sona ermeyeceğini; eser sahibinin izinsiz her yeni umuma arzı bu hakka dayanarak önleyebileceğini kabul etmektedir. Bu davaların en güzel örneklerinden biri, saygın bir şair olan Fazıl Hüsnü Dağlarca ile ilgilidir. Dağlarca'nın mirasçıları, şairin daha önce umuma arz edilmiş olan 16 şiirini ayrıntılı bir

<sup>111</sup> YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, Cilt: I, s. 262-263.

<sup>112</sup> YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, Cilt: I, s. 262.

<sup>113</sup> YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, Cilt: I, s. 262.

<sup>114</sup> Yargıtay 11. HD. T. 24.03.1995, E. 1995/7485, K. 1995/2463.

biyografisi ile birlikte '*Dünden Bugüne Türk Şiiri*' adlı bir antolojide yayınlayan bir yayınevi aleyhine dava açmıştır.<sup>115</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararına şu şekilde değerlendirmelerle başlamıştır:

'Bir eserin, eser sahibinin izni olmaksızın veya verilen iznin kapsamına aykırı bir şekilde umuma arzı, eser sahibinin mali haklarının ihlali yanında, ayrıca manevi hakkının da ihlalidir. Eser sahibinin mali ve manevi hakları birbirine bağlı olup, mali haklarda daima manevi bir yön mevcuttur. Her iki hak grubu birbirini tamamlar.'<sup>116</sup>

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, görünüşe göre umuma arz hakkı bakımından Alman monizmini benimsemiştir. Bunu yaparken de monist teoriyi tanımlamak için Alman duayen hukuk profesörü Eugen Ulmer'in<sup>117</sup> 'aynı ağacın iki dalı' metaforunu kullanmamıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yayıncının alıntı yapma savunmasını reddederek ve dolayısıyla umuma arz hakkının ihlal edildiğini tespit ederek kararına şu şekilde devam etmiştir:

'Her ne kadar, kural olarak, eserin kamuya sunulması bir defalık hukuki eylem ise de, bu yolla eserin alenileşmesi sağlanmakta ve eser fikri mülkiyet hukukun koruma konusu haline gelmektedir. Fikri mülkiyet hukukunda yer alan "tükenme ilkesi"<sup>118</sup> 5846 sayılı FSEK ile eser sahiplerine tanınan manevi haklar yönünden uygulanamayacağından, eser daha önce alenileşmiş olsa bile, eser sahibinin FSEK'nın 14/1'inci maddesinde yer alan "kamuya sunma hakkı" sona ermez ve izinsiz çoğaltma, yayma vb. her türlü mali haklara tecavüz oluşturan eylemlerin gerçekleşmesi halinde, eser sahibine, ihlal edilen mali hak taleplerinin yanında, FSEK'nın 14/1'inci fıkrası

<sup>115</sup> Yargıtay 11. HD. T. 28.02.2008, E. 2007/576, K. 2008/2292.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> ULMER, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Baskı, Springer-Verlag, 1980, s. 116-117

<sup>118</sup> Türkiye'de FSEK'teki yayma hakkı bakımından milli tükenme ilkesi uygulanırken (FSEK m. 23/2); patent, marka, faydalı model, tasarım ve coğrafi işaret gibi sinai mülkiyet hakları açısından uluslararası tükenme ilkesi uygulanmaktadır (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu md. 152).

uyarınca, kamuya sunma hakkının ihlalden dolayı manevi hak tazminatı talep etme yetkisi vermektedir.<sup>119</sup>

Yargıtay, bu görüşünü, müteakip birkaç kararda<sup>120</sup> da sürdürmüştür. Ancak akademik görüşlerin çoğu aksi yöndedir.<sup>121</sup> Bu kararlardan bir diğer önemli olanı, Türk edebiyatının ünlü yazarlarından Ayşe Kulin'in, 'Sevdalinka', 'Füreyya' ve 'Köprü' isimli üç romanını konu edinmiştir.<sup>122</sup> TRT tarafından, bu üç roman icracı bir sanatçıya okutulmuş ve bu icralar 'Bir Roman Bir Hikaye' adlı radyo programında 178 gün boyunca yazarın izni olmadan yayınlanmıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Ayşe Kulin'in mali haklarından temsil, çoğaltma ve umuma iletim haklarına ek olarak umuma arz manevi hakkının da ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>123</sup>

Umuma arz hakkı, mali hakların kullanılmasının ön şartıdır.<sup>124</sup> Zira, bir eser umuma arz edilmeden ekonomik olarak yararlanmaya konu edilemez. Bu nedenle, umuma arz konusunda eser sahibinin rızası alınmadığı müddetçe eser üzerindeki çoğaltma, yayma, umuma iletim ve temsil gibi mali hakların kullanılması hukuka aykırı olacaktır. Mali hakların veya kullanma yetkisinin devri veya lisansı, umuma arz hakkını

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Yargıtay 11. HD. T. 19.06.2008, E. 2007/740, K. 2008/8212; Yargıtay 11. HD. T. 23.03.2009, E. 2007/14353 K. 2009/3442; Yargıtay 11. HD, T. 14.09.2009, E. 2009/790, K. 2009/9383; Yargıtay 4 HD., T. 12.11.2009, E. 2009/6100, K. 2009/12735; Yargıtay 11. HD. T. 31.03.2011, E. 2009/10711, K. 2011/3624; Yargıtay 11. HD. T. 24.10.2017, E. 2016/3683, K. 2017/5664.

<sup>121</sup> Bu hakkın yalnızca eserin ilk izinsiz kullanımına karşı uygulanabileceğini ve dolayısıyla daha sonra tekrar gündeme getirilemeyeceğini savunan akademik görüşler için bkz. TEKİNALP, s. 164-165; ATEŞ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 132; ULAŞ, Işıl, "İşlenme Eser Türü Olan Çeviri Eserde Kamuya Sunma Hakkı", BATİDER, Cilt: 24, Sayı: 1, Ankara, 2007, s. 70-77; ÖZTAN, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2008, s. 299; BOZBEL, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, 2012, s. 154; ERDİL, Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi: İçtihatlı ve Gerekçeli, 1. Baskı, Vedat Kitabevi, 2009, s. 432-433. Karşıt görüş için bkz. YAVUZ, Levent, "Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK m. 14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK m. 19)", Yargıtay Dergisi, 2007, s. 59-70.

<sup>122</sup> Yargıtay 4 HD. T. 12.11.2009, E. 2009/6100, K. 2009/12735.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> TEKİNALP, § 14 Kn. 10b.

kullanma yetkisinin de devredildiğine karine teşkil etmektedir.<sup>125</sup> Bunun gibi, mali hakları kullanma yetkisinin otomatik olarak işverenlere, tüzel kişilere veya kanun gereği yayıncılara ait olduğu hallerde,<sup>126</sup> umuma arz hakkını kullanma yetkisinin, mali hakları kullanma yetkisine sahip bu kişilerce kullanılabileceğinin kabulü gerekmektedir.<sup>127</sup>

Sahibi tarafından üzerlerine açıkça menedici bir kayıt konulmamış olan güzel sanat eserleri, malikleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhir edilebilmektedir (FSEK m. 40/2). Böylece, güzel sanat eserlerinin maliki veya onun muvafakatiyle başkaları tarafından umuma arzı bakımından, eser sahibinin muvafakati olduğu karine olarak kabul edilmiştir.

Musiki ve sinema eserlerinin tespitlerinin ticari dolaşıma çıkabilmesi için gerekli olan kayıt ve tescil yükümlülüğü (FSEK m. 13/3), umuma arz hakkının kullanılmasının bir ön şartı değildir. Bu tür eserlerin kayıt ve tescillerinin zorunlu olması hak ihdas etme amacı taşımadığından umuma arz hakkının kullanılmasından bir etkileri bulunmamaktadır.

Müşterek ve iştirak halinde eser sahipliğinde, umuma arz fiili, tüm eser sahiplerinin rızasıyla gerçekleştirilmelidir. Eser sahiplerinden biri tarafından eserin diğerlerinden habersiz olarak umuma arz edilmesi halinde, izni alınmayan eser sahibinin umuma arz hakkının ihlali sonucu doğmaktadır.<sup>128</sup>

Yargıtay içtihatlarında umuma arz hakkının ihlali, diğer manevi haklar veya mali hakların ihlaliyle birlikte otomatik olarak ortaya çıkmaktadır. Bu içtihatlara göre umuma arz hakkı, hem bir eserin mali haklarına sahip olmayan ve eser sahibiyle devir veya lisans sözleşmesi ilişkisi bulunmayan hem de böyle bir sözleşme ilişkisi olup da sözleşme şartlarının

<sup>125</sup> TEKİNALP, § 14 Kn. 15.

<sup>126</sup> Bu kurallar için bkz. FSEK m. 10/4 ve 18/1-3 ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 501/2.

<sup>127</sup> Tekinalp, § 14 Kn. 15.

<sup>128</sup> Yargıtay 11. HD. T. 10.04.2008, E. 2007/1853, K. 2008/4748; Yargıtay 11. HD. T. 21.06.2010, E. 2009/1049, K. 2010/7179; Yargıtay 11. HD. T. 01.10.2019, E. 2018/4674, K. 2019/6053.

dışına çıkan kişiler tarafından ihlal edilebilir. Mesela Yargıtay kararlarına göre;

❖ Bir şiirin bestelenerek şarkı sözü olarak kullanılması ve eserin kaydedildiği kaset ve CD'lerde söz konusu şiirin sahibi olarak başka birinin gösterilmesi, umuma arz ve eser sahibi olarak tanıtılma hakları ile işleme, çoğaltma ve yayma haklarının ihlali niteliğindedir.<sup>129</sup>

❖ Davalının, davacıya ait '*Kenar Mahallede Bir Pazar Günü*' adlı şiirin içinde yer aldığı '*Bekle Beni-Delikanlıya*' adlı müzik CD'sini, davacının mensup olduğu meslek birliğiyle yaptığı sözleşmeyle sadece 1000 nüsha için izin almasına karşın 1900 adet fazla bastırıp satışa arz etmesi, umuma arz hakkı ile çoğaltma ve yayma haklarının ihlali niteliğindedir.<sup>130</sup>

❖ "Bir Dünya Bırakın" isimli musiki eserinin bestecisinin ismine yer vermemek ve adını değiştirmek suretiyle dört farklı albümde seslendirilmiş tespitlerin çoğaltılıp dağıtılması suretiyle kamuya arz edilmesi; umuma arz, eser sahibi olarak tanıtılma ve eserin değişikliğinin yapılmasını önleme hakları ile çoğaltma, yayma ve temsil haklarının ihlali niteliğindedir.<sup>131</sup>

❖ Davacının rızası olmaksızın bir fotoğrafın davalı tarafından bir internet sitesinde bir fotoğraf galerisinde kullanılması, umuma arz hakkı ile umuma iletim hakkının ihlali niteliğindedir.<sup>132</sup>

❖ Mardin Revaklı Çarşısında çekilmiş olan fotoğrafın davalı Kalkınma Ajansı tarafından yayınlanan "Dicle Turizm Haritası" adlı broşürde davacının izin ve rızası dışında ve davacının ismi dahi zikredilmeden kullanılması, umuma arz ve eser sahibi olarak tanıtılma hakları ile çoğaltma ve yayma haklarının ihlali niteliğindedir.<sup>133</sup>

❖ FSEK m. 4 kapsamında güzel sanat eseri sayılan Atatürk'ün marşal üniformalı 60x80 ebadında yarım portre renkli yağlı boya eserinin izinsiz olarak, davacı adının çıkarılarak ve arkaya Türk Bayrağı fonu yerleştirilerek davalı tarafından 2013 yılı duvar takviminde kullanılması,

<sup>129</sup> Yargıtay 11. HD. T. 26.12.2011, E. 2010/6997, K. 2011/17654.

<sup>130</sup> Yargıtay 11. HD. T. 25.10.2017, E. 2016/3586, K. 2017/5736.

<sup>131</sup> Yargıtay 11. HD. T. 11.12.2017, E. 2016/5295, K. 2017/7066.

<sup>132</sup> Yargıtay 11. HD. T. 06.03.2018, E. 2016/8452, K. 2018/1702.

<sup>133</sup> Yargıtay 11. HD. T. 19.06.2018, E. 2016/13604, K. 2018/4546.



umuma arz ve eser sahibi olarak tanıtılma hakları ile çoğaltma ve yayma haklarının ihlali niteliğindedir.<sup>134</sup>

❖ Davacının yüksek lisans tezinden yola çıkılarak oluşturulan ve davacı ile davalıların iştirak halinde eser sahibi oldukları makalenin, bilimsel içeriği aynı kalacak biçimde üzerinde çok küçük değişiklikler yapılarak davacının ismine yer verilmeden yurt dışında bir dergide yayımlanması, umuma arz ve eser sahibi olarak tanıtılma hakları ile çoğaltma ve yayma haklarının ihlali niteliğindedir.<sup>135</sup>

❖ Aralarındaki e-posta yazışmalarına göre bestesi davacıya güftesi davalıya ait musiki eserin, davacı ortak eser sahibinin izni ve adı olmaksızın dijital ağlar yoluyla veya ortamda kamuya arzı, umuma arz ve eser sahibi olarak tanıtılma hakları ile çoğaltma ve umumi iletim haklarının ihlali niteliğindedir.<sup>136</sup>

### 1. Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Hakkı

FSEK m. 15/1'e göre, '*Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut ad-sız olarak, umuma arzetme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir.*' Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, özünde, eser sahiplerinin eserleri üzerindeki eser sahipliliklerini iddia etme hakkıdır ve bu hak, eserin sahibinin adının eserin üzerine yazılıp yazılmayacağı ve yazılacaksa nasıl yazılacağını tayin etme yetkilerini içermektedir.<sup>137</sup> Eser sahibi olarak tanıtılma hakkının kapsamına, eser sahiplerinin anonim kalma veya isimleri yerine rumuz kullanmayı tercih etme yetkileri girmektedir. FSEK m. 15'te eser sahibi olarak tanıtılma hakkı kapsamındaki talepler; i) eser sahibi olduğunu haksız bir şekilde iddia eden, ii) eser sahibinin adını eserden çıkartan veya iii) eser sahibi olarak haksız biçimde üçüncü bir kişiyi gösteren herkese karşı ileri sürülebilmektedir.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> Yargıtay 11. HD. T. 07.11.2018, E. 2017/1245, K. 2018/6874.

<sup>135</sup> Yargıtay 11. HD. T. 06.05.2019, E. 2018/1628, K. 2019/3429.

<sup>136</sup> Yargıtay 11. HD. T. 01.10.2019, E. 2018/4674, K. 2019/6053.

<sup>137</sup> YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 346.

<sup>138</sup> Ibid s. 349.

Kural olarak, eser sahibi olarak tanıtılma hakkının doğabilmesi için, hakkın ileri sürülmüş olması şart değildir.<sup>139</sup> Bu da, bu hakkın otomatik olarak ortaya çıktığı ve aksi iddia edilmedikçe, eser sahibinin adının, ilgili eser türüne göre uygun bir biçimde belirtilmesi gerektiği anlamına gelmektedir.<sup>140</sup> Ancak eser sahibinin adı, eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde yazılır (FSEK m. 15/4).<sup>141</sup> Bu istisna 1995 yılında yapılan değişiklikle getirilene kadar FSEK'te mevcut değildi.

FSEK m. 15/2'de, '*Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır.*' hükmü amirdir. Bununla birlikte, FSEK, eser sahibinin adının belirtilmesi için kararlaştırılan veya adet olan şekilleri belirtmemektedir. Bu şekiller, söz konusu eserin türüne göre değişmektedir. Mesela, bir eserin sahibi, eserin kopyaları ticari olarak yayımlandığında, eser umuma açık olarak temsil edildiğinde, yayın yoluyla umuma iletildiğinde veya işlendiğinde, eser sahibi olarak tanıtılma hakkına sahiptir. Bu prensip, *Eğreti Gelin* davasında da uygulanmıştır. Dava, *Eğreti Gelin* adlı ünlü bir filmi konu almaktadır. Uyuşmazlık, *Eğreti Gelin* adlı romanın film senaryosu olarak uyarlanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Yazarın temsilcileri, romanın malî haklarını yapımcıya lisans vermiş olsa da Yargıtay, filmin kapanış jeneriğinde, afişlerinde ve VCD kapaklarında yazarın isminin yer verilmemesinin eser sahibi olarak tanıtılma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.<sup>142</sup> Bu sebeple, eserinde müstear ad kullanan bir yazara ait eserin, yazarın gerçek adıyla basılması, bu manevi hakkın ihlal edilmesi

<sup>139</sup> TEKİNALP, § 14 Kn. 27. Bu durum, eser sahibi olarak tanıtılma hakkının ileri sürülene kadar ortaya çıkmadığı Birleşik Krallık telif hakkı yasasıyla keskin bir tezat oluşturmaktadır. Bkz. CDP A 1988, s. 78 (1).

<sup>140</sup> YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 349.

<sup>141</sup> EREL, s. 142.

<sup>142</sup> Yargıtay 11. HD. T. 05.04.2013, E. 2011/12882, K. 2013/6999. Davanın kapsamlı bir analizi için bkz. YILMAZTEKİN, Hasan Kadir, Fikri Haklar, OĞUZ, Arzu/YILMAZTEKİN, Hasan Kadir/ÜNER, Ezel: Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk içinde, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2020, s. 149-153.

sonucunu doğurur.<sup>143</sup> Aynı şekilde, eserin adsız olarak umuma arz edilmiş olması, eseri sahipsiz bir eser yapmamaktadır. Bu durum, üçüncü kişilere eser üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı da vermemektedir.<sup>144</sup>

Bir kişinin, gerçekte meydana getirmediği ve böylece sahibi olmadığı bir eserin, adı ile tanıtılmasına engel olma yetkisi (yanlış tanıtılmaya itiraz etme hakkı) FSEK m. 15 kapsamında değildir. Bunun yerine, bu hallerde korunmanın temeli, Türk Medeni Kanunu şemsiyesi altındaki kişilik haklarına ilişkin haksız fiil hukukuna dayanmaktadır.<sup>145</sup> Bu hak, aslında eser sahibi olarak tanıtılma hakkının diğer yüzüdür: eser sahibi olarak tanıtılma hakkı eser sahiplerine yarattıkları eserler üzerinde adlarının (veya müstear adlarının) yazılmasını isteme yetkisi sağlarken; eser sahibi olarak yanlış tanıtılmaya itiraz etme hakkı kendilerinin yaratmadığı eserler üzerinde isimlerinin kullanılmamasını isteme yetkisini sağlamaktadır. Yanlış tanıtılmaya itiraz etme hakkı, davacının eser sahibi olup olmadığına bakılmaksızın kullanılabilir. İlim ve edebiyat, musiki, sanat ve sinema eserlerin, eser sahiplerinin yanlış olarak belirtildiği tüm kişiler için bu hak geçerlidir.

Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eser sahibi tarafından bizzat kullanılabilir gibi bu hakkı kullanma yetkisi başka bir şahsa özellikle mali hakları devralmış olanlara da bırakılabilir<sup>146</sup>. Umuma arz hakkından farklı olarak, mali hakların devredilmiş olması, eser sahibi olarak tanıtılma hakkının devredilmiş sayılmasını gerektirmez; zira eser sahibinin adını ne şekilde kullanacağı ancak kendisi tarafından tayin edilebilir. Eser sahibi, eserle ilgili mali haklarını devretmiş<sup>147</sup> veya kanun gereği bu

<sup>143</sup> TEKİNALP, § 14 Kn. 32.

<sup>144</sup> TEKİNALP, § 14 Kn. 26.

<sup>145</sup> Türk Medeni Kanunu md. 24 ve Türk Borçlar Kanunu md. 49, 58.

<sup>146</sup> EREL, N. Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2009, s. 141

<sup>147</sup> Eser sahibi ile yaptığı sözleşmeyle "Üniversiteye Hazırlık Soru Bankası" isimli eserin çoğaltma ve yayma hakkını elde eden yayıncının söz konusu eserin ikinci baskısında eser sahibinin adını göstermemesinin eser sahibi olarak tanıtılma hakkının ihlali niteliğinde olduğuna dair karar için bkz. Yargıtay 11. HD. T. 20.05.2010, E. 2008/13594, K. 2010/5635.

hakların kullanma yetkisi başkasına geçmiş<sup>148</sup> olsa bile, bu hakları kullanmakla yetkili kişiler eseri sahibinin adıyla umuma arz etmelidir.

FSEK m. 15/3 uyarınca, '*Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise, yahut her hangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki sahibi, hakkının tespitini mahkemeden isteyebilir*'. Buna göre, eser sahipliğinin tespiti davası; i) bir esere başkasının sahip çıkması (davada iki tarafın uyuşmazlık konusu eserin sahibi olduğunu iddia etmesi), veya ii) bir eserin bir başka kimseye mal edilmesi (davada davacı eser sahibi olduğu iddia ederken davalı eserin sahibinin davanın tarafları dışında biri olduğunu iddia etmesi) olmak üzere iki durumda açılabilir.<sup>149</sup>

Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, kanunun getirdiği bazı istisnalara tabidir. Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir (FSEK m. 32/1). Bu gibi hallerde olayın mahiyeti ve durumun icabı gerektirmediği takdirde söz ve nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir (FSEK m. 32/2). Umumi yollar, caddeler ve meydanlara temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserleri ile mimari eserlerin çoğaltılmış kopyalarında, umumi mahallerde gösterilmeleri ile radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlanmaları hallerinde ya da açık artırma ile satılacak eserlerin tanıtımı amaçlı katalog ve kılavuzlarda aksine yerleşmiş adet yoksa, eser sahibinin adının belirtilmesine gerek yoktur (FSEK m. 40).

Bununla birlikte, eser sahibinin haklarının FSEK tarafından tahdide uğradığı diğer hallerde<sup>150</sup> dahi, eser sahibinin adının belirtilmesi mecburiyeti devam etmektedir.

<sup>148</sup> Davacının Matematik öğretmeni olarak çalışırken, çalıştığı süre içerisinde hazırladığı kitaplar, işten ayrıldıktan sonra, işveren sıfatıyla mali hakları kullanma yetkisini elinde bulunduran davalı dershane (şirket) tarafından, davacının adının kitaplardan çıkarılmak suretiyle basım ve dağıtımının yapılmasının eser sahibi olarak tanıtılma hakkının ihlali niteliğinde olduğuna dair karar için bkz. Yargıtay 11. HD. T. 07.03.2019, E. 2017/2634, K. 2019/1906.

<sup>149</sup> TEKİNALP, § 14 Kn. 35.

<sup>150</sup> Bu istisnalar için bkz. FSEK m. 33-37.

## 2. Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı

FSEK m. 16/1 uyarınca, '*Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz*'. Bu madde, değişikliğin eseri olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceğine veya objektif olarak eseri iyileştirip iyileştirmeyeceğine bakılmaksızın, eser sahiplerine, eserlerinin rızaları olmadan değiştirilmesini önleme hakkı sağlamaktadır. Bu kuralla Türkiye, Bern Sözleşmesi'nin 6bis maddesinde öngörülen koruma standardının ötesine geçmiştir. Türk hukukuna göre, söz konusu değişikliğin, eserin bütünlük hakkının ihlali olarak nitelendirilmesi için, eser sahibinin şerefine veya itibarına zarar vermesi şart değildir.

Yargıtay, bir dizi davada eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkının ne zaman ihlal edildiğine ilişkin ana hatları ortaya koymuştur. Mesela bir makaleden bazı bölümlerin çıkarılması,<sup>151</sup> bir güzel sanat eserinin eski hale getirilmeyecek şekilde kırılması,<sup>152</sup> bir belgesel filmde bazı sahnelerin çıkarılması,<sup>153</sup> güzel sanat eseri vasfındaki bir logodan bazı unsurların çıkarılması,<sup>154</sup> veya özgün yapısını bozacak şekilde farklı bir şekle dönüştürülmesi<sup>155</sup> ve güzel sanat eseri vasfındaki bir yapının önüne, bu yapının yapısını ve hususiyetini bozacak şekilde başka bir kişiye ait çelik heykelin konulması<sup>156</sup>, güzel sanat eseri vasfındaki Atatürk anıtının orijinaliyle ve eserin bazı parçalarıyla uyumsuz bir renge boyanması ve anıtta yazılı sözlerin sökülmesi<sup>157</sup> bu hakkın ihlal edildiği hallere örnek teşkil etmektedir. Bu örnekler, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkının, eserdeki fiili değişiklikler yanında bağlamsal değişiklikleri de kapsadığını göstermektedir. Buradaki bağlamsal değişiklikler, eserin özünü olduğu gibi bırakan ancak eserin görünüşünü veya algısını eser sahibi tarafından orijinal olarak hayal edilenden farklı bir bağlama yerleştirerek değiştirmeyi ifade etmektedir.

<sup>151</sup> Yargıtay 11. HD. T. 12.06.2012, E. 2010/10201, K. 2012/10279.

<sup>152</sup> Yargıtay 11. HD. T. 23.01.2007, E. 2005/13649, K. 2007/689.

<sup>153</sup> Yargıtay 11. HD. T. 26.11.1998, E. 1998/6570, K. 1998/8257.

<sup>154</sup> Yargıtay 11. HD. T. 17.11.2009, E. 2008/7742, K. 2009/11991.

<sup>155</sup> Yargıtay 4. HD. T. 03.02.2011, E. 2009/14740, K. 2011/958.

<sup>156</sup> Yargıtay 11. HD. T. 31.05.2010, E. 2008/14066, K. 2010/6112.

<sup>157</sup> Yargıtay 11. HD. T. 18.02.2019, E. 2017/4314, K. 2019/1219.

Eser sahibi, kural olarak, eseri üzerinde her zaman değişiklik yapabilir. Mesela; bir yazar kitabının ikinci baskısında bazı bölümlerin çıkarılmasını yayımcısından isteyebilir, bir ressam yağlı boya tablosu üzerinde sergiden sonra değişiklikler yapabilir. Ancak bir eşyada somutlaşan resim, tablo veya heykel gibi eserlerin mülkiyetinin bir başka kişiye devri halinde, bu tarz eserler üzerinde sahibinin değişiklik yapma yetkisini kullanması artık mümkün değildir.<sup>158</sup> Zira, aşağıda açıklanacak olan esere ulaşma hakkı (FSEK m. 17/1), bu tarz eserlerin mülkiyetinin devrinden sonra eser sahibine eserinden faydalanma konusunda sınırlı yetkiler tanımıştır ve eserde değişiklik yapmak yetkisi bunlar arasında gösterilmemiştir.

FSEK m. 16/3'e göre, *'Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür.'* FSEK m. 16, yalnızca bir kere 2001 yılında değiştirilmiştir. FSEK m. 16/3'te yer alan bazı ibareler yenileriyle değiştirilmiştir: 'kayıtsız ve şartsız izin' ibaresi, 'kayıtsız şartsız yazılı izin' olarak; 'muhalefet hakkını muhafaza eder' ibaresi 'men edebilir' olarak; 'haktan vazgeçmek' ibaresi 'menetme yetkisinden vazgeçmek' olarak. Bu, iznin yazılı olması halinde dahi bu hakkın kullanılabileceği anlamına gelmektedir. Ayrıca, 'şeref ve itibarını bozan' ibaresi yerine 'şeref ve itibarını zedeleyen' ibaresi getirilmiştir.

Eser sahibi, eserin başka bir kişi tarafından değiştirilmesine izin verebilir.<sup>159</sup> İzin, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkının devri anlamına gelmez; sadece bu hak içinde yer alan eserde değişiklik yapma yetkisinin başka bir kişi tarafından kullanılmasına müsaade edilmesine yönelik hukukî bir işlemdir. İzin, herhangi bir şekil şartına tabi değildir<sup>160</sup> ve haklı sebepler varsa geri alınabilir.<sup>161</sup> Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, kural olarak, eserle ilgili mali hakları sözleşme (mesela devir, lisans veya yayın sözleşmesiyle)<sup>162</sup> veya kanun (mesela işverenler veya

<sup>158</sup> TEKİNALP, § 14 Kn. 43.

<sup>159</sup> EREL, s. 146.

<sup>160</sup> Yargıtay 11. HD. T. 04.06.2008, E. 2007/5015, K. 2008/7374.

<sup>161</sup> YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 456.

<sup>162</sup> FSEK, m. 48-52; Türk Borçlar Kanunu, m. 487 vd.

tüzel kişilerin mali hakları kullanma yetkisine sahip olması)<sup>163</sup> gereği edenlere de otomatik olarak geçmez. Ancak FSEK m. 16/2 gereğince, kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kişiler; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği gereği zorunlu olan değiştirmeleri eser sahibinin özel bir izni olmaksızın yapabilirler. Bu nedenle, çeviri, çoğaltma, temsil haklarının kullanılması için şart olan veya yayım için teknik olarak gerekli olan değişiklikler, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkını ihlal etmemektedir. Mesela; i) imlâ hatası ve anlatım bozukluğu içeren ifadelerin eser sahibinin izni olmaksızın yayımcı tarafından düzeltilmesi, ii) sahnelenmesi imkânsız bir bölümün tiyatro eserinin temsili sırasında çıkarılması, iii) ders kitabı olarak hazırlanan eserden yetkili makamlarca zorunlu kılınan ekleme ve çıkarmaların yapılması<sup>164</sup> zorunlu değişiklik yapma yetkisinin usulüne uygun kullanıldığı hallere örnek teşkil eder. Değişiklik yapma yetkisinin iki istisnası vardır. Birinci olarak bu yetki, eserde yapılabilecek her türlü değişikliği değil; yalnızca kanunen veya sözleşmeyle devir alınan işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği gereği zorunlu olan değiştirmelerin yapılmasına imkân verir.<sup>165</sup> İkinci olarak, bu yetkiye dayanarak yapılan bir değişiklik, objektif anlamda eser sahibinin şeref ve itibarını zedelememeli veya eserin nitelik ve hususiyetini bozucu mahiyette olmamalıdır. Aksi takdirde eser sahibi, bu değişiklikleri menedebilir.<sup>166</sup>

Esere ad koyma yetkisi, eser sahibine aittir. Eserin adı, eser bütünü-  
nün bir parçasıdır. Eserin adı ve içeriği bir bütün oluşturduğu için, eser sahibinin bu bütünlüğün korunmasında manevi bir menfaatinin olduğu açıktır.<sup>167</sup> Buradan hareketle, eser sahibinin izni olmaksızın eserin adının değiştirilerek umuma arzı, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkının ihlali sonucuna sebebiyet vermektedir.<sup>168</sup>

<sup>163</sup> FSEK, m. 10(4) ve 18(2); Türk Borçlar Kanunu, m. 501.

<sup>164</sup> Yargıtay 11. HD. T. 10.12.2012, E. 2010/10728, K. 2012/2030.

<sup>165</sup> EREL, s. 146.

<sup>166</sup> FSEK, m. 16(3).

<sup>167</sup> TEKİNALP, § 14 Kn. 37.

<sup>168</sup> Eserin adı, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı bağlamında yapılacak değişikliklere karşı korunurken; FSEK m. 83 bağlamında eser adının değiştirilmeksizin

Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, görünüşte oldukça açık ve net bir kapsama sahiptir. Ancak bu hakkın pratikte uygulanması, her zaman kolay olmamıştır. Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkının, üçüncü kişilerin haklarıyla, özellikle mimarî eserlerdeki mülkiyet haklarıyla, çatıştığı hallerde çözümü zor hukukî meseleler ortaya çıkmaktadır. Bu tür davalar, mimarî eserler üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olanlar tarafından yapılan değişiklikleri konu edinmektedir. Eser vasfındaki mimarî yapılar, estetik değerleri yanında bir ihtiyacı karşılamak bağlamında fonksiyonel bir amaca matuf olarak inşa edilir.<sup>169</sup> Kimi zaman bu tarz mimarî eserlerin kullanımlarının sürdürülmesi için, cisimlendikleri eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkı sahipleri tarafından tadil edilmeleri gerekir. Bu davalarda Yargıtay, eserde yapılacak herhangi bir değişikliği yasaklama şeklinde genel bir uygulama yoluna gitmemiştir. Bunun yerine, çatışan menfaatler arasında oldukça pragmatik ve amaca özel bir denge kurmaya çalışmıştır. Yargıtay, mimarî eserin hususiyetini bozmayan ve yapının bıraktığı izlenimi muhafaza eden değişikliklerinin yapılabileceğini kabul etmektedir. Mesela, bir yapının estetik görünümünü değiştirmeden teknik ve idari ihtiyaçlar için mimarî eklemeler yapılmasını,<sup>170</sup> bir üniversite kampüsü içindeki boş alanlara sonradan başka bir mimar tarafından farklı birimlerin inşa edilmesini,<sup>171</sup> bir stadyum içerisindeki kot seviyesinin düşürülmesini,<sup>172</sup> otel olarak kullanılan bir mimari yapının sağlamlığını, konforunu ve emniyetini iyileştirmeye yönelik tadilatlar yapılmasını,<sup>173</sup> bir adliye binasının içerisindeki bazı bölümlerin banka, postane, karakol, kantin ve kafeterya olarak düzenlenmesi ve

---

aynen bir başka eserde kullanılmasına karşı korunur. Bir eserin adı ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekillerinin, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılması mümkün değildir (FSEK m. 83/1). Bu kural, umumen kullanılan ve ayırt edici bir vasfı bulunmayan ad, alamet ve dış şekiller hakkında uygulanmaz (FSEK m. 83/2). Eser adının, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu uyarınca marka olarak korunması da mümkündür.

<sup>169</sup> Bir mimari projenin uygulanmasıyla güzel sanat eseri vasfında bir mimari yapı meydana getirilmiş ise, mimari proje (ilim ve edebiyat eseri olarak) ve mimari yapı (güzel sanat eseri olarak) ayrı ayrı eser olarak korunur.

<sup>170</sup> Yargıtay 11. HD. E. 2006/8353, K. 2007/15508.

<sup>171</sup> Yargıtay 11. HD. T. 11.02.2014, E. 2012/10648, K. 2014/2360.

<sup>172</sup> Yargıtay 11. HD. T. 24.04.2008, E. 2007/9568, K. 2008/5481.

<sup>173</sup> Yargıtay 11. HD. T. 24.10.2005, E. 2005/453, K. 2005/10277.



asansörler eklenmesini<sup>174</sup> ihlal olarak değerlendirmemiştir. Bu değişiklikler, yapıya ait (ilim ve edebiyat eseri sayılan) mimarî plan üzerindeki eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkını da ihlal etmemektedir.

Eserde yapılan değişikliklere uzun süre ses çıkarılmaması, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkından doğan dava yetkisinin yitirilmesine sebebiyet verebilmektedir.<sup>175</sup> Bu husus, karşı çıkılmayan değişiklikler bakımından geçerlidir.

### 3. Eser Sahibinin Zilyed ve Malike Karşı Hakları

Eserin cisimlendiği eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, FSEK'te eser sahibine tanınan birtakım manevi haklarla sınırlandırılmıştır. Bu haklar şunlardır: i) eserin aslına ulaşma hakkı (FSEK m. 17/1), ii) eseri tahrip etmeyi önleme hakkı (FSEK m. 17/2), iii) eseri sergileme hakkı (FSEK m. 17/3).

#### a. Eserin Aslına Ulaşma Hakkı

Eser sahibi, gerekli durumlarda, aslın maliki ve zilyedinden, koruma şartlarını yerine getirmek kaydıyla, bazı güzel sanat eserlerinin ve bazı bilim ve edebiyat eserlerinin asıllarından geçici bir süre için yararlanmayı talep etme hakkına sahiptir (FSEK m. 17/1). Bu hak, söz konusu eserlerin ticaretini yapanlar tarafından eseri satın alan veya elde eden kişilere müzayede ve satış kataloğu veya ilgili belgeler ile açıklanır (FSEK m. 17/1). Durumun gerekli olup olmadığı her somut olaya göre değerlendirilmektedir.<sup>176</sup>

Eser sahibi, bu manevi hakkı eseri satın alan veya elde eden kişilere müzayede ve satış kataloğu veya ilgili belgeler ile açıkladıysa kullanılabilir. Bu açıklama yapılmadıysa, bu hakkın kullanılması mümkün değildir.

Eserin aslına ulaşma hakkı, her eser için değil; bazı eser türleri ve mutlak surette bunların *asılları* için tanınmıştır.<sup>177</sup> Eser sahibinin malik veya zilyetten aslına ulaşmayı talep edebileceği eserler şunlardır: i) yağlı ve suluboya tablolar, her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler,

<sup>174</sup> Yargıtay 11. HD. T. 14.11.2011, E. 2011/10730, K. 2011/14979.

<sup>175</sup> Yargıtay 11. HD. T. 29.01.1999, E. 1998/10031, K. 1999/250.

<sup>176</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, 2017, s. 257.

<sup>177</sup> KILIÇOĞLU, s. 257. Karşılaştırmamız; EREL, s. 155.

güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafı, heykeller, kabartmalar ve oymalar (FSEK m. 4/1-(1)-(2)); ii) el yazısıyla yazılmış edebi eserler ve bilgisayar programları (FSEK m. 2(1)); iii) el yazısıyla yazılmış musiki eserler (FSEK m. 3). Eserin aslına ulaşma hakkı, FSEK'in ilk metninde tüm eserler için tanınmışken, 2001 yılındaki değişiklikle hakkın kapsamı bu eser türleriyle sınırlanmıştır.

Eserin aslına ulaşma hakkı, geçici bir süre için geçerlidir. Eser sahibi yararlanmanın gerektirdiği makul süre kadar bu hakkı kullanabilir.<sup>178</sup> Bu hakkı kullanırken eser sahibi, eseri koruma şartlarını yerine getirmiş olmalıdır.<sup>179</sup>

### **b. Eseri Tahrip Etmeyi Önleme Hakkı**

Aslın malikine eser üzerinde tasarruf etme hakkı getirilmiştir. Aslın maliki ancak eser sahibi ile aralarındaki sözleşme şartlarına uygun olarak eser üzerinde tasarruf etme hakkını kullanabilir. Aslın maliki eser üzerinde tasarruf etme hakkını kullanırken eseri bozamaz, yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez (FSEK m. 17/2). Eser sahibi, eserin bozulması veya tahrip edilmesi sonucunu doğurabilecek tasarrufları önleme hakkına sahiptir.<sup>180</sup>

Yargıtay, eseri tahrip etmeyi önleme ve eserde değişiklik yapılmasını önleme haklarını birlikte uygulamaktadır. Mesela, *Hitit Güneşi* adlı bir seramik rölyefin restorasyon sırasında hasar görmesi<sup>181</sup> ve mozaik levhanın yıkılması halinde<sup>182</sup> bu yönde uygulama yoluna gidilmiştir. Yargıtay, her ikisi de FSEK anlamında güzel sanat eseri olan bu iki fikrî ürünün tahrip edilmesini, her iki manevi hakkın da ihlaline sebebiyet verdiği hükmetmiştir. Eseri tahrip etmeyi önleme hakkı ile birlikte eseri sergileme hakkı, 1995 tarihli değişikliklerle FSEK kapsamına açıkça dahil edilmiştir.

<sup>178</sup> KILIÇOĞLU, s. 257.

<sup>179</sup> KILIÇOĞLU, s. 257.

<sup>180</sup> EREL, s. 156.

<sup>181</sup> Yargıtay 11. HD. T. 23.01.2007, E. 2005/13649, K. 2007/689.

<sup>182</sup> Yargıtay 11. HD. T. 09.05.2014, E. 2013/3484, K. 2014/8875.

### c. Sergileme Hakkı

Eser sahibi, eserin tek ve özgün olması halinde, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla eseri isteyebilir (FSEK m. 17/3). Eseri sergileme hakkının kullanılması için şu kümülatif şartların yerine getirilmesi gerekmektedir: i) eser tek ve özgün olmalıdır, ii) eserin çalışma ve sergilerde kullanma ihtiyacının belirmesi gerekmektedir, iii) eser sahibi, eseri koruma şartlarını yerine getirmiş olmalıdır ve iv) eserin zilyetliğinin teslimi çalışma ve sergi süresince talep edilmelidir.<sup>183</sup> Mesela, bir ressamın, tüm çalışmalarının yer alacağı bir katalog çekimi için, elinde fotoğrafı bulunmayan bir tablosunu malikinden, fotoğraf çekimi için geçici olarak yararlanmayı talep edebilmesi mümkündür.

### 4. İcracı Sanatçıların Manevi Hakları

FSEK'in ilk versiyonunda, yalnızca icracı sanatçıların adının belirtilmesi hakkı sınırlı bir şekilde korunmuştur.<sup>184</sup> 1995 ve 2001 yıllarında yapılan değişikliklerle, icracı sanatçıların manevi hakları, mevcut hallerine ulaşılmıştır.

FSEK m. 80(1)(A)(1) uyarınca, "*İcracı sanatçılar, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler.*" Bu, icracı sanatçıların icraların sahibi olarak tanıtılma ve icraların itibarlarını zedeleyecek muamelelere itiraz etme haklarına sahip olduğu anlamına gelmektedir.<sup>185</sup>

İcracı sanatçılara tanınmış olan bu manevi hakların ayırt edici özelliği, korumanın icranın kendisinden ziyade icranın tespiti üzerine odaklanmış olmasıdır.<sup>186</sup> Böylece, FSEK'te tanınan bu manevi hakların kapsamı, WPPT m. 5'e göre daha dardır, çünkü WPPT m. 5'teki manevi haklar icranın tespiti yanında 'canlı performanslar' (icranın kendisi)

<sup>183</sup> KILIÇOĞLU, s. 259-260.

<sup>184</sup> FSEK m. 81/5 (ilk hali).

<sup>185</sup> TÜRKER, Gökçen, İcracı Sanatçıların Hakları, Yetkin Yayınları, 2016, s. 84.

<sup>186</sup> TÜRKER, s. 84.

bağlamında da korunmaktadır.<sup>187</sup> Ayrıca, icracı sanatçıların manevi hakları; eser sahibinin mali ve manevi haklarından, icranın tespiti üzerindeki diğer bağlantılı hak sahiplerinin haklarından bağımsızdır.

İcracı sanatçının adının tespitlerde belirtilmesi için açıkça bu hakkı ileri sürmesine gerek bulunmamaktadır; tespiti yapanlar talep olmasa da icracı sanatçının adını zikretmelidir. FSEK m. 80(1)(A)(1)'da açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, icracı sanatçıların, takma ad, adın baş harfleri veya diğer bazı özel tanımlama biçimlerini kullanma hakkı bulunduğu kabulü gerekir.<sup>188</sup> Bu bağlamda, bir grup (toplu olarak kullandıkları belirli bir isme sahip iki veya daha fazla sayıdaki icracı) tarafından yapılan bir icrayla ilgili olarak, her bir icracı sanatçının adını zikretmek yerine yalnızca grubun adına yer vermek genellikle yeterlidir. Ayrıca, takma ad kullanmasına rağmen icracı sanatçının gerçek kimliği kasıtlı olarak açıklandığı hallerde de, icracı sanatçı olarak tanıtılma hakkına dayalı koruma talep etmek mümkündür. Ancak bu hak, bir icranın yanlış bir icracıya atfedildiğini iddia etmek için kullanılamaz. İcracı sanatçı böyle bir halde, eser sahipleri gibi, Türk Medeni Kanunu kapsamındaki kişilik haklarına başvurabilir.<sup>189</sup>

Tespit edilmiş icraların değiştirilmesini önleme hakkı, icraların tespitinin sanatçının itibarına zarar verecek herhangi bir şekilde tahrif edilmesi ve bozulması halinde ihlal edilmiş sayılmaktadır. FSEK m. 80(1)(A)(1), bu manevi hakkın -FSEK m. 16'dan farklı olarak- yalnızca itibarı zedeleme halini korumaktadır. Yargıtay, birkaç davada bu hakkın kapsamına ilişkin belirlemelerde bulunmuştur. Bir davada, sözleşmenin feshinden sonra, yapımcı tarafından, bir şarkıcının albümünde yer alan on icrasından dokuzunu başka bir şarkıcının icralarıyla değiştirilmesinin bu manevi hakkın ihlali sonucu doğurduğuna hükmedilmiştir.<sup>190</sup> Yargıtay benzer bir şekilde, ney icrasının bazı kısımlarını kesmeyi, şarkı söylenen kısmını çıkarmayı ve icraya başka sesler eklemeyi, bu manevi

<sup>187</sup> TÜRKER, s. 84.

<sup>188</sup> TÜRKER, s. 88; ARKAN, Azra, Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikrî Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, Vedat Kitapevi, 2005, s. 67.

<sup>189</sup> TÜRKER, s. 90.

<sup>190</sup> Yargıtay 11. HD. T. 06.04.2009, E. 2007/15139, K. 2009/4126.

hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>191</sup> Yine Yargıtay, şarkıcının izni olmadan icrasından insan vokallerini alarak yeni enstrümantal seslerle elektronik ortamda karıştırılarak (mikslenerek) yeni bir icra oluşturulmasının bu hakkı ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>192</sup>

İcracı sanatçıların bu hakları, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç olmak üzere geçerlidir. Bu kural, ilgili istisnaları belirlemede sarih değildir. Ancak bu bağlamdan yola çıkarak, icracı sanatçıların her zaman adlarının belirtilmesini talep etmelerinin mümkün olmadığı söylenebilir. Mesela, bir orkestra tarafından icra edilmiş olan bir şarkıyı radyo programında yayınlayacak olan radyo spikerinin, orkestranın tüm üyelerinin isimlerini sayması mümkün değildir. Aynı şekilde, bir icrada alışılmış editöryal veya prodüksiyon uygulama şartlarının gerektirdiği değişiklikleri yapmak, FSEK uyarınca hukuka uygun olarak kabul edilebilir.

FSEK m. 80'de, icracı sanatçıların manevi hakları saymakla yetinmiş ve içerikleri hakkında ayrıntıya yer vermemiştir. Bu nedenle, FSEK'in eser sahiplerinin manevi haklarına ilişkin hükümlerinin, mahiyetine uygun düşüğü müddetçe, icracı sanatçıların manevi haklarına da kıyasen uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir.

### III. MANEVİ HAKLARIN DOĞASI

#### A. Uluslararası Teorik ve Ampirik Yaklaşımlar

Telif hakkının sağladığı koruma için ileri sürülen akademik argümanlar, doğal haklar, eseri umuma sunulması için ödüllendirme, yaratıcılık için teşvik, yaratıcılığın neoliberal analizleri, ifade özgürlüğü, demokrasi ve hatta insan hakları kavramlarına dayandırılmıştır.<sup>193</sup> Bu alandaki akademik literatür ile ilgili olarak, Wendy Gordon,<sup>194</sup> Edwin

<sup>191</sup> Yargıtay 11. HD. T. 15.02.2010, E. 2008/10975, K. 2010/1684.

<sup>192</sup> Yargıtay 11. HD. T. 12.03.2012, E. 2010/13383, K. 2012/3707.

<sup>193</sup> Genel bir bakış için bkz. SPENCE, Micheal, 'Justifying Copyright', *Dear Images: Art, Culture and Copyright*, ed. SCHUBERT, Karsten/ MCCLEAN, Daniel, 2002, s. 388; BENTLY, Lionel/ SHERMAN, Brad/ GANGJEE, Dev/ JOHNSON, Phillip, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 5. Baskı, 2018, s. 39-44; Aplin, TANYA/ DAVIS, Jennifer, *Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 3. Baskı, 2017, s. 2-27.

<sup>194</sup> GORDON, Wendy J., "A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *Yale Law Journal*, Cilt: 102, 1993,

Hettinger,<sup>195</sup> Justin Hughes,<sup>196</sup> Jeremy Waldron<sup>197</sup> ve Peter Drahos'un<sup>198</sup> çalışmaları ile John Locke, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Immanuel Kant ve Konfiçyus'un felsefesini inceleyen diğer çalışmaları göstermek mümkündür.<sup>199</sup> Robert Merges, "*Justifying Intellectual Property*" isimli kitabında, John Rawls, Robert Nozick ve Jeremy Waldron'dan esintiler vererek, fikri mülkiyet sisteminin temellerini incelemekte ve fikri mülkiyet hukukunun "orta dereceli ilkeleri" olarak adlandırdığı analiz üzerine kurmaya çalışmaktadır.<sup>200</sup>

Bu yorumlar, çok değerli olmalarına rağmen, bütüncül ve karmaşık bir hukuk kurumunu açıklamak için yalnızca bir teorik argümana odaklanmaktadır. Daha önemlisi, telif hakkının sadece bir yönünü ön plana çıkararak, kültürel ilişkilerin ve eser sahipliğinin üzerine inşa edildiği yaratıcılık süreçlerinin birçok yönünü ihmal etmektedirler.

Akademik çalışmalarda, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, telif hakkı teorisinin tarihî olarak doğal haklar kavramına dayandırıldığını söylemek mümkündür. 19'uncu yüzyılda, doğal haklar, pozitif hukukun çizdiği formdan bağımsız olarak var olmuş, Immanuel Kant'ın kişilik hakları üzerine yazıları ve romantik eser sahipliği anlayışı ile eser sahibi ve eseri arasına sıkı bağı merkezine alan telif hakkı doktrininde

---

1540–78 (arguing for a natural-rights theory of desert as a basis for protecting intellectual property); GORDON, Wendy J., "On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutory Impulse", *Virginia Law Review*, Cilt: 78, Sayı: 1, 1992, s. 149–281.

<sup>195</sup> HETTINGER, Edwin C., "Justifying Intellectual Property", *Philosophy & Public Affairs*, Cilt: 18, Sayı: 1, 1989, s. 31–52.

<sup>196</sup> HUGHES, Justin, "The Philosophy of Intellectual Property", *the Georgetown Law Journal*, Cilt: 77, 1988, s. 287–366.

<sup>197</sup> WALDRON, Jeremy, "From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *Chicago-Kent Law Review*, Cilt: 68, 1993, s. 841–87.

<sup>198</sup> DRAHOS, Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot: Dartmouth, 1996.

<sup>199</sup> GOSSERIES, Axel/MARCIANO, Alain/STROWEL, Alain (eds), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2008; LEVER, Annabelle (ed), *New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property*, CUP, 2012; Symposium, 'The Philosophical Foundations of Intellectual Property', 49 *San Diego L Rev* 955–1282, 2012; YU, Peter K, "Intellectual Property, Asian Philosophy and the Yin-Yang School", *The WIPO Journal*, Cilt: 7, 2015, s. 1–15.

<sup>200</sup> MERGES, Robert P., *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, 2011, s. 102–36.

birleşmiştir.<sup>201</sup> Bu esastan hareketle geleneksel manevi hakların, eser sahiplerinin eserleri üzerindeki mali haklarını tamamlayan, manevi ve şahsî menfaatlerini koruyan<sup>202</sup> devredilemeyen hakları olduğu kabul edilmektedir.<sup>203</sup>

Buna kıyasla, İngiltere'deki 1988 yılında kabul edilen Telif, Tasarım ve Patent Kanunu, telif hakkını bir mülkiyet ve böylece bir malvarlığı unsuru olarak tanımlamıştır.<sup>204</sup> Bu düzenleme tarzı, telif hakkı sisteminin öncelikle ekonomik mülhazalar üzerine temellendirdiği düşüncesini vücuda getirmektedir. Bu anlayışa göre eserler, ticari tüketim için meydana getirilmektedir. Bunun sonucu olarak bu sistemde, öncelikle eserler ve daha az bir dereceye kadar eser sahibinin manevi hakları korunmaktadır.

Telif hukuku konusundaki bu ayrışmalar nedeniyle, manevi haklar ciddi ölçüde eleştiriye tabi tutulmuştur. Manevi haklar, iş birliğine dayalı ve eserler arası alıntıya imkân veren yaratım sürecinin doğasını tanımakta yetersiz kalan ve izole edilmiş yaratıcı bir deha gibi görülen romantik bir yazar imgesi üzerine inşa edildiği için eleştirilmiştir.<sup>205</sup> Manevi haklarla ilgili yapılan bir başka eleştiri, serbest piyasanın işleyişine bir müdahale oluşturdukları nedenine odaklanmaktadır. Mesela William Landes ve Richard Posner, manevi hakların ya gereksiz olduğunu ya da faydadan çok zarar getirdiğini ileri sürmüştür.<sup>206</sup> Mark Lemley ise, manevi hakların hukukî işlem masraflarını arttırarak telif haklarıyla korunan eserlerin verimli kullanımını engellediklerini iddia etmiştir.<sup>207</sup> M. Adler sanatçılara aşırı kontrol imkânı verdiği için manevi hakların sanatsal

<sup>201</sup> Bkz. ADENEY.

<sup>202</sup> BENTLY/SHERMAN/GANGJEE/JOHNSON, s. 285.

<sup>203</sup> Bu yaklaşım hakkında geniş bir analiz için bkz.: RIGAMONTI, Cyril P.: Deconstructing Moral Rights, Harvard International Law Journal, 2006, ss. 353-412.

<sup>204</sup> CDPA, s. 1(1).

<sup>205</sup> JAZSI, Peter, "On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity" 10 Cardozo AELJ 293, 1992; CRAIG, Carys J, Copyright, Communication and Culture: Towards a Relational Theory of Copyright Law, Edward Elgar Publishing, 2011, s. 57; CHON, Margaret, "The Romantic Collective Author", Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, Cilt: 14, 2012.

<sup>206</sup> LANDES, William/POSNER, Richard, The Economic Structure of Intellectual Property Law, Harvard University Press, 2003, s. 276-280.

<sup>207</sup> LEMLEY, Mark, "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law" Texas Law Review, Cilt: 75, 1997, 75 s. 1031-1033.

söylemi tehdit ettiğini savunmuştur.<sup>208</sup> Manevi haklara karşı getirilen bir diğer eleştiri, özel menfaatlerin kamu menfaatlerine üzerine konulduğu iddiasıdır. Bu bağlamda, manevi hakların parodi gibi işleme eserlerin yaratımını ve yaygınlaştırılmasını sınırlandırdıkları ileri sürülmüştür.<sup>209</sup>

Bazı diğer akademisyenler, manevi hakların korunmasına daha olumlu yaklaşmıştır. Henry Hansmann ve Marina Santilli, manevi hakların eser sahipleri ile sanatçılara ünlü olmaktan kaynaklı dışsallıkları kontrol etme imkânı verdiğini göstermişlerdir.<sup>210</sup> Jeanne Fromer ise, manevi hakların faydacılığa dayalı bir telif hakkı sistemini ifade teşvikleri şeklinde desteklediğini iddia etmiştir.<sup>211</sup>

Telif hakkı literatüründe, manevi hakların kapsamı ve temelleri derinlemesine tartışılmış olsa da bu çoğunlukla teorik düzeyde kalmıştır. Ancak, bu teorik yaklaşımları tamamlamak için yapılan üç ampirik çalışmaya işaret etmek mümkündür. İlk çalışmada, Barbara Spellman ve Frederick Schauer, katılımcıların bir sanat eseri ve sanat eseri niteliğinde olmayan bir çalışma üzerinde yapılan değişiklikler hakkındaki duygularını ifade ettikleri iki vinyet çalışmanın sonucu rapor etmişlerdir.<sup>212</sup> Katılımcıların sanat eserinde yapılan değişikliğe sanat eseri olmayanda yapılan göre daha güçlü bir şekilde karşı çıktıklarını; bu karşı çıkışın sanat eseri sosyal bir düşünceyi ifade ettiğinde daha da arttığını ve katılımcıların siyasi görüşleri ile sanatla meşguliyetlerinin bu yöndeki kararlarını etkilediğini bulmuşlardır.<sup>213</sup>

İkinci çalışmada, Christopher Sprigman ve arkadaşları, eser sahibi olarak gösterilme ve çoğaltma haklarıyla ilgili bir kimsenin bir eseri

<sup>208</sup> ADLER, Amy, "Against Moral Rights", *California Law Review*, Cilt: 97, 2009, s. 263-300.

<sup>209</sup> PESSACH, Guy, "The author's moral right of integrity in cyberspace - a preliminary normative framework", 2003, 34 IIC 250.

<sup>210</sup> HANSMANN, Henry/SANTILLI, Marina, "Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis", 26 *Journal of Legal Studies*, 1997, s. 95-143.

<sup>211</sup> FROMER, Jeanne C., "Expressive Incentives in Intellectual Property Law", *Virginia Law Review*, Cilt: 98, Sayı: 8, 2012, s. 1745-1824.

<sup>212</sup> SPELLMAN, Barbara/SCHAUER, Frederick, "Artists' Moral Rights and the Psychology of Ownership" *Tulane Law Review*, Cilt: 83, 2009, s. 661-678.

<sup>213</sup> Ibid.



almayı tercih edeceği en düşük fiyatı belirlemek için üç yarışma düzenlemişlerdir. Denekler, bu hakları satıp satmama konusunda karar verememişlerdir.<sup>214</sup> Bunun yerine, yarışmaya katılıp yarışma sonucu verilecek ödülü kazanma fırsatını üçüncü kişilere satmayı tercih etmişlerdir. Denekler; 'Amazon Mechanical Turk' isimli online hizmete kayıtlı kişiler, fotoğrafçılık ile ilgili bir dergi ve ilişkili bir grup arasından seçilmiştir. Deney sonunda, deneklere gerçek bir alım satımın gerçekleşmediği bildirilmiştir. Sprigman ve arkadaşları, katılımcıların eser sahibi olarak gösterilme hakkı için ekonomik anlamda yüksek değerler biçtiklerini tespit etmişlerdir.<sup>215</sup>

Üçüncü çalışmada, Stefan Bechtold ve Christoph Engel 24 ülkeden 200 eser sahibinin manevi haklara ekonomik olarak değer biçme davranışlarını ortaya çıkaran ilk saha deneyini gerçekleştirmişlerdir. Temel olarak, en önemli üç manevi hakla (eser sahibi olarak gösterilme, eserin değiştirilmesini önleme ve eseri geri çekme hakları) ilgili veri toplamışlardır. Deneye, bundan haberi olmayan eser sahiplerinin katılımı sağlanmıştır. Deneyde, eser sahiplerinden telif hakkı ile korunan eserleri manevi haklarıyla birlikte satın almışlardır. Böylece, gerçek eser sahipleriyle gerçek bir alışveriş gerçekleştirilmiştir. Eser sahiplerinin büyük bir çoğunluğunun ilk etapta manevi haklarını satmak istemediklerini ve buna karar verdiklerinde ise yüksek fiyatlar talep ettiklerini bildirmişlerdir. Bechtold ve Engel, ayrıca, manevi haklara ilişkin hukukî rejimleri farklı olan ABD ile Avrupa'da bulunan eser sahiplerinin tercihleri arasında çok küçük bir fark bulunduğunu gözlemlemişlerdir. Bechtold ve Engel'in çalışmasının sonuçları, ABD ile Avrupa'da farklı manevi haklara ilişkin hukukî rejimlerinin bulunmasının gerekip gerekmediğini ve kâr etme eksenine dayalı bir telif hukuku teorisinin insan davranışları ve yaratıcılıkla arasındaki karmaşık ilişkiyi anlamlandırmakta yeterli olup olmadığını sorgulamaya davetiye çıkarmıştır.

Böylece, manevi haklar üzerine yapılan ampirik çalışmaların telif hukukunun bu alanını ağırlıklı olarak ekonomik bir bakış açısıyla

<sup>214</sup> SPRIGMAN, Christopher/BUCCAFUSCO, Christopher/BURNS, Zachary, "What's a Name Worth?: Experimental Tests of the Value of Attribution in Intellectual Property", *Boston University Law Review*, Cilt: 93, 2013, s. 1389-1435.

<sup>215</sup> *Ibid.*

irdelendiğini iddia etmek mümkündür. Buna göre, ampirik çalışmaların telif hukuku anlayışı, yalnızca manevi hakları değil aynı zamanda kültür ve büyüme ilgili politikaları şekillendiren ve baskın olarak ekonomi ek-senli bir modele işaret etmektedir.

### B. FSEK'te Yer Alan Manevi Hakların Niteliği

Türkiye'de, manevi haklara ilişkin hükümlerin lafzı ve mahkemeler tarafından çizilen içerikleri, bu argümanların hangisini desteklemektedir? Osmanlı dönemindeki manevi haklara ilişkin bugüne kadar herhangi bir dava rapor edilmemiştir. Bu sebeple, bu hakların uygulamada nasıl şekillendiğinin izini sürmek mümkün değildir. Kanunî düzenlemelerin lafzına bakıldığında, Hakk-ı Telif Kanunu'na kadar manevi hakların yetkili devlet organları ve padişah tarafından tanınan bir imtiyaz şeklinde korunduğunu gözlemek mümkündür. Bu durumun, ödül teorisindeki argümanları yansıttığı açıktır.

Hakk-ı Telif Kanunu, telif korumasına hak kazanmak için şart koştuğu tescil şartına ve nispeten sınırlı kapsamına rağmen, iki temel manevi hakkı imparatorluk bünyesindeki tebaaya açık hale getirmiştir.<sup>216</sup> Hakk-ı Telif Kanunu yürürlüğe girdiğinde, Osmanlı İmparatorluğu Bern Birliği'ne üye değildir. Bunun gibi, devletlerarası ikili telif hakkı sözleşmeleri de bulunmamaktadır. Ancak, Hakk-ı Telif Kanunu'nun genel özelliklerinin ve kanunî ilkelerinin Avrupa'dakilere benzer olduğunu görmek mümkündür. Yine Kanun, o dönemki herhangi bir Avrupa telif kanununun bir çevirisi de değildir. Tüm bunlar, Osmanlı devlet yönetiminin devlet sınırları içinde entelektüel hayatın korunmasının önemini farkında olduklarını göstermektedir. Bu nedenle, Osmanlı yönetimi Bern Sözleşmesi'nde öngörülen standartlara benzer standartları benimseyerek manevi hakları geniş telif hakkı çerçevesinde takip etmişlerdir.

Hakk-ı Telif Kanunu'nda eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, yalnızca sözleşme ilişkilerinde başvurulabilecek bir hak olarak düşünülmüştür. Bu model bu manevi hakkı, eser sahibi ile yayıncıyı (telif hakkı veya lisans sahibi olan) arasındaki sözleşme ilişkisinin bir parçası haline getirmektedir. Bu bağlamda, bu manevi hak, artık eser sahiplerinin eserleri üzerindeki manevi ve şahsî menfaatlerini koruyan bir hak

<sup>216</sup> BIRNHACK, s. 85-86.

olmaktan çıkarmakta ve bağlayıcı bir sözleşme (ifa etmeme sebebiyle temerrüt) hükmü haline getirmektedir. Bu tarz sözleşme ilişkisinde manevi hakkın işlevi, eser sahiplerine eserleri üzerinde mutlak bir hak sağlamaktan çok, sözleşmenin yorumuna yön vermek, tamamlayıcı kurallar oluşturmak ve telif hakkı sözleşmeleri için amir hükümleri koymaktır.

Hakk-ı Telif Kanunu'nda eser sahibi olarak tanıtılma hakkı ise, bir mali hakkın – yani çoğaltma hakkının (intihal)- korunması kapsamında zımnen rasyonelleştirilmiştir. Bu düzenleme, mali ve manevi menfaatleri harmanlayan tek bir hakkı bünyesinde barındırmaktadır. Bu, Alman monizminden ayrı olarak ortaya çıkan Türk telif hukukuna özgü monist bir anlayışı yansıtmaktadır.<sup>217</sup>

Böylece, Hakk-ı Telif Kanunu'nda kabul edilen manevi haklar, geleneksel batılı manevi hak (bu hakları, eser sahibinin şahsi ve manevi menfaatlerini koruyan, vazgeçilemez ve devredilemez haklar olarak gören) teorisinden, birtakım farklılıklar göstermektedir. Osmanlı hukukunda iki manevi hakkın temelini, sözleşmeler ve mali ve manevi hakların birliği doktrini olduğu görmek mümkündür.

FSEK'te yer alan manevi haklar bakımından daha farklı bir resim ortaya çıkmaktadır. FSEK kapsamındaki manevi hakların niteliğini incelemeden önce, bu hakların genel özelliklerini açıklamak uygun olacaktır. FSEK, kıta Avrupası geleneğinin özelliklerini yansıtmaktadır. Bu nedenle bünyesinde kısmen vazgeçilemez nitelikte olan bir manevi haklar kategorisini barındırmaktadır. Mali haklarda olduğu gibi, manevi haklarda da *numerus clausus* ilkesi geçerlidir.<sup>218</sup> Manevi haklara tecavüz, kanunda (FSEK'te) tanımlanan objektif bir yükümlülüğün ihlali edilmesi sebebiyle dava konusu edilebilir bir talep hakkı olarak öngörülmüş<sup>219</sup> ve ihlal halinde tazminata yaptırımına bağlanmıştır.<sup>220</sup>

Bu durum, FSEK'teki manevi hakların ihlali halinde, kural olarak, Türk Medeni Kanunda öngörülen kişilik haklarının ihlaline dayalı bir hukuk davası açılmayacağı anlamına gelmektedir. Ancak, Türk özel

<sup>217</sup> Almanya'daki monist teorisinin doğuşu için Bkz. RAJAN, s. 76-77.

<sup>218</sup> TEKİNALP, s. 162.

<sup>219</sup> FSEK, m. 66, 67, 69.

<sup>220</sup> FSEK, m. 70(2).

hukuku üzerindeki Alman ve İsviçre etkisi nedeniyle, bu manevi haklar kapsamındaki iki hakkın Türk Medeni Kanundaki kişilik haklarıyla bağlantılı olduğu kabul edilmektedir: i) Bir eserin umuma arz edilmesi ve yayımlanma tarzı sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikte ise eserin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını menetme hakkı (FSEK m. 13/3), ii) eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menetme hakkı (FSEK m. 16/3 ve icracı sanatçılar bakımından m. 80/1/(A)(1)). Eser sahibi (ve ikinci halde icracı sanatçı), bu iki hakkın ihlali durumunda Türk Medeni Kanundaki kişilik haklarının korunması için öngörülen hukuki yollara da başvurabilir. Bu tür hukukî çareler, bu iki manevi yetkiyle sınırlı olmak üzere kümülatif koruma sağlamakta olup *numerus clausus* ilkesinin geçersiz kılacak şekilde yorumlanamaz.<sup>221</sup>

Geleneksel olarak, umuma arz hakkı, eser sahibinin şahsi yaratıcı dünyası etrafında yer alan çevre üzerinde bir kontrol yetkisini bünyesinde barındırmaktadır. Esasen bu hak eser sahibine, kamu alanındaki sanatsal, ilmî veya edebi söyleme bir eser yoluyla katkı sağlayıp sağlamayacağına dair karar verme özgürlüğünü tanımaktadır. Bir eserin oluşturulma aşamaları tamamen bitip bitmediğine karar verebilecek yegâne kişi eser sahibidir. Bir eser tamamen ortaya konmadığı sürece, eser yalnızca yaratıcısının özel dünyasının bir parçası olarak kalmaktadır. Eser sahibi, eserini umuma arz etmeye niyetlenmedikçe eserin kanun önünde hiçbir varlığı yoktur. Eserinin kendi orijinal düşüncesine uygun olup olmadığına, hangi anda tamamlandığına ve kendisine layık olup olmadığına yalnızca eser sahibi karar verebilir. Eserin ne zaman umuma arz edileceğini, dolaşıma konulacağını ve kâr amacıyla kullanılacak bir 'eser' olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini, yalnızca eser sahibi belirleyebilir. Eser sahibinin bu kararından sonra eser umumun erişimine sunulmakta ve umum böylece eserin varlığından haberdar olmaktadır. Bu şekilde eser, eser sahibinin şahsî alanından fikir ve sanat dünyasına taşınmakta ve telif hakkı korumasına konu olmaktadır. Umuma arz hakkının temel amacı, eseri aracılığıyla kültürel iletişime katkıda bulunup bulunmama noktasında eser sahibine şahsî bir özerlik tanımaktır. Bu hak eser

<sup>221</sup> TEKINALP, s. 151-152; YILMAZTEKİN, s. 134-136.

sahiplerine, eserlerinin ne zaman tamamlanıp ne zaman yayına ve ticarileştirmeye hazır olduğuna dair karar verme yetkisi vermektedir. Sonuç olarak, bu hakkın özünde, insan hakları sayılan eser sahibinin kültürel yaşama katılma özgürlüğü<sup>222</sup> ile sanatsal ve yaratıcı ifade özgürlüğü bulunmaktadır.<sup>223</sup>

Ancak Yargıtay tarafından yorumlandığı haliyle umuma arz hakkı, bu felsefenin az bir miktar ötesine geçmiştir. Dağlarca, Kulin ve yukarıda bahsedilen diğer kararlarda<sup>224</sup> da görüldüğü gibi Yargıtay, umuma arz hakkını; mali haklardan yayma, temsil ve umuma iletim haklarının bir parçası olarak değerlendirmiştir. Bu durum, umuma arz hakkına ilişkin olarak monist yaklaşımın benimsenmiş olduğunu göstermektedir.<sup>225</sup> Bu manevi hak kanunî lafzı itibarıyla eser sahibine, eserin umuma arz veya yayımlanma tarzının, kişilik haklarının bazı unsurlarını (şeref ve itibar) zedeleyecek halde olmasına karşı da koruma sağlamaktadır (FSEK m. 14/3).

Eser sahibi olarak tanıtılma hakkının, çeşitli kültürel, ekonomik ve sembolik sonuçları vardır. Bu hak, bibliyografyalar, kataloglar ve indeksler aracılığıyla fikri eserlere erişimin idaresini kolaylaştırmaktadır. Ayrıca, eser sahibinin dehasının veya yeteneğinin kutlanması, ödüllendirilmesi ve kalıcılığının sağlanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Telif ücretlerinin, özellikle meslek birlikleri tarafından dağıtımının yönetimine yardımcı olmaktadır. Nihayetinde fikri bir külliyyatın (*oeuvre*) eser sahibi olarak bir kimlik de inşa etmektedir. Bu manevi hak, ayrıca eser sahibi ile

<sup>222</sup> Bu insan hakkı, özellikle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27. maddesinde yer almaktadır. G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 (10 December 1948); UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICCPR) Article 15(1)(a), United Nations, Treaty Series, vol. 993 (16 December 1966) p. 3 (ICESCR).

<sup>223</sup> Bu husus, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27. maddesi, ICESCR'nin 15(1)(c) maddesi ve ICCPR'nin 19(2) maddesinde düzenlenen, eser sahiplerinin, ilmi, edebi veya sanatsal yaratımından kaynaklanan mali ve manevi menfaatlerini koruma haklarının uzantısıdır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin de kapsamındadır.

<sup>224</sup> Kararlar için bkz. Başlık 3.2.1.

<sup>225</sup> FSEK'te tüm manevi haklar bakımından düalist yapının kabul edildiğini iddia eden görüş için bkz.: TEKİNALP, s. 160.

mecazi olarak 'ruhani çocuğu' arasındaki bağı korumaktadır.<sup>226</sup> Tüm bunlar çağdaş Türk telif hukukunda görülebilen unsurlardır.

Eserin bütünlüğünü koruma hakkının özü, eser sahibinin eserlerinin bütünlüğünü ve hususiyetini sürdürme konusundaki manevi menfaatleridir.<sup>227</sup> Bir fikri ürünün eser niteliğini haiz olabilmesi ve FSEK kapsamındaki telif hakkı korumasından yararlanabilmesi için, eser sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir.<sup>228</sup> Eser sahibinin hususiyeti, eserin her bölümünde kendini göstermektedir. Bu anlamda, eserde yapılan herhangi bir değişiklik, eserin hususiyetinin kaybolmasına neden olabilmektedir. Söz konusu değişiklik, eser sahibinin şerefini veya itibarını zedelediğinde, eserin bütünlüğü koruma hakkı aynı zamanda eser sahibinin kişiliğini de korumaktadır (FSEK m. 16/3).

FSEK kapsamında manevi haklar lisans veya devir yoluyla devredilemez ve bu haklardan feragat edilemez ancak bu haklar vasiyet olunabilir (FSEK m. 19/1). Bu haklar, eser sahibinin mirasçılara intikal etmemektedir. Ancak, mirasçılar, eser sahibinin ölümünden sonra da manevi hakları kullanabilmektedir (FSEK m. 19/1-2). FSEK m. 14/3, 15/3<sup>229</sup> ve 16/3'te tanınan istisnalar dışında, manevi haklar, eser sahibinin ölümünden 70 yıl geçmekle sona eren mali haklardan farklı olarak, mirasçıların yaşamıyla sona erer (FSEK m. 19/1-2).<sup>230</sup> Yine icracı sanatçıların mali ve manevi hakları, icranın tespitinin yapıldığı tarihten başlayarak, 70 yıl devam eder; icra tespit edilmemiş ise bu süre, icranın ilk aleniyet kazanmasıyla başlar.<sup>231</sup> FSEK m. 19, mahiyetine uygun düştüğü müddetçe, koruma süresi dışında, icracı sanatçılar bakımından da kıyasen uygulanır. Bununla birlikte, bir eserin memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü hallerde, Kültür ve Turizm Bakanlığı FSEK m. 14/3, 15/3 ve 16/3

<sup>226</sup> STROMHOLM, Stig, Droit Moral—The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint, 14(1) Int'l Rev. Indus. Prop. & Copyright L. 217, 1983, s. 228.

<sup>227</sup> ÖZTAN, s. 315.

<sup>228</sup> Bu eserin hususiyet taşıması şartının formülasyonudur. Bkz. FSEK m. 1(B)/a.

<sup>229</sup> Eser sahipliğinin tespiti için tespit davası açma hakkı.

<sup>230</sup> FSEK m. 27/1.

<sup>231</sup> FSEK m. 82/5. Bu yönde bkz.: TÜRKER, s. 213; ARKAN, s. 125. İcracı sanatçıların manevi haklarına ilişkin koruma süresi bakımından FSEK m. 19'un uygulanması gerektiğini ileri süren aksi yöndeki görüş için bkz.: EREL, s. 216.

kapsamında eser sahibine tanınan hakları kendi namına daimî olarak kullanabilir. Manevi hakların daimî olarak korunması, manevi hakları niha-yetinde ülkenin kültürel mirasının korunması için bir araca dönüştür-mektedir.<sup>232</sup> Bu, manevi haklar teorisiyle, yani eser sahibinin eserlerindeki manevi menfaatlerinin korunması anlayışıyla bağdaşmamaktadır.<sup>233</sup> Bu-rada, Fransız düalizminin Alman monizmine tercih edilmiş olması dikkat çeken bir husustur.<sup>234</sup> Ancak, icracı sanatçıların mali ve manevi haklarına ilişkin koruma süresi yönünden monizm tercih edildiğini not etmek gerekir.

İlginç bir şekilde, Türkiye'deki geleneksel manevi haklar teorisin-den bir başka ayrışma, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı ile eserlerin asıllarının yok edilmesinin önleme hakkının birlikte uygulama-sında gözlemlenebilir (FSEK m. 16, 17/2). Bu ayrışma, eser sahipleri ve yukarıda bahsedilen malikler arasındaki uyumsuzluklarda ortaya çıkmak-tadır.<sup>235</sup> Bu ayrışmanın sebebi, yine manevi hakların eser sahibinin eserle-rindeki manevi menfaatlerinin korunmak amacıyla değil; sanatın korun-ması amacıyla kullanılmasıdır.

Eserin aslına ulaşma hakkı, eser sahibine eserinin aslını geçici ola-rak görme hakkı verirken; sergileme hakkı, eser sahibine sanatını bu eser-ler aracılığıyla sergileme hakkı vermektedir. Burada da sanatın korunma-sının amaçlandığı ifade edilebilir.

## SONUÇ

Osmanlı dönemine kadar dayanan manevi haklar, modern an-lamda 20'nci yüzyılın başlarında kanunî düzelemeye kavuşmuş ve hukuk sahnesine çıkmıştır. Böylece manevi haklar, Türk telif hukukunda yakla-şık iki yüzyıldır en az mali haklar kadar güçlü bir koruma altındadırlar.

Türk hukukunda manevi hakların, sadece ortaya çıkışı değil, aynı zamanda gelişim biçimleri de dikkat çekicidir. Manevi hak kavramı, bir kanun ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Ancak manevi haklar doktrinin ge-lişimi, sadece yasama yoluyla değil mahkeme içtihatları yoluyla da

<sup>232</sup> TEKİNALP, s. 161.

<sup>233</sup> RIGAMONTI, s. 370-371.

<sup>234</sup> Fransa'daki düalist teori için, bkz. RAJAN, s. 67-69.

<sup>235</sup> Bkz. başlık 3.2.4.2.

gerçekleşmiştir. Manevi haklar, nihayetinde mali haklarla eşit bir konuma ulaşmıştır. Padişahlar tarafından verilen bir ayrıcalık olmaktan çıkıp temeli ve doktrini olan kurallar dizisine dönüşmüşlerdir.

Manevi haklara ilişkin bir değerlendirme yapılırken, bir kavram olarak manevi haklar ile bir kurallar dizisi olan manevi haklar arasında ayırım yapmalıdır. Yukarıda bahsedilen dönüşüm sonucu ortaya çıkan ana fikir, hukuki kavramlar ile maddi kurallar arasında doğrudan bir ilişki olmayabileceğini göstermektedir. Manevi hakların kural temelli yapısı ile kavramsal yapıları arasında ayırım yapmak, Türk hukukundaki manevi hakların karmaşık bir yapıda olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla da kalmayıp, aynı zamanda Türkiye'deki manevi hakların gerçek kapsamının kavramsal yapılarından daha geniş olabileceğini de göstermektedir.

Türkiye'deki manevi hakların, eser sahiplerini hem sözleşme yaptıkları piyasa araçlarına ve hem de sözleşme ilişkisi bulunmayan üçüncü kişilere karşı koruduğunu anlaşılmaktadır. Manevi hakların eser sahiplerine, devredilmezlik ilkesi ile bağlanmasının nedeni tam da bu koruyucu amaçtır. Bununla birlikte, Fransız düalizminin ve Alman monizminin aynı anda benimsenmesi, ters etki yaratmaktadır. Bu durum, manevi hakların zaman içinde dönüşümünün olumsuz bir tarafı olmaktadır. İşte bu da Türk hukukundaki manevi hakları, uluslararası standartları yansıtsalar da, sadece bir dizi yama kurallar bütünü haline getirmiştir.



## KAYNAKLAR

- ADENEY, Elizabeth, *The Moral Rights of Authors and Performers: An International and Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2006.
- ADLER, Amy, "Against Moral Rights", *California Law Review*, Cilt: 97, 2009, s. 263-300.
- AHMET CEVDET PAŞA, *Tezâkir 40-Tetimme*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991.
- AKAY, Tolga, *Osmanlı Devleti'nde Fikri Mülkiyet (1850-1914)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Ana Bilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, Kayseri, 2015, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.
- AKYÜZ, Kenan, *Encümen-i Daniş*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975, s. 29-30.
- ALTUNTEK, Serpil, "İlk Türk Matbaasının Kuruluşu ve İbrahim Müteferrika", *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, Temmuz 1993, s. 191-204.
- APLIN, Tanya/DAVIS, Jennifer, *Intellectual Property Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 3. Baskı, 2017.
- ARKAN, Azra, *Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikrî Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar*, Vedat Kitapevi, 2005.
- ASHER, Jacob/ Marx, Alexander, *The First Book Printed in Constantinople: An Original Leaf of Jacob ben Asher's 'Arba'ah Turim'*, Constantinople, 1493, Oxford University Press, 1946.
- ATEŞ, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- BEN-NAEH, Yaron, "Hebrew printing houses in the Ottoman Empire", in *Jewish Journalism and Printing Houses in the Ottoman Empire and Modern Turkey*, (Editör NASSİ, Gad), Istanbul, The Isis Press, 2001, s. 35-82.

- BENTLY, Lionel/ SHERMAN, Brad/ GANGJEE, Dev/ JOHNSON, Phillip, Intellectual Property Law, Oxford University Press, 5. Baskı, 2018.
- BERKES, Niyazi, Türkiye’de Çağdaşlaşma, Yapı Kredi Yayınları, 2017.
- BERKİ, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), Hikmet Yayınları, İstanbul, 1979.
- BIRNHACK, Michael D, Colonial Copyright: Intellectual Property in Mandate Palestine, Oxford University Press, 2012.
- BOZBEL, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, 2012.
- CEYLAN, Ayhan, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Basım ve Yayımında Hukuki Düzen (1839-1876)”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, Sayı: 1, Bahar, 2006, s. 139-155.
- CRAIG, Carys J, Copyright, Communication and Culture: Towards a Relational Theory of Copyright Law, Edward Elgar Publishing, 2011.
- CHON, Margaret, “The Romantic Collective Author”, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, Cilt: 14, 2012.
- ÇAKMAK, Diren, “Osmanlı Telif Hukuku ile İlgili Mevzuat”, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 21, 2007, s. 191-234.
- ÇAKMAK, Diren, Osmanlı İmparatorluğu’nun Kapitalistleşme Tecrübesi ve Telif Haklarının Gelişimi, Libra Yayınları.
- DAVIES, Gillian/ GARNETT Kevin, Moral Rights, Sweet & Maxwell, 2010.
- DAVISON, Roderic H., Reforms in the Ottoman Empire 1856-1876, Princeton University Press, 1963.
- DRAHOS, Peter, A Philosophy of Intellectual Property, Aldershot: Dartmouth, 1996.
- DWORKIN, Gerald, “The Moral Rights of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries”, 19 Colum-VLA JL & Arts 229, 1994.
- ERDİL, Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi: İçtihatlı ve Gerekçeli, 1. Baskı, Vedat Kitabevi, 2009.

- EREL, N. Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2009,
- FORTNA, Benjamin C, *Learning to Read in the Late Ottoman Empire and the Early Turkish Republic*, Palgrave Macmillan, 2011.
- FRANGOUDAKI, Anna/ KEYDER, Çağlar, *Ways to Modernity in Greece and Turkey: Encounters with Europe, 1850-1950*, Library of European Studies, 2007, s. 26-39.
- FROMER, Jeanne C., "Expressive Incentives in Intellectual Property Law", *Virginia Law Review*, Cilt: 98, Sayı: 8, 2012, s. 1745-1824.
- GORDON, Wendy J., "A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *Yale Law Journal*, Cilt: 102, 1993, s. 1540-78.
- GORDON, Wendy J., "On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse", *Virginia Law Review*, Cilt: 78, Sayı: 1, 1992, s. 149-281.
- GOSSERIES, Axel/MARCIANO, Alain/STROWEL, Alain (eds), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2008.
- HAKKI, İbrahim Osmanlı Tarihi, *Türk Tarih Kurumu Yayınları*, Cilt: IV, Bölüm: 1, 2011.
- HANİOĞLU, M Şükrü, *A Brief History of the Late Ottoman Empire*, Princeton University Press, 2008.
- HANSMANN, Henry/SANTILLI, Marina, "Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis", *26 Journal of Legal Studies*, 1997, s. 95-143.
- HETTINGER, Edwin C., "Justifying Intellectual Property", *Philosophy & Public Affairs*, Cilt: 18, Sayı: 1, 1989, s. 31-52.
- HIRSCH, Ernst E., *Anılarım: Kayzer Dönemi Weimar Cumhuriyeti Atatürk Ülkesi*, TÜBİTAK Yayınları, 1997.
- HUGHES, Justin, "The Philosophy of Intellectual Property", *the Georgetown Law Journal*, Cilt: 77, 1988, s. 287-366.
- İNALCIK, Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, 1958, s. 104.

- İNALCIK, Halil, Şair ve Patron, 4. Baskı, Ankara, Doğu-Batı Yayınları, 2011.
- İNALCIK, Halil: Adâletrnâmeler, (Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet içinde), 11. Baskı, İstanbul, Kronik Yayınları, 2020.
- JAZSI, Peter, "On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity" 10 Cardozo AELJ 293, 1992.
- KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, İz Yayıncılık, Cilt: 3, 2003.
- KARPAT, Kemal/ ZENS, Robert, Ottoman Borderlands: Issues, Personalities and Political Changes, Center of Turkish Studies, University of Wisconsin Press, 2003.
- KASABA, Reşat, The Ottoman Empire and the World Economy: The Nineteenth Century, State University of New York Press, 1988.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, 2017.
- KÜÇÜKLER, Osman Zahit, "Encümen-i Daniş'in Kurumsal Yapısı", TO-DAİE Kamu Yönetimi Dergisi, 2012, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 184-185.
- LANDES, William/POSNER, Richard, The Economic Structure of Intellectual Property Law, Harvard University Press, 2003.
- LEMLEY, Mark, "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law" Texas Law Review, Cilt: 75, 1997, s. 1031-1033.
- LEVER, Annabelle (ed), New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property, CUP, 2012.
- LEWIS, Bernard, The Emergence of Modern Turkey, Oxford University Press, 1968.
- MARDİN, Ebu'l'ula, İslâm Ansiklopedisi VII: Mecelle, Maarif Basımevi, İstanbul, 1957, s. 433- 436.
- MERGES, Robert P., Justifying Intellectual Property, Harvard University Press, 2011.
- NEWMAN, Simon, "The Development of Copyright and Moral Rights in the European Legal Systems", European Intellectual Property Review, Cilt: 33, Sayı: 11, 2011, s. 682.

- OSMANOĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 2011, Sayı: 29, s. 93-124.
- ÖZTAN, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2008.
- ÖZSUNAY, Ergun: 'Turkey', 2001, 7 International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property 32, s. 48.
- PEKTAŞ, Nil, Beginnings of Printing in the Ottoman Capital: Book Production and Circulation in Early Modern Istanbul, Osmanlı Bilimi Araştırmaları, Cilt: XVI/2, 2015, s. 12.
- PESSACH, Guy, "The author's moral right of integrity in cyberspace-a preliminary normative framework", IIC, 2003, Sayı: 34, s. 250.
- RIGAMONTI, Cyrill P.: Deconstructing Moral Rights, Harvard International Law Journal, 2006, s. 353-412.
- SARRAUT, Raymond, "Current Theory on the Moral Right of Authors and Artists under French Law", The American Journal of Comparative Law, Cilt: 16, Sayı: 4, 1968, s. 465.
- SIMON, Rachel, "The Contribution of Hebrew Printing Houses and Printers in Constantinople to Ladino Culture and Scholarship", Judaica Librarianship, Cilt: 16/17, 2011, s. 125-135.
- SPENCE, Micheal, 'Justifying Copyright', Dear Images: Art, Culture and Copyright, ed. SCHUBERT, Karsten/ MCCLEAN, Daniel, 2002.
- SPELLMAN, Barbara/SCHAUER, Frederick, "Artists' Moral Rights and the Psychology of Ownership" Tulane Law Review, Cilt: 83, 2009, s. 661-678.
- SPRIGMAN, Christopher / BUCCAFUSCO, Christopher / BURNS, Zachary, "What's a Name Worth?: Experimental Tests of the Value of Attribution in Intellectual Property", Boston University Law Review, Cilt: 93, 2013, s. 1389-1435.
- STROMHOLM, Stig, Droit Moral-The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint, Int' l Rev. Indus. Prop. & Copyright L., 1983, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 217.

- TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Basım, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2012.
- TOPRAK, Zafer, "From Plurality to Unity: Codification and Jurisprudence in the Late Ottoman Empire".
- TÜRKER, Gökçen, *İcracı Sanatçıların Hakları*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Eğitim Kurulu Toplantı Tutanağı Kayıt No: 1/74 E 6 K, 19 Ocak 1951, s. 8.
- ULAŞ, Işıl, "İşlenme Eser Türü Olan Çeviri Eserde Kamuya Sunma Hakkı", *BATİDER*, Cilt: 24, Sayı: 1, Ankara, 2007, s. 70-77.
- ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Baskı, Springer-Verlag, 1980.
- ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Nihal, *Türk Hukuk Tarihi*, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- WALDRON, Jeremy, "From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *Chicago-Kent Law Review*, Cilt: 68, 1993, s. 841-87.
- YAVUZ, Levent/ALICA, Türkey/MERDİVAN, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, 2. Baskı, Cilt: I-II, Ankara, 2014.
- YAVUZ, Levent, "Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK m. 14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK m. 19)", *Yargıtay Dergisi*, 2007, s. 59-70.
- YILMAZTEKİN, Hasan Kadir, *Fikri Haklar*, OĞUZ, Arzu/YILMAZTEKİN, Hasan Kadir/ÜNER, Ezel: *Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk içinde*, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2020, s. 149-153.
- YU, Peter K, "Intellectual Property, Asian Philosophy and the Yin-Yang School", *The WIPO Journal*, Cilt: 7, 2015, s. 1-15.



## AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI ŞARTI VE AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI KOMİSYONU KARARLARI AÇISINDAN SELF DETERMİNASYON HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ALBAYRAK\*

### Öz

Kökleri eskiye dayansa da, Birleşmiş Milletler'in kurulmasıyla birlikte bir norm haline gelmeye başlayan self determinasyon hakkının anlamı ve kapsamı, uluslararası hukuk doktrininde yıllardır tartışılmaktadır. Self determinasyon hakkının uluslararası insan hakları hukukunda somut bir şikayet konusu olması noktasında şüpheler bulunmaktadır. Bu bağlamda 1981 yılında imzalanan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın yürürlüğe girmesiyle, self determinasyon hakkının anlamının ve kapsamının anlaşılmasında, bölgesel bazda da olsa bir fırsat doğmuştur. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun önüne gelen self determinasyon hakkının ihlalini de içeren şikayetlerde, Komisyonun verdiği kararlar bu hakkın içeriğinin anlaşılması açısından önem taşımakta ve self determinasyon hakkı ile ülkesel bütünlük ilkesi arasındaki gerilimin anlaşılmasına da yardım etmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Self Determinasyon Hakkı • Halk • Afrika İnsan ve Hakların Hakları Şartı • Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu • Ülkesel Bütünlük İlkesi

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, Kırklareli, Türkiye | Assist. Prof., Kırklareli University, The Faculty of Economics and Administrative Sciences, The Department of International Relations, The Section of International Law, Kırklareli, Turkey

✉ albayrak87@gmail.com • ORCID 0000-0002-1205-2479

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: ALBAYRAK Gökhan, "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu Kararları Açısından Self Determinasyon Hakkı", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1867-1895.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION WITH REGARDS TO THE AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS AND THE DECISIONS BY THE AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS

### Abstract

Although its roots go back to the past, the meaning and scope of the right to self-determination, which became a norm with the establishment of the United Nations, has been discussed in the international legal doctrine for years. There are doubts that the possibility of a concrete complaint about the right to self-determination in international human rights law. With the entry into force of the African Charter of Human and Peoples' Rights, signed in 1981, an opportunity has arisen in understanding the meaning and scope of the right to self-determination, albeit on a regional basis. In bringing the complaints to the attention the African Commission on Human and Peoples' Rights, including the violation of the right to self-determination, the decisions reached by the Commission are important in understanding the content of this right and helps to understand the tension between the right and the principle of territorial integrity.

### Key Words

The Right to Self-Determination • People • The African Charter on Human and Peoples' Rights • The African Commission on Human and Peoples' Rights • The Principle of Territorial Integrity

### GİRİŞ

İnsan haklarının çeşitli sınıflamalara tabi tutulduğu, bu sınıflamalardan birinin de tarihsel olarak ortaya çıkış zamanlarına göre yapılan sınıflama olduğunu belirtebiliriz. Bu sınıflama ile insan hakları kuşaklara ayrılmıştır.<sup>1</sup> Birinci kuşak haklar, tarihsel açıdan ilk olarak ortaya çıkan haklardır ve kişi haklarını ve siyasi hakları kapsar. Bu haklar bakı-

---

<sup>1</sup> Bu ayrımın ilk defa 1979 yılında Karel Vasak tarafından önerildiğini ifade etmek gerekmektedir. GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s. 157. Doktrinde son zamanlarda teknolojik gelişmelere bağlı olarak insan onurunun korunmasına yönelik dördüncü kuşak haklardan da söz edilmekle birlikte, bu hakların sınırlarının henüz net olmaması dolayısıyla burada belirtilmemiştir. Dördüncü kuşak haklar hakkında bilgi için bakınız: BOYAR, Oya, KAMA IŞIK, Sezen, "Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt. 25(2), 2019, s. 602-623.



mından devletlerin negatif bir yükümlülük altında olduğu belirtilebilir. İkinci kuşak haklar ise ekonomik, sosyal ve kültürel haklardır ve burada da devletlerin bu hakların yerine getirilmesinde pozitif yükümlülüklerinin olduğu görülür. Üçüncü kuşak hakların ise tarihsel açıdan en son oluşan hak grubu olduğu belirtilmektedir. Üçüncü kuşak haklar, bireylere ait olmayan, fakat halklara tanınan haklardır.<sup>2</sup> Bu hakların oluşumunda üçüncü dünya ülkelerinin katkısı olduğu belirtilmektedir. Üçüncü kuşak hakların kapsamına barış hakkı, gelişme hakkı, çevre hakkı ve self determinasyon hakkı gibi dayanışma hakları girmektedir.<sup>3</sup>

Fakat bu sınıflamanın mutlak olmadığını ve insan haklarını zamansal olarak ayırmada yetersiz olduğunu söyleyebiliriz. Bu konuda self determinasyon hakkı da güzel bir örnek teşkil eder. Çünkü üçüncü kuşak haklar arasında gösterilen bu hakkın tarihsel kökenleri 1789 Fransız Devrimi'ne ve Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'ne kadar uzanmaktadır.<sup>4</sup> Yine özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra kurulan Birleşmiş Milletler döneminde bir norm olarak uluslararası hukukun alanına katılmıştır. Dolayısıyla self determinasyon hakkı zamansal bir sınıflamaya dayanan kuşak haklar ayırımına ters bir örnektir denebilir. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, self determinasyon hakkı her ne kadar uluslararası hukukun normatif alanına Birleşmiş Milletler dönemi ile birlikte dahil olduysa da, bu hakkın gerçekten bireyler veya halklar tarafından bir uluslararası merci önünde ileri sürülebilmesi noktasında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı bir dönüm noktası olmuştur. Çünkü Şarttan önce bu hakkın, örneğin yaşam hakkı veya ifade özgürlüğü ihlalleri iddialarında olduğu gibi şikayete konu olması mümkün gözükmemekteydi. Bu yüzden self determinasyon hakkının içeriğinin ve anlamının anlaşılmasında, hakkın Afrika insan hakları koruma rejimindeki kullanımının incelenmesinin önemi büyüktür. Bu yüzden makalede öncelikle Afrika

<sup>2</sup> ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 33.

<sup>3</sup> Bu konudaki Türkçe çalışmalar için bakınız: AKBABA, Ahmet, İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.; ARAL, Berdal, Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010.; KABOĞLU, İbrahim, Dayanışma Hakları, TODAİE Yayınları, Ankara, 1996.

<sup>4</sup> ALGAN, Bülent, "Rethinking 'Third Generation' Human Rights", Ankara Law Review, Vol.1(1), 2004, s. 127.

İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda self determinasyon hakkının konumu incelenmiş, devamında ise bu konunun anlaşılması için uluslararası hukuk düzeninde self determinasyon hakkının doğuşuna kısaca bakılmıştır. Son olarak ise Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu önüne gelen self determinasyon hakkı ihlali iddiaları incelenerek, Komisyonun kararlarında uluslararası hukukun genel yapısına uyuma yönelik tavır gösterilmeye çalışılmıştır.

## I. AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI ŞARTI VE SELF DETERMİNASYON HAKKI

Yirminci yüzyılın ikinci yarısı hem insan hakları hukukunun kurumsallaştığı hem de insan hakları hukukunda bölgesel düzenlerin ortaya çıktığı bir dönemdir. Avrupa ve Amerikan insan hakları rejiminin kurulmasından sonra 1963 yılında kurulan Afrika Birliği Örgütü'nün (*The Organization of African Unity*) çalışmaları sonucunda 1981 yılında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (*The African Charter on Human and Peoples' Rights*) imzalanmış ve görece kısa bir süre sonra 1986 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>5</sup>

Bu Şart'ın ortaya çıkmasında çeşitli nedenler ön plana çıkmaktaydı. Bir kere 1970'li yılların sonunda Orta Afrika Cumhuriyeti, Ekvator Ginesi ve Uganda'da despotik liderler devrilmişti.<sup>6</sup> Afrika kıtasında bir demokratikleşme ihtiyacı kendini gitgide daha fazla hissettirmekte idi. Güney Afrika'daki apartheid rejimi üzerinde de uluslararası baskılar artmaya başlamış<sup>7</sup>, 1973 yılında imzalanan Apartheid Suçunun Bastırılması ve Cezalandırılması Uluslararası Sözleşmesi 1976 yılında yürürlüğe girmişti. Öte yandan Afrika Birliği Örgütü'nün kurulması aşamasında dahi insan haklarının Afrika bölgesinde korunması fikri mevcuttu. 1961 yılında Lagos'ta düzenlenen Birinci Afrikalı Hukukçular Kongresi'nde ve sonrasında 1966 yılından 1979 yılına kadar Birleşmiş Milletler'in bölgesel düzeyde düzenlediği insan hakları seminerlerinde bu

<sup>5</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981, <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>, Erişim Tarihi: 14.05.2020.

<sup>6</sup> GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 1354-1355.

<sup>7</sup> Bu dönem hakkında geniş bir çalışma için bakınız. RUHI, Muhammet Emin, *Güney Afrika'da Irk Ayrımcılığı Politikaları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

fikir tartışılmaktaydı.<sup>8</sup> Ayrıca daha önce oluşan Avrupa ve Amerikan bölgesel insan hakları sistemi de Afrika için bir örnek teşkil etmekteydi.<sup>9</sup> Bunun yanında ortaya çıkan Şart'ın çeşitli açılardan özgünlüğünün üzerinde Pan-Afrikanizm hareketinin etkileri bulunmaktaydı. 1950'li ve 1960'lı yılların dekolonizasyon süreci ile birlikte uluslararası camiaya pek çok yeni Afrikalı devlet katılmış ve bu devletlerin kolonyal dönem hatıraları dış politika isteklerini de belirler hale gelmişti. Öncelikle bu devletler, Birleşmiş Milletler Şartı'nda da ifadelerini bulan devletlerin egemen eşitliği ve halkların self determinasyonu ilkelerinin önemini ön plana çıkartıyorlar, egemenliğin kazanılmasından sonra sürebilecek kolonyal izlerin silinmesi gerektiğini belirtiyorlardı.<sup>10</sup> Ayrıca Afrika Şartı'nın hazırlayıcıları bu gereğin haricinde Afrika kültürünün ve toplum yapısının özelliklerinin metne yansımaları anlayışıyla yola çıkmışlardı. Özellikle Avrupalı ve Amerikan insan hakları metinlerinin tersine, Afrika kültüründeki birey dışında toplumu da ön plana çıkartmayı amaçlamışlardı.<sup>11</sup> Bu bağlamda örneğin hazırlanacak metinde sadece bireysel haklar değil, insanların topluma karşı olan ödevlerine de vurgu yapma fikri açığa çıkmış ve sonuçta bu durum Şart'a yansımıştı. Bunun yanında dönemin Mozambik ve Etiyopya gibi sosyalist devletlerinin de ödevlere yapılan vurguda ve ekonomik ve sosyal hakların Şart'a yansımada etkileri olduğu söylenebilir.<sup>12</sup> Bu noktada Şart'ta insanların, devlete, ailesine, bulunduğu topluma ve uluslararası topluma karşı ödevleri bulunduğu anlayışı bulunmaktadır.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler", Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 7, Sayı 2, 1987, s. 133.

<sup>9</sup> MBAYA, Etienne R., "African Charter on Human and Peoples' Rights", Encyclopedia of Public International Law, Vol.8, Ed. Rudolf Bernhardt, North-Holland, Amsterdam, 1985, s. 1.

<sup>10</sup> YUSUF, Abdulqawi A., Pan-Africanism and International Law, Hague Academy of International Law, Hague, 2014, s. 94-148.

<sup>11</sup> D'SA, Rose M., "Human and Peoples' Rights: Distinctive Features of the African Charter", Journal of African Law, Vol. 29(1), 1985, s. 74.

<sup>12</sup> GITTLEMAN, Richard. "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis", Virginia Journal of International Law, Vol. 22(4), 1982, s. 676-677.

<sup>13</sup> SMITH, Rhona K. M., International Human Rights Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 141.

Afrika hukuk anlayışındaki, bireyin toplum için var olması ve toplumun dışında izole bir varlık olarak düşünülmemesi hususu, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda adı üzerinde halkların haklarının yer almasını sağlamıştır. Şart ile birlikte halkların da bir hak öznesi olması amaçlanmıştır. Şart'ın içeriğine bakıldığında dayanışma hakları olarak halkların eşitliği hakkı (19. Madde), halkların self determinasyon hakkı (20. Madde), halkların doğal kaynaklarını ve zenginliklerini kullanma hakkı (21. Madde), gelişme hakkı (22. Madde), barış hakkı (23. Madde) ve çevre hakkının (24. Madde) tanındığı görülmektedir. Fakat diğer insan hakları sözleşmelerinde olduğu gibi "halk" (*people*) kavramının Şart'ta tanımı bulunmamaktadır. Bu yüzden halkın ne anlama geldiği konusunda Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun önüne gelen davalarda bir yöntem belirlemesi gerekmiştir.<sup>14</sup> Öncelikle halk kavramının devlet kavramından ayrı olduğu hususu açıktır denebilir. Zaten dünya üzerinde her halkın bir devleti olsaydı ve devlet ile halk özdeş durumda bulunsaydı halkların haklarına olan ihtiyaç da neredeyse yok olurdu.<sup>15</sup> Şart'ta da halk kavramı ve devlet kavramı (Şart'ta geçen "taraf devletler" kavramı) birbiri yerine kullanılmamış olduğu ve ayrı olguları temsil ettiği açık bir şekilde metinden anlaşılmaktadır. Örneğin halkların self determinasyon hakkını düzenleyen 20. Maddedeki şu ifade iki kavramın ayrı olarak düşünüldüğünü açıkça göstermektedir:

*"3. Bütün halklar, bu Şartın Tarafı Devletlerin yabancı tahakkümüne karşı verdikleri siyasal, ekonomik ya da kültürel özgürlük mücadelesine yardımcı olmak hakkına sahip olacaktır."*

Aynı şekilde 21. Madde de halkların ve taraf devletlerin doğal kaynaklarını ve zenginliklerini kullanma hakkını ayrı ayrı fıkralarda belirtmektedir:

<sup>14</sup> Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na 1998 yılında getirilen ek protokol ile Afrika İnsan ve Hakların Hakları Mahkemesi de kurulmuş ve 2004 yılında işlev kazanmıştır. Fakat Komisyon'a göre görece yeni olan bu mahkemenin içtihadı konumuz bakımından gelişmediği için çalışmamızda sadece Komisyon'un kararları incelenmiştir.

<sup>15</sup> ARCHIBUGI, Daniele, "Un Análisis Crítico de la Autodeterminación de los Pueblos", Escenarios de Conflicto : Irak y el Desorden Mundial, Ed. Manuela Mesa, Mabel González Bustelo, Icaria Editorial, Barcelona, 2004, s. 283.

*"1. Bütün halklar, kendi doğal zenginlik ve kaynaklarını özgür olarak kullanacaklardır. Bu hak, münhasıran halkın çıkarları için kullanılacaktır. Hiçbir halde bir halk bu haktan yoksun bırakılmayacaktır.*

...

*4. Bu Şartın Taraflı Devletler, kendi zenginlik ve doğal kaynaklarından özgür olarak yararlanma hakkını, tek tek ya da toplu olarak Afrika birliğini ve dayanışmasını güçlendirmek amacıyla kullanacaklardır."*

Dolayısıyla halk kavramı, devletin içinde yaşayan bir topluluk için kullanılmak durumundadır. Fakat bu topluluğun özelliklerinin ne olacağı hususu belirsizdir ve yoruma açıktır. Halk kavramı, bir insan topluluğunun tanımlanmasında günümüzde objektif (etnik köken, dil, din vb.) ve subjektif (bir arada yaşama iradesi ve ortak kültüre bağlılık) unsurların bir bileşimi olarak anlaşılabilir.<sup>16</sup> Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu da halk kavramının anlamını hak ihlalinin niteliğine göre bir devlette yaşayan tüm insanları, bir devlette yaşayan çeşitli açılardan farklı veya etnik bir grubu veya yerli halkları içerecek şekilde ele almaktadır.<sup>17</sup> Yani Şart bağlamında halk kavramı sömürge halklarının ötesinde bir anlam taşıyabilmektedir.

Halk kavramı ve halkların hakları bağlamında incelenmesi gereken belki de en yararlı örnek, Şartta da yer alan self determinasyon hakkıdır. Self determinasyon hakkı doktrinde genellikle içsel self determinasyon hakkı ve dışsal self determinasyon hakkı olarak iki şekilde incelenmektedir. İçsel self determinasyon hakkı, bir halkın yönetim biçimini serbestçe belirlemesi, yönetime katılım mekanizmalarını oluşturması ile

<sup>16</sup> PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio, Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales, Tecnos, Madrid, 1994, ss. 272-273. Halk kavramı ile bağlantılı olarak ulus kavramının da ne anlama geldiği konusunda pek çok farklı görüş oluşmuştur. Örneğin 18. yüzyılda Fichte'ye göre ulusu belirleyen ortak dil unsuru idi. Stalin'in savunduğu Bolşevik duruşu ise ulusun tayini meselesinde buna aynı ülkeye bağlılık, aynı ekonomik yaşam içinde yer alma ve aynı düzene sahip olma unsurları dahil edildi. Batı Avrupa'da oluşan sosyal demokrat görüş ise ulusu aynı ortak kadere sahip olan topluluk olarak düşündü. OFUATEY-KODJOE, W., The Principle of Self-Determination in International Law, Nellen, New York, 1977, s. 25-28.

<sup>17</sup> BALDWIN, Clive, MOREL, Cynthia, "Group Rights", The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006, Ed. Malcolm Evans, Rachel Murray, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 247-248.

ilgilidir. Bu bakımdan self determinasyon hakkının devletin iç örgütlenmesi ile ilgili olduğunu belirtebiliriz.<sup>18</sup> Bu açıdan günümüzde adil seçimlerin yapılması, siyasi katılımın sağlanması, demokratik bir hükümet yapısının oluşturulması gibi unsurlar da içsel self determinasyon hakkının alanına girmektedir.<sup>19</sup> Dışsal self determinasyon hakkı ise sömürge altında yaşayan, işgal altında olan halkların yabancı baskısından kurtularak kendi statülerini belirlemeleri isteklerinin korunması anlamına gelmektedir. Bu noktada self determinasyon hakkının Afrika insan hakları koruma rejimindeki anlamının daha iyi ortaya konulması için öncelikle tarihsel açıdan bu hakkın oluşumuna bakmakta fayda vardır.

## II. SELF DETERMİNASYON HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞI VE AFRİKA KITASI İÇİN ÖNEMİ

Self determinasyon hakkının uluslararası hukuk yazınında ortaya çıkmaya başlaması yeni bir olgu değildir. Uluslararası hukukun kurucu babalarından olan Francisco de Vitoria'nın 1539 yılındaki bir çalışmasında yeni keşfedilen Amerika topraklarındaki yerliler bağlamında self determinasyon ilkesinden bahsedilmiştir.<sup>20</sup> Fakat self determinasyon ilkesinin uluslararası alanda etkili bir nosyon haline gelmesi büyük ölçüde Amerikan Bağımsızlık Bildirisi (1776) ve Fransız Devrimi (1789) ile mümkün olmuştur. Antonio Cassese'nin ifadeleriyle bu olaylar neticesindedir ki, bireylerin ve halkların artık kralın bir tebaası olmadığı, aksine hükümetlerin halka karşı sorumlu olduğu bir anlayışa doğru geçilmeye başlamıştır.<sup>21</sup> Böylece milliyetçilik düşüncesinin bir unsuru olarak self determinasyonun uluslararası ilişkilerdeki rolü artmaya başlamıştır. Objektif kıstaslarla belirlenen bazı ortak özelliklere (dil, din veya tarih gibi) ve subjektif olarak da birlik duygusuna sahip olan halkların birer ulus olarak tanınmalarına dayanan milliyetçilik akımı Avrupa'da pek

<sup>18</sup> EHTİBARLI, Yaşar, Uluslararası Self Determinasyon Hakkı ve Hakkın Ekonomik Boyutu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 152.

<sup>19</sup> TAŞDEMİR, Fatma, ÖZER, Adem, Uluslararası Hukuk Perspektifinden Self-Determinasyon ve Ayrılma, Hukuk Yayınları, Ankara, 2017, s. 58.

<sup>20</sup> FORNO, Giovanni, "Apuntes sobre el Principio de la Libre Determinación de los Pueblos", Agenda Internacional, Año IX, No. 18, 2003, s. 91.

<sup>21</sup> CASSESE, Antonio, Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, s. 11.

çok yeni devletin ortaya çıkmasına yol açmıştır ve bu süreçte self determinasyon ilkesinin de rolü büyük olmuştur.<sup>22</sup> Bu bağlamda ulus egemenliği ile self determinasyon kavramları, bir madalyonun iki yarısı gibi görülebilir ve siyasal konseptler olarak 19. yüzyıl uluslararası ilişkilerinde birbirinden ayrılamaz konumdadırlar.<sup>23</sup>

On dokuzuncu yüzyılda milliyetçilik düşüncesi hem imparatorlukları (Osmanlı ve Avusturya-Macaristan imparatorlukları gibi) hem de sömürgeci devletleri (İspanya ve Portekiz gibi) etkilemişti. Haiti'nin 1804 yılında bağımsızlığını elde etmesi, sonrasında Napolyon'un Portekiz ve İspanya'yı ele geçirdikten sonra Latin Amerika devletlerinin oluşması süreci<sup>24</sup> self determinasyonun olgusal görünümü olarak düşünülebilir.

Yirminci yüzyılın başlarında ise self determinasyon hakkı, ilginç bir biçimde hem sosyalist düşüncenin bir unsuru olarak hem de liberal-idealist projenin bir savunusu olarak uluslararası ilişkilerin önemli bir konusunu teşkil etmeye devam etmiştir. Self determinasyonu uluslararası alanda politik anlamda ilk savunan kişilerden biri Lenin'dir. Lenin'in 1914 yılındaki self determinasyona ilişkin makalesinde, ulus devletlerin kapitalist gelişimin son evresindeki siyasal bir unsur olarak ortaya çıktıkları ve sınıf savaşımının devam edebilmesi için halkların baskıcı devletlere karşı self determinasyon haklarının olması gerektiğinden bahsedilmiştir.<sup>25</sup> Bu düşünce sonrasında Sovyet ideolojisinin ilk zamanlarında etkisini göstermiştir. Self determinasyonun evrensel bir hak olarak düşünülmesinde ise Amerika Birleşik Devletleri başkanı Woodrow Wilson'un 8 Ocak 1918 tarihinde kongrede yaptığı Wilson prensipleri

<sup>22</sup> THÜRER, Daniel, "Das Selbstbestimmungsrecht der Völker: Ein Überblick", Archiv des Völkerrechts, Band 22(2), 1984, s. 116.

<sup>23</sup> OETER, Stefan, "Selbstbestimmungsrecht im Wandel: Überlegungen zur Debatte um Selbstbestimmung, Sezessionsrecht und 'vorzeitige' Anerkennung", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 52(3-4), 1992, s. 744.

<sup>24</sup> Bu süreç konusunda bakınız. FİSCH, Jörg, The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 72-76.

<sup>25</sup> LENIN, Vladimir I., Collected Works, Volume 20, December 1913-August 1914, Progress Publishers, Moscow, 1964, ss. 393-454.; MARK, Rudolf A., "National Self-Determination, as Understood by Lenin and the Bolsheviks", Lithuanian Historical Studies, Vol. 13(1), 2008, s. 25-27.

olarak da bilinen ünlü On Dört Madde konuşmasında yer alması önemli rol oynamıştır.<sup>26</sup> Fakat buna rağmen self determinasyonun bir hak veya ilke olarak Milletler Cemiyeti Misakında (1919) yer alamadı.<sup>27</sup> Hatta manda rejiminde bile manda idaresindeki halkların bu haklara sahip olup olmadığı hakkında bir norm bulunmamaktaydı. Söz konusu hak, Milletler Cemiyeti döneminde Aaland Adaları sorununda da gündeme gelmiş ve konu hakkında görüşlerini sunan hukukçular komitesi, self determinasyonun politik olarak önemli olmasına rağmen pozitif hukukta yerleşmediğini, ülke içerisindeki bir grup halkın kendi iradeleriyle yaşadığı devletten ayrılması durumunun mümkün olmadığını belirtmiştir.<sup>28</sup> Belirtmek gerekir ki, self determinasyon hakkı 1945 yılına kadar olan dönemde politik anlamda önem kazansa da, hukuki anlamda bir ilke veya hak haline gelememiştir.<sup>29</sup>

Self determinasyon hakkının uluslararası alandaki seyri bakımından dönüm noktası Birleşmiş Milletler Şartı (1945) olmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonunda Milletler Cemiyeti'nin halefi olarak kurulan Birleşmiş Milletler Örgütünü kuran Şart'ın 1. ve 55. maddelerinde açıkça self determinasyona yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler Şartının örgütün amaçlarını belirten 1. maddesinin 2. fıkrasında şu ifadeler yer almıştır:

*“Uluslar arasında hakların hak eşitliği ve self determinasyonu ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve evrensel barışımı güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak”<sup>30</sup>*

Yine Şart'ın 55. maddesinde uluslararası ekonomik ve siyasi işbirliğinin sağlanmasında Birleşmiş Milletler'in hedefleri belirtilirken self determinasyon ilkesine değinilmiştir. Self determinasyondan “ilke” olarak bahsedilmesi ona hukuki bir temel atfetme amacı gütmektedir dene-

<sup>26</sup> van der VYVER, Johan D., “The Right to Self-Determination and its Enforcement”, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol.10, 2004, s. 422.

<sup>27</sup> DOĞAN, İlyas, Devletler Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 171.

<sup>28</sup> HARCK, Sten, “Åland Islands”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2008, prg. 5.

<sup>29</sup> TRAVIESO, Juan Antonio, Derecho Internacional Publico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, s. 294.

<sup>30</sup> The Charter of United Nations, San Fransico, 1945, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, Erişim Tarihi: 7.12.2020.



bilir.<sup>31</sup> Fakat Şart'ta self determinasyondan hak olarak bahsedilmemesi, onun daha çok siyasal ve moral bir ilke olarak düşünülmesine yol açmıştır denebilir.<sup>32</sup> Self determinasyondan bir "hak" olarak söz edilmesi ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1960 yılında kabul ettiği 1514 sayılı "Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Haklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri" ile oldu. Bildiri dönemin Sovyetler Birliği başkanı Kruşçev'in konuyu Genel Kurul'un gündemine getirmesi ve çoğunluğu Asya ve Afrika devletlerinin bu girişimi desteklemesiyle son halini almıştır.<sup>33</sup> Bildiri ile Birleşmiş Milletler dekolonizasyon politikasını ortaya koymuş ve bu tarihten sonra Örgütün de katkılarıyla sömürge altındaki halkların bağımsızlığı için plebisitler ve seçimler düzenlenmeye başlamıştır.<sup>34</sup> Bu süreç özellikle Afrika kıtasını etkilemiştir. Karardan itibaren sadece birkaç sene içinde Afrika'daki devlet sayısı yaklaşık dört kat artmıştır.<sup>35</sup>

Self determinasyon hakkının bir insan hakları sözleşmesine konu olması ve dolayısıyla siyasal bir ilke iken insan hakları alanına dahil edilmesi noktasındaki en önemli gelişim ise, hakkın 1966 yılında imzalanan Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi<sup>36</sup> ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin<sup>37</sup> ilk maddesinde yer almasıdır. Bu tarihten sonra Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1970 yılında 2625 sayılı Dostça İlişkiler Bildirisini kabul etmiş ve bu bildiri

<sup>31</sup> DOEHRING, Karl, "Self-Determination", The Charter of United Nations: A Commentary, Ed. Bruno Simma, Oxford University Press, Oxford, 1995, s. 58.

<sup>32</sup> SCHWEİSFURTH, Theodor, Völkerrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, s. 382.

<sup>33</sup> GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2009, ss. 276-277.

<sup>34</sup> THÜRER, Daniel, BURRI, Thomas, "Self-Determination", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2008, prg. 9. Örneğin dekolonizasyon sürecinin izlenmesi ile ilgili olarak Genel Kurul, 1961 yılında 1654 sayılı kararla özel bir komite (diğer adıyla C-24) oluşturmuştur.

<sup>35</sup> Sadece 1960 senesinde Afrika'da bağımsızlığını kazanan devlet sayısı on yedidir. Afrika'daki devletlerin bağımsızlık tarihleri için bakınız. <https://www.rfi.fr/en/africa/20100216-timeline-african-independence>, Erişim Tarihi: 19.01.2021.

<sup>36</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966

<sup>37</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966

de self determinasyon, uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olarak sayılmıştır.<sup>38</sup> Kararda self determinasyon sömürge altındaki halkların bağımsızlaşması bağlamında ve ayrıca halkların siyasi kararlara katılımı ve siyasi statüsünün özgürce belirlenmesi açısından ele alınmıştır. Sözleşmelerden ve Genel Kurul kararlarından çıkarılacak sonuç ise, self determinasyon hakkının uluslararası hukukta sömürge veya işgal altındaki halklar haricinde hakkın sahibine ayrılma hakkı vermesidir.<sup>39</sup> Self determinasyonun bir ilkedden hak aşamasına geçişi, onun artık devletler için yükümlülükler içermesine yol açmıştır.<sup>40</sup>

Ayrıca belirtmek gerekir ki, self determinasyon hakkı Uluslararası Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarında ve danışma görüşlerinde yer almış ve uluslararası hukukun *erga omnes* nitelikte bir normu olarak kabul edilmiştir.<sup>41</sup>

Self determinasyon hakkı, makalemizin konusuyla da bağlantılı olarak Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda yer aldığını belirtmiştik. Bu hakkın içeriğinin daha iyi anlaşılması bakımından Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun ilgili kararlarına geçmeden evvel, self determinasyon hakkıyla bağlantılı ve onun bir anlamda karşıtı olarak düşünülen ve ancak ona uygun olarak kullanıldığında "kabul edilebilir" olarak görülen ülkesel bütünlük ilkesine ayrıca değinmek yerinde olabilir.

---

<sup>38</sup> KELLER, Helen, "Friendly Relations Declaration (1970)", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2009, prg. 24-25.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ, Segundo Ruiz, La Teoría del Derecho de Autodeterminación de los Pueblos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, s. 75.

<sup>40</sup> MIGUEL, Carlos Ruiz, "El Principio y Derecho de Autodeterminación y el Pueblo del Sahara Occidental", Anuario Español de Derecho Internacional, Vol.31, 2015, s. 276.

<sup>41</sup> ICJ, Western Sahara, Advisory Opinion of 16 October 1975, prg. 55; ICJ, Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995, prg. 29; ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, prg. 88.

### III. SELF DETERMİNASYON HAKKININ SINIRI OLARAK ÜLKESEL BÜTÜNLÜK İLKESİ

Ülkesel bütünlük ilkesi (*the principle of territorial integrity*) günümüzde uluslararası hukukun en temel ilkelerinden birini teşkil etmektedir. İlkenin önemine binaen, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesinde, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün üyelerinin uyacağı temel ilkelere biri olarak sayılmıştır:

*"... 4. Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin ülkesel bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar."*<sup>42</sup>

İlke bunun haricinde uluslararası hukuk alanında önemli bir belge olan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 1970 yılında kabul edilen Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirge'nin (kısaca Dostça İlişkiler Bildirisinin) içerisinde yer alan ilk ilkenin de konusunu oluşturmuştur.<sup>43</sup> Aslında ilke tarihsel olarak 1800'lü yılların antlaşmalarında ve doktrininde yer almaya başlamış, 20. yüzyılın başında meşhur Wilson İlkelerinde (1918) ve Milletler Cemiyeti Misakı'nda (1920) mevcut bulunmuştur.<sup>44</sup> Sonrasında ilkenin Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesine dahil olması ise Şart'ın hazırlık safhasında küçük devletlerin isteği üzerine olmuştur.<sup>45</sup> İlke bunun yanında Afrika Birliği Örgütü Şartı'nda (1963), örgütün amaçlarını içeren 2. maddede mevcut bulunmaktadır<sup>46</sup> ve sonrasında

<sup>42</sup> The Charter of United Nations, San Fransisco, 1945, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, Erişim Tarihi: 7.6.2020.

<sup>43</sup> UN General Assembly, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970, A/RES/2625(XXV).

<sup>44</sup> MARXSEN, Christian, "Territorial Integrity in International Law – Its Concept and Implications for Crimea", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.75, 2015, s. 7-8.

<sup>45</sup> BLAY, Samuel K. N., "Territorial Integrity and Political Independence", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2012, prg. 6.

<sup>46</sup> Charter of the Organization of African Unity, 25 May 1963.

Örgütün yerine geçen Afrika Birliği'nin kurucu belgesinin<sup>47</sup> 4. maddesinde yine ilke belirtilmiştir. İlke, Uluslararası Adalet Divanı kararında ise uluslararası ilişkilerin temel kaynağı olarak ifade edilmiştir.<sup>48</sup>

İlkenin uluslararası hukuktaki konumunun önemi haricinde, ilkenin anlamı konusunda bir açıklık söz konusu değildir. İlkenin, devletin ülkesinin bütün olması ve bu bütünlük halinin uluslararası hukukta korunmasının dışında, devletin o ülke üzerinde egemen haklara sahip olarak var olmasının korunmasını da kapsadığını belirtmek mümkündür.<sup>49</sup> Yani belirtmek gerekir ki, ülkesel bütünlük ilkesi hem sınırların istikrarı ve tek taraflı işlemlerle değiştirilmemesi menfaati ile ilgili iken, hem de devletin egemen olduğu ülke üzerinde diğer devletlerin kuvvet kullanma ve onların kuvvet kullanma tehditlerine karşı da korunmasını sağlayan bir yanı söz konusudur.

İlke, uluslararası hukukta self determinasyon hakkının dışsal boyutunu sınırlayan bir biçimde algılanmaya eğilimli olmuştur. Çoğu durumda ayrılma talepleri, eğer sistematik ve ağır insan hakları ihlalleri yaşanmıyorsa uluslararası toplumda hoş karşılanmamıştır. Bu durum 1960'lı yıllardan sonra bir dekolonizasyon süreci yaşayan Afrika kıtası devletleri açısından da değişmemektedir. Örneğin Katanga'nın Kongo'dan ve Biafra'nın Nijerya'dan ayrılması girişimleri birkaç istisna dışında kıtada da ve uluslararası alanda sıcak karşılanmamıştır.<sup>50</sup> 2011 yılında Güney Sudan'ın Sudan'dan ayrılması ise bir istisna teşkil etmektedir, çünkü bu ayrılma Sudan'ın rızası ile mümkün olabilmektedir.

Ülkesel bütünlük ilkesine değindikten sonra, self determinasyon hakkının içeriği ve anlamının ortaya konulması bağlamında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun önüne gelen bazı şikayetlerin incelenmesi, uluslararası hukuk bakımından bu noktada eşsiz bir değere sahip olacaktır.

<sup>47</sup> Constitutive Act of the African Union, 1 July 2000.

<sup>48</sup> ICJ, Corfu Channel Case, Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949, s. 35.

<sup>49</sup> EL OUALI, Abdelhamid, "Territorial Integrity: Rethinking the Territorial Sovereign Right of the Existence of the States", *Geopolitics*, Vol.11(4), 2006, s. 633.

<sup>50</sup> TAŞDEMİR, Fatma, "Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 18(3), 2016, s. 651.

## IV. AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI KOMİSYONU'NUN ÖNÜNDEKİ SELF DETERMİNASYON HAKKI İHLALİ İDDİALARI VE KOMİSYONUN TUTUMU

### A. Katanga Sorunu

Katanga sorunu, Demokratik Kongo Cumhuriyetinde bulunan ve bu devletin diğer bölgelerine göre zengin kaynaklara sahip olan Katanga bölgesindeki ayrılıkçı hareketten kaynaklanmaktadır. Bu sorun Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin 1960 yılındaki kuruluşundan beri etkisini sürdürmeye devam etmektedir. 1960 yılında Kongo'nun bağımsızlığını kazanmasıyla beraber, Katanga'daki ayrılıkçı hareket bölgedeki yer altı zenginliklerini çıkartan Belçikalı şirket Union Minière du Haut-Katanga'nın desteğini alarak bağımsız bir devlet kurduğunu iddia etmişti. Fakat bölgede destek bulamayınca bu iddiası ve bölgedeki kontrolü 1963 yılına kadar sürdü. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Kongo'nu istikrara kavuşabilmesi de Katanga'daki yer altı zenginliklerine bağlıydı.<sup>51</sup> Katanga'nın bağımsızlık iddiasının başarısız olmasında Birleşmiş Milletler barış gücü operasyonunun da (*United Nations Operation in the Congo*) etkisi büyük olmuştur. Bu tarihten sonra da Katanga'daki ayrılıkçı hareket sona ermemiştir. Her ne kadar başarısız olan bağımsızlık girişiminden sonra bölgedeki yapı Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne entegre edilmeye çalışıldıysa da, devletin kendi içinde yaşadığı sorunlar ve diğer komşu devletlerin müdahaleleri Kongo'da iç çatışmaların devam etmesi sonucunu doğurmuştur.

Katanga sorunu, self determinasyon hakkı bağlamında 1992 yılında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun önüne gelmiştir. Katanga Halkları Kongresi'nin başkanının yaptığı başvuruda bu kongrenin bir özgürlük hareketi olarak self determinasyon hakkının olduğu iddia edilmiştir. Komisyon 1995 yılında verdiği kararda, Zaire'nin<sup>52</sup> ülkesel bütünlüğünü yeniden düşündürecek şekilde insan hakları ihlallerine ilişkin somut kanıtlar olmadığı için self determinasyon hakkının

<sup>51</sup> ISLAM, M. Rafiqul, "Secessionist Self-Determination: Some Lessons from Katanga, Biafra and Bangladesh", *Journal of Peace Research*, 22(3), 1985, s. 213.

<sup>52</sup> Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin o tarihteki ismi Zaire'dir. Bu kullanım 1997 yılında değişmiştir.

Zaire'nin egemenliği ve ülkesel bütünlüğüne uygun olarak kullanılması gerektiğini belirtmiştir ve self determinasyon hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>53</sup> Ayrıca Komisyon Katanga halkının yönetime katılmadığı yönünde de somut kanıtların sunulmadığı üzerinde durmuştur.<sup>54</sup>

Komisyon bu kararında self determinasyon hakkının dışsal boyutuna dahil olan ve ayrılma talebine yol açacak iddia konusunda kanıt eksikliğini ileri sürmüştür ve ayrılmanın mümkün olabilirliliği konusunda bir incelemeye girişmemiştir. Bu karardan üç sene sonra Komisyonun önüne gelen Nijerya'daki seçimlerin asker tarafından ihlal edilmesi olayında, Nijerya halkının siyasal isteğinin sonuca yansımaması dolayısıyla self determinasyon hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>55</sup> Aynı şekilde Gambiya'daki 1994 darbesi ile oluşan yönetim değişikliğinin de self determinasyon hakkının ihlali olduğu ve halkın kendi kaderini tayin edemediğini belirtmiştir.<sup>56</sup> Hatta Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin davacı olduğu bir şikayette de Komisyon, yabancı devlet güçlerinin (dava bakımından Burundi, Ruanda ve Uganda) müdahalesi ve işgal eylemlerinin de zarar gören ülkedeki halkın self determinasyon hakkını ihlal edebileceğine hükmetmiştir.<sup>57</sup> Yani hakkın içsel boyutuyla ihlal edilebilmesi daha olasıdır denebilir. Fakat self determinasyonun hakkının dışsal boyutu, uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan ülkesel bütünlük ilkesi ile büyük ölçüde çatışacağı için bu konuda Komisyonun çok daha temkinli davrandığını söylemek gerekmektedir. Bu görece

---

<sup>53</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Katangese Peoples' Congress v. Zaire, Merits, Communication No 75/92, 1995.

<sup>54</sup> ANYANGWE, Carlson, "The Normative Power of the Right to Self-determination under the African Charter and the Principle of Territorial Integrity: Competing Values of Human Dignity and System Stability", African Human Rights Yearbook, Vol.2, 2018, s. 62.

<sup>55</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria, Merits, Communication No 102/93, 1998, prg. 51-53.

<sup>56</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Jawara v. Gambia, Merits, Communication No 147/95, Communication No 149/96, 2000, prg. 71-73.

<sup>57</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, The Democratic Republic of the Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda, Merits, Communication No 227/99, 2003, prg. 68.

temkinli yaklaşımın izleri Kabinda ve Güney Kamerun sorunlarında da rastlamak mümkündür.

### B. Kabinda Sorunu

Kabinda (*Cabinda*), günümüzde Angola'nun bir parçasını teşkil etmektedir ve Afrika içinde self determinasyon hakkı bağlamında tartışılan örneklerden birini teşkil etmektedir. Kabinda tarihsel olarak Portekizlilerin bölgeyi keşifleri döneminde (15. yüzyıl) Kongo krallığının bir parçasıydı. Portekiz'in Angola'daki sömürge yetkileri 19. yüzyıldaki antlaşmalarla tanınması ile Kabinda ve Angola'daki Portekiz hakimiyeti yerleşmiş oldu.<sup>58</sup> Berlin Konferansı'nda ise Portekiz'in Kabinda'daki hakimiyeti kabul edildi.<sup>59</sup> 1885 tarihli Simulambuco Antlaşması ile de bu durum perçinlendi. Angola'nın 1975 yılında bağımsızlığını kazanmasından önce Kabinda, Angola üzerinden yönetiliyordu. 1960'lı yıllarda Angola ve Kabinda'nın bağımsızlık hareketleri Portekiz yönetimine karşı birlikte mücadele etti. Fakat Angola'nın bağımsızlığını kazanması ve Portekiz ile müzakereleri sürecinde Kabinda'nın hareketi göz ardı edildi. Angola'nın bağımsızlığı kazandığı sıralarda Kabinda bölgesi Küba ve Sovyetlerin yardımı ile Angola güçleri tarafından kontrol altına alındı.<sup>60</sup> Kabinda'nın kontrol altına alınıp, buradaki ayrılıkçı hareketin bastırılmasının altında büyük ölçüde Kabinda bölgesi sahillerinde keşfedilen petrol yataklarının etkisi büyüktür.

Angola'nın bağımsızlığı sonrasında da Kabinda'nın self determinasyon ve ayrılma talepleri devam etmiş, Angola devlet güçleri ile bu ayrılıkçı hareket arasında zaman zaman çatışmalar da yaşanmıştır. Kabindalı ayrılıkçıların görüşlerine göre, bu bölgenin Portekiz sömürgesi olduğu dönemlerde de koruma altındaki statüsü (*protectorate*), onu An-

<sup>58</sup> LYLE, Brock, "Blood for Oil: Secession, Self-Determination, and Superpower Silence in Cabinda", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol.4, 2005, s. 702-703.

<sup>59</sup> BIRMINGHAM, David, *A Short History of Modern Angola*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 39.

<sup>60</sup> LYLE, Brock, a.g.m., s. 704-705.

gola'nın genelinden farklı bir yapı olmasından kaynaklanıyordu fakat Angola'nın kurulması sürecinde buna dikkat edilmemişti.<sup>61</sup>

Kabinda sorunu bu nedenlere dayanarak Afrika İnsan ve Halkaların Hakları Komisyonu'nun önüne geldiğinde, Komisyon'un tavrı öncekilerden farklı olmamıştır. Komisyona göre Angola'da yapılan seçimlere katılabilen, meclise vekil gönderebilen Kabindalıların ayrılmayı talep eden self determinasyon hakları ihlal edilmemiştir.<sup>62</sup> Yine Komisyon ayrılma hakkının sömürge altındaki halkların hakkı olduğunu belirtmiş ve devletlerin ülkesel bütünlüğüne vurgu yapmıştır.

### C. Güney Kamerun Sorunu

Kamerun, Afrika'nın orta batı kısmında yer alan bir ülkedir ve coğrafi ve etnik çeşitliliği ile çoğu zaman "minyatür Afrika" olarak adlandırılmaktadır.<sup>63</sup> Fakat Afrika'nın yapısı ve tarihi dolayısıyla bu çeşitliliğin sorunlara yol açmadığını söylemek imkansız olacaktır. Kamerun'un tarihine baktığımızda pek çok Afrika ülkesinde olduğu gibi bir kolonizasyon geçmişinden ve buradaki metropol devletlerin de çeşitliliğinden bahsetmek gereklidir. 1500'lü yıllarda başlayan Portekiz sömürsünün<sup>64</sup>, 1600'lü yıllarda Hollanda tarafından devam ettiğini ve 1887 yılında, sömürgecilik yarışında birleşerek bir devlet kuran Almanya'nın Kamerun'da bir koloni kurduğunu belirtebiliriz. Bu durum 1884 Berlin Konferansı'nın da bir sonucuydu, zira o konferansta Afrika sömürgeci güçler tarafından paylaşılmıştı. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise İngiliz ve Fransız orduları Alman güçlerini bölgeden kovarak söz konusu yerde ortak bir sömürge bir bölgesi kurmuşlardır. Ülkenin büyük bir

<sup>61</sup> DENHEZ, Charles Ian, "Independence or Autonomy: The Right to Self-Determination in the Enclave of Cabinda", *Carleton Review of International Affairs*, Vol.1, 2009, s. 39.

<sup>62</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, *Front for the Liberation of the State of Cabinda v Republic of Angola*, Communication No 328/06, 2013, prg. 122-123

<sup>63</sup> "Cameroon: All Africa in One Country", *New African*, 24.03.2020, <https://newafricanmagazine.com/22650/>, Erişim Tarihi: 14.06.2020.

<sup>64</sup> Kamerun'un adı tarihsel olarak Portekizli denizcilerin bölgede yer alan Wouri nehrine karidesinin bolluğundan ötürü "Rio de Camarões "(Karides Nehri) ismini vermesinden gelmektedir. Bu ad sonraları bölgenin geneli için kullanılmaya başlanmıştır.



kısmı Fransız kontrolünde, daha az bir kısmı ise İngiliz kontrolünde kalmıştır. Fransız kontrolündeki bölge 1960 yılında bağımsızlığını kazanırken, İngiliz hakimiyetindeki kısmı ise 1961 yılında ayrılarak Kamerun'a bağlanmış ve bir federasyon kurulmuştur. Bu federatif yapı ise 1972 yılında terk edilmiştir. Burada şunu da belirtmemiz gerekir ki, İngiliz kontrolündeki Güney Kamerun bölgesinde 1961 yılında koloni dönemi biterken yapılan plebisitte, bölge halkı Nijerya'ya katılma opsiyonunu kullanmayarak Kamerun'da federatif bir yapıda var olmayı tercih etmiştir.<sup>65</sup> Bu tercih bir bakıma Kamerun dahilinde Anglofon-Frankofon ilişkisini ve gerilimini başlatmıştır diyebiliriz. Çünkü Kamerun'un büyük bir kısmında, yerel dilleri dışarıda bırakırsak Fransızca konuşulmakta iken, Güney Kamerun bölgesinde ise İngilizce konuşulmaktadır. Tarihsel olarak Güney Kamerun'un tercihini Fransızca konuşan taraftan yana kullanılmasında, İngilizlerin bölgeyi Nijerya üzerinden yönetmesi ve bölge halkının ise kendilerini "koloninin kolonisi" olarak hissetmeleri sebep olmuştur. İngilizlerin yönettiği Kuzey Kamerun bölgesi de bağımsızlığını kazanarak Nijerya'nın önemli bir bölümünü teşkil etmiştir. Güney Kamerun ise dilsel farklılığa rağmen Fransız Kamerun'u ile birlikte federal bir devlet kurmayı yeğlemiştir. Fakat Fransızca konuşan Kamerun tarafının, federatif yapıdan pek memnun olmadığı ve üniter devlete giden yolda bu federal yapının geçici bir aşama teşkil etmesi gerektiğini düşündüğü belirtilmiştir.<sup>66</sup> Kamerun'un ilk başkanı olan Ahmadou Ahidjou döneminde bu federal yapının sona erdirilmesi yönünde Anglofon taraftaki federalizm yanlıları üzerinde bir baskı kurulmuş ve bu baskı 1972 yılında üniter devletin kurulması ile sonuçlanmıştır. 1961 yılında Güney Kamerun'da yapılan plebisitte, onlara üçüncü bir seçenek olarak bağımsız bir devlet olma imkanının verilmesi kıtadaki Pan-Afrikanist akım tarafından da istenmiyordu.<sup>67</sup> Çünkü dönemin bağımsızlığa kavuşan devletleri Güney Kamerun gibi mikro-devletleri Afrika'da görmek istemiyorlardı. Bu durum, yeni bağımsızlığa kavuşan

<sup>65</sup> KEKE, Reginald Chikere, "Southern Cameroons/Ambazonia Conflict: A Political Economy", *Theory & Event*, Vol. 23(2), 2020, s. 336.

<sup>66</sup> KONINGS, Piet, NYAMNJOH, Francis B., "The Anglophone Problem in Cameroon", *The Journal of Modern African Studies*, Vol.35(2), 1997, s. 210.

<sup>67</sup> EBAI, S. Eban, "The Right to Self-Determination and the Anglophone Cameroon Situation", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13(5), 2009, s. 637-638.

devletleri zaten zor olan bir halden kaosa sürükleyebilirdi. Hatta bu yüzden Afrika'daki devlet sınırlarının belirlenmesinde daha önce Latin Amerika bağımsızlık hareketleri döneminde işlev üstlenen *uti possidetis* ilkesi<sup>68</sup> epeyce kullanıldı.

Güney Kamerunluların bu noktada Kamerun içerisinde dilsel açıdan bir grup teşkil etmeleri neticesinde, self determinasyon hakkına dayalı talepleri gün yüzüne çıkmaya başlamıştır. Özellikle eğitim alanında, siyasal yaşama katılmada ve adalete erişim hususunda Güney Kamerunlular çeşitli ayrımcı uygulamaların olduğunu iddia etmişlerdir. Sonunda mesele Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun önüne intikal etmiştir. Komisyon, incelediği davada Güney Kamerunluların, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı uyarınca "halk" olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir.<sup>69</sup> Hatta Komisyon, çeşitli işletmelerin ve projelerin Frankofon Kamerun'a doğru kaydırılmasını Şartın 19. maddesinde yer alan halklar arasındaki eşitlik hakkına aykırılık olarak görmüştür. Fakat Komisyon, taraf devletlerin egemenliğine ve ülkesel bütünlüğüne aykırı olabilecek şekilde self determinasyon hakkının kullanılabilmesinin mümkün olmadığını ve Güney Kamerunluların self determinasyonu bağlamında ayrılma seçeneğinin tek yol olarak gözükmeyeceğini belirtmiştir.<sup>70</sup> Burada ayrıca üzerinde durulması gereken husus ise, Komisyonun Katanga davasında olduğu gibi şikayette bulunanların yoğun baskı ve zulüme uğradıkları konusunda yeterli kanıt sunmadıkları meselesidir. Bu bakımdan Murray'e göre Komisyonun ülkesel bütünlük ilkesini self determinasyon hakkı bağlamında ön plana çıkartsa da, dışsal self determinasyon hakkının kapısını tamamen kapatmadığı söylenebilir.<sup>71</sup> Fakat şunu da son olarak belirtmek gerekir ki, uluslararası

<sup>68</sup> İlkenin uluslararası hukuktaki anlamı için bakınız. TAŞDEMİR, Hakan, ALBAYRAK, Gökhan, "Uti Possidetis (Juris) İlkesi ve Dağlık Karabağ Sorunu", Ermenistan: Tarih, Hukuk, Dış Politika ve Toplum, Ed. Soyalp Tamçelik, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 479-498.

<sup>69</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Mgwanga Gunme and Others v. Cameroon, Merits, Communication No 266/2003, 2009, prg. 178.

<sup>70</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Mgwanga Gunme and Others v. Cameroon, Merits, Communication No 266/2003, 2009, prg. 190.

<sup>71</sup> MURRAY, Rachel, The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 501-502.

hukukta ultima ratio olarak ağır insan hakları ihlallerinin olduğu durumda bile ayrılma sonucunu doğuracak bir dışsal self determinasyon hakkı konusunda bir teamül kuralı oluşmuş değildir.<sup>72</sup> Bu husus da kuşkusuz Komisyonun kararlarını etkileyecektir.

## SONUÇ

Self determinasyon hakkının uluslararası hukuktaki anlamının ne olduğu konusunda ve özellikle kolonyal dönem haricinde bu hakkın ayrılma hakkını içerip içermediği konusu doktrinde uzun yıllar tartışılmış ve devletlerin tavrı da bu konuda ülkesel bütünlük ilkesine ağırlık vermek yönünde olmuştur. Kendi ülkesinde yaşayan azınlıklara sahip olan devletler ise bu konuda çok daha hassas olagelmışlerdir. Dolayısıyla self determinasyon hakkı dekolonyalizm döneminde Asya'da ve Afrika'da sömürge halklarının bağımsızlığını kazanması noktasında kritik bir yere sahip olsa da, kolonyalizm sonrası uluslararası ilişkilerde içsel boyuta hapsedilmek zorunda kalmıştır. Bunun yanında self determinasyon hakkının, insan hakları hukukunda bireysel şikayetlere konu olabilmesinin zorluğu da bu hakkın içeriğinin belirlenmesinde uluslararası yargı içtihatlarının oluşmasını büyük ölçüde engellemiştir. Bu noktada Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın yürürlüğe girmesi, bölgesel bazda da olsa bu hakkın içeriğinin uluslararası yargı içtihadı ile belirginleşebilmesi ihtimalini doğurmuştur. Son yirmi beş yıllık zaman zarfında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun verdiği bazı kararlar, self determinasyon haklarının ihlali ve bağlantılı olarak bu hakkın içeriği konusunda bir fikir sunmaktadır. Komisyon verdiği kararlarda içsel self determinasyon hakkının ihlali konusunda daha serbest olabilirken, dışsal self determinasyon hakkı konusunda çekinik davranmakta<sup>73</sup> ve

<sup>72</sup> KRAJEWSKI, Markus, Völkerrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017, s. 188

<sup>73</sup> Bu konudaki çekinik tavır Uluslararası Adalet Divanı'nın Kosova danışma görüşündeki tavrını hatırlatmaktadır. Bu danışma görüşünde Divan, Kosova'nın bağımsızlık ilanı konusunda uluslararası hukukta bunu açıkça yasaklayan bir norm olmamasını gerekçe göstererek, self determinasyon hakkının içeriğini ayrıntılı olarak inceleme imkanını geri çevirmiştir. ICJ, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010. Bu konuda eleştirel bir çalışma için bakınız. BERMEJO GARCÍA, Romualdo, GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, "La Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo a la luz de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de

ülkesel bütünlük ilkesinin dışına çıkılamayacağı yönünde bir tutum geliştirmiştir. Çoğu zaman bunu yaparken sistematik ve ağır insan hakları ihlallerinin varlığı noktasında delil sunulmadığı argümanına dayanarak bu tutumu göstermektedir. Fakat haklı olarak Murray'ın görüşüne göre bu şekilde verdiği kararlarla bir bakıma ayrılma hakkına açık kapı da bırakmaktadır. Yine de kararlarında çoğunlukla ayrılma isteklerinin, ülkesel bütünlük ilkesi ile çelişeceği hususuna değinmektedir. Bu bakımdan Komisyon, büyük ölçüde genel uluslararası hukuktaki pozisyona yakın durmakta ve kolonyalizm sonrası ayrılma hakkının halklara tanınan bir hak olmadığı belirlemesine yaklaşmaktadır. Bu tavrı göstermesinde kuşkusuz pek çok yerel azınlığın, Şart'ın hükümleri ile halkların bulunduğu Afrika kıtasındaki sınır istikrarını koruma menfaati büyük rol oynamaktadır. Ayrıca dışsal self determinasyona geniş bir yorum getirilmesinin, "pandoranın kutusunu" açmayla eş değer olması ve muhtemel kaoslara yol açabilmesi gerçeğini de göz önünde tutmak gereklidir.

## KAYNAKLAR

- “Cameroon: All Africa in One Country”, *New African*, 24.03.2020, <https://newafricanmagazine.com/22650/>, Erişim Tarihi: 14.06.2020.
- African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981, <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>, Erişim Tarihi: 14.05.2020.
- African Commission on Human and Peoples' Rights, *Mgwanga Gunme and Others v. Cameroon*, Merits, Communication No 266/2003, 2009.
- African Commission on Human and Peoples' Rights, *Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria*, Merits, Communication No 102/93, 1998.
- African Commission on Human and Peoples' Rights, *Front for the Liberation of the State of Cabinda v Republic of Angola*, Communication No 328/06, 2013.
- African Commission on Human and Peoples' Rights, *Jawara v. Gambia*, Merits, Communication No 147/95, Communication No 149/96, 2000.
- African Commission on Human and Peoples' Rights, *Katangese Peoples' Congress v. Zaire*, Merits, Communication No 75/92, 1995.
- African Commission on Human and Peoples' Rights, *The Democratic Republic of the Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda*, Merits, Communication No 227/99, 2003.
- AKBABA, Ahmet, *İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.
- ALGAN, Bülent, “Rethinking ‘Third Generation’ Human Rights”, *Ankara Law Review*, Vol.1(1), 2004, ss. 121-155.
- ANYANGWE, Carlson, “The Normative Power of the Right to Self-determination under the African Charter and the Principle of Territorial Integrity: Competing Values of Human Dignity and System Stability”, *African Human Rights Yearbook*, Vol.2, 2018, ss. 47-71.

- ARAL, Berdal, *Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Hak-lar, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010*
- ARCHIBUGI, Daniele, "Un Análisis Crítico de la Autodetermi-nación de los Pueblos", *Escenarios de Conflicto : Irak y el Desorden Mundial*, Ed. Manuela Mesa, Mabel González Bustelo, Icaria Edi-torial, Barcelona, 2004, ss. 277-300
- BALDWIN, Clive, MOREL, Cynthia, "Group Rights", *The Afri-can Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006*, Ed. Malcolm Evans, Rachel Murray, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, ss. 244-288.
- BERMEJO GARCÍA, Romualdo, GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, "La Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo a la luz de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 julio de 2010 y de las Declaraciones, Opiniones Individuales y Disidentes a la misma", *Anuario Español de Derecho Interna-cional*, Vol. 26, 2010, ss. 7-59.
- BIRMINGHAM, David, *A Short History of Modern Angola*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- BLAY, Samuel K. N., "Territorial Integrity and Political Inde-pendence", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- BOYAR, Oya, KAMA IŞIK, Sezen, "Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaş-tır-malı Bir Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hu-kuk Araştır-maları Dergisi*, Cilt. 25(2), 2019, ss. 602-623.
- ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- CASSESE, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Re-appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- Charter of the Organization of African Unity, 25 May 1963
- Constitutive Act of the African Union, 1 July 2000.

- D'SA, Rose M., "Human and Peoples' Rights: Distinctive Features of the African Charter", *Journal of African Law*, Vol. 29(1), 1985, ss. 72-81
- DENZEZ, Charles Ian, "Independence or Autonomy: The Right to Self-Determination in the Enclave of Cabinda", *Carleton Review of International Affairs*, Vol.1, 2009, ss. 35-51.
- DOEHRING, Karl, "Self-Determination", *The Charter of United Nations: A Commentary*, Ed. Bruno Simma, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- DOĞAN, İlyas, *Devletler Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- EBAL, S. Eban, "The Right to Self-Determination and the Anglophone Cameroon Situation", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13(5), 2009, ss. 631-653
- EHTİBARLI, Yaşar, *Uluslararası Self Determinasyon Hakkı ve Hakkın Ekonomik Boyutu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- EL OUALI, Abdelhamid, "Territorial Integrity: Rethinking the Territorial Sovereign Right of the Existence of the States", *Geopolitics*, Vol.11(4), 2006, ss. 630-650.
- FISCH, Jörg, *The Right of Self-Determination of Peoples: The Domestication of an Illusion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- FORNO, Giovanni, "Apuntes sobre el Principio de la Libre Determinación de los Pueblos", *Agenda Internacional*, Año IX, No. 18, 2003, ss. 91-120.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Üzerine Düşünceler", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Yıl 7, Sayı 2, 1987, ss. 131-146.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- GITTLEMAN, Richard, "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 22(4), 1982, ss. 667-714
- GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

- GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Beta, İstanbul, 2009.
- HARCK, Sten, "Åland Islands", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- <https://www.rfi.fr/en/africa/20100216-timeline-african-independence>, Erişim Tarihi: 19.01.2021.
- ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010.
- ICJ, *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995.
- ICJ, *Corfu Channel Case*, Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949
- ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004.
- ICJ, *Western Sahara*, Advisory Opinion of 16 October 1975.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966
- ISLAM, M. Rafiqul, "Secessionist Self-Determination: Some Lessons from Katanga, Biafra and Bangladesh", *Journal of Peace Research*, 22(3), 1985, ss. 211-221.
- KABOĞLU, İbrahim, *Dayanışma Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1996.
- KEKE, Reginald Chikere, "Southern Cameroons/Ambazonia Conflict: A Political Economy", *Theory & Event*, Vol. 23(2), 2020, ss. 329-351.
- KELLER, Helen, "Friendly Relations Declaration (1970)", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- KONINGS, Piet, NYAMNJOH, Francis B., "The Anglophone Problem in Cameroon", *The Journal of Modern African Studies*, Vol.35(2), 1997, ss. 207-229.



- KRAJEWSKI, Markus, *Völkerrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017
- LENIN, Vladimir I., *Collected Works*, Volume 20, December 1913-August 1914, Progress Publishers, Moscow, 1964, ss. 393-454.
- LYLE, Brock, "Blood for Oil: Secession, Self-Determination, and Superpower Silence in Cabinda", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol.4, 2005, ss. 701-718.
- MARK, Rudolf A., "National Self-Determination, as Understood by Lenin and the Bolsheviks", *Lithuanian Historical Studies*, Vol. 13(1), 2008, ss. 21-39.
- MARXSEN, Christian, "Territorial Integrity in International Law – Its Concept and Implications for Crimea", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.75, 2015, ss. 7-26
- MBAYA, Etienne R., "African Charter on Human and Peoples' Rights", *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.8, Ed. Rudolf Bernhardt, North-Holland, Amsterdam, 1985.
- MIGUEL, Carlos Ruiz, "El Principio y Derecho de Autodeterminación y el Pueblo del Sahara Occidental", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol.31, 2015, ss. 267-296
- MURRAY, Rachel, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- OETER, Stefan, "Selbstbestimmungsrecht im Wandel: Überlegungen zur Debatte um Selbstbestimmung, Sezessionsrecht und 'vorzeitige' Anerkennung", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 52(3-4), 1992, ss. 741-775.
- OFUATEY-KODJOE, W., *The Principle of Self-Determination in International Law*, Nellen, New York, 1977.
- PASTOR RIDRUEJO, Jose Antonio, *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1994.

- RODRÍGUEZ, Segundo Ruiz, *La Teoría del Derecho de Autodeterminación de los Pueblos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- RUHİ, Muhammet Emin, *Güney Afrika'da Irk Ayrımcılığı Politikaları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- SCHWEİSFURTH, Theodor, *Völkerrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- SMITH, Rhona K. M., *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- TAŞDEMİR, Fatma, "Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 18(3), 2016, ss. 644-668.
- TAŞDEMİR, Fatma, ÖZER, Adem, *Uluslararası Hukuk Perspektifinden Self-Determinasyon ve Ayrılma*, Hukuk Yayınları, Ankara, 2017
- TAŞDEMİR, Hakan, ALBAYRAK, Gökhan, "Uti Possidetis (Juris) İlkesi ve Dağlık Karabağ Sorunu", *Ermenistan: Tarih, Hukuk, Dış Politika ve Toplum*, Ed. Soyalp Tamçelik, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, ss. 479-498.
- The Charter of United Nations, San Francisco, 1945, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, Erişim Tarihi: 7.12.2020.
- THÜRER, Daniel, "Das Selbstbestimmungsrecht der Völker: Ein Überblick", *Archiv des Völkerrechts*, Band 22(2), 1984, ss. 113-137.
- THÜRER, Daniel, BURRI, Thomas, "Self-Determination", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- TRAVIESO, Juan Antonio, *Derecho Internacional Publico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- UN General Assembly, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, 24 October 1970, A/RES/2625(XXV).

van der VYVER, Johan D., "The Right to Self-Determination and its Enforcement", ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol.10, 2004, ss. 421-436.

YUSUF, Abdulqawi A., Pan-Africanism and International Law, Hague Academy of International Law, Hague, 2014.



## KİRA SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN TİCARİ DAVALARDA GÖREVLİ MAHKEME

Arş. Gör. Mehmet Arif TUĞ\*

### Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 4 uyarınca her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin olan hususlardan doğan uyuşmazlıklar, ticari davadır. Türk Ticaret Kanunu md. 5'e göre ise bu tür davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir. Ancak Yargıtay, tarafların ticari işletmelerine ilişkin olan kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davalarda sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu görüşündedir. Bu çalışmada Yargıtay'ın söz konusu uygulaması eleştiri konusu yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikli olarak kira sözleşmelerinde görevli mahkeme ve kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davalar hakkında genel bir bilgi verilecektir. Ardından Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü ve yabancı hukuk sistemlerindeki durum ele alınacaktır. Son olarak neden bu tür davalarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli kabul edilmesi gerektiği gerekçeleri ile açıklanmaya çalışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Kira Sözleşmesi • Nispi Ticari Dava • Asliye Ticaret Mahkemesi • Sulh Hukuk Mahkemesi • Görev

\* Arş. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Res. Asst., Anadolu University Faculty of Law, Department of Commercial Law, Eskişehir, Turkey.

✉ mehmetarifug@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0003-2047-6033

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TUĞ Mehmet Arif, "Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1897-1921.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE COURT OF JURISDICTION FOR COMMERCIAL CASES ARISING FROM LEASE AGREEMENTS

### Abstract

According to the Article 4 of the Turkish Commercial Code (Law Nr. 6102) lawsuits, which are arisen from matters regarding both parties' commercial enterprises, are commercial case. As stated in Article 5 of the Code, court of jurisdiction for such cases is commercial court of first instance. Yet the Court of Cassation is of the opinion that civil courts of peace are court of jurisdiction for commercial cases arising from lease agreements concerning both sides' commercial enterprises. In this study, stated practice of the Court will be criticized. Firstly, it will be given an outline of court of jurisdiction for lease agreements and commercial cases arising from lease agreements. Following that, the view of the Court on the matter and conjuncture in foreign law systems will be addressed. Lastly it will be explained why commercial courts of first instance should be considered court of jurisdiction for this type of cases.

### Key Words

Lease Agreement • Relative Commercial Case • Commercial Court of First Instance • Civil Court of Peace • Jurisdiction

### GİRİŞ

Medeni yargıda görev konusuna ilişkin temel düzenlemeler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda [HMK] yer almaktadır. Bunun dışında birçok başka kanunda da (özellikle özel mahkemelerin görev alanlarına ilişkin olarak) görev hususunda düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kanunlardan biri de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur [TTK]. TTK md. 4'te hangi hususların ticari dava olduğu belirlendikten sonra md. 5'te ticari davaların (kural olarak) asliye ticaret mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alınmıştır.

Genel mahkeme niteliğini haiz asliye hukuk mahkemesi<sup>1</sup> ile asliye ticaret mahkemesi gibi bir özel mahkemenin<sup>2</sup> görev sahalarının belirlenmesi, asliye hukuk mahkemesinin görevine ilişkin düzenleme olan HMK md. 2/1'de yer alan "... aksine bir düzenleme bulunmadıkça ..." ibaresi sebebiyle nispeten kolaylık arz etmektedir. Buna karşın diğer mahkeme türlerinin görev alanlarının belirgin çizgilerle birbirinden ayrılması her zaman kolay değildir. Belirli niteliklere sahip kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak sulh hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasında görev hususunda yapılacak belirleme bu tarz bir zorluk arz etmektedir.

Bu çalışmada kira sözleşmesinden doğan ve TTK md. 4 uyarınca ticari dava niteliği taşıyan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesine çalışılacaktır. Öncelikle konunun genel çerçevesi çizilecek olup; ardından Yargıtay'ın ilgili husustaki yerleşmiş uygulaması ele alınacaktır. Son olarak konuya ilişkin değerlendirmeye yer verilecektir.

## I. KIRA SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

Kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda göreve ilişkin temel düzenleme HMK md. 4/1 – a' dır. Söz konusu düzenlemeye göre; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda [İİK] düzenlenen kiralanan

<sup>1</sup> ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 101; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 85 dn. 133; KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 25; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 38; TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku - Cilt I, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 140; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/ERTAN NOMER, Nedret Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 138.

<sup>2</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 86; BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, Ticari Dava, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 507; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 40; TANRIVER, s. 151 – 152; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 138 – 139. Bkz. asliye ticaret mahkemesinin özel değil bir genel mahkeme olduğu görüşü için, KURU, s. 25. Arslan ve diğerleri ise özel mahkemeler arasında asliye ticaret mahkemesini saymamaktadır. Bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 103.

taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi<sup>3</sup> hariç kira ilişkisinden doğan tüm uyuşmazlıklarda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemeleridir. Kira ilişkisinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar sulh hukuk mahkemesinin görev alanına dahil olup; burada miktar açısından da herhangi bir sınır bulunmamaktadır<sup>4</sup>.

Kira sözleşmesi için konunun düzenlendiği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda [TBK] herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir<sup>5</sup>; başka bir deyişle kira sözleşmesinin sözlü olarak akdedilmesi onun geçerliliğine hanel getirmez. Buna bağlı olarak kira sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesi önüne getirilebilmesi için sözleşmenin yazılı olması da şart değildir<sup>6</sup>.

HMK md. 4'te yer alan düzenlemenin kapsamına taşınmaz kira sözleşmeleri başta olmak üzere her türlü taşınır (motorlu taşıt, makine vb.) kirası ve ürün kirası sözleşmesi girmektedir<sup>7</sup>.

## II. KİRA SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN TİCARİ DAVALAR

Çalışmanın kapsamı ve odaklandığı konu sebebiyle burada kira sözleşmesine ilişkin bir bilgi verilmeyecek olup; hangi tür kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ticari dava olarak değerlendirileceği hususu üzerinde durulacaktır<sup>8</sup>.

### A. Genel Olarak Ticari Dava Kavramı

Bir davanın ticari dava olup olmaması esasen ilgili uyuşmazlığın, bu tür davalar için kurulmuş bir mahkeme (Türk Hukuku örneğinde

<sup>3</sup> Konu İİK md. 269 ilâ 276'da düzenlenmiştir. Bkz. daha fazla bilgi için, PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 271 ve devamı.

<sup>4</sup> PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 63.

<sup>5</sup> ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 264.

<sup>6</sup> PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 64.

<sup>7</sup> GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usul Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 145; KURU, s. 52 dn. 2; TANRIVER, s. 143 – 144. Bkz. Yargıtay'ın da görüşünün bu olduğu hususunda, ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 201.

<sup>8</sup> Bkz. kira sözleşmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için, ARAL/AYRANCI, s. 253 ve devamı.



asliye ticaret mahkemesi) önünde çözümlenmesi ve ilgili uyuşmazlığın görülmesinde diğer davalardan farklı usul kurallarının uygulanması noktasında önem arz etmektedir<sup>9</sup>. Ticari uyuşmazlıklar için ayrı bir usul öngörülmediği için<sup>10</sup> Türk Hukuku açısından bir davanın ticari olması, yalnızca söz konusu uyuşmazlığın (kural olarak) asliye ticaret mahkemesi önünde görülmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>11</sup>.

Ticari davaların neler olduğu esas olarak TTK md. 4/1'de gösterilmiştir. Doktrinde ilgili madde uyarınca ticari davalar bakımından üçlü bir ayrıma gidilmektedir: Mutlak ticari davalar, ticari sayılması için bir ticari işletmeye ilişkin olması gereken davalar ve nispi ticari davalar<sup>12</sup>.

Mutlak ticari davalar, tarafların kim olduğu ve uyuşmazlık konusu işin ne olduğundan bağımsız olarak TTK veya başka kanunlar tarafından ticari olduğu kabul edilen davalardır<sup>13</sup>. TTK md. 4/1 – a ilâ f bentleri

<sup>9</sup> ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 105; BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 20. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2019, s. 91; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 113; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 123 – 124.

<sup>10</sup> ARKAN, s. 106; POROY/YASAMAN, s. 114; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 150. Bununla birlikte ticari defterlerle ispat hususunda olduğu gibi bazı konularda genel usul hükümlerinden farklı düzenlemelere gidildiği de görülmektedir. Bkz. ticari davalarda usule ilişkin farklılık öngören düzenlemeler için, BAHTİYAR, s. 102 – 103; POROY/YASAMAN, s. 125; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 146 – 151.

<sup>11</sup> Belirtilen hususun “kural olduğu”; aksine durumların yani TTK md. 4 uyarınca ticari dava niteliğini haiz ancak özel kanun hükümleri gereği başka mahkemelerde görülen uyuşmazlıkların da olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. Bu konuya ilişkin açıklamalar bir sonraki başlık altında yapılmıştır.

<sup>12</sup> ARKAN, s. 107; BAHTİYAR, s. 92 – 95; POROY/YASAMAN, s. 114 – 115; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 125. Bkz. yalnızca mutlak – nispi ticari dava şeklinde ikili bir ayırım görüşü için, ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 197; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 65; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 8; KURU, s. 54; TANRIVER, s. 153. İkili ayırım yapan yazarlar, ticari sayılması için bir ticari işletmeye ilişkin olması gereken davalar şeklinde belirtilen kategoriyi nispi ticari davalar içerisinde değerlendirmektedir.

<sup>13</sup> ARKAN, s. 107; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 197; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 66; BAHTİYAR, s. 92; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 9; POROY/YASAMAN, s. 115; TANRIVER, s. 153; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 127.

arasında sayılan davalar ile iflas davaları için İİK md. 154 örneğinde olduğu gibi kendi kanunlarında ticari olduğu ya da asliye ticaret mahkemesinde görüleceği belirtilen davalar, mutlak ticari davadır<sup>14</sup>.

Ticari sayılması için bir ticari işletmeye ilişkin olması gereken davalar şeklinde kategorize edilen uyuşmazlık türü, TTK md. 4/1'in son cümlesinden kaynaklanmaktadır<sup>15</sup>. Buna göre; havale, vedia ile fikir ve sanat eserlerinden doğan uyuşmazlıkların ticari dava olarak kabulü için ilgili uyuşmazlığın, taraflardan en az birisinin ticari işletmesine ilişkin olması gerekmektedir<sup>16</sup>.

Son ticari dava türü ise nispi ticari davadır. Nispi ticari dava, TTK md. 4/1'in başında belirtildiği üzere, “[h]er iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları”dır<sup>17</sup>. Nispi ticari davaların bu şekilde tanımlanmasından çıkarılacak ilk sonuç, bu tür bir davanın her iki tarafının da tacir olacağıdır<sup>18</sup>. Zira Kanun, “[h]er iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili” diyerek, bu tür bir ticari uyuşmazlıktan bahsedilebilmesi için tarafların her birinin bir ticari işletme işletmesi gerektiğini; bunun doğal sonucu olarak da TTK md. 12/1 gereği, tarafların tacir olacağına işaret etmektedir.

Ancak bu demek değildir ki her iki tarafı da tacir olan her uyuşmazlık, bir nispi ticari davadır. Adi sahası bulunmayan tüzel kişi

<sup>14</sup> ARKAN, s. 107 – 108 ve 114; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 197 – 198; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 66 – 75; BAHTİYAR, s. 92 – 94; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 9; KURU, s. 54 – 55; TANRIVER, s. 153; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 135.

<sup>15</sup> ARKAN, s. 114; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 77; TANRIVER, s. 153.

<sup>16</sup> ARKAN, s. 114; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 198; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 77; BAHTİYAR, s. 94 – 95; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 25 – 29; KURU, s. 55; POROY/YASAMAN, s. 119 – 120; TANRIVER, s. 153 – 154; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 135.

<sup>17</sup> ARKAN, s. 115; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 198; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 76; BAHTİYAR, s. 95; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 29; KURU, s. 55; POROY/YASAMAN, s. 121; TANRIVER, s. 157; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 136.

<sup>18</sup> ARKAN, s. 115; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 198; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 76; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 29; TANRIVER, s. 157; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 136.

tacir konumundaki ticaret şirketleri ayrı tutulursa; gerçek kişi tacirin ticari işletmesine ilişkin olmayan bir uyuşmazlık, karşı taraf tacir olsa ve uyuşmazlık yine karşı tarafın ticari işletmesine ilişkin de olsa, bir nispi ticari uyuşmazlık olarak değerlendirilemez<sup>19</sup>. Çünkü Kanun'un nispi ticari davaların sınırını belirlerken kullandığı ölçüt, uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin olması hususudur. Tarafların tacir olması ise bu ölçütün yalnızca bir sonucudur. Durumu özetlemek gerekirse; bir nispi ticari davanın her iki tarafı da tacirdir, ancak iki tarafı da tacir olan her uyuşmazlık, bir nispi ticari dava değildir.

## **B. Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Nispi Ticari Dava Olduğu Haller**

Ticari dava kavramı hakkında anlatılanları, çalışmanın konusu olan kira sözleşmeleri bağlamında değerlendirmek gerekirse; kira sözleşmelerinin, mutlak ticari dava ya da ticari dava sayılması için bir ticari işletmeye ilişkin olması gereken uyuşmazlıklara sebebiyet vermesi mümkün değildir<sup>20</sup>. Buna karşın kira sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın nispi ticari dava olması ise mümkündür. Şöyle ki; bir kira sözleşmesi, kiraya veren ve kiralayan her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin ise söz konusu kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık, bir

<sup>19</sup> ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 198; BAHTİYAR, s. 95; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 136.

<sup>20</sup> Burada akla ismi sebebiyle finansal kiralama sözleşmesi gelebilir. TTK md. 4/1 – f'te finansal kurumlara ilişkin düzenlemelerden doğan uyuşmazlıkların ticari dava sayılacağına belirtilmesi ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu md. 1'de finansal kiralama şirketlerinin birer finansal kuruluş olarak nitelendirilmesi karşısında; finansal kiralama sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari dava olduğu ifade edilmektedir. Bkz. TOPUZ, Murat, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 225 – 226. Esasen doktrinde bu konuda bir görüş birliği olduğu söylenebilir. Bkz. ARKAN, s. 113; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 74; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 22; POROY/YASAMAN, s. 119; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 134. Ancak her ne kadar isminde “kiralama”, 6361 sayılı Kanun'da düzenlenirken içeriğine ilişkin “kiracı” ve “kiralayan” gibi ifadeler kullanılsa da finansal kiralama sözleşmesi, TBK düzenlendiği şekli ile bir kira sözleşmesi değildir. Bkz. TOPUZ, s. 200. Bu açıdan çalışmada söz konusu sözleşme tipi ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır. Bkz. finansal kiralama sözleşmesinin, kira sözleşmesinden farkları için, TOPUZ, s. 200 ve devamı.

nispi ticari dava olacaktır. Buna karşın taraflardan yalnızca birinin ticari işletmesine ilişkin olan bir kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık ise kural olarak nispi ticari dava olarak değerlendirilemeyecektir<sup>21</sup>. Söz gelimi tacir olmayan bir gerçek kişiye ait dükkânın, bir anonim şirket tarafından kiralanması halinde, her ne kadar bahsi geçen sözleşme TTK md. 19/2 gereği her iki taraf için de ticari iş niteliğini haiz olsa da bundan kaynaklanacak bir uyuşmazlık ticari davaya vücut vermeyecektir.

Asıl olarak bir kira sözleşmesinin, hangi özellikleri taşıması halinde bundan kaynaklanacak uyuşmazlıkların ticari dava olarak nitelendirileceği sorunu, tartışmalı bir husus değildir. Zira TTK md. 4'ün kira sözleşmesine uygulanmasında diğer sözleşme tiplerine göre farklılık ya da özellik gösteren herhangi bir taraf bulunmamaktadır. İlgili konuda sorun teşkil eden ve bu çalışmanın odaklandığı asıl nokta nispi ticari davaya sebebiyet verecek nitelikte bir kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde mi yoksa asliye ticaret mahkemesinde mi görüleceğidir.

Kural olarak, TTK md. 5 gereğince, ticari dava şeklinde nitelenen bir uyuşmazlıkta görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Ancak ilgili hükümde “[a]ksine hüküm bulunmadıkça” şeklinde belirtildiği üzere bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesi onun asliye ticaret mahkemeleri dışında diğer özel mahkemelerin görev alanına girmesine engel değildir. Örnek vermek gerekirse; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun [TKHK] md. 22’de düzenlenen tüketici kredisi sözleşmeleri, bir tüketici işlemi olup; bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda TKHK md. 73/1 uyarınca tüketici mahkemeleri görevlidir<sup>22</sup>. Ancak aynı zamanda bahsi geçen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, TTK md. 4/1 – f uyarınca, mutlak ticari dava niteliğini haizdir<sup>23</sup>. Burada da görüldüğü üzere bir

<sup>21</sup> POROY/YASAMAN, s. 121; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 136 – 137.

<sup>22</sup> BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 22; YILMAZ, Abdülhamit, "Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (1), 2018, s. 233.

<sup>23</sup> YILMAZ, s. 233.

davanın ticari dava olarak nitelendirilmesi onun asliye ticaret mahkemesi dışındaki diğer özel mahkemelerin önünde görülmesine engel değildir<sup>24</sup>.

Söz konusu durum göz önüne alındığında; bu çalışmanın odak noktası, hangi tür kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari davaya sebebiyet vereceği tartışmasından ziyade; bir kira sözleşmesinden kaynaklanan ticari davanın hangi mahkemede görüleceğidir.

### III. YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ

Yargıtay istikrarlı bir şekilde tarafların ticari işletmelerine ilişkin olan kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu görüşündedir<sup>25</sup>. Söz konusu

<sup>24</sup> ARKAN, s. 119; BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent, "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), 2016, s. 422; BAHTİYAR, s. 98; YILMAZ, s. 233. Benzer durum başka sözleşme türleri için de geçerlidir. Tüketici işlemi niteliğini haiz sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, her ne kadar sigortaya ilişkin hükümlerin TTK'da düzenlenmiş olması sebebiyle ticari dava olsa da TKHK'da yer alan özel düzenleme sebebiyle tüketici mahkemelerinde görülecektir. Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 66 – 67. Yine benzer şekilde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na [SMK] ilişkin davalar TTK md. 4/1 – d uyarınca mutlak ticari dava olmasına rağmen; bu uyuşmazlıklar açısından görevli mahkeme SMK md. 156/1 uyarınca fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleridir. Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 71; POROY/YASAMAN, s. 116 – 117; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 133.

<sup>25</sup> Yargıtay 3. HD. 20.06.2018, E. 2018/3276, K. 2018/6854; Yargıtay 3. HD. 21.06.2018, E. 2017/8280, K. 2018/6898; Yargıtay 3. HD. 26.06.2018, E. 2017/8767, K. 2018/7086; Yargıtay 17. HD. 14.10.2019, E. 2016/6854, K. 2019/9341; Yargıtay 20. HD. 04.02.2019, E. 2018/6462, K. 2019/558; Yargıtay 23. HD. 05.12.2019, E. 2018/1293, K. 2019/5145. Sayılan söz konusu kararlarda tarafların tacir ve uyuşmazlığın tarafların ticari işletmelerine ilişkin olduğu karar metninden anlaşılmaktadır. Buna karşın Yargıtay'ın kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin olarak tarafların tacir olup olmadığının karar metninden anlaşılmadığı ancak sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesi kararlarına ilişkin olarak verdiği birçok bozma kararı mevcuttur. Bkz. Yargıtay 3. HD. 23.05.2018, E. 2017/5853, K. 2018/5654; Yargıtay 11. HD. 18.04.2017, E. 2016/786, K. 2017/2211; Yargıtay 17. HD. 24.10.2019, E. 2016/18282, K. 2019/9958; Yargıtay 17. HD. 04.11.2019, E. 2016/16980, K. 2019/10061. Bkz. bu dipnotta verilen tüm kararlar için, Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim tarihi: 27.07.2020). Bkz. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasının bu olduğu görüşü için, ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 137.

kararlarda birbirine benzer şekilde kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, HMK md. 4/1 – a gerekçe gösterilerek sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğunun belirtilmesi ile yetinilmiş; doyurucu bir gerekçe ya da bu konuda neden asliye ticaret mahkemelerinin görevli olmadığına dönük bir açıklama getirilmemiştir. Daha da ilginç incelenen kararlarda (birkaç kararda yer alan muhalefet şerhleri hariç) uyuşmazlığın ticari dava niteliğinden de hiç bahsedilmemiştir.

Konuya ilişkin verilen birçok Yargıtay kararına örnek olması amacıyla burada 3. Hukuk Dairesi'nin bir kararı üzerinde durulacaktır<sup>26</sup>. İlgili karara konu olan olayda – karşı oy yazısında belirtildiği üzere – her ikisi de tacir olan taraflar arasında bir ekskavatör için kira sözleşmesi yapılmıştır. Söz konusu araç kiralama sözleşmesinde öngörülen bedelin ödenmemesi üzerine başlatılan ilamsız icra takibine itiraz edilmiş; bunun üzerine davacı, Yargıtay kararına konu olan itirazın iptali davasını asliye hukuk mahkemesinde açmıştır. İlk derece mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Bunun üzerine ilgili hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, uyuşmazlığın kira sözleşmesinden kaynaklandığını tespit ettikten sonra HMK md. 4/1 – a hükmü uyarınca davanın sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesi ile bozma kararı vermiştir. Aynı konuda diğer Yargıtay kararlarında olduğu gibi burada da davanın ticari dava olup olmadığı hususu üzerinde durulmamıştır.

İlgili kararda yer alan karşı oy yazısında ise söz konusu uyuşmazlığın ticari dava olduğu ifade edilmiştir. Bahsi geçen yazıda buna bağlı olarak TTK'nın HMK'dan daha sonra yürürlüğe girdiği ve TTK'da ticari davalara ilişkin öngörülen göreve ilişkin hükümlerin, HMK'da yer alan düzenlemelere göre daha özel nitelikte olduğu gerekçeleri ile asliye hukuk mahkemesinin asliye ticaret mahkemesi sıfatı

<sup>26</sup> Yargıtay 3. HD. 02.07.2018, E. 2017/6504, K. 2018/7356. Bkz. karar metni için, KENDİGELEN, Abuzer/SOYKAN, İsmail Cem/AYDINALP, Yasemin/OĞUZ, Elif/ŞANDA, Onur, Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 20; Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim tarihi: 27.07.2020).

ile görevli mahkeme olduğu belirtilerek çoğunluk görüşüne muhalefet edilmiştir.

#### IV. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DURUM

Alman Hukuku'nda kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görev konusuna ilişkin akla gelebilecek ilk kanun hükmü *Gerichtsverfassungsgesetz* (Alman Mahkeme Teşkilatı Kanunu) [GVG] § 23/2 – a'dır. Görevli olduğu uyuşmazlıklar bakımından değerlendirildiğinde sulh hukuk mahkemesinin Alman Hukuku'ndaki karşılığı olduğu söylenebilecek *Amtsgericht*'lerin görev kapsamının belirlendiği § 23'te yer alan ilgili düzenlemeye göre; bir konutu<sup>27</sup> (*Wohnraum*) konu alan kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkları görmekle (uyuşmazlığa konu olan hususun değerine bakılmaksızın) *Amtsgericht* münhasıran (*ausschließlich*) görevlidir. Ancak konusu konut olmayan kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda GVG § 23/2 – a değil, göreve ilişkin genel kurallar uygulanacaktır<sup>28</sup>.

Konut haricinde bir konuya sahip kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın değeri para ile ifade edilebiliyor ve bu değer 5.000 €'u geçmiyorsa § 23/1'e göre yine *Amtsgericht* görevli olacaktır<sup>29</sup>. Bunun dışında kalan, başka bir deyişle değeri para ile ifade edilemeyen ya da değeri 5.000 €'dan fazla olan kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise kural olarak Türk Hukuku'ndaki karşılığının asliye hukuk mahkemeleri olduğu<sup>30</sup> söylenebilecek olan *Landgericht*'in hukuk

<sup>27</sup> Konut (mesken – *Wohnraum*) kavramıyla kastedilenin, gerçek kişilerin iş saatleri dışında özel hayatlarını oluşturan uyuma, yemek yeme vb. gibi faaliyetlerini gerçekleştirmek için kullandıkları yer olduğu belirtilmiştir. Söz konusu "yer", bir apartman dairesi olabileceği gibi, belirtilen amaçlarla kullanılması şartıyla bir baraka ya da karavan da olabilir. Bkz. HAUMER, Christine, "Klageverfahren", in Schach, Klaus/Schultz, Michael/Schüller, Peter (ed.), Beck'sche Online-Kommentar Mietrecht, 20. Bası, Verlag C. H. Beck, Beck-Online, München, 2020, Rn. 17; NIESLER, Lars, "GVG § 23 - Zuständigkeit in Zivilsachen", in Graf, Jürgen Peter (ed.), Beck'sche Online-Kommentar GVG, 7. Bası, Verlag C. H. Beck, Beck-Online, München, 2020, Rn. 11.

<sup>28</sup> HAUMER, Rn. 26.

<sup>29</sup> HAUMER, Rn. 13; NIESLER, Rn. 4.

<sup>30</sup> BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 502.

daireleri görevlidir (GVG § 71/1)<sup>31</sup>. Ancak söz konusu türde bir uyuşmazlığın GVG § 95/1 uyarınca ticari dava niteliğini haiz olması halinde görevli mahkeme, *Landgericht*'in ticari davalar dairesi<sup>32</sup> (*Kammer für Handelssachen*) olacaktır<sup>33</sup>.

Konuya ilişkin olarak İsviçre Hukuku'na bakıldığında ise dikkate alınması gereken ilk kanun hükmü *Zivilprozessordnung* (İsviçre Medeni Usul Kanunu) [ZPO] md. 243'tür. Bahsi geçen düzenleme basit yargılama usulünün (*vereinfachtes Verfahren*) hangi uyuşmazlıklarda uygulanacağını göstermektedir. ZPO md. 243/2 – c uyarınca; kira bedelinin depo edilmesi<sup>34</sup>, suistimal niteliği taşıyan (*missbräuchlich*) kira bedeline karşı koruma<sup>35</sup>, feshe karşı koruma veya kira ilişkisinin uzatılmasına<sup>36</sup> ilişkin olmak üzere konut ve işyeri kirasından<sup>37</sup> doğan uyuşmazlıklarda basit yargılama usulü uygulanacaktır. Bahsi geçen konulara ilişkin ve kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların *Handelsgericht* (ticaret mahkemesi) önünde görülemeyeceği; bu durumun ZPO md. 243/3'te yer alan ve ticaret mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda basit yargılama usulünün uygulanmayacağını emreden hükmün doğal bir sonucu olduğu doktrinde belirtilmektedir<sup>38</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir<sup>39</sup>.

Yukarıda bahsedilen konulara ilişkin olmayan ve kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinde görülmesi ise genel hükümlere tabidir; buna bağlı olarak ZPO md. 6/2'de

<sup>31</sup> FRITZ, Jürgen, *Gewerberaummietrecht*, 4. Bası, Verlag C. H. Beck, Beck-Online, München, 2005, Rn. 583.

<sup>32</sup> BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 502.

<sup>33</sup> FRITZ, Rn. 589.

<sup>34</sup> *Obligationenrecht* (İsviçre Borçlar Kanunu) [OR] md. 259g.

<sup>35</sup> OR md. 269 ve devamı.

<sup>36</sup> OR md. 272 ve devamı.

<sup>37</sup> Düzenlemenin kapsamına ürün kirası sözleşmesi (*Pachtvertrag*) de girmektedir.

<sup>38</sup> BERGER, Bernhard, "Verfahren vor dem Handelsgericht: Ausgewählte Fragen, praktische Hinweise", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, (8), 2012, s. 478.

<sup>39</sup> Bundesgericht [BGer] I. zivilrechtliche Abteilung, 22.10.2013, 4A\_346/2013, Erwägungen [E.] 4.4.3.3, <https://bit.ly/353N6Km> (Erişim tarihi: 02.09.2020); BGer I. zivilrechtliche Abteilung, 27.02.2017, 4A\_648/2016, E. 2.2, <https://bit.ly/3lJvV2v> (Erişim tarihi: 02.09.2020).



belirtilen ticari dava kriterleri başta olmak üzere gerekli şartların sağlanması halinde ticaret mahkemesinin görevli olması mümkündür<sup>40</sup>. Ancak burada ticaret mahkemelerinin kira sözleşmelerine ilişkin görev sahalarında bir başka sınırlandırma mevcuttur. ZPO md. 6/2 – b uyarınca bir uyuşmazlığın “ticaret hukukuna” (*handelsrechtlich*) ilişkin olduğunun kabul edilebilmesi için bahsi geçen uyuşmazlık açısından İsviçre Federal Mahkemesi’ne itiraz (*Beschwerde*) yolunun açık olması gerekmektedir. Konuya ilişkin olan *Bundesgerichtsgesetz* (İsviçre Federal Mahkemesi Kanunu) [BGG] md. 74/1 – a’ya göre; kiraya ilişkin uyuşmazlıklarda 15.000 İsviçre Frangı [CHF] ve üstü değerdeki kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabilir. Ayrıca ZPO md. 243/1’de yer alan düzenlemeye göre de değeri 30.000 CHF’na kadar olan malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda basit yargılama usulü uygulanacaktır. Bu düzenlemeler de göz önüne alındığında (ve bir önceki paragrafta bahsedilen sınırlamaların yanında) kira sözleşmelerinden kaynaklanan ve “ticaret hukukuna” ilişkin olan uyuşmazlıkların ticaret mahkemesinde görülebilmesi için dava değerinin en az 30.000 CHF olması gerekmektedir<sup>41</sup>.

İsviçre Hukuku’na ilişkin yapılan bu değerlendirmeler, yalnızca federal düzeydeki düzenlemeler dikkate alınarak yapılmıştır. Çalışmanın hacmi ve yoğunlaştığı konu sebebiyle burada kantonlara<sup>42</sup> ilişkin bir

<sup>40</sup> BERGER, s. 478.

<sup>41</sup> BERGER, s. 479.; Bkz. ZPO md. 243/1 sebebiyle 30.000 CHF değerinde bir uyuşmazlıkta ticaret mahkemesinin görevli olmadığı kararı için, BGer I. zivilrechtliche Abteilung, 27.02.2017, 4A\_648/2016, <https://bit.ly/3lJuV2v> (Erişim tarihi: 02.09.2020).

<sup>42</sup> İsviçre’de her kantonda ticaret mahkemesi olmadığı gibi; bazı kantonlarda ZPO md. 3 ve 4’ün verdiği yetkiler sayesinde *Mietgericht* (kira mahkemesi) gibi ayrıca ihtisas mahkemeleri kurulduğu görülmektedir (HULLIGER, Urban/MAAG, Andreas, "Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte in mietrechtlichen Streitigkeiten – ein Zwischenbericht", *MietRecht Aktuell*, (3), 2014, s. 103). 26 kantondan dört tanesinde (Aargau, Bern, St. Gallen ve Zürih) ticaret mahkemesi bulunurken; beş tanesinde (Fribourg, Genf, Jura, Waadt ve Zürih) kira mahkemesi bulunmaktadır (HULLIGER/MAAG, s. 103). Her iki mahkeme türünün de bulunduğu Zürih’te, ticaret mahkemesi ile kira mahkemesinin görev sahalarının sınırları İsviçre Federal Mahkemesi tarafından değerlendirilmiş ve iki anonim şirket arasında da olsa kira sözleşmelerinde “feshe karşı koruma”ya ilişkin davaların ZPO md. 243/1 – c uyarınca

değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, İsviçre Hukuku'nda mahkemelerin görev sahalarına ilişkin tam bir değerlendirme yapılabilmesi için kantonların bu konudaki düzenlemelerine bakılması bir zorunluluk arz etmektedir. Zira ZPO md. 3'e göre, ZPO'da ayrıca düzenleme bulunmayan hallerde mahkemelerin organizasyonunu belirleme yetkisi ve ZPO md. 4/1'e göre de (yine ZPO'da aksine bir hüküm bulunmaması halinde) mahkemelerin görevlerine ilişkin düzenleme yapma yetkisi esas olarak kantonlara aittir. Fakat görev hususu bir uyuşmazlık konusunun değerine bağlanmış ise bu değer ZPO'da yer alan hükümlere göre belirlenecektir (ZPO md. 4/2). Bu hükümler açısından değerlendirildiğinde ZPO'nun kantonların göreve ilişkin yapacakları düzenlemeler açısından temel çerçeveyi çizdiğini söylemek mümkündür<sup>43</sup>. Bu sebeple de çalışmada sadece ZPO bağlamında genel bir değerlendirme yapılması yanlışlık arz etmemektedir<sup>44</sup>.

## V. DEĞERLENDİRME

Burada değerlendirme yaparken birden fazla noktadan konu ele alınmaya çalışılacaktır. Öncelikli olarak daha önce yer verilen Yargıtay kararında bulunan karşı oy yazısındaki gerekçelerin irdelenmesinde fayda vardır.

TTK, 13.01.2011 tarihinde kabul edilmiş olup; 14.02.2011 tarih 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. TTK md. 1534/1 hükmü gereği 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna karşın HMK, 12.01.2011 (yani TTK'dan bir gün önce) kabul edilmiş, 04.02.2011 tarih 27836 sayılı

---

basit yargılama usulüne tabi olması sebebiyle ticaret mahkemesinin görevli olmadığına karar verilmiştir. Bkz. BGer I. zivilrechtliche Abteilung, 16.05.2018, 4A\_359/2017, <https://bit.ly/3gULy7Q> (Erişim tarihi: 02.09.2020). Bkz. kira sözleşmelerinde ticaret mahkemelerinin yetkisine ilişkin kanton mahkemelerinin uygulamaları için, HULLIGER/MAAG, s. 105 – 109.

<sup>43</sup> Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de kantonların, ZPO'da yer alan yargılama usullerine ilişkin hükümlere aykırı şekilde mahkemelerin görevlerini düzenleyemeyeceklerini belirtmiştir. BGer I. zivilrechtliche Abteilung, 22.10.2013, 4A\_346/2013, E. 4.4.3.3, <https://bit.ly/353N6Km> (Erişim tarihi: 02.09.2020).

<sup>44</sup> Bkz. İsviçre Hukuku'nda da konuya ilişkin yalnızca federal düzeyde düzenlemeler olan ZPO ve BGG açısından bir değerlendirme için, BERGER, s. 478 – 479.

Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. HMK md. 451 uyarınca 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Başka bir deyişle TTK, HMK’ya göre yeni tarihli bir kanundur.

HMK’da yer alan görev konusuna ilişkin kurallar, TTK md. 4’e nazaran “genel” hüküm niteliğini haizdir. Zira HMK, medeni usul hukukunu düzenleyen temel kanundur. Ticaret hukuku da dahil olmak üzere özel hukukun kural olarak tüm dallarına ilişkin uyuşmazlıklarda HMK uygulama alanı bulur. Buna karşın TTK md. 4 ve 5, yalnızca ticari davalar bakımından uygulanma sahasına sahiptir. Bu sebeple görev konusunda TTK, HMK’ya nazaran özel bir kanundur.

İncelenen Yargıtay kararında yer alan karşı oy yazısında ileri sürülen bu iki gerekçe ve aynı konuya ilişkin “yeni tarihli özel kanun hükmünün eski tarihli kanun hükmünden daha önce uygulanacağı” ilkesi<sup>45</sup> göz önüne alındığında ticari davalarda TTK md. 4 ve 5’in, HMK md. 4’e nazaran öncelikle uygulanması gerektiği ve buna bağlı olarak kira sözleşmesinden kaynaklanan ticari uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemesinin değil asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu söylenebilir<sup>46</sup>.

Ancak karşı oy yazısında belirtilen bu gerekçeler yanında asliye ticaret mahkemesinin, ihtisas mahkemesi olması noktasında da bir argüman üretilebilir.

Asliye hukuk mahkemelerinin, hukuk yargısı içerisinde genel mahkeme olduğu tartışmalı bir husus değildir. Buna karşın sulh hukuk mahkemesinin genel bir mahkeme olup olmadığı noktasında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; sulh hukuk mahkemeleri,

---

<sup>45</sup> OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medenî Hukuk - Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 85.

<sup>46</sup> Bkz. benzer şekilde TKHK’nın HMK’ya nazaran yeni tarihli ve özel nitelikte olması sebebiyle, tüketici işlemi niteliğindeki kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemelerinin değil tüketici mahkemelerinin görevli olduğu görüşü için, KOÇYİĞİT, Pınar, Tüketici Mahkemelerinin Görevi ve Yargı Yetkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 67.

asliye hukuk mahkemeleri ile birlikte genel mahkeme niteliğini haizdir<sup>47</sup>. Sulh hukuk mahkemelerinin belirli konularda görev yapması ya da 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu [HUMK] zamanında var olan sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemelerinin görevleri açısından öngörülen parasal sınırın HMK ile kaldırılması, sulh hukuk mahkemesinin genel mahkeme olduğu gerçeğini değiştirmemektedir<sup>48</sup>. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşün bu olduğu ifade edilmiştir<sup>49</sup>.

Diğer görüşe göre ise sulh hukuk mahkemeleri, özel mahkemelerdir<sup>50</sup>. HMK ile birlikte sulh hukuk mahkemelerinin belirli davalara bakmakla görevlendirilmesi ve yine HMK'da sayılan görevlerden anlaşıldığı kadarıyla “fonksiyonel” olarak bu mahkemelerin bir özel mahkeme olarak değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>51</sup>.

Sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu uyuşmazlıklar incelendiğinde birbirinden oldukça farklı türde davalara bu mahkemelerin baktığı görülmektedir. Ad – soyad değişikliğinden derneğin feshi davasına, kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara kadar birbirinden oldukça farklı davalar sulh hukuk mahkemesinin görevi kapsamında kalmaktadır<sup>52</sup>. Sadece çekişmesiz yargı işlerinde (kural olarak) sulh hukuk mahkemelerinin görevli olması bile (HMK md. 383), bu mahkemelerin ne kadar farklı türde uyuşmazlıklara baktıklarını göstermektedir. Bu sebeple ilgili mahkemelerin belirli bir alanda özelleşmiş, ihtisaslaşma amacıyla kurulmuş mahkemeler olduğunu

<sup>47</sup> ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 101; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 85 dn. 133; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 79 ve 145 – 146; KURU, s. 25; TANRIVER, s. 140; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 138.

<sup>48</sup> GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 145 – 146.

<sup>49</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 40.

<sup>50</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 39 – 40.

<sup>51</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 40.

<sup>52</sup> Bkz. sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu uyuşmazlıklar için, GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 146 – 147; KURU, s. 52 – 54.

söylemek oldukça güçtür<sup>53</sup>. Çünkü bir mahkemenin “uzmanlaşmasının” sağlanması için uyuşmazlık çeşitlerinin sınırlandırılması gerekmektedir<sup>54</sup>. Kaldı ki sulh hukuk mahkemelerinin özel görevli mahkeme olduğunu ileri süren görüşte de temelde bahsi geçen mahkemenin genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemeleri karşısındaki durumu “özel” addedilmekte ve bu mahkemeler için “ihtisas mahkemesi” ibaresi kullanılmamaktadır<sup>55</sup>.

Sayılan gerekçelerle sulh hukuk mahkemelerinin, kira sözleşmeleri konusunda “ihtisas mahkemesi” olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun tersini ileri sürmek, söz gelimi, asliye hukuk mahkemelerinin satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda “ihtisas mahkemesi” olduğunu söylemek gibi absürt bir sonuca eş değerdir. Bu sebeple kira sözleşmesi kaynaklı uyuşmazlıkların sulh hukuk mahkemelerinde ya da başka bir mahkemede görülmesi uyuşmazlıkların konusu açısından farklılık arz etmemektedir.

Ancak uyuşmazlığın ticari nitelikte olması halinde farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira ticari uyuşmazlıklar için ayrı ihtisas mahkemeleri öngörülmüştür. Bu sebeple incelenen konu açısından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olup olmadığının tespiti için nispi ticari davaların TTK tarafından neden asliye ticaret mahkemesinin görevi kapsamında alındığının öncelikle irdelenmesi gerekir.

Ticari dava şeklinde bir sınıflandırma yapılması ve bu davaların çözümlenmesi için asliye ticaret mahkemesi gibi ihtisas mahkemelerinin kurulmasındaki temel amacın, ticari faaliyetlerden müteşekkil olan ticari hayatın kendine has yapısı ve bu yapı içerisinde ortaya çıkan

<sup>53</sup> Bkz. sulh hukuk mahkemelerinin görev kapsamının HMK ile daraltılmış olduğu; buna rağmen özel mahkemelere kıyasla çok daha geniş olduğu görüşü için, ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 101.

<sup>54</sup> ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 103; TANRIVER, Süha: "Sulh Hukuk - Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (105), 2013, s. 48.

<sup>55</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 38 – 40. Bkz. “genel mahkeme” kavramının, görevli oldukları uyuşmazlıkların belirli kişi veya işlere göre sınırlandırılmadığı mahkemeleri ifade etmek için kullanıldığı görüşü için, KURU, s. 25.

uyuşmazlıkların incelenmesinin belirli bir uzmanlık gerektirmesidir<sup>56</sup>. Mutlak ticari dava olarak belirlenen hususların, kendiliğinden (tarafklarının kim olduğundan bağımsız olarak) ticari hayata ilişkin olduğu kabul edilmişken<sup>57</sup>; nispi ticari dava kriteri bakımından ise uyuşmazlığın ticari işletme ile ilişkili olması ve buna bağı olarak tarafların sıfatı, ilgili uyuşmazlıkların ticari hayat ile olan ilişkisini ortaya koymaktadır. Bu açıdan nispi ticari davalarda, taraflar tacir olduğu ve aralarındaki ilişki ticari işletmelerine ilişkin olduğu için mevcut durum ticari hayatın kapsamında değerlendirilir ve buradan kaynaklanan uyuşmazlıklar da ticari dava olarak, bir ihtisas mahkemesi olan asliye ticaret mahkemesinde görülür. Nispi ticari davaların içeriğini oluşturan, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin ne olduğunun ise kural olarak bir önemi yoktur. Bu açıdan tarafları tacir ve tarafların ticari işletmelerine ilişkin olması kaydıyla satım, ödünç, vekalet sözleşmeleri, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi esas olarak asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren hususlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesi görevli olacaktır. Zira – ticari işletmelere ilişkin olmaları ve tarafları sebebiyle – söz konusu hukuki ilişkiler artık ticari hayat içerisinde kabul edilerek bu alanda uzmanlaşmış mahkemeler olan asliye ticaret mahkemeleri tarafından çözümlenmesi gereken birer uyuşmazlık kaynağı haline gelmiştir. Zaten nispi ticari dava kategorisinin oluşturulmasının da temel amacının bu olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Nispi ticari davalar açısından tarafların sıfatının önemi ve uyuşmazlığın içeriğini oluşturan ilişkinin önemsizliği karşısında kira sözleşmesinin neden (tarafları tacir ve tarafların ticari işletmesine ilişkin olan) diğer sözleşmelerden farklı olarak asliye ticaret mahkemesinde değil de sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği sorusuna geçerli bir cevap bulunmamaktadır. Tarafları sebebiyle bir satım sözleşmesinden (örnekler çoğaltılabilir) kaynaklanan uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesi önünde çözümlenmesi gerekirken, kira sözleşmelerinden

---

<sup>56</sup> ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 123 – 124.

<sup>57</sup> ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 127 – 128.

doğan uyuşmazlıkların sulh hukuk mahkemesi önünde çözümlenmesi gerektiğine yönelik ayrık bir uygulamaya gidilmesinin ikna edici bir gerekçesi mevcut değildir.

HMK md. 4/1 – a hükmünün tek başına, kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davaların sulh hukuk mahkemelerinde görülmesinin dayanağı olarak gösterilmesi de ikna edici değildir. Zira benzeri bir durum ticari çekişmesiz yargı işleri bakımından da zamanında gündeme gelmiş idi. HMK'nın yürürlüğe girmesi sonucu çekişmesiz yargı işleri açısından genel görevli mahkemelerin sulh hukuk mahkemesi (HMK md. 383/1) olarak belirlenmesi ile birlikte asliye ticaret mahkemeleri bir çekişmesiz yargı işi olan kıymetli evrakın iptali işi ile ilgili olarak görevsizlik kararı vermişlerdi<sup>58</sup>. O sıralarda sulh hukuk mahkemeleri de aynı konuya ilişkin olarak TTK'nın HMK'ya göre özel kanun olmasını gerekçe göstererek görevsizlik kararı veriyorlardı<sup>59</sup>. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 17. Hukuk Dairesi kıymetli evrakın iptali işinde görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğuna karar vermişken<sup>60</sup>; 11. Hukuk Dairesi asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmişti<sup>61</sup>. Ancak 6335 sayılı Kanun ile TTK md. 4 ve 5'te yapılan değişikliklerle bu tartışma sona ermiş; tüm ticari çekişmesiz yargı işlerinin asliye ticaret mahkemelerinin görevi kapsamında olduğu açıkça düzenlenmiştir<sup>62</sup>. Böylece uygulamada sulh hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinin görev sahalarına ilişkin ortaya çıkan sorun, asliye ticaret mahkemelerinin lehine olacak şekilde çözümlenmiştir.

HMK md. 4/1 – a ile kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davalarda da sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu görüşüne karşı ileri sürülebilecek argüman da tam bu noktada kendini göstermektedir:

<sup>58</sup> BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, "Kıymetli Evrak İptaline İlişkin Çekişmesiz Yargı İşinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Değerlendirme" (Kıymetli Evrak İptali), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 28 (1), 2012, s. 315.

<sup>59</sup> BÖRÜ/KOÇYİĞİT, Kıymetli Evrak İptali, s. 315.

<sup>60</sup> Yargıtay 17. HD. 21.11.2011, E. 2011/12469, K. 2011/12751. Bkz. karar metni için, BÖRÜ/KOÇYİĞİT, Kıymetli Evrak İptali, s. 316 - 318.

<sup>61</sup> Yargıtay 11. HD. 02.12.2011, E. 2011/13181, K. 2011/16340. Bkz. karar metni için, BÖRÜ/KOÇYİĞİT, Kıymetli Evrak İptali, s. 318 - 319.

<sup>62</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 84; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, Ticari Dava, s. 506.

Özellikle 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler çerçevesinde sulh hukuk mahkemelerinin, (Yargıtay'ın uygulaması sebebiyle kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davalar hariç olmak üzere) görevleri kapsamında herhangi bir ticari dava kalmamıştır<sup>63</sup>. 6335 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile aslında kanun koyucunun iradesinin tüm ticari nitelikteki uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinin görevine dahil edilmesi olduğu söylenebilir. Halihazırda mevcut olan böyle bir durumda, kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davaların kanun koyucu tarafından özellikle sulh hukuk mahkemelerinin görevinde bırakıldığı gibi bir yorumun yapılması oldukça zordur. Bu sebeple kira sözleşmelerinden kaynaklanan ticari davalar açısından HMK md. 4'ün değil, TTK md. 4 ve 5'in uygulanması gerekmektedir.

Şu ana kadar belirtilen hususlar çerçevesinde söylenebilir ki; hem TTK'nın HMK'ya göre daha özel nitelikte bir kanun olması hem sulh hukuk mahkemelerinin kira sözleşmeleri konusunda "ihtisas" mahkemesi olmayışı hem de nispi ticari davalar açısından davanın içeriğini oluşturan ilişkiden ziyade tarafların önemli oluşu gerekçeleri ile her iki tarafı tacir ve tarafların ticari işletmelerine ilişkin kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesi görevlidir<sup>64</sup>. Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın TTK md. 4 ve 5'i göz ardı eden "yerleşmiş uygulaması" yerinde değildir.

<sup>63</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 86; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 142. Ancak *Ülgen ve diğerleri*, aynı yerde ticari davalara ilişkin olaylar için talep edilecek delil tespiti ve kira sözleşmesinden kaynaklanan ticari davalarda sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğunu belirtmiştir.

<sup>64</sup> Bkz. aynı yönde görüş için, KOÇYİĞİT, s. 108. *Poroy ve Yasaman'a* göre; "Kiracı aleyhine düzenleme yasağı" başlıklı TBK md. 346'ya ilişkin davalarda kural olarak sulh hukuk mahkemesi; "kiracının tacir olması halinde" ise asliye ticaret mahkemesi görevlidir (POROY/YASAMAN, s. 124). *Ülgen ve diğerlerinin* eserinde konuya ilişkin ilk yerde; iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin kira sözleşmelerinde Yargıtay'ın görevli mahkeme olarak sulh hukuk mahkemesini kabul ettiği ifade edilmiştir (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 137). Aynı eserde başka bir yerde ise HMK md. 4/1 - a sebebiyle "... her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bir kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın da, sulh mahkemesinde görülebilmesi mümkündür" ifadesi yer almaktadır (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/ERTAN NOMER, s. 142).



## SONUÇ

TTK md. 4/1 uyarınca her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin hususlardan doğan hukuk davaları, doktrin tarafından nispi ticari dava olarak adlandırılmakta ve söz konusu türdeki uyuşmazlıklar, kural olarak TTK md. 5 gereği asliye ticaret mahkemesi tarafından görülmektedir. Ancak Yargıtay, HMK md. 4/1 – a’yı gerekçe göstererek her iki tarafı da tacir ve bu tarafların ticari işletmelerine ilişkin olan kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da sulh hukuk mahkemelerinin görevi kapsamına dahil olduğu şeklinde yerleşmiş bir uygulama oluşturmuştur.

Yargıtay, konuya ilişkin verdiği kararlarında uyuşmazlık konusu hususların nispi ticari davaya sebebiyet verip vermemesi ve neden asliye ticaret mahkemelerinin görevli olmadığı hususlarında herhangi bir açıklama yahut gerekçe getirmemektedir. Bazı kararlarda yer alan karşı oy yazılarında bahsi geçen türde uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu, TTK’nın göreve ilişkin kurallarının HMK’da yer alan görev kurallarına nazaran daha özel nitelikte olduğu gerekçesi ile belirtilmektedir.

Her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin olan kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Zira öncelikle; TTK md. 4 ve 5 hükümleri, HMK md. 4’te yer alan sulh hukuk mahkemesinin görevinin düzenlendiği hükme nazaran özel niteliktedir. TTK’nın HMK’dan daha sonra yürürlüğe girdiği de birlikte düşünüldüğünde ticari davalar açısından TTK md. 4 ve 5’in öncelikle uygulanması gerekmektedir.

Her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin olan kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu hususunda ileri sürülebilecek bir diğer gerekçe ise sulh hukuk mahkemelerinin, kira sözleşmeleri açısından bir “ihtisas” mahkemesi olmamasıdır. Sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çeşitliliğinin çok fazla olması bu durumun en iyi kanıtıdır. Durum böyle olunca (her iki tarafın ticari işletmesine ilişkin olması kaydıyla) nispi ticari davaya sebebiyet verdiği kabul edilen bir satım, vekalet sözleşmesi ya da haksız fiil ilişkisi ile kira sözleşmeleri

arasında görev konusunda bir ayırım yapılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Ayrıca 6335 sayılı Kanun ile TTK md. 4 ve 5'te yapılan değişiklikler, kanun koyucunun iradesinin ticari davaların tamamen asliye ticaret mahkemesinin görevi kapsamına dahil edilmesi olduğunu göstermektedir. Özellikle söz konusu değişiklikler sonucu denebilir ki (Yargıtay'ın kira sözleşmelerine ilişkin bu çalışmanın konusu yapılan uygulaması hariç olmak üzere) sulh hukuk mahkemelerinin, ticari davalar sahasında görevi kalmamıştır.

Tüm bu yazılanlar sonucunda özetle tekrarlanabilir ki; her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin olan kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu şeklinde ifade edilebilecek Yargıtay uygulaması yerinde değildir. İlgili türdeki uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesi görevlidir.

## KAYNAKLAR

- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2019.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent, "Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), 2016, s. 395 - 436.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 20. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2019.
- BERGER, Bernhard, "Verfahren vor dem Handelsgericht: Ausgewählte Fragen, praktische Hinweise", Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, (8), 2012, s. 465 - 483.
- BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, "Kıymetli Evrak İptaline İlişkin Çekişmesiz Yargı İşinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Değerlendirme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 28 (1), 2012, s. 313 - 319.
- BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, Ticari Dava, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- FRITZ, Jürgen, Gewerberaummietrecht, 4. Bası, Verlag C. H. Beck, Beck-Online, München, 2005.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usul Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- HAUMER, Christine, "Klageverfahren", in Schach, Klaus/Schultz, Michael/Schüller, Peter (ed.), Beck'sche Online-Kommentar

Mietrecht, 20. Bası, Verlag C. H. Beck, Beck-Online, München, 2020.

HULLIGER, Urban/MAAG, Andreas, "Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte in mietrechtlichen Streitigkeiten – ein Zwischenbericht", MietRecht Aktuell, (3), 2014, s. 103 - 114.

KENDİGELEN, Abuzer/SOYKAN, İsmail Cem/AYDINALP, Yasemin/OĞUZ, Elif/ŞANDA, Onur, Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KOÇYİĞİT, Pınar, „Tüketici Mahkemelerinin Görevi ve Yargı Yetkisi“, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

NIESLER, Lars, "GVG § 23 - Zuständigkeit in Zivilsachen", in Graf, Jürgen Peter (ed.), Beck'sche Online-Kommentar GVG, 7. Bası, Verlag C. H. Beck, Beck-Online, München, 2020.

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medenî Hukuk - Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

TANRIVER, Süha, "Sulh Hukuk - Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (105), 2013, s. 35 - 50.

TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku - Cilt I, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

TOPUZ, Murat, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/ERTAN NOMER, Nedret Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

YILMAZ, Abdülhamit, "Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (1), 2018, s. 219 - 238.

Beck-Online, <https://beck-online.beck.de>.

Bundesgericht, <https://www.bger.ch>.

Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.



## ÇERÇEVE DİREKTİF, AB ÜLKELERİ VE TÜRKİYE'DE İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ EĞİTİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Dr. Berrin GÖKÇEK YILMAZ\*

### Öz

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği (İSG) sağlama borcu kapsamında eğitim verme yükümlülüğü İSG ile ilgili sorunların çözümünde öncelikli bir yere sahiptir. Özellikle iş kazalarının önlenmesinde eğitimin önemli bir rolü bulunmaktadır. Bu kapsamda yapılan çalışmanın amacı, 89/391/EEC sayılı Çerçeve Direktif, Avrupa Birliği (AB) ülkeleri ve Türkiye'de işverenin İSG eğitimlerine ilişkin genel yükümlülüklerinin incelenerek karşılaştırmalı bir değerlendirmesinin yapılmasıdır. Değerlendirme sonucunda Çerçeve Direktif yükümlülüklerinin ilave düzenlemelerle birlikte ulusal mevzuata aktarıldığı görülmektedir. Ancak Türkiye'nin ölümlü iş kazalarında Avrupa'da ilk sırada yer alması, mesleki bilinç düzeyinin artırılmasında ve risklerin kavranmasında önemli bir yere sahip olan eğitimle ilgili yükümlülüklerin uygulanmasında sorunların varlığını düşündürmektedir. Eğitimlerin etkinliğinin artırılması için sadece çalışanlara yönelik politikalar yeterli olmayıp, ulusal düzeyde tüm sosyal taraflarca benimsenen politikalara yer verilmelidir.

### Anahtar Kelimeler

İş Sağlığı • İş Güvenliği • İş Kazası • Eğitim • Çerçeve Direktif

\* Dr., A Sınıfı İş Güvenliği Uzmanı, Ankara, Türkiye | Dr., Class A Occupational Safety Specialist, Ankara, Turkey.

✉ berrinokcek@hotmail.com • ORCID 0000-0002-8531-9007

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: GÖKÇEK YILMAZ Berrin, "Çerçeve Direktif, AB Ülkeleri ve Türkiye'de İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Yükümlülüğü", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1923-1968.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## EMPLOYER'S OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY TRAINING OBLIGATIONS IN FRAMEWORK DIRECTIVE, EU COUNTRIES AND TURKEY

### Abstract

Employer's training obligations under the dept of providing occupational health and safety (OHS) has a priority in solving problems related to OHS. Training has an important role in the prevention of work accidents. The purpose of the study carried out in this context is a comparative evaluation of the employer's general obligations regarding to OHS training in Framework Directive, European Union (EU) Countries and Turkey. As a result of the evaluation, it is seen that the Framework Directive obligations have been transferred to the national legislation with additional regulations. However, taking first place of Turkey's fatal occupational accidents in Europe, suggests the existence of problems in the implementation of obligations related to training which have an important role in increasing the level of professional awareness and understanding the risks. In order to increase the effectiveness of the trainings, not only policies for employees are sufficient, but also policies adopted by all social partners at the national level should be included.

### Key Words

Occupational Health • Occupational Safety • Work Accident • Training • Framework Directive

### GİRİŞ

AB ülkelerine kıyasla ülkemizde iş kazalarının oldukça fazla olması sosyal ve ekonomik boyutuyla çözüme kavuşturulması gereken önemli sorun alanlarından biridir. İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından 2020 yılında hazırlanan "İstatistiklerle Türkiye'nin İSG Görünümü" adlı çalışmada yüz bin işçide ölümlü kaza oranının Türkiye'de 8,5 iken; AB ortalamasının 1,7 olduğu belirtilerek, Türkiye'de yüz bin işçide ölümlü kaza oranının AB ortalamasının yaklaşık beş katı olduğu ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Yine aynı çalışmada dünya ülkeleri arasında yüz binde iş kazalı oran ortalamasının 1.408,4 olduğu ve Türkiye'de bu

---

<sup>1</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü (İSGGM), "İstatistiklerle Türkiye'nin İSG Görünümü", Ankara, 2020, Temmuz, s. 36. Türkiye ve AB ülkelerinin İSG'ye ilişkin verilerinin karşılaştırılmasında Avrupa İstatistik Ofisi (EUROSTAT) verileri kullanılmaktadır. İş kazalarıyla ilgili son veriler ise son güncellemeyle 2017 yılına aittir.



oranın Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) verilerine göre ortalamanın üzerinde 2283,0 olduğu belirtilmektedir<sup>2</sup>. İstatistiksel verilerden de anlaşılacağı üzere Türkiye’de iş kazaları oldukça yüksektir ve bu oranın azaltılması için iş kazalarının nedenleri konusunda etkin çalışmalar yürütülmelidir.

Toplumda gerçek anlamda İSG sağlanabilmesi için o toplumda her şeyden önce iş güvenliği bilincinin ve kültürünün oluşması gerekmektedir<sup>3</sup>. Bu bilincin ve kültürün oluşması için de eğitim öncelikli bir rol oynamaktadır<sup>4</sup>. Çalışanların işyerindeki risklere karşı eğitilmemiş olmaları veya eğitimin önemi konusunda yeterli bilince kavuşturulmamış olmaları iş kazaları ve meslek hastalıklarının yaşanmasında önemli bir yere sahiptir<sup>5</sup>. Türkiye İstatistik Kurumu’nun (TÜİK) 2013 yılında gerçekleştirdiği “İş Kazaları ve İşe Bağlı Sağlık Problemleri” konulu çalışma verilerine göre; %2,8 oranla en çok iş kazası geçiren kişilerin son 12 ay içinde istihdam edilen lise altı eğitimliler olduğu görülmektedir<sup>6</sup>. Bu konuda yapılan; “Safety Training, Company Policy and Communication for Effective Accident Management”<sup>7</sup>, “Evaluation of Worker Safety and Health Training”<sup>8</sup>, “Effects of Safety and Health Training on Work-Related Injury Among Construction Laborers”<sup>9</sup> ve “Does Safety Training

<sup>2</sup> İSGGM, 2020, s. 40.

<sup>3</sup> SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 16. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 864.

<sup>4</sup> ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Basım, İstanbul, Beta, 2019, s. 378.

<sup>5</sup> EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 48.

<sup>6</sup> Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), “İş Kazaları ve İşe Bağlı Sağlık Problemleri Araştırma Sonuçları”, Ankara, İşgücü ve Yaşam Koşulları Daire Bşk., Ocak, 2014, s. 6.

<sup>7</sup> HASLİNDA, Abdullah / SAHARUDİN, Shahrullizza / ROSLAN, Nur Hidayah / MOHAMED, Rosmah, “Safety Training, Company Policy and Communication for Effective Accident Management”, International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences, Cilt: 6, Sayı: 9, 2016, s. 151,153.

<sup>8</sup> MUKHERJEE, Snigdha / OVERMAN, Lynn / LEVITON, Laura, “Evaluation of Worker Safety and Health Training”, American Journal of Industrial Medicine, Cilt: 38, Sayı: 2, 2000, s. 155-163.

<sup>9</sup> DONG, Xiuwen / ENTZEL, Pamela / MEN, Yurong / CHOWDHURY, Risana / SCHNEIDER, Scott, “Effects of Safety and Health Training on Work-Related Injury

Reduce Work Injury in the United States?"<sup>10</sup> adlı çalışmalar eğitim ile iş kazaları arasındaki ilişkiyi ortaya koymakta ve iş kazalarının azaltılmasında eğitimin önemini vurgulamaktadır.

İş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi ve çalışanların bu konuda daha bilinçli olması bakımından işverenlerin İSG eğitimi yükümlülüğünü yerine getirmeleri ayrı bir öneme sahiptir. Bu amaçla yapılan çalışma kapsamında; İSG alanında ana düzenleme olan 89/391/EEC sayılı Çerçeve Direktif'te<sup>11</sup> yer alan işverenin İSG eğitimi yükümlülüğü, AB ülkeleri ve Türkiye'de işverenin İSG eğitimlerine ilişkin ulusal mevzuatlarında yer alan genel yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerin kimlere uygulanacağı analiz edilerek karşılaştırmalı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Değerlendirme sonucunda; yükümlülüklerin uygulama alanı bakımından ülkeler arasında farklılıklar bulunduğu, AB ülkelerinden daha yüksek ölümlü iş kazası oranına sahip olan Türkiye'de ise mevzuat anlamında Çerçeve Direktif yükümlülüklerine ilave olarak ek yükümlülükler getirildiği ve önemli olan noktanın bu yükümlülüklerinin uygulanma durumu olduğu ortaya konulacaktır. İSG eğitim yükümlülükleri konusunda bilgi sahibi olmak isteyen araştırmacılar için çalışmanın; AB ana mevzuatındaki yükümlülükler, Türkiye ve AB ülke mevzuatlarına Çerçeve Direktif yükümlülüklerinin nasıl aktarıldığı, Çerçeve Direktif yükümlülüklerine ilave olarak hangi ülkelerde hangi ilave düzenlemeler getirildiği, İSG eğitim yükümlülüğüne ilişkin temel düzenlemelerin uygulama alanları konularında açıklayıcı olması ve bulguların tablo halinde özetlenmesiyle daha anlaşılır bir sunumla literatüre katkı sağlaması hedeflenmektedir.

---

Among Construction Laborers", *Journal of Occupational and Environmental Medicine*, Cilt: 46, Sayı: 2, 2004, s. 1222-1228.

<sup>10</sup> WAEHRER, Geetha M. / MILLER, Ted R., "Does Safety Training Reduce Work Injury in the United States?", *The Ergonomics Open Journal*, Sayı: 2, 2009, s. 26-39.

<sup>11</sup> 89/391/EEC sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 12 Haziran 1989 tarihli Konsey Direktifi (Çerçeve Direktif), Resmi Gazete, 29.06.1989 tarih, L 183/1 sayılı. <https://www.legislation.gov.uk/eudr/1989/391/contents> (Erişim tarihi: 29.03.2021).

Yapılan çalışmada araştırma yöntemi olarak tarama modeli, veri toplama aracı olarak ise belgesel kaynak taraması yöntemi kullanılmaktadır. Bu amaçla Çerçeve Direktif yükümlülüklerinin incelenmesinde AB resmi internet sitesinden, ülkelerin mevzuat incelemesinde ILO ve ilgili ülke resmi internet sitelerinden, iş kazaları istatistikleri ve ilgili rapor incelemelerinde İSGGM, EUROSTAT, TÜİK ve SGK raporlarından yararlanılmıştır.

Çalışma kapsamına alınan AB ülkelerinin seçiminde, ülkelerin benimsedikleri refah devleti anlayışı ölçüt olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda Kıta Avrupası refah devleti anlayışını temsilen Almanya ve Fransa; Anglosakson refah devleti anlayışını temsilen İngiltere; Sosyal Demokratik refah devleti anlayışını temsilen Finlandiya; Akdeniz Ülkeleri refah devleti anlayışını temsilen İspanya ve İtalya; Geçiş Ekonomilerini temsilen Bulgaristan, Estonya, Romanya araştırma kapsamına dâhil edilmiştir<sup>12</sup>.

## I. ÇERÇEVE DİREKTİF’TE İŞVERENİN İSG EĞİTİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

89/391/EEC sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Konsey Direktifi (Çerçeve Direktif) çalışanların sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için temel yükümlülükleri belirleyen ana düzenlemedir<sup>13</sup>. İşin niteliği bakımından Çerçeve Direktifin kapsamına sanayi, tarım, ticaret, idari, hizmet, eğitim, kültür, eğlence, vb. kamu ve özel tüm ekonomik sektörler dâhil edilmiş, ancak kendine has özellikleri olan silahlı kuvvetler, polis teşkilatı ve sivil savunma hizmetleri Çerçeve Direktifin kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>14</sup>. Direktifte çalışan kavramının geniş tutulduğu bir işveren tarafından

<sup>12</sup> KARACA, Nuray, “AB Ülkelerinden Örneklerle Refah Sistemlerine Göre Asgari Gelir Uygulamalarının Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Temmuz, 2014, s. 9-42.

<sup>13</sup> RUIU, Paolo / CIMMUTO, Angela Del, “Occupational Safety and Health Training according to EU”, Senses and Sciences a Journal of Education, Science and Technology, Cilt: 5, Sayı: 2, 2018, s. 506.

<sup>14</sup> ALES, Edordo, “Occupational Health and Safety: a European and Comparative Legal Perspective”, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT-Working Papers 120/2015, Catania, 2015, s. 13; DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Ulusal ve Uluslararası

istihdam edilen kişilerin dışında işyerinde stajyer ve çırak olarak çalışan kişilerin de çalışan kapsamına alındığı görülmektedir. Buna karşın çalışan oldukları halde ev hizmetlerinde çalışanlar Direktif kapsamı dışında tutulmaktadır (m. 3)<sup>15</sup>.

Çerçeve Direktif'te işverenlerin İSG eğitimleriyle ilgili yükümlülükleri Direktifin 12. maddesinde düzenleme konusu yapılmıştır. Söz konusu madde hükmüne göre işveren, öncelikle her çalışanın kendi yaptığı işle ilgili İSG eğitimi almasını sağlamakla yükümlüdür<sup>16</sup>. Bu bağlamda çalışanlara verilecek eğitimler; işe başlarken, iş değişiminde, ekipman değişiminde veya yeni teknoloji uygulamasında verilecek ve eğitim, yeni veya değişen riskler göz önüne alınarak periyodik olarak tekrarlanacaktır<sup>17</sup>. Yine aynı madde hükmüne göre çalışanlara verilen eğitim çalışma saatleri içerisinde verilmeli ve verilen eğitimler çalışanlara hiçbir mali yük getirmemelidir<sup>18</sup>.

Çerçeve Direktif kapsamında işverenlere ayrıca işyerinde çalışma yapan dış teşebbüslerin veya kuruluşların çalışanlarına da çalışmalarını sırasında karşılaşılabilecekleri sağlık ve güvenlik riskleri konusunda uygun talimatlarda bulunma yükümlülüğü getirilmektedir<sup>19</sup>. Ayrıca işverenin eğitim yükümlülükleri arasında, çalışan temsilcilerinin eğitime de yer verilmekte olup, çalışan temsilcilerinin İSG ile ilgili uygun bir eğitimden geçirilmeleri gerektiği belirtilmekte ve bu eğitimlerin ulusal yasalara göre kuruluş içinde veya dışında verilebileceği hüküm altına

---

Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İş Güvenliği Mühendisliği / İş Güvenliği Teknisyenliği, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım, Eylül, 2013, s. 21-22.

<sup>15</sup> RUIU / CMMUTO, 2018, s. 506.

<sup>16</sup> KABAKÇI, Mahmut, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu, Beta Basım, İstanbul, Kasım, 2009, s. 352.

<sup>17</sup> BALOĞLU, Cem, Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği, Beta Basım, Mart, 2013, s. 46.

<sup>18</sup> OĞUZ, Özgür, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul, Legal Kitabevi, Haziran, 2011, s. 63-64; RUIU / CMMUTO, 2018, s. 509.

<sup>19</sup> ALES, s. 15.

alınmaktadır<sup>20</sup>. Direktifin 8. maddesinde ayrıca ilkyardım, yangın söndürme ve çalışanların tahliyesi gibi işlerde de eğitim yükümlülüğüne değinilmekte ve yeterli sayıda çalışana eğitim verilmesi gereği belirtilmektedir<sup>21</sup>.

Direktifte işverenlere getirilen bu yükümlülüklerle karşın çalışanların da sorumluluklarına değinilmektedir. Her çalışan, işveren tarafından sağlanan eğitim ve talimatlara uygun olarak, mümkün olduğunca kendi sağlık ve güvenliği ile birlikte işyerindeki eylem ve ihmallerinden etkilenebilecek diğer kişilerin de sağlık ve güvenliğine özen göstermelidir<sup>22</sup>.

Çerçeve Direktif ve buna dayalı olarak çıkarılan Direktiflerin uygulamadaki başarısının araştırılmasına yönelik Avrupa Komisyonu tarafından yapılan bir araştırma sonucunda; Direktiflerin ulusal düzeyde İSG’nin korunmasına katkı sağladığı, ancak küçük ve orta işletmeler gibi özellikle risk altında bulunan sektörler ile iş kazalarına daha yatkın olabilen genç, daha az kalifiye veya esnek zamanlı çalışanlar yönünden önemli eksikliklerin olduğu belirtilmektedir. Bu konuda daha aktif çalışılması gerektiği ve ulusal düzeyde uygulanan İSG stratejilerinde öncelikli olarak yer verilmesinin önemi vurgulanmaktadır<sup>23</sup>.

## II. AB ÜLKELERİNDE İŞVERENİN İSG EĞİTİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### A. Almanya

Almanya’da İSG alanındaki temel düzenleme, İşyerinde Çalışanların Sağlığı ve Güvenliğinin Geliştirilmesini Teşvik Etmek Amacıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerinin Uygulanmasına Dair Kanun’dur (ArbSchG).<sup>24</sup> Kanun’un uygulama alanı incelendiğinde, ev hizmetleri ile Federal Maden Kanunu’na tabi işyerlerinde ve açık deniz gemilerindeki

<sup>20</sup> ALES, s. 15.

<sup>21</sup> OĞUZ, 2011, s. 68.

<sup>22</sup> RUIU / CIMMUTO, 2018, s. 507.

<sup>23</sup> BALOĞLU, Cem, 2013, s. 62.

<sup>24</sup> Act on the Implementation of Measures of Occupational Safety and Health to Encourage Improvements in the Safety and Health Protection of Workers at Work (ArbSchG), Resmi Gazete, 07.08.1996 tarih, 1246 sayılı. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_arbschg/englisch\\_arbschg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_arbschg/englisch_arbschg.html) (Erişim tarihi: 29.03.2021).

çalışanlar istisna olmak üzere tüm sektörleri kapsamına aldığı görülmektedir. Bu kapsamda çalışanlar, mesleki eğitim alanlar, devlet memurları, hâkimler, askerler ve atölyelerde istidam edilen engelliler arasında çalışan kavramı içinde ifade edilmektedir (m. 2).

Kanunda işverenlerin İSG eğitimi yükümlülüğü ikinci bölümde “Eğitim” başlığı altında yer almaktadır. Buna göre işveren, İSG’nin sağlanması ile ilgili yeterli ve uygun eğitimi çalışanların kendi çalışma saatleri içinde vermeli ve eğitimler işyeri ya da iş alanına özel talimatları içermelidir. Eğitim, çalışan kişi çalışmaya başlamadan önce, iş değişikliğinde, yeni ekipman veya teknoloji kullanımında verilmelidir. Eğitimler belirli periyotlarda tekrar edilmeli ve gerektiğinde risklere uygun şekilde uyarlanmalıdır (m. 12). Kanunda “Genel İlkeler”in anlatıldığı dördüncü bölümde önleyici tedbirlerin alınmasında uyulacak genel ilkelere yer verilmekte ve bu ilkeler arasında çalışanlara uygun eğitim talimatları verilmesi de bulunmaktadır (m. 4). Alman öğretisinde işveren tarafından eğitimin verilmediği durumda, çalışanın işi yapmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir<sup>25</sup>.

Kanunun “Çalışma Koşullarının Değerlendirilmesi” bölümünde ise yetersiz nitelik ve eğitime sahip çalışanların çalışma ortamında risk yaratabileceği belirtilmektedir. Özel risklerle çalışmalarda ise işverenler, özellikle tehlikeli çalışma alanlarında uygun eğitim talimatları verilmiş çalışanları bulunduracaktır (m. 5). İlk yardım ve diğer acil önlemler konusunda işverenler, ilk yardım, yangın söndürme, tahliye sağlama görevini üstlenecek çalışan sayısını belirleyecek ve gerekli eğitimin alınmasını sağlayacaktır (m. 10).

Kanunun sekizinci bölümünde işverenler arasındaki iş birliklerine değinilerek, işyerinde çalışacak diğer işveren çalışanlarına uygun eğitim talimatları verilmesi ve işyerindeki riskler konusunda bilgilendirilmesi hüküm altına alınmaktadır. Kanunu’na göre çalışanların başka bir işverene geçici olarak temin edilmesi durumunda eğitim sağlama yükümlülüğü ödünç verilen işverene geçmektedir. Ödünç verilen çalışanların yeterlilik ve deneyimleri dikkate alınarak eğitim verilmelidir (m. 8).

---

<sup>25</sup> KABAĞÇI, 2009, s. 355.

Almanya’da İSG’nin verimli ve sistematik bir şekilde uygulanması yoluyla çalışanların sağlık ve güvenliğini korumak, iyileştirmek ve teşvik etmek İSG stratejisinin ana hedefidir. Bu amaçla işverenler ve çalışanlar arasında sağlık ve güvenlik bilinci güçlendirilmelidir<sup>26</sup>.

## B. Bulgaristan

Bulgaristan’da İSG alanındaki temel düzenleme, 1997 yılında kabul edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası’dır (HSWA).<sup>27</sup> Yasa, organizasyon yapısı ve tipinden bağımsız olarak tüm işyerlerini kapsamaktadır. Yasa’nın uygulama alanı incelendiğinde kapsamın oldukça geniş olduğu, çıraklar, stajyer öğrenciler, evden yapılan çalışmalar ve ev hizmetlerinde çalışanların kanunun kapsamına dâhil olduğu görülmektedir. Ancak istisna olarak Savunma Bakanlığı ve İç İşleri Bakanlığı’nun sistemi içerisindeki bazı özellikli faaliyetlerde uygulanmamaktadır<sup>28</sup>.

Yasa’ya göre işverenler, iş başlangıcında, iş değişikliğinde veya farklı bir işe geçişte, yeni ekipman ve teknolojiyle çalışmalarda geçici çalışanlar dahil tüm çalışanlara eğitim sağlamakla yükümlüdür. Mesai saatleri içinde gerçekleştirilen bu eğitimlerin masrafları işveren tarafından karşılanır. Eğitimler yeni ve değişen riskler göz önünde bulundurularak periyodik olarak tekrarlanır (m. 26/2,3). İSG eğitimlerinin planlanması ve organize edilmesinde çalışanlara ve temsilcilerine danışılarak katılımları sağlanmalıdır (m. 29).

Bulgaristan’da İSG eğitimi için gerekli usul ve esaslar İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Yönetmeliği’nde düzenlenmektedir. Söz konusu yönetmelik hükümlerine göre işveren, olası tehlikeler ve işyeri risk değerlendirmesi sonuçlarını dikkate alarak her çalışanın görev ve işyerinin

<sup>26</sup> Federal Institute for Occupational Safety and Health, “Joint German Occupational Safety and Health Strategy-Goals and core elements”, 2010. [http://www.gdaportal.de/DE/Downloads/pdf/englische\\_downloads/en-Flyer-Goals.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&](http://www.gdaportal.de/DE/Downloads/pdf/englische_downloads/en-Flyer-Goals.pdf?__blob=publicationFile&) (Erişim tarihi: 25.06.2021).

<sup>27</sup> Health and Safety at Work Act, Resmi Gazete, 23.12.1997 tarih, 124 sayılı. [https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO:1100:P1100\\_ISO\\_CODE3,P1100\\_SUBCODE\\_CODE,P1100\\_YEAR:BGR,,2016:NO](https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO:1100:P1100_ISO_CODE3,P1100_SUBCODE_CODE,P1100_YEAR:BGR,,2016:NO) (Erişim tarihi: 03.04.2021)

<sup>28</sup> AYDIN, Fazıl, “Avrupa Birliği’nde İş Sağlığı ve Güvenliği”, Ankara, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayınları, Sayı 12, 2014, s. 73.

özelliklerine uygun olarak İSG eğitimi almasını ve talimat verilmesini sağlar. Verilen eğitimi alacak kişiler, eğitim programı ve eğitimi yürütecek kişiler yazılı olarak belirlenir. Eğitim masrafları işveren tarafından karşılanır (m. 2-4). Mücbir bir sebep durumunda ilkyardımanın sağlanması, yangın güvenliği ve tahliye, acil sağlık hizmetlerine ulaşım ve korunma faaliyetlerinde çalışacak kişilere eğitim verilerek, gerekli ekipmanlar sağlanmalıdır (m. 12).

Çalışanlara verilecek eğitim konuları genel nitelikli veya faaliyete ilişkin konular olmak iki bölüme ayrılmaktadır. Çalışanlara verilecek genel nitelikli eğitim konuları; İSG mevzuatı, tehlike ve risk kaynakları, ekipmanlar, tehlikeli çalışma alanları, önleyici tedbirler, işletme ve işyerinde iş organizasyonu, iş kazaları ve meslek hastalıkları, kaza ve meslek hastalıklarının raporlanması, toplu koruma ve kişisel koruyucu donanımlar, ilkyardım kuralları, trafik güvenliği, yangın durumunda eylem planları ve acil durumlarda tahliye (m. 12).

Bulgaristan'da hükümet ve sosyal taraflarca uygulanan politikalar sayesinde, daha çok pratik uygulamaya odaklanılarak İSG'nin sağlanmasında önemli ilerleme kaydedilmiştir. Eğitim alanında; yasal mevzuatın geliştirilmesi için çalışan temsilcilerinin eğitimlerinin iyileştirilmesi, kaza önleme ve kurtarma alanında beceri kazandırma eğitimlerinin verilmesi ve sanayi işletmeleri için tehlikeli kimyasal maddeler konusunda toplantı ve eğitim seminerlerinin düzenlenmesi İSG stratejisinde öncelikli eğitim konuları olarak belirlenmiştir<sup>29</sup>.

### C. Estonya

Estonya'da İSG alanındaki başlıca düzenleme 1999 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'dur (OHSA).<sup>30</sup> Kanunu'nun uygulama alanı incelendiğinde, iş sözleşmeleri temelinde çalışan kişiler ve kamu görevlilerinin kapsama alındığı görülmektedir. Kanun, aktif hizmette yer alan Sa-

<sup>29</sup> SCHMITZ FELTEN, Ellen / LIECK, Lothar, National Strategies in the Field of Occupational Safety and Health in the EU, European Agency for Safety and Health at Work-EU-OSHA, 2019, s. 33-42.

<sup>30</sup> Occupational Safety and Health Act, Resmi Gazete, 16.06.1999 tarih, I 1999, 60, 616 sayılı. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/511112013007/consolide> (Erişim tarihi: 29.03.2021).



vunma Güçlerinin hizmet koşullarında ve Milli Savunma, polis, sınır muhafızı ve kurtarma hizmeti kuruluşlarının çalışanlarına kendi özel kanun ve mevzuatlarında yer almadığı sürece uygulanır. Hapis Kanununda öngörülen özelliklere sahip mahkûmların çalışmaları, çırak ve stajyer öğrenci çalışmaları ve yönetim kurulu üyelerinin çalışmaları kanun kapsamına girmektedir (m. 1).

İSG’nin sağlanmasında işverenlerin genel eğitim yükümlülükleri kanununun 13. maddesinde hüküm altına alınmakla birlikte İSG eğitimlerinin usul ve esasları yönetmelik ile düzenlenmektedir. Kanun’a göre işveren tarafından, çalışanlar işe başlamadan önce ve iş değişikliğinde işin niteliğine uygun olarak gerekli eğitimin sağlanması öngörülmektedir (m. 13/13).

İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Yönetmeliği’ne göre, işe yeni başlayan çalışanın ilk mesleki eğitiminde; işveren tarafından onaylanan güvenlik talimatları, kullanılan makine, alet, ekipman, araç ve diğer iş ekipmanları, çalışma ortamı risk faktörleri ve gerekli kişisel koruyucu ekipmanın kullanımı, ergonomik olarak doğru çalışma pozisyonları ve teknikleri, çalışan için öngörülen işin organizasyonu, yangın ve elektrik güvenlik gereksinimleri, acil telefonlar, ilkyardım ekipmanı ve yangın söndürme cihazlarının yerleri, işyeri güvenlik işaretleri, acil çıkışlar ve kaçış yolları konuları ele alınır (m. 5). Eğitimler, işveren tarafından belirlenen bir uzman veya deneyimli bir çalışanın gözetiminde çalışma süresi içinde verilir. Eğitim süresi, yapılan işin riskine ve karmaşıklığına bağlı olarak işveren tarafından belirlenir. Çalışanın çalışmaya başlayabilmesi için eğitmenin verilen eğitimin yeterli olduğuna karar vermesi gerekmektedir (m. 6).

Eğitimler; yeni talimatların oluşturulmasında, çalışma ortamında meydana gelen değişikliklerde, İSG mevzuatındaki değişikliklerde, iş organizasyonunda meydana gelen değişikliklerde, çalışanın üç aylık bir süre işten ayrı kalması durumunda, yeni teknoloji veya ekipman kullanımında, çalışanın farklı bir pozisyondaki işe geçmesinde veya görev değişikliğinde, çalışanın iş güvenliği şartlarını ihlal etmesi ve bu nedenle bir kazaya sebep olması veya olabilme durumunda, çalışanın yöneticisi veya kendisi gerekli gördüğünde, iş müfettişi gerekli gördüğünde ve

çalışma ortamı temsilcisi veya çalışma ortamı konseyi gerekli gördüğü takdirde tekrarlanır (m. 7). Çalışanlara verilen tüm eğitimler belgelendirilerek kayıt altına alınır.

Tehlike altındaki bölgelerde yangına müdahale, ilkyardım, kurtarma çalışmaları ve tahliyede görev alacak çalışanların gerekli eğitimi almaları sağlanır. İlkyardım görevlilerinin eğitimi ise göreve atanmalarından bir ay içinde tamamlanmalıdır. Eğitim, on altı saatlik bir eğitim planından oluşur ve bir kaza anında can güvenliği ve ilkyardım sağlanması için temel bilgi ve becerileri içerir. Eğitimler her üç yılda bir tekrarlanır (m. 3). Ayrıca işveren tarafından çalışan temsilcilerine ve konsey üyelerine, göreve atanmalarından itibaren iki ay içinde yirmi dört saatlik bir eğitim programı dâhilinde İSG eğitimi verilmesi sağlanır (m. 2).

Estonya'da İSG uygulamalarının daha verimli kılınması için; kurumlar arasında iş birliklerinin geliştirilmesi, mevzuatın anlaşılması ve uygulanmasında yeteri bilgiye sahip müfettiş ve uzman sayısının artırılması, uzaktan veya ev hizmetlerinde çalışma gibi farklı çalışma uygulamalarında İSG kurallarının etkinliğinin artırılması gereği vurgulanmaktadır<sup>31</sup>. Ulusal düzeyde belirlenen İSG stratejilerinde ise iş sağlığı profesyonelleri ve işverenler için hizmet içi mesleki eğitim organizasyonunun yapılması, çevresel sağlık riskleri ve bu risklerin yönetimi konusunda ilçe ve kırsal kesimde yer alan uzmanlar için eğitimlerin düzenlenmesi öncelikli olarak ele alınmaktadır<sup>32</sup>.

#### D. Finlandiya

Finlandiya'da İSG ile ilgili en önemli yasa, 738/2002 sayılı İş Güvenliği ve Sağlığı Kanunu'dur (738/2002 sayılı K.).<sup>33</sup> Kanun, kamu ve özel sektörde tüm ücretli istihdam edilenlere uygulanmaktadır. Kanun kapsamına sıradan hobi faaliyetleri, profesyonel spor aktiviteleri ve as-

<sup>31</sup> JOAMETS, Kristi / LUUKAS, Liina, "The Legal Problems of Occupational and Health Safety in Estonia", *International and Comparative Law Review*, Cilt 16, S. 2, 2016, s.157-172. DOI: 10.1515/iclr-2016-0021.

<sup>32</sup> SCHMITZ FELTEN, Ellen / LIECK, Lothar, 2019, s. 68, 70.

<sup>33</sup> Occupational Safety and Health Act No. 738/2002, Resmi Gazete, 30.08.2002 tarih, 738 sayılı. [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=62320](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=62320) (Erişim tarihi: 05.04.2021).

keri hizmetler girmemektedir. Çıraklar ve stajyer öğrenci çalışmaları, istihdam tedbirleri neticesinde çalışan kişilerin çalışmaları, rehabilitasyon ile ilgili çalışmalar, mahkumlar tarafından yapılan çalışmalar, askeri olmayan ulusal hizmette yer alan kişiler tarafından yapılan çalışmalar, gönüllü kurtarma hizmetlerine katılan itfaiyeciler ve ev hizmetlerinde çalışanlar kanun kapsamı içinde yer almaktadır (m. 2, 4).

İSG’nin sağlanması bakımından, işyerindeki tehlikeler ve risk faktörleri konusunda çalışanlara gerekli bilgi ve eğitim verilmesi sağlanarak çalışanların mesleki becerileri ve iş deneyimleri arttırılmalıdır. Çalışan işe başlamadan önce, iş değişikliğinde, kullanılan ekipman değişiminde, yeni çalışma ve üretim metotlarında, işyerindeki çalışma koşulları, üretim metotları, işyerinde kullanılan iş ekipmanları konularında çalışana oryantasyon eğitimi verilir (m. 14)<sup>34</sup>.

İşyerinde ciddi bir kazaya yol açabilecek bir madde ile çalışılması durumunda, tehlikenin kontrol edilmesi ve kaza durumunda izlenecek yolla ilgili çalışanlara gerekli eğitimin verilmesi sağlanır. Ayrıca ilkyardım ve yangında görev alacak personele de gerekli eğitim ve ekipman temin edilerek, alarm, yangın ve tahliye sistemleri ve ekipmanları konusunda çalışanlar gerekli talimatlarla bilgilendirilir (m. 47).

İşyerindeki İSG temsilcileri ile yardımcıların, yürütecekleri faaliyetlerle ilgili eğitim alması sağlanmalıdır. Verilecek bu eğitim, İSG hükümleri, talimatları ve görevle ilgili konuları kapsamalı ve çalışma saati içinde verilen eğitimin ücreti temsilcilere yansıtılmamalıdır (m. 19).

Finlandiya’da çalışma ortamı ve işyeri refahı için 2030 yılına kadar belirlenen politikada, istihdam şekli ne olursa olsun tüm işyerlerinde sağlıklı ve güvenli çalışmayı teşvik etmek amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda mesleki eğitim ve öğretimin kişinin işe uyum sağlaması ve kariyerinin ilk yılları için kilit rol oynadığı ve eğitime erişim imkânı

<sup>34</sup> ARNKIL, Antti, Occupational Safety and Health in Finnish SME's: Occupational Safety and Health Guidebook, Laurea University of Applied Sciences Degree Programme in Security Management Bachelor's Thesis, April, 2019, s. 25-26.

bakımından her çalışana eşit muamele yapılmasının önemi ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

### E. Fransa

Fransa'da İSG ile ilgili ana mevzuat, İş Kanunu<sup>36</sup> (Code du travail-CT) dördüncü bölümde "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlığı altında yer alan bölüm ile yürürlüğe konulan özel ve teknik kararnamelerden oluşmaktadır. İş Kanunu, özel ve kamu sektöründe çalışan tüm kişileri kapsamaktadır. Bir işveren otoritesinde çalışan stajyerler dâhil tüm çalışanlar kanun kapsamında bulunmaktadır. Kanunda serbest meslekte çalışanlar kapsam dışında olmakla birlikte göçmen çalışanlar, evden yapılan çalışmalar ve ev hizmetlerinde çalışanlar kanun kapsamına dâhil edilmiştir (m. L4111-1).

İşyerlerinde çalışanların beden ve ruh sağlığını korumak için işverene getirilen yükümlülüklerin başında çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitim faaliyetleri gelmektedir. Bu kapsamda işveren, çalışanlara uygun talimatlar vererek gerekli önleyici tedbirleri alacak ve herkes için anlaşılabilir bir şekilde çalışanları kendi sağlığı ve güvenliği ile ilgili riskler, riskleri azaltmak için tedbirler, risk değerlendirmeleri, yangın güvenliği kuralları vb. konularda bilgilendirerek eğitim verecektir (m. L4141-1, m. L4142-1).

Çalışanlara uygulanacak eğitim, çalışanın görev kapsamı, niteliği, istihdam türü ile tesisin büyüklüğü veya risklerin türüne göre değişmektedir (m. L4141-3). Eğitimler, ilk işe başlamada, işyeri ve iş değişiminde, geçici çalışanlara ve en az yirmi bir gün süre işten ayrı kalma sonrasında düzenlenir, toplu iş sözleşmesi veya diğer düzenlemelerle belirlenen şartlarda periyodik olarak tekrarlanır (m. L4141-2). Ciddi bir iş kazası veya meslek hastalığı yaşanması durumunda ise güvenlik eğitimleri düzenlenir. Söz konusu eğitim ve bilgilendirmelerin çalışma sa-

<sup>35</sup> Ministry of Social Affairs and Health, Policy for the Work Environment and Wellbeing at Work Until 2030-Safe and Healthy Working Conditions and Workability for Everyone, 2019, s. 16.

<sup>36</sup> Code du travail (CT), Resmi Gazete, 1910 tarih, FR-A-1910, L-60878 sayılı. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc LEGITEXT000006072050/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc LEGITEXT000006072050/) (Erişim tarihi: 01.04.2021).

atleri sırasında gerçekleştirilmesi esastır ve eğitimin finansmanı işveren tarafından karşılanmak durumundadır (m. L4141-4).

Kanuna göre elliden fazla çalışanı olan işyerlerinde İSG komitesi kurulması zorunludur ve komite üyelerine gerekli eğitimin verilmesi sağlanmalıdır (m. L4143-1). İşyerinde ilkyardım ve acil durumlarda görev alacak personel de işin niteliğine uygun olarak eğitilmelidir (m. R4224-15). İş Kanunu’na göre işyerinde özel riskli işler için atanan geçici çalışanların eğitimlerinden kullanıcı işveren sorumludur. Geçici çalışanların işin niteliğine uygun olarak eğitim alması sağlanmalıdır (m. L4141-2). Aynı işyerinde birden fazla teşebbüsün çalışanlarının bulunması durumunda İSG mevzuatının uygulanmasında işverenler iş birliği içinde bulunacaktır (m. L4121-5).

Fransa’da İSG’nin sağlanmasında daha önce uygulanan stratejilerin ağırlıklı olarak önleyici araçların geliştirilmesi, İSG araştırmalarının yapılandırılması ve İSG bilgisinin artırılması yoluyla sağlık ve güvenlik alanında bir iyileşme sağladığı, ancak Çerçeve Direktifin 25 yıllık bir uygulama sürecinden sonra önleme kültürünün halen başlangıç seviyesinde olduğu yönünde eleştirilmektedir. İş sağlığının geliştirilmesine özel olarak odaklanılarak, işyerlerinde çalışanların sağlık ve refahının iyileştirilmesiyle önleme kültürünün teşvik edilmesi amaçlanmaktadır. Etkili bir önleme kültürü için de en önemli araçların bilgi, eğitim ve risk değerlendirmesi olduğu vurgulanmaktadır<sup>37</sup>.

## F. İngiltere

İngiltere’de İSG uygulamalarının 19. yüzyıla kadar uzanan bir geçmişi bulunmaktadır. 1802 yılında çıkarılan “Sağlık ve Ahlakın Korunması Kanunu” (Çıraklık Kanunu) İSG alanında düzenlenen ilk kanundur. 1833 yılında ise “Fabrikalar Kanunu” çıkarılmıştır. Sonraki süreçte yapılan düzenlemelerin sağlık ve güvenliğin sağlanmasında yetersiz kalması nedeniyle 1974 yılında İşyerinde Sağlık ve Güvenlik Kanunu kabul edilmiştir.<sup>38</sup> Kanun, Avrupa’daki diğer yasal düzenlemelerin ön-

<sup>37</sup> SCHMITZ FELTEN, Ellen / LIECK, Lothar, 2019, s. 78.

<sup>38</sup> EVES, David, A Brief History Of The Origins, Development and Implementation Of Health and Safety Law in the United Kingdom, 1802-2014, İngiltere Sağlık ve Gü-

cüsü olmuştur. Kanunun kapsama alanı incelendiğinde, özel hükümlerin uygulandığı polis memurları, ev hizmetlerinde çalışanlar, gemi mürettebatı ve zararlı veya tehlikeli olmayan aile içi çalışmalar istisna olmak üzere tüm sektörleri kapsama aldığı görülmektedir.

İngiltere’de 89/391/EEC sayılı Çerçeve Direktif ulusal mevzuata İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetimi (MHSW) Yönetmelikleri<sup>39</sup> ile aktarılmıştır. Yönetmeliğe göre işveren tarafından çalışanların yetenekleri göz önünde bulundurularak yeterli sağlık ve güvenlik eğitimi alması sağlanmalıdır. Buna göre çalışanlara; işveren emrinde çalışmaya başladıklarında, yeni veya artan risklere maruz kalma durumunda, iş değişikliği veya görev değişiminde, yeni iş ekipmanı ile çalışmalarda veya kullanılan iş ekipmanının değişmesi durumunda, yeni teknoloji uygulamasında, çalışma sistemi değişikliğinde eğitim verilir. Eğitimler periyodik olarak tekrarlanarak, yeni ve değişen risklere göre adapte edilir. Eğitimler mesai saatlerinde düzenlenir ve eğitim ücreti işveren tarafından karşılanır.

Çalışanlara verilecek eğitimler dışında, işveren tarafından tüm çalışanlara; değerlendirme sonucu belirlenen sağlık ve güvenlik riskleri, önleyici ve koruyucu tedbirler, acil durum prosedürleri, acil durumlar için tayin edilen çalışanlar konularında da gerekli bilgilerin anlaşılır bir şekilde verilmesi gerekmektedir (m. 13). İşveren tarafından, sağlık ve güvenlik gereklerine uymak için alınacak tedbirlerde yardımcı olmak için bir veya birden fazla yetkili kişi/kişiler tayin edilir ve bu kişilerin görevlerine uygun eğitim almaları sağlanır (m. 7). Ciddi ve yakın tehlike olaylarına karşı çalışanlara gerekli acil durum prosedürü temin edilmeli ve bu alanlarda çalışacak personele yeterli eğitim verilmelidir. İşyerinde herhangi bir kaza veya hastalık olması durumunda karşı, çalışanlar arasından uygun kişiler seçilerek, ilkyardım eğitimi almaları sağlanır (m.

---

venlik Kurulu, 2014. <https://www.hse.gov.uk/aboutus/40/health-safety-history.htm> (Erişim tarihi: 05.04.2021).

<sup>39</sup> The Management of Health and Safety at Work Regulations 1999, Resmi Gazete, 1999 tarih, 3242 sayılı. <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/3242/contents/made> (Erişim tarihi: 05.04.2021).

18). Genç çalışanlara ise yapacaklara işe uygun özel olarak sağlık ve güvenlik eğitimi verilir (m. 19).

İşverenin eğitim yükümlülüğüne göre, birden fazla işverenin aynı işyerinde bulunması veya başka bir işverenin çalışanın istihdam edilmesi durumunda diğer işveren çalışanlarının işyeri riskleri, alınan tedbirler ve acil durum prosedürleri konusunda bilgilendirilmesi gereklidir (m. 15).

İngiltere’de İSG’nin sağlanmasında karşılaşılan problemler çeşitli başlıklar altında özetlenmiştir. Bunlar; sağlık ve güvenliğin daha çok sahiplenilme ihtiyacı, işle ilgili hastalık maliyetleri, çoğu KOBİ’nin sağlık ve güvenlik yönetiminde yardımcı olacak tavsiyelerin veya rehberliğin mevcut olduğunun hala farkında olmaması, yeni teknoloji ve iş modellerinde etkin risk yönetimi ihtiyacıdır. KOBİ’lerin sağlık ve güvenlik yönetimi başta olmak üzere işle ilgili sağlık sorunlarının zararları, maliyetleri ve önlenebilirliği konusunda daha fazla farkındalık kazandırılması amaçlanmaktadır<sup>40</sup>.

### G. İspanya

İspanya’da İSG alanındaki ana düzenleme 31/95 sayılı Mesleki Risklerin Önlenmesi Kanunu’dur (31/95 sayılı K.).<sup>41</sup> Kanun kapsamına kamu ve özel kuruluş faaliyetleri girmekle birlikte polis teşkilatı, gümük güvenlik kurumları, sivil savunma hizmetleri, silahlı kuvvetler, askeri hizmetler ve ev hizmetlerinde çalışanlar uygulama alanı dışında kalmaktadır. Tele çalışma gibi evden yapılan çalışmalar kanunda belirtilen sağlık ve güvenlik şartlarının sağlanmasında eşit hakka sahiptir (m. 3).

İspanya’da işverenlerin İSG genel eğitim yükümlülükleri 31/95 sayılı Kanun’da yer almaktadır. Bu yükümlülükler kapsamında işyerlerinde sağlık ve güvenliğin sağlanması için işveren tarafından sadece

<sup>40</sup> SCHMITZ FELTEN, Ellen / LIECK, Lothar, 2019, s. 188-190.

<sup>41</sup> Act 31 of 8th November 1995 on Prevention of Occupational Risks, Resmi Gazete, 10 Kasım 1995 tarih, 269 sayılı.  
<https://www.insst.es/documents/94886/200952/Act+31+of+8th+November+1995+on+prevention+of+occupational+risks> (Erişim tarihi: 29.03.2021).

yeni işe alımda değil, teknoloji veya görev değişimlerinde de çalışanlara eğitim sağlanması gereği vurgulanmaktadır. Eğitim özellikle değişen ve yeni ortaya çıkan riskler göz önüne alınarak, çalışanların işleri ve bölümlerine uygun olarak verilmeli ve gerekirse belirli sürelerde tekrarlanmalıdır<sup>42</sup>. Zira işyerindeki risklere karşı yeteri eğitim almamış olan çalışanlar, yaptıkları işlere uygun eğitim almış diğer çalışanlara göre tehlikeler karşısında daha savunmasız olacaktır<sup>43</sup>.

Çalışanlara sağlanan eğitimler mesai saatleri içinde verilmeli ve eğitim ücreti çalışanlara yansıtılmamalıdır (m. 19). Kanunda belirli süreli veya geçici istihdam edilen çalışanların eğitimlerine de değinilerek, bu çalışanların işe başlamadan önce işyerinde maruz kalacakları riskler, işe özgü özel riskler, koruma ve önleme tedbirleri konularında eğitim almaları gereği hüküm altına alınmıştır (m. 28). Ayrıca acil durum, ilk yardım, yangın söndürme ve tahliye durumlarında görev alacak çalışanlar gerekli eğitimlerle donatılmış olmalıdır<sup>44</sup> (m. 20).

İşyerinde önleyici faaliyetlerin gerçekleştirilmesi, mesleki risklerin önlenmesinde çalışanlarla iş birliğinin teşvik edilmesi amacıyla işyeri temsilcileri atanmaktadır. İşyeri temsilcilerinin görevlerini yerine getirebilmesi için işveren tarafından gerekli eğitim sağlanmalıdır. Eğitim işyeri içinde olabileceği gibi ihtisas sahibi bir kuruluş tarafından da verilebilir. Eğitimler belirli periyotlarla tekrarlanmalı ve çalışana herhangi bir mali yük getirmemelidir (m. 31, 33).

İşverenlerin belirtilen tüm bu eğitim yükümlülüklerinin yanı sıra gelecek nesillerin tutumlarının değiştirilmesiyle gelecek işgücünün yetiştirilmesi ihtiyacı üzerinde durulmaktadır. Bu amaçla önleyici bir kül-

---

<sup>42</sup> KILKIŞ, İlknur / DEMİR, Seçil, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme", Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt: 3, S. 1, Ocak, 2012, s. 29.

<sup>43</sup> MARISCAL SALDARIA, Miguel Angel / HERRERO, Susana Garcia / RODRIGUEZ, Javier Garcia / RITZEL, Dale, "The Impact of Occupational Hazard Information on Employee Health and Safety: An Analysis by Professional Sectors in Spain", International Electronic Journal of Health Education, S. 15, 2012, s. 90.

<sup>44</sup> MARISCAL SALDARIA / HERRERO / RODRIGUEZ / RITZEL, 2012, s. 90.



türün teşvik edilmesi önerilmekte ve özellikle gençlerin eğitiminde ders müfredatlarının İSG konularını içermesi gereği belirtilmektedir<sup>45</sup>.

## H. İtalya

İtalya’da İSG mevzuatındaki ana düzenleme “İşyerinde Sağlık ve Güvenliğin Korunmasına İlişkin 81 no’lu Kanun Hükmünde Kararname”dir (Kararname n.81).<sup>46</sup> Çerçeve Direktif ulusal mevzuata öncelikle 626/1994 sayılı kararname ile aktarılmış ancak bütüncül bir düzenleme gereği İSG ile ilgili bütün ana düzenlemeleri bir araya getirmek amacıyla değiştirilerek 81 no’lu Kararname kabul edilmiştir. Bu nedenle kararname “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Konsolide Kanun” olarak da ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Kararname’nin uygulama alanı incelendiğinde tarım, inşaat ve hizmet sektörleri dâhil olmak üzere tüm özel ve kamu sektörünü kapsama aldığı görülmektedir. Göçmen çalışanlar ve serbest meslek sahibi kişiler mevzuat kapsamında olmakla birlikte ev hizmetlerinde çalışanlar uygulama alanı dışındadır.

Kararname’ye göre işverenlerin önleyici ve koruyucu yükümlülükleri arasında çalışanlara bilgi ve eğitim sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. İşveren, her çalışanın yeterli ve uygun bir İSG eğitimi almasını sağlamalıdır. Bu kapsamda çalışanlara; yaralanma, risk, önleme ve koruma kavramları, kurumsal korunma organizasyonu, hakları ve görevleri, olası hasar, ilgili risklerin önlenmesi, korunma için alınan tedbirler ve prosedürler konularında eğitim verilmelidir<sup>48</sup>.

İşyerindeki risklerin değişimine göre çalışanlara ve çalışan temsilcilerine verilecek eğitimler periyodik olarak tekrarlanmalıdır. Eğitimler çalışanlar tarafından kolay anlaşılır olmalı ve çalışanlara mali yük getirmemelidir. Ayrıca çalışanlara bazı durumlarda özel eğitim verilmesi

<sup>45</sup> MARISCAL SALDARIA / HERRERO / RODRIGUEZ / RITZEL, 2012, s. 84.

<sup>46</sup> Legislative Decree no. 81 Concerning the Protection of Health and Safety in the Workplace, Resmi Gazete, 30.04.2008 tarih, 101 sayılı. <http://www.cip.srl/documenti/Testo%20Unico%20Salute%20e%20Sicurezza%20sul%20lavoro%20-%20D.lgs.%2081-2008.pdf> (Erişim tarihi: 29.03.2021).

<sup>47</sup> TIRABOSCHI, Michele / MATINEZ, Silvia Fernández, “Health and Safety in The Workplace in Italy”, IUSLABOR. ISSN 1699-2938., S. 2, 2015, s. 22-23.

<sup>48</sup> RUIU / CIMMUTO, 2018, s. 513.

de gerekmektedir. Çalışanlara özel eğitim verilmesini gerektiren durumlar ise; yeni iş ilişkisinin kurulması ya da iş uygulamasının başlangıcı, iş devri veya görev değişiklikleri, yeni iş ekipmanı, yeni teknoloji, yeni tehlikeli madde ve müstahzarların kullanımı durumlarıdır. Belirli risklere maruz kalabilecek çalışanlara yapılacak görevlendirmelerde çalışanın eğitim, bilgi seviyesi ve tecrübesi göz önünde bulundurulur. Ciddi risk içeren alanlarda sadece yeterli talimat ve özel eğitim alan çalışanlar bulundurulurarak gerekli tedbirler alınır (m. 37)<sup>49</sup>.

İşyerinde İSG sağlanması konusunda görevlendirilen kişiler görevleriyle ilgili yeterli ve uygun eğitim almalıdır. Eğitim konuları; yükümlülükler, risk faktörlerinin tanımı ve belirlenmesi, teknik ve örgütsel risk değerlendirmesi, önleme ve koruma prosedürlerini içermelidir (m. 37). Acil durumlarda sorumlu olarak görevlendirilen çalışanlara, yangın söndürme, ciddi ve yakın bir tehlikede işyerinin tahliyesi, kurtarma, ilkyardım ve herhangi bir durumda acil durum yönetimi konularında eğitim sağlanmalı ve bu eğitimler düzenli olarak tekrarlanmalıdır (m. 43). İşverenler, uygun ve yeterli eğitime sahip olmak koşuluyla, mesleki riskleri önleme çalışmalarını kendileri de yürütebilirler<sup>50</sup>. Bu durumda işverenlerin eğitim kurslarına katılarak, en az on altı gün eğitim almaları gerekmektedir (m. 32). Aynı işyerinde iki veya daha fazla işveren bulunması durumunda, kanun yükümlülükleri bakımından asıl işveren ile birlikte alt işveren de müteselsilen sorumludur (m. 292). İtalya'da İSG'ye ilişkin genel nitelikli eğitim yükümlülükleri yanında iş ekipmanlarının kullanımı, kişisel koruyucu donanımların kullanımı, İSG işaretleri, fiziksel ajanlar, biyolojik ajanlar, tehlikeli maddeler, şantiyelerde çalışma gibi özel nitelikli konularda verilecek eğitimler de Kararname içinde düzenlenmektedir.

İtalya'da İSG'nin sağlanmasında mesleki risklerin önlenmesinde kullanılan araç ve sistemlerin iyileştirilmesi, kurumlar arasında koordinasyon ve ortaklığın güçlendirilmesi, kontrol faaliyetlerinin etkinliğinin artırılması ve kurallara uyum konularında stratejik hedefler belirlenmiş-

<sup>49</sup> RUIU / CIMMUTO, 2018, s. 514.

<sup>50</sup> TIRABOSCHI, Michele / MATINEZ, Silvia Fernández, 2015, s. 24.

tir. Bu hedefler doğrultusunda; el sanatları gibi el emeği gerektiren sektörlerde güvenlik temsilcilerinin eğitim programlarının desteklenmesi, eğitimlerin etkinliğini değerlendirmek için programlar uygulanması, İSG’nin eğitim-öğretim programlarına dâhil edilmesi eğitimle ilgili belirlenen faaliyetlerdir<sup>51</sup>.

### I. Romanya

Romanya’da İSG ile ilgili ana mevzuat 2006 yılında kabul edilen 319 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (319 sayılı K.)’dur.<sup>52</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun yaptırımını için Metodolojik Normlar<sup>53</sup>, önleyici tedbirler ve uygulama kurallarını oluşturan ikincil mevzuat düzenlemeleridir. Kanun, özel ve kamu ayırt etmeksizin tüm faaliyet kollarını kapsamaktadır<sup>54</sup>. Ancak sivil savunma ve silahlı kuvvetler gibi kamu hizmeti faaliyetleri Kanun’un kapsamı dışındadır. Kanunda ev hizmetlerinde çalışanlar dışında stajyer öğrenciler, çıraklar ve göçmen çalışanlar kanunun uygulama alanı içinde yer almaktadır (m. 3, 4).

İşveren tarafından işyerinin tüm fonksiyonlarında sağlık ve güvenlik risklerini önlemek için çalışan ve çalışan temsilcilerine gerekli eğitim verilmelidir. Çalışanların bilgi ve becerinin gelişmesi ile sağlık ve güvenliğin sağlanması için her çalışanın; yeni istihdamda, iş değişikliklerinde, yeni iş ekipmanının kullanımında veya ekipman değişiminde, herhangi bir yeni teknoloji kullanımında ve özel işlerin yürütümünde eğitim alması sağlanmalıdır (m. 20, 21).

<sup>51</sup> SCHMITZ FELTEN, Ellen / LIECK, Lothar, 2019, s. 108-111.

<sup>52</sup> Law No. 319/2006 on Safety and Health at Work, Resmi Gazete, 26.07.2006 tarih, 646 sayılı.  
<https://www.inspectiamuncii.ro/documents/66402/267275/Law+319+on+2006.pdf/43ef9465-6bf5-44c4-b912-3f7fa74eece8> (Erişim tarihi: 03.04.2021)

<sup>53</sup> Government Decision no. 1425 of 11 October 2006, Methodological Norms for the enforcement of the Law no. 319 on Safety and Health at Work, Romanian Official Gazette, Part I no. 882 of 30.10.2006

<sup>54</sup> RATIU, Mariana / SUTEU, Corina / OARGA, Ioan-Florin, “Education and Training in Romania on Occupational Safety and Health in the Offshore Industry”, MATEC Web of Conferences 184 Annual Session of Scientific Papers IMT ORADEA, 2018, s. 1.

Romanya'da İSG alanında çalışanların eğitimleri genel amaçlı tanıtım eğitimleri, iş eğitimleri ve periyodik eğitimler olmak üzere üç aşamada gerçekleştirilmektedir. Genel amaçlı tanıtım eğitimlerinde İSG ile ilgili mevzuat, işyerinde uygun olmayan sağlık ve güvenlik ortamlarının sonuçları, iş kazaları ve meslek hastalıkları riskleri, ilkyardım, yangınla mücadele ve tahliye konuları ele alınır. Verilen eğitim sonrasında yapılan değerlendirme sonucuna göre çalışanın istihdamı yapılır (Norm m. 83-89). İş eğitimleri genel amaçlı tanıtım eğitimlerinden sonra yapılmaktadır. Bu eğitim sağlık ve güvenlik risklerine karşı önleme ve koruma faaliyetlerini sunmayı amaçlar. İş eğitimleri sonrası yapılan değerlendirme sonucunda yeterli görülen çalışanlar işle ilgili faaliyete başlayabilmektedir (m. 90-94). Periyodik eğitimler tüm çalışanları kapsamaktadır. Bu eğitimle İSG bilgilerinin güncel kalması amaçlanmaktadır. Periyodik eğitimler en az altı ayda bir olmak üzere işyeri ve faaliyetlere göre belirlenmekle birlikte çalışanın otuz günden fazla işten ayrı kalması, yeni risklerin ortaya çıkması, iş kazası sonrası çalışmaya devam edilmesi, özel işlerin yürütülmesi, iş ekipmanlarında değişiklik olması, mevcut teknolojilerin ya da prosedürlerin değiştirilmesi, yeni teknoloji ya da prosedürlerin kullanılması durumlarının ortaya çıkmasında da planlanmalıdır (m. 95-100). Eğitimler bireysel olarak veya yirmi kişiyi aşmayan gruplar halinde çalışma saatleri içinde verilir, eğitim sonrası değerlendirme yapılarak, çalışanların imzalarının olacağı eğitim katılım belgesi düzenlenir (m. 78, 79, 81).

319 sayılı Kanun'da yer alan yükümlülüklerle göre, farklı bir işveren çalışanının çalıştırılması durumunda, asıl işveren işyeri riskleri konusunda bilgilendirilmeli ve çalışanlara işyerindeki sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili gerekli talimatlar verilmelidir (m. 20). Çalışanların sağlık ve güvenlikleri için atanan çalışan temsilcilerinin görevlerini yerine getirebilmeleri için işveren tarafından risk değerlendirmeleri ve alınan koruyucu önlemler dâhil gerekli bilgilendirme yapılmalıdır (m. 17). İlk yardım, yangın söndürme ve çalışanların tahliyesinde görev almak üzere atanan çalışanlar yapacakları görevle ilgili eğitim almalıdır (m. 10).

Romanya'da KOBİ'ler başta olmak üzere İSG mevzuatının daha iyi uygulanması, meslek hastalıklarının önlenmesine odaklanılarak çalışan-

ların sağlık ve güvenliklerinin korunmasında iyileşme sağlanması, İSG’de farkındalığın artırılması, sosyal ortaklarla diyalogun geliştirilmesi ve aktif işgücü nüfusunun yaşlanmasıyla ilgili sorunların yönetimi bağlamında daha fazla sayıda bilgilendirme toplantısı yapılarak, tedbirlerin önemi konusunda farkındalık yaratmak, temel bilgi eğitimi ve İSG farkındalığının artırılması yoluyla tüm eğitim seviyelerinde risk önleme bilincini geliştirmek eğitimle ilgili belirlenen temel politikalar arasındadır<sup>55</sup>.

### III. TÜRKİYE’DE İŞVERENİN İSG EĞİTİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Türkiye’de İSG mevzuatını 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) ile kanun kapsamında çıkarılan yönetmelikler oluşturmaktadır. AB’ye uyum sürecinde 89/391/EEC sayılı Çerçeve Direktif ve ILO’nun 155 ve 161 sayılı sözleşmelerine uyum sağlanması amacıyla İSGK çıkarılması yönünde çalışmalar yapılmış ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na Çerçeve Direktif esas alınarak 09.12.2003 tarihinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği yayımlanmıştır. Ancak söz konusu Yönetmeliğin önce yürürlüğü durdurulmuş<sup>56</sup>, daha sonra da Danıştay 10. Dairesi’nin “4857 sayılı Yasa’nın 78. maddesi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ilkelerin, öncelikle üst hukuk normu olan bir tüzükle düzenlenmeksizin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesinin anılan Kanun hükmüne aykırı olduğu” gerekçesi ile iptal kararı verilmiştir<sup>57</sup>.

Yönetmeliğin iptali sonrası İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ile birebir aynı hükümleri içeren İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzük Taslağı hazırlanmıştır. Ancak Tüzük Taslağı, taslakta yer alması zorunlu bulunan temel ilkelerin kapsam ve içeriğini hukuka uygun biçimde düzenlemediği gerekçesi ile Danıştay tarafından Başbakanlığa iade edilmiştir<sup>58</sup>. Tüm bu yargısal gelişmeler sonrasında İSG ile ilgili düzenlemelerin ka-

<sup>55</sup> SCHMITZ FELTEN, Ellen / LIECK, Lothar, 2019, s. 150-156.

<sup>56</sup> D. 10. D. 24.05.2004 T., 2004/1942 E.

<sup>57</sup> D. 10. D. 16.05.2006 T., 2004/1942 E., 2006/3007 K.; AYDIN, Ufuk / GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, 4. Baskı, Eskişehir, 2013, s. 158.

<sup>58</sup> D. 10. D. 10.02.2006 T., 2005/1187 E., 2006/174 K.; CENTEL, Tankut, “İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, 2006, s. 5-6.

nun çatısı altında görüşülmesi kararlaştırılmış ve ilk taslak Aralık 2006 tarihinde hazırlanmıştır. Sonraki süreçte konuyla ilgili çeşitli taslaklar hazırlanarak sosyal tarafların görüşlerine sunulmuş ancak herhangi bir uzlaşma sağlanamamıştır. Yapılan değişiklikler sonrasında hazırlanan İSGK Tasarısı 2012 yılında TBMM'ye sunulmuştur<sup>59</sup>.

6331 sayılı İSGK, 20.06.2012 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilerek yasalaşmış ve 30.06.2012 tarih 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İSGK oldukça geniş ve ayrıntılı düzenlemeler getirmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlığı altındaki hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır<sup>60</sup>.

İSGK, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanmaktadır. Kanun kapsamında kamu ve özel sektör çalışanları, çıraklar, stajyerler, işverenler ve işveren vekilleri yer almaktadır. Ancak fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerindekiler hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, Genel Kolluk Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri, afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri, ev hizmetleri, çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar, hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri Kanunun kapsamı dışında bulunmaktadır<sup>61</sup> (İSGK m.2). Hükümlü ve tutukluların Kanunun kapsamı dışında tutulmalarına yönelik; bu kişilerin İSG bakımından korunmalarının sosyal devlet ilkesinin bir gereği olduğu belirtilerek, haklı bir neden olmaksızın İSG hizmetlerinden istisna tutulmalarının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüş ve iptal davası açılmıştır. Ancak verilen kararda hükümlü ve tutukluların işçi sayılmamaları ve devletin bu

<sup>59</sup> AKTEKİN, Şeyda, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Günden Bugüne", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart, 2012, s. 93-94.

<sup>60</sup> GEREK, Nüvit, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Düşündürdükleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 28, 2012, s. 10; SÜZEK, 2018, s. 866.

<sup>61</sup> CENTEL, Tankut, "İSG Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Kapsamı (Scope and Content of the Act on Health and Safety at Work)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2012, s. 82; NARTER, Sami, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Kasım, 2018, s. 93-94; SÜZEK, 2018, s. 868.

kişilerin işvereni olarak kabul edilmemesi nedeniyle iptal talebi Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir<sup>62</sup>. Oysaki İSGK, faaliyet konularına bakılmaksızın kamu ve özel sektörlere ait tüm işyerlerini kapsamakta ve çalışan kavramı kullanılarak kapsamı sadece işçilerle sınırlı tutulmaktadır. Hükümlü ve mahkûm çalışmalarının kapsam dışında tutulması öğretide de eleştirilmekte sadece tutuklu ve hükümlü olmaları nedeniyle İSG hakkından mahrum bırakılmalarının kabul edilemeyeceği belirtilerek Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır<sup>63</sup>.

Ev hizmetlerinde çalışanların ise Kanunun uygulama alanı dışında bırakılması öğretide eleştirilmekte ve kapsama alınması gerektiği belirtilmektedir. Zira İSGK işin niteliği zorunlu kılmadığı sürece tüm işyerleri ve çalışanlarının sağlık ve güvenliklerinin korunmasını amaçlamaktadır. En çok korunması gereken kesimlerden biri de kuşkusuz ki ev hizmetlerinde çalışanlardır<sup>64</sup>.

İSG eğitimlerine ilişkin genel esaslar 6331 sayılı Kanun 17. maddesinde yer almaktadır. İSG eğitimlerinin planlanması, eğitim konuları, eğitim süreleri, eğitim periyotları, eğitim verebilecek kişiler gibi konularda uygulama usul ve esasları Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te düzenlenmektedir.

Kanunda işverenin, tüm çalışanların İSG eğitimi almasını sağlaması gerektiği belirtilerek özellikle işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni teknoloji uygulanması hâlinde eğitimlerin verilmesi gereği hükme bağlanmıştır. Çalışanlara verilecek olan eğitimler, değişen veya ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenmeli ve gerektiğinde düzenli aralıklar-

<sup>62</sup> AYM, 3.4.2013 tarih ve 2012/97 E., 2013/51 K. sayılı kararı. DEMİRCİOĞLU, A. Murat / KAPLAN, Hasan Ali, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, Çalışma ve Toplum, Cilt: 3, S. 42, 2014, s. 235, 241.

<sup>63</sup> DEMİRCİOĞLU, KAPLAN, 2014, s. 248; BAYCIK, Gaye, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Mayıs, 2013, s. 112.

<sup>64</sup> CENTEL, 2012, s. 82; BAYCIK, 2013, s. 110-111.

la tekrarlanmalıdır (m. 17/1)<sup>65</sup>. İş kazası yaşanması veya meslek hastalığı görülmesi durumunda, iş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe başlamadan önce, söz konusu kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilmelidir. Ayrıca, herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verilmelidir (m. 17/4)<sup>66</sup>.

Kanunda ayrıca tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışacaklar için ilave yükümlülükler getirilmektedir. Bu kapsamda mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgelemeyenler çalıştırılmayacaktır<sup>67</sup> (m. 17/3). Ayrıca tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerine başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar da yapacakları işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın işe başlatılmayacaktır (m. 17/5)<sup>68</sup>. Asıl işveren, yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belgenin olup olmadığını denetlemeden alt işveren çalışanını işe başlatması durumunda meydana gelecek olan iş kazası veya meslek hastalığından alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır.<sup>69</sup> Bu konuda öğretide de yer alan bir görüşe göre, alt işveren ve asıl işveren ortak hareket etmelidir<sup>70</sup>. İşyerinde geçici iş ilişkisi ile bir çalışma yürütülmesi durumunda ise geçici iş ilişkisi kurulan işveren, İSG riskle-

<sup>65</sup> ERTÜRK, Şükran, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 27, 2012, s. 21.

<sup>66</sup> AYDIN, GÜVEN, 2013, s. 164.; NARTER, 2018, s. 172.

<sup>67</sup> YILDIZ, Ulaş, “Ağır ve Tehlikeli İşlerde Mesleki Eğitim Zorunluluğu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 17, 2010, s. 96.

<sup>68</sup> SÜZEK, 2018, s. 880.

<sup>69</sup> AYDINLI, İbrahim, *6331 Sayılı Kanun’da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk*, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Cilt 17, Sayı 30, 2013, s. 39.

<sup>70</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, *Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Legal Vefa Toplantıları II, Nuri Çelik’e Saygı, İstanbul, Legal, 2008, s. 58.



rine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlamalıdır (m. 17/2,6)<sup>71</sup>. Geçici iş ilişkisi (ödünç iş ilişkisi), işçinin kendi isteğiyle işvereni olmayan bir üçüncü kişiye hizmet etmesini, iş görmesini ifade etmektedir. Bu durumda ödünç alan işveren iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak ve gerekli önlemleri almakla yükümlüdür<sup>72</sup>.

Tüm çalışanların sağlık ve güvenlik riskleri bakımından eğitime tabi tutulmasına ilave olarak çalışan temsilcileri özel olarak eğitilmelidir. Çalışanlara verilecek İSG eğitimlerinin maliyeti çalışanlara yansıtılamaz ve eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır<sup>73</sup>. Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir (m. 17/7)<sup>74</sup>.

Türkiye’de İSG eğitimlerinin yasal bir zorunluluk olarak görülmesi, eğitimlerin kitapçık veya broşürlerle geçirilmesi veya kâğıt üzerinde verilmiş gibi gösterilmesi, eğitimlerin kalabalık gruplar halinde verilmesi, işverenlerin İSG konusunda yeterli bilince sahip olmaması ve eğitimin maliyetli görülmesi öğretide eleştirilmekte ve bu durumun iş kazası oranlarını artırdığı belirtilmektedir<sup>75</sup>. İSG eğitimlerinin verilmesinde eğitimcilerin mesleki tecrübe ve uzmanlık durumlarının gözetilmesi, eğitim içeriklerinin ve anlatım yöntemlerinin eğitime göre farklılık arz etmesi diğer önemli sorun kaynaklarıdır. Bu konuda öncelik işverenler olmak üzere eğitimin önemi konusunda bilinç düzeyi artırılmalıdır.

#### IV. ÇERÇEVE DİREKTİF, AB ÜLKELERİ VE TÜRKİYE KARŞILAŞTIRMASI

Araştırma kapsamında elde edilen bulguların etkin bir şekilde değerlendirilebilmesi için Çerçeve Direktif, AB Ülkeleri ve Türkiye’de

<sup>71</sup> Yargıtay 9. H.D., T. 13.04.2009, E. 2008/24566, K. 2009/10412.

<sup>72</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, Ankara, Beta Basım, Kasım, 2012, s. 263, 264.

<sup>73</sup> AYDIN, GÜVEN, 2013, s. 164.

<sup>74</sup> NARTER, 2018, s.172.

<sup>75</sup> SÜZEK, 2018, s. 880; KILKIŞ / DEMİR, 2012, s. 41; ATEŞ, Zehra Gizem, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitilmeleri”, SÜHFD., C. 28, S. 2, 2020, s. 739-740.

İSG'ye ilişkin yasal düzenlemeler, yasal düzenlemelerin kapsama alanı ve işverenin İSG eğitim yükümlülükleri karşılaştırmalı bir şekilde tablolar halinde aşağıda özetlenmektedir.

### A. İSG'ye İlişkin Yasal Düzenlemeler Bakımından

89/391/EEC Sayılı Çerçeve Direktif, İSG ile ilgili yükümlülüklerin belirlenmesi, bireysel direktifler ve ulusal mevzuat düzenlemeleri için ana çerçeve oluşturması bakımından genel nitelikli bir direktiftir. İSG'nin sağlanması bakımından ulusal düzeydeki düzenlemeler, Çerçeve Direktif ve bireysel direktifler esas alınarak yapılmaktadır. Tablo 1'de AB ülkeleri ve Türkiye'de yer alan İSG'ye ilişkin temel yasal düzenlemeler yer almaktadır.

**Tablo 1.** AB Ülkeleri ve Türkiye'de İSG'ye İlişkin Temel Yasal Düzenlemeler

| Ülke Adı       | İSG'ye İlişkin Temel Yasal Düzenleme   |
|----------------|--|
| İngiltere      | İşyerinde Sağlık ve Güvenlik Kanunu  |
| Finlandiya     | 738/2002 sayılı İş Güvenliği ve Sağlığı Kanunu   |
| Almanya        | İşyerinde Çalışanların Sağlığı ve Güvenliğinin Geliştirilmesini Teşvik Etmek Amacıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerinin Uygulanmasına Dair Kanun |
| Fransa         | İş Kanunu  |
| İspanya        | 31/95 sayılı Mesleki Risklerin Önlenmesi Kanunu  |
| İtalya         | İşyerinde Sağlık ve Güvenliğin Korunmasına İlişkin 81 no'lu Kanun Hükmünde Kararname   |
| Bulgaristan    | İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu   |
| Estonya        | İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu   |
| Romanya        | 319 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu  |
| <b>Türkiye</b> | 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu   |

Yukarıdaki tablodan da görüleceği üzere İngiltere, Finlandiya, Almanya, İspanya, Bulgaristan, Estonya, Romanya ve Türkiye'de İSG sağlanmasında özel bir düzenleme yer almakta ve yürürlüğe konulan kanunlarla İSG'nin çerçevesi çizilmektedir. Fransa'da ise İSG'ye ilişkin

temel yasal düzenleme ayrı bir kanunla düzenlenmemiştir. İSG’ye yönelik hükümler İş Kanunu kapsamında yer almaktadır. İtalya’da ise, ana iş düzenlemeleri Medeni Kanun’da yer almaktadır. İSG’nin sağlanmasında temel düzenleme ise İşyerinde Sağlık ve Güvenliğin Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’dir.

Türkiye’de İSG ile ilgili mevzuatta dağınık olarak yer alan hükümlerin İş Kanunundan bağımsız olarak müstakil bir yasa ile sistematik bir yaklaşımla düzenlenmesi gerektiği öğretide savunulmuş<sup>76</sup> ancak üçüncü bölümde de değinildiği üzere müstakil bir yasa uzun süreler sonrasında 2012 yılında kabul edilerek kademeli olarak yürürlüğe konulabilmiştir. Kanunda çalışan sayısı ve tehlike sınıfına göre yürürlük tarihinin kademeli olarak belirlenmesi ve yürürlük süresi bakımından da kamu işyerlerine ayrıcalık tanınmış olması yerinde bulunmamıştır<sup>77</sup>. Kanunun geçiş sürecinde yaşanan tüm zorluklara karşın çalışma hayatının en önemli sorunlarından biri olan İSG konusuna kapsamlı bir düzenleme getirmesi bakımından mevzuatımız açısından önemli bir kanundur.

## **B. İSG’ye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kapsama Alanı Bakımından**

İSG’ye ilişkin temel düzenlemelerin kapsamı, yükümlülüklerin uygulama alanlarının belirlenmesinde önem arz etmektedir. Çerçeve Direktif, AB Ülkeleri ve Türkiye’de İSG’ye ilişkin temel düzenlemelerin uygulama alanları Tablo 2’de gösterilmektedir.

Ülkelerin İSG’ye ilişkin düzenlemelerinin uygulama alanları incelendiğinde, hepsinde kamu sektörü, özel sektör, çırak ve stajyerlerin kapsama alındığı görülmekle birlikte bazı ülkelerde hassas gruplar için farklı uygulamalar söz konudur<sup>78</sup>. Örneğin Estonya İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda kurtarma faaliyetleri, savunma güçleri ile polis teşkilatı kendi özel kanunlarında yer almadığı sürece kanun kapsamına alınmış-

<sup>76</sup> SÜZEK, 2018, s. 866.

<sup>77</sup> ERTÜRK, Şükran, 2012, s. 23.

<sup>78</sup> COWI, “Evaluation of the Practical Implementation of the EU Occupational Safety and Health (OSH) Directives in EU Member States -Main Report”, DG Employment, Social Affairs and Inclusion, Kasım, 2015, s. 68.

tır. Fransa'da serbest çalışan kişiler kanun kapsamı dışında tutulmakla birlikte bu kişilere Kanun'un sosyal güvenlik ve eğitime katkısı bakımından bazı hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmektedir. Yine Tablo 2'de görülebileceği üzere, Çerçeve Direktif'te dâhil İngiltere, Almanya, İspanya, İtalya, Romanya ve Türkiye gibi bazı ülkelerde ev hizmetlerinde çalışanlar, İSG'ye ilişkin temel düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılırken, Finlandiya, Fransa, Estonya ve Bulgaristan gibi ülkelerde sağlık ve güvenlik kurallarının kapsamına dâhil edilmiştir. Avrupa'da yaklaşık %90'ı kadınlar olmak üzere en fazla ev işçisi çalıştıran ülkeler Fransa, İspanya ve İtalya'dır. Ev hizmetlerinde çalışan kişiler için koruma önlemlerinin zayıflığı sosyal politika alanında önemli bir sorun alanlarından biridir<sup>79</sup>. Zira yasal olarak korunmadıkları için kötü çalışma koşullarından mustariptirler<sup>80</sup>. Ev hizmetleri gibi geleneksel olmayan çalışma biçimlerinin uygulamada istikrarsızlığa ve eşitsizliğe neden olması ve işverenlerin kanundan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmasının kolaylığı nedeniyle iş hukukundaki temel sorun alanlarından biridir<sup>81</sup>.

Ev hizmetlerinde çalışanlarda olduğu gibi yüksek risk altında olmalarına rağmen özellikle tarım, inşaat, balıkçılık ve taşımacılık sektörlerinde kendi nam ve hesabına çalışanlar Çerçeve Direktif kapsamı dışındadır. Bu nedenle kendi hesabına çalışan kişilerin dikkate alınması ve maruz kalabilecekleri iş kazası ve meslek hastalıkları risklerinin önlenmesine yönelik Konsey tarafından öneri sunulmuş ve bu kişilere durumlarına uygun sağlık ve güvenlik eğitimi sağlanması yönünde görüş belirtilmiştir<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> SCHEIWE, Kirsten, Domestic Workers, EU Working Time Law and Implementation Deficits in National Law-Change In Sight?, EUI Working Paper LAW 2021/03, Italy, 2021, s. 2.

<sup>80</sup> TOMEI, Manuela / BELSER, Patrick, "New ILO Standards on Decent Work for Domestic Workers: A Summary of the Issues and Discussions", International Labour Review, V. 150 (3-4), 2011, s. 235-264, s. 431.

<sup>81</sup> CHO, Kyungbae, "Legal Problems and Assignments of Non-Standard Workers", Journal of Korean Law, Cilt 2, S. 2, 2002, s. 111.

<sup>82</sup> KOÇAK, Orhan / KORAY, Nazlıhan, "İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Avrupa Birliği Uygulamaları ve Türkiye'ye 1789. Yansımaları", *OPUS-Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 15, 2018, s. DOI: 10.26466/opus.376554; EU-OSHA, "Council Recommendation of Concerning the Improvement of the Protection of the

**Tablo 2.** Çerçeve Direktif, AB Ülkeleri ve Türkiye’de İSG’ye İlişkin Temel Düzenlemelerin Uygulama Alanları

|   | Ç. Direktif | İngiltere | Finlandiya | Almanya | Fransa | İspanya | İtalya | Estonya | Bulgaristan | Romanya | Türkiye |
|---|-------------|-----------|------------|---------|--------|---------|--------|---------|-------------|---------|---------|
| Kamu sektörü  | ⊙           | ⊙         | ⊙          | ⊙       | ⊙      | ⊙       | ⊙      | ⊙       | ⊙           | ⊙       | ⊙       |
| Özel sektör   | ⊙           | ⊙         | ⊙          | ⊙       | ⊙      | ⊙       | ⊙      | ⊙       | ⊙           | ⊙       | ⊙       |
| Çıracak ve stajyerler                                   | ⊙           | ⊙         | ⊙          | ⊙       | ⊙      | ⊙       | ⊙      | ⊙       | ⊙           | ⊙       | ⊙       |
| Ev hizmetlerinde çalışanlar                             | K<br>D      | K<br>D    | ⊙          | K<br>D  | ⊙      | K<br>D  | K<br>D | ⊙       | ⊙           | K<br>D  | K<br>D  |
| Uluslararası denizyolu taşımacılığı                     |             | K<br>D    |            | K<br>D  |        |         |        |         |             |         |         |
| Silahlı Kuvvetler (Savunma Güçleri, Askeri Hizmetler)   | K<br>D      |           | K<br>D     | ⊙       |        | K<br>D  | ⊙      | ⊙       | ⊙           | K<br>D  | K<br>D  |
| Polis teşkilatı   | K<br>D      | K<br>D    |            | ⊙       |        | K<br>D  | ⊙      | ⊙       |             |         | K<br>D  |
| Kendi hesabına çalışan kişiler                          | K<br>D      | ⊙         | ⊙          |         | K<br>D | ⊙       | ⊙      |         | ⊙           |         | K<br>D  |
| Mahkûm çalışmaları                                      |             |           | ⊙          |         |        |         | ⊙      | ⊙       |             |         | K<br>D  |
| Sivil Savunma, afet ve acil durum birimleri             | K<br>D      |           |            |         |        | K<br>D  | ⊙      | ⊙       |             | K<br>D  | K<br>D  |
| Profesyonel spor aktiviteleri                           |             |           | K<br>D     |         |        |         |        |         |             |         |         |
| Rehabilitasyon ile ilgili çalışmalar                    |             |           | ⊙          |         |        |         |        |         |             |         |         |
| Sıradan hobi faaliyetleri                               |             | K<br>D    | K<br>D     |         |        |         |        |         |             |         |         |
| Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri |             |           |            |         |        |         |        |         |             |         | K<br>D  |

\* “KD” olarak belirtilen alanlar Çerçeve Direktif veya ilgili ülkede kapsam dışı olarak belirlenen uygulama alanlarını ifade etmektedir.

Türkiye’de ev hizmetlerinde çalışanlarla birlikte fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerindekiler hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri, çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar, hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri ile afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri İSGK’nın kapsamı dışındadır. Bunun sebebi ise bazı faaliyetler için işin yapıldığı yer veya işin niteliği yönünden İSG önlemlerinin alınma zorluğudur<sup>83</sup>. Ancak Çerçeve Direktif’te hükümlü ve tutuklulara yönelik herhangi bir istisnaya yer verilmemektedir. Ev hizmetlerinin istisna tutulması konusunda ise Çerçeve Direktif kapsamında bulunmadığı gerekçe gösterilerek, İSGK tasarı sürecinde kanun kapsamına alınmadığı belirtilmektedir. Çerçeve Direktifin 2. maddesinde istisna tutulan kişilerin sağlık ve güvenliklerinin Direktif amaçları doğrultusunda sağlanması gereği ifade edilmektedir. Dolayısıyla istisna tutulan kişi veya faaliyetlerin mutlak kapsam dışında tutulması zorunlu kılınmamaktadır<sup>84</sup>. Kişilerin sağlık ve güvenlik imkânlarında eşit erişim hakkına sahip olması bakımından belirtilen istisnaların niteliğine göre kanun kapsamına alınması veya farklı bir düzenleme ile ele alınması yerinde olacaktır.

Genel itibariyle, Çerçeve Direktif ve ülke mevzuatlarında İSG yükümlülüklerinin uygulanmasında belirtilen istisnaların farklılık gösterdiği görülmektedir. İSG hükümlerinin kamu ve özel sektörde çok geniş bir kesimi kapsamasının önemi açık olmakla birlikte, söz konusu hükümlerin yaşama geçirilmesini sağlamak esas olmalıdır<sup>85</sup>.

### C. İşverenin İSG Eğitim Yükümlülükleri Bakımından

Çerçeve Direktif, AB Ülkeleri ve Türkiye’de işverenin İSG eğitim yükümlülüklerinin karşılaştırması aşağıda Tablo-3’te özetlenmektedir.

<sup>83</sup> BAYCIK, 2013, s. 108.

<sup>84</sup> KAPAR, Recep, “Türkiye’nin Çalışmada Sağlık ve Güvenlik Alanında Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu”, Çalışma ve Toplum, S. 2, 2021, s. 842.

<sup>85</sup> CENTEL, 2012, s. 80.

Tablo 3 incelendiğinde, Çerçeve Direktif’te yer alan işverenlerin İSG eğitimleri ile ilgili yükümlülüklerinin, Türkiye ve AB ülkelerinin kendi yasal mevzuatlarına uygun bir şekilde aktarıldığı görülmektedir. Hatta bazı ülkelerde, işten ayrı kalınması, iş kazası veya meslek hastalığı geçirilmesi durumlarında da Çerçeve Direktif yükümlülüklerine ilave olarak ek yükümlülükler getirildiği de görülmektedir. Nitekim konuya ilişkin Fransa mevzuatında çalışanın en az yirmi bir gün süre işten ayrı kalması veya ciddi bir iş kazası veya meslek hastalığı yaşaması durumunda çalışana İSG eğitimi verilmesi gerektiği öngörülmektedir. Benzer şekilde Estonya’da da çalışanın üç aylık bir süre işten ayrı kalması, çalışanın iş kazasına sebep olması veya olabileceği durumda çalışana İSG eğitimi verilmesi gerektiğini öngören bir düzenleme bulunmaktadır.

Fransa ve Estonya gibi Türkiye’de de İSG kanunu ile işverene İSG eğitimi bakımından benzer nitelikli ilave yükümlülükler getirilmiştir. Bu bağlamda İSGK’da çalışanın altı aylık bir süre işten ayrı kalması durumunda veya ciddi bir iş kazası veya meslek hastalığı yaşanması durumunda İSG eğitimi almasının sağlanması gerektiği belirtilmektedir.

AB ülkeleri ve Türkiye’de işverenin İSG eğitimleri ile ilgili yükümlülükleri değerlendirildiğinde, bazı ülkelerde geçici iş ilişkisi ile çalışmalar için de Çerçeve Direktif yükümlülüklerine ilave olarak ek yükümlülükler getirildiği görülmektedir. Bu bakımdan Almanya, Fransa, İspanya, Bulgaristan ve Türkiye gibi bazı ülkelerde geçici iş ilişkisine dayalı olarak çalışana işveren tarafından işyeri sağlık ve güvenlik riskleri konularında gerekli eğitimin verilmesi gerektiğini öngören düzenlemeler mevcuttur.

İşyerlerinde İSG eğitimleri tüm çalışanlara yönelik olmakla birlikte işverenlerin kişilere göre bazı özel eğitim yükümlülükleri de bulunmaktadır. İşverenler, ilkyardım, yangın söndürme ve tahliye gibi acil durumlarda görev alacak çalışanlar ile çalışan temsilcilerine veya sağlık ve güvenlik konusunda görevli çalışana eğitim sağlanması yanında başka bir işyerinden çalışmak üzere gelen çalışanların sağlık ve güvenlik riskleriyle ilgili gerekli bilgiyi almış olmasını ve geçici iş ilişkisi kurulması durumunda ise İSG risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlamak durumundadır.

**Tablo 3.** Çerçeve Direktif, AB Ülkeleri ve Türkiye’de İşverenin İSG Eğitim Yükümlülüklerinin Karşılaştırması

| İSG genel eğitim yükümlülükleri   | C.Direktif | İngiltere | Finlandiya | Almanya | Fransa | İspanya | İtalya | Estonya | Bulgaristan | Romanya | Türkiye |
|---|------------|-----------|------------|---------|--------|---------|--------|---------|-------------|---------|---------|
| Çalışanlara İSG eğitimi sağlamak  | ⊗          | ⊗         | ⊗          | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗           | ⊗       | ⊗       |
| Acil durumlarda görev alacak çalışanlara eğitim sağlamak  | ⊗          | ⊗         | ⊗          | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗           | ⊗       | ⊗       |
| Çalışanlara, işe başlamadan önce, iş değişikliğinde, yeni ekipman veya teknoloji kullanımında eğitim sağlamak         | ⊗          | ⊗         | ⊗          | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗           | ⊗       | ⊗       |
| Eğitimin yeni ve değişen risklere adapte edilmesini ve gerektiğinde periyodik olarak tekrarlanmasını sağlamak         | ⊗          | ⊗         | ⊗          | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗           | ⊗       | ⊗       |
| Başka bir işyerinden çalışmak üzere gelen çalışanların İSG riskleriyle ilgili gerekli bilgiyi almış olmasını sağlamak | ⊗          | ⊗         | ⊗          | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗           | ⊗       | ⊗       |
| Geçici iş ilişkisi kurulan çalışana İSG risklerine karşı eğitim verilmesini sağlamak                                  |            |           |            | ⊗       | ⊗      | ⊗       |        |         | ⊗           |         | ⊗       |
| Çalışan temsilcilerine veya sağlık ve güvenlik konusunda görevli çalışana eğitim verilmesini sağlamak                 | ⊗          | ⊗         | ⊗          | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗           | ⊗       | ⊗       |
| Eğitim maliyetini çalışanlara yansıtılmamak   | ⊗          | ⊗         | ⊗          | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗           | ⊗       | ⊗       |
| Eğitimi çalışma süresi içinde vermek  | ⊗          | ⊗         | ⊗          | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗      | ⊗       | ⊗           | ⊗       | ⊗       |
| En az yirmi bir gün işten ayrı kalan çalışanın eğitimlerini tekrarlamak   |            |           |            |         | ⊗      |         |        |         |             |         |         |
| Üç aylık bir süre işten ayrı kalan çalışanın eğitimlerini tekrarlamak   |            |           |            |         |        |         |        | ⊗       |             |         |         |
| Altı aylık bir süre işten ayrı kalan çalışanın eğitimlerini tekrarlamak   |            |           |            |         |        |         |        |         |             |         | ⊗       |
| Çalışanın iş kazasına sebep olması veya olabilme durumunda gerekli eğitimlerin tekrarlanmasını sağlamak               |            |           |            |         |        |         |        | ⊗       |             |         |         |
| Ciddi bir iş kazası veya meslek hastalığı yaşaması durumunda çalışanın eğitim almasını sağlamak                       |            |           |            |         | ⊗      |         |        |         |             |         | ⊗       |



Tüm bu eğitim yükümlülüklerine karşın, iş kazası kaynaklı ölümlerin önüne geçilebilmesi için öncelikle mesleki risklere karşı farkındalığın artırılması ve eğitim ve öğretimle işverenlerin kapasitelerinin artırılması olmak üzere iki koşul öne sürülmektedir. Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilen “AB İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Stratejik Çerçeve 2021-2027” raporunda toplumsal cinsiyet eşitliği gözetilerek çalışanların kişisel durumlarına göre uyarlanmış eğitimlerin verilmesi gereği vurgulanmaktadır. Ayrıca Komisyon, risk değerlendirmesi ve önleyici tedbirler için geliştirilmiş rehberlik ve eğitim sağlanması yönünde tüm üye devletlere çağrıda bulunmaktadır<sup>86</sup>.

## SONUÇ

İşverenlerin İSG genel eğitim yükümlülükleri değerlendirildiğinde; eğitim verilecek çalışanlar, özel durumlarda çalışacaklara verilmesi gerekli eğitimler, eğitimlerin hangi durumlarda verilmesi gerektiği, eğitim maliyetleri ve eğitimlerin ne zaman verileceği gibi konularda işverenlere çeşitli yükümlülükler getirildiği görülmektedir. Hatta çalışanların sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için işverenlerin temel yükümlülüklerini belirleyen Çerçeve Direktif yükümlülüklerine ilave olarak Türkiye, Almanya, Fransa, Estonya, İspanya ve Bulgaristan gibi bazı ülkelerde ek düzenlemeler de getirilmiştir. İlgili kanunlarda işverenlere eğitim yükümünün getirilmesi çalışma hayatı açısından özellikle de işe yeni başlayan bireylerin bilinç düzeylerinin artırılmasında oldukça önemlidir.

İşyerlerinde İSG kültürünün oluşturulması ve iş kazalarının önlenmesi bakımından yukarıda değinilen yükümlülüklerin önemi açıktır ancak bu yükümlülüklerin kimlere uygulanacağı, hangi işleri kapsayacağı konusu ise ayrı bir öneme sahiptir. Çünkü Çerçeve Direktif dâhil ülke mevzuatlarında tüm kamu ve özel sektör çalışanları uygulama alanı kapsamına alınmakla birlikte ev hizmetlerinde çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar gibi bazı özellikli işlerin kapsammasında ülkeler arasında farklılıklar olduğu görülmektedir. Bu kişilerin sunulan İSG hizmetlerin-

<sup>86</sup> EUROPEAN COMMISSION, EU Strategic Framework on Health and Safety at Work 2021-2027 Occupational Safety and Health in a Changing World of Work, Brussels, 2021, s. 14, 19.

den faydalanması buldukları ülkeye göre değişeceğinden, kapsamın bu tür hassas grupları kapsayacak şekilde genişletilmesi önerilmektedir<sup>87</sup>. Bu durum eğitimle ilgili yükümlülükler bakımından da uygulamanın kişilere veya yapılan çalışmanın niteliğine göre değiştiğini göstermektedir.

Türkiye açısından değerlendirme yapacak olursak, Türkiye’de 2012 yılında kabul edilen 6331 sayılı İSGK ile Çerçeve Direktif yükümlülüklerinin yasal mevzuata uygun bir biçimde aktarıldığı görülmektedir. Ancak mevzuat anlamında AB ülkeleri ile aynı hatta daha ileri yükümlülükler sahip olunmasına rağmen, giriş bölümünde değinildiği üzere Türkiye’nin ölümlü iş kazalarında AB ülkeleri arasında ilk sırada yer alması, iş kazalarının önlenmesinde önemli bir yere sahip olan eğitimle ilgili yükümlülüklerin uygulanmasında sorunların varlığını düşündürmektedir. Zira ÇSGB iş müfettişlerinin işyerlerinde yaptıkları denetimlerde, işyerlerinin %82,92’sinde tespit ettikleri en büyük eksiklik gerek işverenin gerekse çalışanların eğitimsizliği olarak belirlenmiştir.<sup>88</sup> Kamu görevlileriyle yapılan başka bir araştırma sonucunda ise katılımcıların %89’u İSG konusunda bir eğitim programı düzenlenmediğini, %84,32’si ise İSG ile ilgili herhangi bir eğitime katılmadıklarını beyan etmişlerdir.<sup>89</sup> Bu durum İSG eğitimine yeterince önem verilmediğini göstermektedir. Oysaki çalışanlarını seminer, konferans ve sürekli eğitim kurslarına katılmaya teşvik eden firmaların güvenlik alanındaki performanslarının daha iyi olduğu ve eğitimin, çalışanların yaptıkları işte daha yetkin hale gelmesini ve işlerin daha güvenli yürütülmesini sağladığı yapılan araştırmalarda ifade edilmektedir<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> COWI, 2015, s. 68.

<sup>88</sup> TUNALI, Nihat, “KOBİ’lerde İş Sağlığı ve Güvenliği”, VII. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı Bildiri Kitabı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İstanbul, 2014, s. 5.

<sup>89</sup> HOTAMAN, Murat, “Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasındaki Rolü ve Önemi”, 15. Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Kongresi Bildiri Kitabı, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2014, s. 402-408.

<sup>90</sup> HASLİNDA, SAHARUDİN, ROSLAN, MOHAMED, 2016, s. 144.

## ÖNERİLER

İSG uygulamalarında eğitim, önleyici yaklaşım politikalarında çok önemli bir yere sahiptir. Etkin ve yeterli bir eğitimle, çalışanlarda oluşturulacak iş sağlığı ve güvenliği kültürüyle iş kazası ve meslek hastalıklarında ciddi düşüşler yaşanabilir. Nitekim İSGK gerekçesinde de verilecek eğitimlerin amaca ve hedefe yönelik olması gerektiği, çalışanların yaptıkları işle ilgili davranışlarında olumlu değişikliğe neden olarak, uygun davranış sergilemesini sağlaması gerektiği belirtilmektedir<sup>91</sup>. İşyerlerinde gerçekleştirilen işbaşı, periyodik veya çeşitli mesleki eğitimler çalışanların kendilerini geliştirmesini, çalışma alanları ile ilgili daha bilgili ve bilinçli olmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda her bir eğitim yükümlülüğü açısından uygulamanın işletmelerde fiili olarak nasıl yapıldığının araştırılması ve uygulama sorunlarına yönelik politikalar geliştirilmesi iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesinde kritik bir role sahip olan eğitimin verimliliğini arttıracak ve daha etkin olmasını sağlayacaktır. İşletmelerde belirlenen kuralların uygulanması ise devlet tarafından denetlenmelidir.

Ancak İSG eğitimlerinin verimliliğinin sadece eğitim yükümlülüğüne sahip işverenler tarafından artırılması mümkün değildir. Eğitim politikalarının ulusal düzeyde tüm sosyal taraflarca benimsenerek devlet, sendikalar, mesleki kuruluşlar, üniversiteler, işverenler ve çalışanların katılımıyla ele alınması gerekmektedir.

İSG eğitimlerinin uygulama alanının kişilere veya işin niteliğine göre farklılık arz etmesi diğer önemli sorun kaynaklarından biridir. Çünkü ev hizmetlerinde çalışanlar başta olmak üzere mahkûm çalışmaları veya rehabilitasyonla ilgili çalışmalar gibi farklı faaliyetlerde verilecek eğitimin bazı ülkelerde kapsama alınması bazılarında ise kapsam dışında tutulması sağlık ve güvenlik kültürünün etkin bir şekilde oluşturulmasında engel teşkil edecektir. Zira toplumsal bir İSG bilinci oluşturulabilmesi için bütüncül bir yaklaşımla konunun ele alınması gereklidir. Bu bağlamda özellikle ev hizmetlerinde çalışanlar gibi eğitim

<sup>91</sup> AYDIN, Ufuk, " İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, 2012, s. 13; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 378.

imkânına sahip olamayan grupların İSG eğitimlerine yönelik ulusal politikalar belirlenerek uygulamaya konulmalıdır.

Eğitimlerin etkinliği için sadece çalışanlarla ilgili düzenlemelerle sınırlı kalınmamalı; eğitim verecek kişiler, işverenler, denetleyiciler ve iş hayatına atılacak bireylerin örgün eğitimlerinde sağlık ve güvenlik bilinç düzeylerini artıracak düzenlemeler getirilmelidir.

## KAYNAKLAR

### Kitap ve Makale Kaynakları

- AKTEKİN, Şeyda, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Günden Bugüne”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart, 2012, s. 93-105.
- ATEŞ, Zehra Gizem, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitilmeleri”, SÜHFD., C. 28, S. 2, 2020, s. 713-744.
- AYDINLI, İbrahim, “6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt 17, Sayı 30, 2013, s. 37-42.
- AYDIN, Ufuk, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, 2012, s. 10-19.
- AYDIN, Ufuk / GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, 4. Baskı, Eskişehir, 2013.
- BALOĞLU, Cem, Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği, Beta Basım, Mart, 2013.
- BAYCIK, Gaye, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Mayıs, 2013, s. 103-170.
- CENDEL, Tankut, “İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Son Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, 2006, s. 5-8.
- CENDEL, Tankut, “İSG Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Kapsamı (Scope and Content of the Act on Health and Safety at Work)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2012, s. 79-84.
- CHO, Kyungbae, “Legal Problems and Assignments of Non-Standard Workers”, Journal of Korean Law, Cilt 2, S. 2, 2002, s.111-134.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Basım, İstanbul, Beta, 2019.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İş Güvenliği Mühendisliği / İş Güvenliği Teknisyenliği, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım, Eylül, 2013.

- DEMİRCİOĞLU, A. Murat / KAPLAN, Hasan Ali, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt: 3, S. 42, 2014, s. 233-264.
- DONG, Xiuwen / ENTZEL, Pamela / MEN, Yurong / CHOWDHURY, Risana / SCHNEIDER, Scott, “Effects of Safety and Health Training on Work-Related Injury Among Construction Laborers”, *Journal of Occupational and Environmental Medicine*, Cilt: 46, Sayı: 2, 2004, s. 1222-1228.
- EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.
- ERTÜRK, Şükran, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 27, 2012, s. 13-24.
- GEREK, Nüvit, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Düşündürdükleri”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 28, 2012, s. 10-19.
- HASLINDA, Abdullah / SAHARUDİN, Shaharulliza / ROSLAN, Nur Hidayah / MOHAMED, Rosmah, “Safety Training, Company Policy and Communication for Effective Accident Management”, *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, Cilt: 6, Sayı: 9, 2016.
- JOAMETS, Kristi / LUUKAS, Liina, “The Legal Problems of Occupational and Health Safety in Estonia”, *International and Comparative Law Review*, Cilt 16, S. 2, 2016, s.157–172. DOI: 10.1515/iclr-2016-0021.
- KABAKÇI, Mahmut, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, Beta Basım, İstanbul, Kasım, 2009.
- KAPAR, Recep, “Türkiye’nin Çalışmada Sağlık ve Güvenlik Alanında Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu”, *Çalışma ve Toplum*, S. 2, 2021, s. 829-858.
- KARACA, Nuray, “AB Ülkelerinden Örneklerle Refah Sistemlerine Göre Asgari Gelir Uygulamalarının Karşılaştırmalı Bir Değerlendir-

- mesi”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Temmuz, 2014, 9-42.
- KILKIŞ, İlknur, DEMİR, Seçil, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Cilt: 3, S. 1, Ocak, 2012, s. 23-47.
- KOÇAK, Orhan / KORAY, Nazlıhan, (2018). “İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Avrupa Birliği Uygulamaları ve Türkiye’ye Yansımaları”, OPUS–Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 15, s. 1779-1811.
- MARISCAL SALDARIA, Miguel Angel / HERRERO, Susana Garcia / RODRIGUEZ, Javier Garcia / RITZEL, Dale, “The Impact of Occupational Hazard Information on Employee Health and Safety: An Analysis by Professional Sectors in Spain”, International Electronic Journal of Health Education, S. 15, 2012, s. 83-98.
- MUKHERJEE Snigdha, OVERMAN Lynn, LEVITON Laura, “Evaluation of Worker Safety and Health Training”, American Journal of Industrial Medicine, cilt 38, sayı 2, Ağustos, 2000, s. 155-163.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Nuri Çelik’e Saygı, İstanbul, Legal, 2008.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, Ankara, Beta Basım, Kasım, 2012.
- NARTER, Sami, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Kasım, 2018.
- OĞUZ, Özgür, AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul, Legal Kitabevi, Haziran, 2011.
- RUIU, Paolo / CIMMUTO, Angela Del, “Occupational Safety and Health Training according to EU”, Senses and Sciences a Journal of Education, Science and Technology, Cilt: 5, Sayı: 2, 2018, 505-516.
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 16. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.

- TIRABOSCHI, Michele / MATINEZ, Silvia Fernández, “Health and Safety in The Workplace in Italy”, IUSLABOR. - ISSN 1699-2938., S. 2, 2015, s. 22-28.
- TOMEI, Manuela / BELSER, Patrick, “New ILO Standards on Decent Work for Domestic Workers: A Summary of the Issues and Discussions”, International Labour Review, V. 150 (3-4), 2011, s. 235-264.
- WAEHRER, Geetha M. / MILLER, Ted R., “Does Safety Training Reduce Work Injury in the United States?”, The Ergonomics Open Journal, Sayı: 2, 2009, s. 26-39.
- YILDIZ, Ulaş, “Ağır ve Tehlikeli İşlerde Mesleki Eğitim Zorunluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, 2010, s. 96-106.

#### Bildiri Kaynakları

- HOTAMAN, Murat, “Sendikaların İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanmasındaki Rolü ve Önemi”, 15. Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Kongresi Bildiri Kitabı, Gazi Üniversitesi, 2014, s. 388-415.
- RATIU, Mariana / SUTEU, Corina / OARGA, Ioan-Florin, “Education and Training in Romania on Occupational Safety and Health in the Offshore Industry”, MATEC Web of Conferences 184 Annual Session of Scientific Papers IMT ORADEA, 2018, s. 1.
- TUNALI, Nihat, “KOBİ’lerde İş Sağlığı ve Güvenliği”, VII. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı Bildiri Kitabı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İstanbul, 2014.

#### Resmi Kurum Kaynakları

- ALES, Edoardo, “Occupational Health and Safety: a European and Comparative Legal Perspective”, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT-Working Papers 120/2015, Catania, 2015.
- ARNKIL, Antti, Occupational Safety and Health in Finnish SME’s: Occupational Safety and Health Guidebook, Laurea University of Applied Sciences Degree Programme in Security Management Bachelor’s Thesis, April, 2019.



- AYDIN, Fazıl, “Avrupa Birliği’nde İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayınları”, Sayı 12, 2014.
- COWI, “Evaluation of the Practical Implementation of the EU Occupational Safety and Health (OSH) Directives in EU Member States - Main Report”, DG Employment, Social Affairs and Inclusion, Kasım, 2015, s. 68.
- EVES, David, A Brief History Of The Origins, Development and Implementation Of Health and Safety Law in the United Kingdom, 1802–2014, İngiltere Sağlık ve Güvenlik Kurulu, 2014. <https://www.hse.gov.uk/aboutus/40/health-safety-history.htm> (Erişim tarihi: 05.04.2021).
- EU-OSHA, “Council Recommendation of Concerning the Improvement of the Protection of the Health and Safety at Work of Self-Employed Workers”, Official Journal, 2003/134/EC, 2003.
- EUROPEAN COMMISSION, EU Strategic Framework on Health and Safety at Work 2021-2027 Occupational Safety and Health in a Changing World of Work, Brussels, 2021.
- Federal Institute for Occupational Safety and Health, “Joint German Occupational Safety and Health Strategy-Goals and core elements”, 2010.
- İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü (İSGGM), “İstatistiklerle Türkiye’nin İSG Görünümü”, Ankara, Temmuz, 2020.
- Ministry of Social Affairs and Health, Policy for the Work Environment and Wellbeing at Work Until 2030-Safe and Healthy Working Conditions and Workability for Everyone, 2019, s. 16.
- SCHEIWE, Kirsten, Domestic Workers, EU Working Time Law and Implementation Deficits in National Law-Change In Sight?, EUI Working Paper LAW 2021/03, Italy, 2021.
- SCHMITZ FELTEN, Ellen / LIECK, Lothar, National Strategies in the Field of Occupational Safety and Health in the EU, European Agency for Safety and Health at Work-EU-OSHA, 2019, s. 33-42.

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), “İş Kazaları ve İşe Bağlı Sağlık Problemleri Araştırma Sonuçları”, Ankara, İşgücü ve Yaşam Koşulları Daire Başkanlığı, Ocak, 2014.

#### Mevzuat Kaynakları

Act 31 of 8th November 1995 on Prevention of Occupational Risks, Resmi Gazete, 10 Kasım 1995 tarih, 269 sayılı. <https://www.insst.es/documents/94886/200952/Act+31+of+8th+November+1995+on+prevention+of+occupational+risks> (Erişim tarihi: 29.03.2021).

Act on the Implementation of Measures of Occupational Safety and Health to Encourage Improvements in the Safety and Health Protection of Workers at Work (ArbSchG), Resmi Gazete, 07.08.1996 tarih, 1246 sayılı. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_arbschg/englisch\\_arbschg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_arbschg/englisch_arbschg.html) (Erişim tarihi: 29.03.2021).

Code du travail (CT), Resmi Gazete, 1910 tarih, FR-A-1910, L-60878 sayılı. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006072050/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/) (Erişim tarihi: 01.04.2021).

Health and Safety at Work Act, Resmi Gazete, 23.12.1997 tarih, 124 sayılı. [https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO:1100:P1100\\_ISO\\_CODE3,P1100\\_SUBCODE\\_CODE,P1100\\_YEAR:BGR,2016:NO](https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO:1100:P1100_ISO_CODE3,P1100_SUBCODE_CODE,P1100_YEAR:BGR,2016:NO) (Erişim tarihi: 03.04.2021).

Law No. 319/2006 on Safety and Health at Work, Resmi Gazete, 26.07.2006 tarih, 646 sayılı. <https://www.inspectiamuncii.ro/documents/66402/267275/Law+319+on+2006.pdf/43ef9465-6bf5-44c4-b912-3f7fa74eece8> (Erişim tarihi: 03.04.2021).

Legislative Decree no. 81 Concerning the Protection of Health and Safety in the Workplace, Resmi Gazete, 30.04.2008 tarih, 101 sayılı. <http://www.cip.srl/documenti/Testo%20Unico%20Salute%20e%20>

20Sicurezza%20sul%20lavoro%20-%20D.lgs.%2081-2008.pdf  
(Erişim tarihi: 29.03.2021).

Occupational Safety and Health Act, Resmi Gazete, 16.06.1999 tarih, I  
1999, 60, 616 sayılı.  
<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/511112013007/consolide> (Erişim tarihi: 29.03.2021).

Occupational Safety and Health Act No. 738/2002, Resmi Gazete,  
30.08.2002 tarih, 738 sayılı.  
[https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=62320](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=62320) (Erişim tarihi: 05.04.2021).

The Management of Health and Safety at Work Regulations 1999, Resmi  
Gazete, 1999 tarih, 3242 sayılı.  
<https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/3242/contents/made>  
(Erişim tarihi: 05.04.2021).

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Resmi Gazete, 30.06.2012  
tarih, 28339 sayılı.  
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6331.pdf> (Erişim tarihi: 05.04.2021).

89/391/EEC sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye  
Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 12 Haziran 1989 tarihli  
Konsey Direktifi (Çerçeve Direktif). Resmi Gazete, 29.06.1989  
tarih, L 183/1 sayılı  
<https://www.legislation.gov.uk/eudr/1989/391/contents> (Erişim tarihi: 29.03.2021).

## KISALTMALAR

|                     |  |
|---------------------|--|
| AB                  | : Avrupa Birliği   |
| ArbSchG             | : İşyerinde Çalışanların Sağlığı ve Güvenliğinin Geliştirilmesini Teşvik Etmek Amacıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerinin Uygulanmasına Dair Kanun |
| CT                  | : Fransa İş Kanunu (Code du travail)   |
| ÇSGB                | : Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı   |
| EU-OSHA             | : European Agency for Safety and Health at Work  |
| EUROSTAT            | : Avrupa İstatistik Ofisi  |
| HSWA                | : İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası   |
| İSG                 | : İşverenin iş sağlığı ve güvenliği  |
| İSGGM               | : İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü  |
| İSGK                | : 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu   |
| Kararname n.81      | : İşyerinde Sağlık ve Güvenliğin Korunmasına İlişkin 81 no'lu Kanun Hükmünde Kararname   |
| KD                  | : Kapsam dışı  |
| KOBİ                | : Küçük ve Orta Büyüklükte İşletme   |
| MHSW                | : İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetimi Yönetmelikleri  |
| OHSA                | : 1999 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun   |
| SGK                 | : Sosyal Güvenlik Kurumu   |
| TÜİK                | : Türkiye İstatistik Kurumu'nun  |
| 31/95 sayılı K      | : 31/95 sayılı Mesleki Risklerin Önlenmesi Kanunu  |
| 319 sayılı K.       | : 319 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu  |
| 738/2002 sayılı K.: | 738/2002 sayılı İş Güvenliği ve Sağlığı Kanunu.  |

## CUMHURBAŞKANININ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİ VE TÜRKİYE’NİN İSTANBUL SÖZLEŞMESİNDEN AYRILMASININ HUKUKİ ANALİZİ

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Taha DURMUŞ\*

### Öz

2011 yılında imzalanıp, 2012 yılında taraf olunan İstanbul Sözleşmesi’nin Türkiye bakımından feshedilmesine dair 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, 20 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Cumhurbaşkanı, Türkiye’nin taraf olduğu—TBMM’nin onaylanmasını uygun bulduğu—bir uluslararası antlaşmadan Türkiye’yi çekerken, 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 3. maddesinin verdiği yetkiyi kullanmıştır. 3718 Sayılı Karar yerindelik ve hukukilik tartışmalarına konu olmuş ve ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararı’nın iptali istemiyle Danıştay’da dava açılmıştır. Bu makale, Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden çıkmasının yerindelik tartışmalarından tamamen bağımsız olarak, bu Kararın iç hukuka ve uluslararası hukuka uygunluğunu incelemektedir. Bahusus, 2018 öncesi, Bakanlar Kurulunun uluslararası sözleşmeler üzerindeki yetkileri ve bu yetkilerin nasıl kullanıldığı irdelenmekte ve benzer yetkilerin 2018 yılı itibarıyla yürütmenin başı olarak Cumhurbaşkanı’na geçtiği gözlemlenmektedir. Dolayısıyla, kanun koyucu ilgili yetkileri Cumhurbaşkanı’ndan alana kadar ve uluslararası hukukun elverdiği ölçüde, devletin ve yürütmenin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanının, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası antlaş-

\* Dr. Öğretim Üyesi, Muş Alparslan Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Muş, Türkiye | Asst. Professor, Muş Alparslan University, Faculty of Economics and Administrative Science, Department of Public Administration, Law Sciences Sub-Department, Muş, Turkey

✉ mt.durmus@alparslan.edu.tr • ORCID 0000-0003-2269-6021

📄 **Atıf Şekli | Cite As:** DURMUŞ Mustafa Taha, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeler Üzerindeki Tasarruf Yetkisi ve Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesinden Ayrılmasının Hukuki Analizi”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1969-2007.

📄 **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

malardan Türkiye'yi çekme ve/veya bu antlaşmaları Türkiye bakımından fes-hetmeye yetkili olduğu anlaşılmaktadır.

### **Anahtar Kelimeler**

İstanbul Sözleşmesi • Uluslararası Sözleşmelerin Feshi • Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi • 244 Sayılı Kanun • 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

## **TURKISH PRESIDENT'S POWER ON TREATIES AND THE LEGAL ANALYSIS OF TURKEY'S WITHDRAWAL FROM ISTANBUL CONVENTION**

### **Abstract**

The Presidential Decision No. 3718, withdrawing Turkey from Assembly-approved Istanbul Convention was published in Official Gazette on 20 March 2021. This Decision has faced numerous criticism on its expediency and legality, and it is subject of a lawsuit with cancellation request before the Council of States. Regardless of Decision's propriety discussion, this article aims at examining the legality of the Decision pursuant to Turkish domestic law and international law. Specifically, Council of Ministers' authority on treaties and how this authority had been used until 2018 are scrutinized. In the post-2018 Turkey's Presidential System, quite similar authority on treaties has been bestowed on Turkish President. Therefore, until Turkey's Grant National Assembly takes back the President's power on treaties, and so long as international law accommodates such an action, Turkish President, as head of state and government, has the authority to both terminate bilateral treaties and withdraw Turkey from any multilateral treaties.

### **Key Words**

Istanbul Convention • Treaty Withdrawal • Vienna Convention on the Law of Treaties • Law No. 244 • Presidential Decree No. 9

## **GİRİŞ**

Devletler neden uluslararası sözleşmeleri imzalarlar? Bu sorunun muhtelif cevapları olsa da en kısa ve net cevabı şu şekildedir: Devletler kendi—askeri, ekonomik, sosyal, kültürel, ideolojik, dini—çıkarlarını muhafaza etmek ve ilerletmek amacıyla uluslararası sözleşmelere taraf olurlar.<sup>1</sup> Geçtiğimiz yüzyıla kadar monarşi düzenindeki yönetimle-

---

<sup>1</sup> NUECHTERLEIN, Donald E., "National Interests and Foreign Policy: A Conceptual Framework for Analysis and Decision-Making", British Journal of International

rin uygulayageldiklerinin aksine günümüzde ülkeler birbirleriyle sözleşme imzalarken bir dizi prosedürü takip etmek durumundadırlar. Ve nihayetinde, ülke meclislerinin de onayı alındıktan sonra uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girmesi mümkün olabilmektedir.<sup>2</sup> Uluslararası ilişkilerin en önemli prensibi olan “ulusal çıkar” gereği imzalanan ve yürürlüğe konan uluslararası sözleşmelerden devletler, yeri ve zamanı geldiğinde yine “ulusal çıkarı” muhafaza etmek amacıyla çıkılabilmektedirler.<sup>3</sup>

Burada, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesini uluslararası sözleşmelerden asla çıkılmaz şeklinde yorumlamanın uluslararası ilişkileri salt romantik açıdan değerlendirmek anlamına geleceği açıktır.<sup>4</sup> Ahde vefa ya da söze bağlılık olarak da adlandırılan bu ilke<sup>5</sup> *yürürlükte olan sözleşmelerin* tarafları bağlaması ve bu sözleşmelerin iyi niyet ile uygulanması gerekliliğini ifade etmektedir.<sup>6</sup> Bir uluslararası sözleşme bir ülke için hükümsüz hale geldiyse artık taraf devlet(ler) sözleşmeden ayrılan devletten sözleşmenin hükümlerini yerine getirmesini bekleyemeyecek ve bu durumda ahde vefa ilkesini ileri sürmek mümkün olmayacaktır.

---

Studies, C. 2, S. 3, 1976, s. 246-266; GUZMAN, Andrew T., *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, New York, 2008, s. 121; GEISINGER, Alex & STEIN, Michael A., “Rational Choice, Reputation, and Human Rights Treaties”, *Michigan Law Review*, C. 106, S. 6, 2008, s. 1130-31.

- <sup>2</sup> Uluslararası sözleşmelerin yapılışı ve ülkemizde yürürlüğe girmesi için bakınız, PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, 14. Bası, Ankara, 2017, s. 134-184. Bu sürecin Amerika Birleşik Devletleri’nde nasıl islediğini görmek için bakınız, VAGTS, Detlev F., “The Treaty-Making Process: A Guide For Outsiders”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, C. 17, S. 1, 2010, s. 127-146.
- <sup>3</sup> Ulusal çıkar ve ahde vefa ilkelerinin değerlendirildiği bir çalışma için bakınız, KIRDIM, Şahin Eray, “Uluslararası Hukuk Savaş Halinde: Trump Yönetiminin Uluslararası Hukuk Yaklaşımı Üzerine Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* S. 12, C.1, 2021, s. 149-151.
- <sup>4</sup> Ahde vefa ilkesinin sınırları için bakınız, BINDER, Christina, “Stability and Change in Times of Fragmentation: The Limits of Pacta Sunt Servanda Revisited”, *Leiden Journal of International Law*, C. 25, S. 4, 2012, s. 921-934.
- <sup>5</sup> PAZARCI, s. 197.
- <sup>6</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi [Vienna Convention on the Law of Treaties], 23 Mayıs 1969, 1155 U.N.T.S. s. 331, madde 26. VAHS’in Türkçe metni için bakınız, [https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin\\_view.php?editid1=438](https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438) (Erişim: 22.04.2021).

Bütün bunlara rağmen, ayrıca vurgulamak gerekir ki devletlerin taraf oldukları uluslararası sözleşmelerden sebepsiz yere de çıkmamaları gerekmektedir. Devletlerin uluslararası hukuka uygun olarak uluslararası sözleşmelerden çıkması ancak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde (VAHS) öngörülen şartlardan biri sağlandığında mümkündür. Bir devlet bu şartlardan birini sağlayamadığı müddetçe ahde vefa ilkesi ile bağlı olup taraf olduğu uluslararası sözleşmelere harfiyen uymakla mükelleftir.

Devletler uluslararası sözleşmelerden ayrılmak için VAHS'da öngörülmüş yasal bir zemin bulduklarında ise artık sözleşmeden çıkma kararının alınması için o devletin iç hukuku devreye girmektedir. Her ne kadar son dönemde yapılan uluslararası sözleşmelerde, o sözleşmeden nasıl çıkılacağını veya o sözleşmenin nasıl sonlanacağını düzenleyen hükümler konmaya başlandı ise de "İnsanlar düğün öncesi boşanmaktan bahsetmeyi sevmezler."<sup>7</sup> kaidesi gereği devletler uluslararası sözleşme yaparken o sözleşmenin nasıl sona ereceğini veya o sözleşmeden nasıl çıkılacağını zaman zaman öngörmemişlerdir. Benzer durum, iç hukuklarda da gözlemlenebilmektedir. Örneğin; 1982 Anayasasının 90. maddesi, genel olarak uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) bir kanunla o sözleşmenin yürütme tarafından onaylanmasının uygun bulmasını emrederken bir uluslararası sözleşmeden ayrılma veya bir sözleşmeyi feshetme konularını düzenlememiştir. Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi)<sup>8</sup> Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine karar verilmesinden sonra ise, bu yetkinin kimde olması gerektiği çokça tartışılmıştır.

<sup>7</sup> BEKTAŞ, Mehmet Halil Mustafa, "Birleşmiş Milletler Üyeliğinden Çekilmeye Dair Muhtemel Prosedürlerin İncelenmesi", Uluslararası İlişkiler, C. 16, S. 61, 2019, s. 40.

<sup>8</sup> Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi [Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence], 11 Mayıs 2011, 3010 U.N.T.S., 210 C.E.T.S. Sözleşme'nin Türkçe ve İngilizce ve Fransızca metinleri için sırasıyla bakınız, <https://rm.coe.int/1680462545>; <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/52313/Part/I-52313-08000002804031c8.pdf> (Erişim: 22.04.2021).



Bilindiği gibi, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzalanan ve onaylamanın uygun bulunması için TBMM'ye gönderilen İstanbul Sözleşmesi'nin onaylanması 24 Kasım 2011 tarihli ve 6251 Sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur.<sup>9</sup> TBMM, İstanbul Sözleşmesi'nin<sup>10</sup> onaylanmasını bir kanunla uygun bulduktan sonra, 10 Şubat 2012 tarihinde, Bakanlar Kurulu İstanbul Sözleşmesi'nin onaylanmasını kararlaştırmıştır.<sup>11</sup> 9 yıl sonra Cumhurbaşkanı, 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinden aldığı yetkiyi kullanarak, 19 Mart 2021 tarihli ve 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine karar vermiştir.<sup>12</sup>

Yukarıda belirttiğimiz gibi, bir ülkenin herhangi bir sözleşmeden çekilebilmesi (çok taraflı sözleşmeler) veya bir sözleşmeyi feshedebilmesi (iki taraflı sözleşmeler) için bu işlemin hem iç hukuka hem de uluslararası hukuka uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. II. kısımda, Türkiye'de uluslararası sözleşmeler üzerindeki tasarruf yetkisinin hangi mercie ait olduğu ve bu zamana kadar bu yetkilerin nasıl kullanıldığı incelenecektir. III. kısım Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmesinin iç hukuka (yetki yönünden) ve uluslararası hukuka uygun olup olmadığını irdelenecektir. IV. kısım olan Sonuç kısmı ise uluslararası sözleşmelerin ehemmiyeti göz önüne alındığında bunlarla alakalı yetkilerin hangi mercide olması ve bu yetkinin hangi normda düzenlenmesi gerektiği konularını tartışacaktır.

<sup>9</sup> Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun için bakınız, 29 Kasım 2011 tarihli ve 28127 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/20111129-2.htm> (Erişim: 18.04.2021).

<sup>10</sup> İstanbul Sözleşmesi'nin kapsamı için bakınız, BAYRAKTAR, Tuğba, "İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 87-111.

<sup>11</sup> Bakanlar Kurulunun İstanbul Sözleşmesi'nin onaylanmasını kararlaştırdığı 2012/2816 Sayılı Karar için bakınız, 8 Mart 2012 tarihli ve 28227 (Mükerrer) Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120308M1-1.htm> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>12</sup> 19 Mart 2021 tarihli ve 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı için bakınız, 20 Mart 2021 tarihli ve 31429 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf> (Erişim: 18.04.2021).

## I. CUMHURBAŞKANI'NIN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİ

Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile çıkması hem hukukilik hem de yerindelik açısından oldukça eleştirilmiştir.<sup>13</sup> Yerindelik tartışmalarını tamamen bir kenara koyduğumuzda hukukilik açısından dile getirilen en önemli eleştiri, Cumhurbaşkanı'nın ilgili kararının yetki yönünden hukuka aykırı olduğu iddiasıdır. Yürütmenin başı olarak Cumhurbaşkanı'nın, TBMM'de onaylanması uygun bulunmuş bir uluslararası sözleşmeden TBMM'nin onayını almadan çıkması, idare hukukunun temel prensiplerinden biri olan yetki ve usulde paralellik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın fonksiyon gaspı<sup>14</sup> yaptığı iddia edilmiştir.<sup>15</sup> Bu doğrultuda, Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden çekildiği 3718 Sayılı Cum-

<sup>13</sup> ŞEN, Ersan, İstanbul Sözleşmesi'nin Feshinin Hukukiliği Tartışması, 20 Mart 2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/istanbul-sozlesmesinin-feshinin-hukukiligi-tartismasi> (Erişim: 11.04.2021); GÖZLER, Kemal, Cumhurbaşkanı'nın Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesi'nin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler), 20 Mart 2021, <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm> (Erişim: 29.03.2021); KÖKER, Levent, İstanbul Sözleşmesi'nin İptalinin Anayasa'ya Aykırılığı Üzerine, 24 Mart 2021, Birikim Dergisi, <https://birikimdergisi.com/guncel/10531/istanbul-sozlesmesini-sona-erdirmeye-kararının-anayasaya-aykirligi-uzerine> (Erişim: 20.04.2021); BURSALI, Can, TBMM'nin kabul ettiği bir uluslararası antlaşmanın Cumhurbaşkanı tarafından feshedilmesi mümkün mü?, 20 Mart 2021, Independent Türkçe, <https://www.indyrturk.com/node/333111/haber/tbmmnin-kabul-etti%C4%9Fi-bir-uluslararası%C4%B1-antla%C5%9Fman%C4%B1n-cumhurba%C5%9Fkan%C4%B1- taraf%C4%B1ndan> (Erişim: 20.04.2021); GÜLMEZ, Mesut, İstanbul Sözleşmesi'nin Feshi Kararı, Soy Zinciri ve Anayasa'ya Aykırılık Sorunu, <http://arastirma.disk.org.tr/wp-content/uploads/2021/04/%C4%B0ST.S%C3%96Z.FESH%C4%B0-SORUNUVE-ANAYASA-01.04.2021-1.pdf> (Erişim: 20.04.2021); ASLAN, Volkan, İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi, 29 Mart 2021, <https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/amp/> (Erişim: 11.04.2021).

<sup>14</sup> Fonksiyon gaspı: “[i]darenin dışındaki kişi ve kurumların idare adına işlem yapması veya idarî makam ve organların idare fonksiyonu dışında bir karar alması” şeklinde tanımlanmıştır. İŞIKLAR, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXIX, S. 1 -2, 2011, s. 817.

<sup>15</sup> ŞEN; GÜLMEZ.

hürbaşkanı Kararı'nın iptali için Danıştay'da<sup>16</sup> yürütmenin durdurulması<sup>17</sup> istemiyle iptal davası açılmış ve 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında Cumhurbaşkanına uluslararası sözleşmelerden çekilme ve/veya uluslararası sözleşmeleri sona erdirmeye yetkileri veren kısımlarının Anayasaya aykırılığı iddia edilerek somut norm denetiminin<sup>18</sup> gerçekleştirilmesi talep edilmiştir.<sup>19</sup>

Genel olarak, anayasa ve/veya kanunlar bir idari işlemin hangi koşullarda, neden, nasıl ve hangi sürede yapılacağını ve bu işlemin kimler tarafından tesis edileceğini, değiştirileceğini veya kaldırılacağını tayin ederler. Fakat bazı durumlarda kanun koyucu bir işlemin tesis edilmesinde hangi merciin yetkili olduğunu ve hangi usulle o işlemin gerçekleştirileceğini belirler.

<sup>16</sup> 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesine göre, Danıştay Cumhurbaşkanının kararlarının hukuka uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir.

<sup>17</sup> 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde *telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması* şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler." (vurdu eklendi). Danıştay 10. Dairesi 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın yürütmesinin durdurulması istemini reddetmiştir. KARAKAŞ İsmet, Danıştay 10. Dairesi, İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilme Kararının Yürütmesinin Durdurulması İstemini Reddedti, Anadolu Ajansı, 29.06.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/danistay-10-dairesi-istanbul-sozlesmesinden-cekilme-kararinin-yurutmesinin-durdurulmasi-istemini-reddetti/2289237>, (Erişim: 05.07.2021).

<sup>18</sup> 1982 Anayasasının 152. maddesinde somut norm denetimi şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri özelinde somut norm denetiminin gerçekleşmesi hakkında ayrıntılı analiz için bakınız, AZAKLI, Murat, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", Anayasa Yargısı, C. 36, S. 1, 2019, s. 73-103.

<sup>19</sup> Bu konuda açılmış çok sayıda davalardan biri olan İstanbul Barosu'nun, 22 Mart 2021 tarihli, Danıştay'a gönderilmek üzere hazırlanmış olduğu dava dilekçesi için bakınız, [https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/ISTANBUL\\_SOZLESMESI22032021.pdf](https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/ISTANBUL_SOZLESMESI22032021.pdf) (Erişim: 11.04.2021). Ayrıca, Cumhuriyet Halk Partisi de ilgili kararın iptali için Danıştay'a dava dilekçesini göndermiştir. Bakınız, CHP İstanbul Sözleşmesi için Danıştay'a başvurdu, 22 Nisan 2021, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/chp-istanbul-sozlesmesi-icin-danistaya-basvurdu-1830142> (Erişim: 11.04.2021).

seceğini belirtmekle beraber, o işlemin ortadan kaldırılışı veya değiştirilmesi hususlarını düzenlemeye gerek duymaz veya düzenlemeyi unuttur. Yetki ve usulde paralellik (“bir şey yapıldığı gibi çözülür”)<sup>20</sup> ilkesi de bu gibi durumlarda uygulanan bir ilke olup “kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, bir idari işlemin tesisinde uygulanan yetki ve usul kurallarının aynı işlemin geri alınması, kaldırılması ve değiştirilmesi işlemlerinde de aynen uygulanmasını ifade etmektedir.”<sup>21</sup> Açıkça görülmektedir ki, yetki ve usulde paralellik ilkesi ancak kanunda *aksi düzenlenmemiş olduğu müddetçe* uygulama alanı bulabilmektedir.<sup>22</sup> Eğer bir kanun, bir işlemin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda farklı bir yöntemi benimsemiş veya farklı bir kişi veya kurumu yetkilendirmiş ise yetki ve usulde paralellik ilkesinin uygulanabilmesine olanak—ve dahi ihtiyaç—yoktur.<sup>23</sup>

Yukarıda değinildiği gibi, 1982 Anayasasının 90. maddesi, uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girmesi hususunda TBMM’nin yetkisini düzenlemiştir. İlgili maddenin 1. Fıkrası: “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.” diyerek yürütme organının diplomatik çabaları neticesinde şekillenen ve nihayete erdirilen uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girmesini kanun koyucunun rızasına bağlanmıştır.<sup>24</sup> Fakat, 1982 Anayasası, uluslararası sözleşmeleri değiştirme, fesketme veya sözleşmelerden çekilme konularında bir düzenleme ve görev paylaşımı yapmamıştır.

<sup>20</sup> GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 17. Baskı, Bursa, 2020, s. 364.

<sup>21</sup> HASOĞLU, Aynur, “Danıştay Kararları Işığında Yetki Ve Usulde Paralellik İlkesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.9, S.33 2018, s. 139.

<sup>22</sup> Bu hususta Danıştay, önüne gelen bir davada şöyle hükmetmiştir: “[i]dare [h]ukukunun temel prensiplerinden biri olan yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca: *yasada aksine bir düzenleme bulunmadıkça*, bir işlemin tesisinde uygulanan yetki ve usul koşullarının aynı işlemin geri alınması ve kaldırılması işlemlerinde de aynen uygulanması zorunludur.” Danıştay 8. Daire, T. 26.11.2013, E. 2013/5211, K. 2013/8692, nakleden HASOĞLU, s. 124 (vurgu eklendi).

<sup>23</sup> GÖZLER, s. 364; HASOĞLU, s. 134.

<sup>24</sup> 1982 Anayasası madde 90 (1).

Bu noktada, yetki ve usulde paralellik ilkesi mucibince, yürütme organının, uluslararası sözleşmelerden çekilirken veya bunları feshederken yasama organının rızasını alması gerektiği akıllara ilk gelen argüman olsa da bu konuda (sözleşmelerden çekilme veya sözleşmeleri feshetme yetkileri) yetki ve usulde paralellik ilkesini bypass edecek bir düzenlemenin olup olmadığı irdelenmesi gerekmektedir. Aşağıdaki kısımlar, yürütme organının (2018'e kadar Bakanlar Kurulu, 2018 sonrası Cumhurbaşkanlığı) uluslararası sözleşmeler üzerinde tasarruf yetkilerini inceleyecek ve öncesinde kanun, sonrasında ise Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yürütme organının uhdesine verilmiş olan uluslararası sözleşmelerden ayrılma veya bunları feshetme yetkileri, yetki ve usulde paralellik ilkesinin kapsamında olmadığı tespit edilecektir.

### A. Bakanlar Kurulunun Uluslararası Antlaşmalar Üzerindeki Yetkisi

Uluslararası antlaşmalar üzerinde tasarruf yetkisi, 11 Haziran 1963 tarihinde yürürlüğe giren 244 Sayılı “Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması İle Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun” ile Bakanlar Kuruluna tevdi edilmiştir.<sup>25</sup> TBMM bu yetkileri Bakanlar Kuruluna devrederken o zaman bünyesinde bulunan iki ayrı meclis—Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi—bu kanunu ayrı ayrı onaylamıştır.<sup>26</sup> Ayrıca, Kanun’un “Kaldırılan Hükümler” başlıklı 8. maddesi, hükümete daha önce *başka* kanunlarla verilmiş milletlerarası sözleşme yapma yetkilerinin kaldırıldığını da belirtmiştir.<sup>27</sup> Dolayısıyla TBMM, hükümetin

<sup>25</sup> 244 Sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun’un 31 Mayıs 1963’te TBMM’de kabul edilen *orijinal* hali için bakınız, 11 Haziran 1963 tarihli ve 11425 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11425.pdf> (Erişim: 26.03.2021).

<sup>26</sup> Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi kabul tutanağı için bakınız, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM\\_/d01/c017/mm\\_\\_01017088s0114ek01.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c017/mm__01017088s0114ek01.pdf) (Erişim: 18.04.2021).

<sup>27</sup> 244 Sayılı Kanun 8. maddesi şu şekildedir: “Türkiye Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilatı, Milletlerarası Sivil Havaçılık Teşkilatı, Milletlerarası Çalışma Teşkilatı ve Dünya Sağlık Teşkilatı arasında Teknik Yardım Teminine Mütedair Esas Anlaşma ve eklerinin Onanması hakkında 3 Temmuz 1953 tarihli ve 6114 sayılı Kanunun 2 nci maddesi, Yabancı memleketlerle muvakkat mahiyette

(Bakanlar Kurulunun) uluslararası sözleşmeler üzerindeki tasarruf yetkilerinin hepsini tek bir kanunda toplamıştır. 244 Sayılı Kanun'un 1963 yılından 2018 yılına kadar sadece bir maddesinde ufak bir değişikliğe uğradığı göz önüne alındığında,<sup>28</sup> bu zaman zarfında (1963-2018) siyasi partiler, medya kuruluşları, üniversiteler ve diğer sivil toplum kuruluşları, bu yetkilerin TBMM tarafından yürütme organına devri hususunda ya hatırı sayılır itirazda bulunmamışlar ya da 55 yıl boyunca göreve gelen TBMM üyelerine ikna edici argümanlar sunamamışlardır.<sup>29</sup> Bakanlar Kurulu, 244 Sayılı Kanundan aldığı yetkileri ise 11 Haziran 1963 tarihinden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilen 9 Temmuz 2018 tarihine kadar kullanmıştır.

TBMM 244 Sayılı Kanun ile hangi yetkileri Bakanlar Kuruluna tevdi etmiştir? Kanun'un 1. maddesi Bakanlar Kuruluna "[m]illetlerarası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması . . . andlaşmalara katılma bildirilerinin yapılması için Türkiye Cumhuriyetinin

---

modüsvendiler ve ticaret anlaşmaları akdi ve bunların şümulüne giren maddelerin gümrük resimlerinde değişiklik yapılması ve anlaşmaya yanaşmayan devletler muvaredatına karşı tedbirler alınması hususunda Hükümete salahiyet verilmesi hakkında 1 Şubat 1956 tarihli ve 6653 sayılı Kanununun 1, 2 ve 3 üncü maddeleri ile Birleşmiş Milletler Andlaşması ile Birleşmiş Milletler Teşkilatına bağlı ihtisas müesseselerinin Ana Sözleşmeleri, Avrupa Ekonomik İş Birliği Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Münakit Ekonomik İş Birliği Anlaşması, Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Hükümetimiz tarafından imza edilmiş, veya edilecek sair andlaşma ve sözleşmelerin icaplarından olarak ilgili Hükümet ve teşekküller veya bunlar namına hareket edecek müesseseler ile kredi, yardım ve ödeme anlaşmaları akdine Hükümetin salahiyetli kılınması hakkında 20 Mayıs 1959 tarihli ve 7280 sayılı Kanununun 1, 2 ve 3 üncü maddeleri yürürlükten kaldınmıştır."

<sup>28</sup> 244 Sayılı Kanun'un "Andlaşmalarla ilgili Belgelerin Hazırlanması" ile ilgili 4. maddesi 1969 yılında 1173 Sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değişikliğe uğramıştır. 1173 Sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi Ve Koordinasyonu Hakkında Kanun için bakınız, 17 Mayıs 1969 tarihli ve 13201 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13201.pdf> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>29</sup> Yine de belirtmek gerekir ki, Türkiye İşçi Partisi, 244 Sayılı Kanun'un bazı maddelerinin 1961 Anayasasına aykırı olduğu gerekçesiyle o maddelerin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmış, Anayasa Mahkemesi ise dava neticesinde ilgili maddelerin Anayasaya aykırı olmadığı yönünde oy çokluğu ile karar vermiştir. Fakat, Türkiye İşçi Partisi, 244 Sayılı Kanun'la Bakanlar Kuruluna uluslararası sözleşmelerin fesih yetkisinin verilmesi hususunun bir iptalini talep etmemiştir. Anayasa Mahkemesi, E. 1963/311 K. 1965/12 RG. 24.12.1965 / 12185.

temsilcilerinin tayini ve bu temsilcilerin yetkilerinin tespiti . . ." yetkilerini vermiştir.<sup>30</sup> Kanun'un 2. maddesi ise hangi hallerde TBMM'nin bir kanun ile uluslararası bir sözleşmeyi uygun bulması gerektiğini düzenlemiştir.<sup>31</sup> Kanun ayrıca, uluslararası sözleşmeler ile ilgili belgelerin hazırlanmasını (4. madde), iktisadi, ticari, idari ve teknik sözleşmelerin yapılmasında hükümetin yetkisini (5. madde), NATO ile ilgili uluslararası sözleşmelerin yapılmasında hükümetin yetkisini (6. madde), ve uluslararası sözleşmelerde yer alan maddelerin gümrük resimleriyle ilgili olan hükümetin yetkisini (7. madde) düzenlemiştir.

244 Sayılı Kanun'un bu çalışmayı doğrudan ilgilendiren en önemli maddesi ise "Onaylama ve Sair Tasarruflar" başlıklı 3. maddedir. Bu maddenin Bakanlar Kuruluna geniş yetkiler veren 1. fıkrası aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan bir Milletlerarası Andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve *bunları sona erdirmeye*, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olur."<sup>32</sup>

TBMM'nin her iki meclisinde de kabul edilip zamanın Cumhurbaşkanı (Cemal Gürsel) tarafından da onaylanan 244 Sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasının düz (lafzi) anlamına bakıldığında, TBMM: (i) uluslararası sözleşmeleri onaylama<sup>33</sup> ve/veya uluslararası sözleşmelere katılma (çok taraflı sözleşmeler);<sup>34</sup> (ii) uluslararası sözleşmelerin yürür-

<sup>30</sup> 244 Sayılı Kanun'un 1. maddesi.

<sup>31</sup> 244 Sayılı Kanun'un 2. maddesi.

<sup>32</sup> 244 Sayılı Kanun'un 3. maddesi 1. fıkrası (vurgu eklendi).

<sup>33</sup> Örnek olarak, 1964 yılında uluslararası sözleşmeleri onaylama yetkisi 6/3820 Sayılı "Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Yaratan Anlaşma"nın onaylanmasına dair Karar ile Bakanlar Kurulu tarafından açıkça kullanılmıştır. Bakınız, 17 Kasım 1964 tarihli ve 11858 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11858.pdf> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>34</sup> Örnek olarak, 1968 yılında uluslararası sözleşmelere katılma yetkisi 6/10266 Sayılı "Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmeye Şartlı Olarak Katılmamız Hakkında Karar" ile Bakanlar Kurulu tarafından açıkça kullanılmıştır. Bakınız, 5 Ağus-

lük süresini uzatma;<sup>35</sup> (iii) uluslararası sözleşmelerin uygulama alanının değiştiğini tespit etme;<sup>36</sup> (iv) uluslararası sözleşmeleri askıya alma;<sup>37</sup> ve (v) uluslararası sözleşmeleri sona erdirmeye (iki taraflı sözleşmeler)<sup>38</sup>

---

tos 1968 tarihli ve 12968 Sayılı Resmî Gazete  
<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12968.pdf> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>35</sup> Örnek olarak, 2011 yılında uluslararası sözleşmelerin yürürlük süresini uzatma yetkisi 2011/1289 Sayılı ve "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Sınai Kalkınma Örgütü (UNIDO) Arasında Bölgesel İşbirliği İçin Türkiye'de Bir UNIDO Merkezi Kurulmasına İlişkin Anlaşma'nın yürürlük süresinin" 5 yıl uzatılması ile Bakanlar Kurulu tarafından açıkça kullanılmıştır. Bakınız, 15 Şubat 2011 tarihli ve 27847 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110215-14.htm> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>36</sup> Örnek olarak, 2007 yılında sözleşmelerin uygulama alanının değiştiğini tespit etme yetkisi 2007/11787 Sayılı ve "Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Kişi Sorumluluğuna İlişkin 29 Temmuz 1960 tarihli Paris Sözleşmesi'nin uygulama alanının, OECD Konseyi tarafından hazırlanan Beyan'a uygun olarak Hong Kong Özel İdari Bölgesi'ni kapsayacak biçimde tespit edilmesi" kararıyla Bakanlar Kurulu tarafından açıkça kullanılmıştır. Bakınız, 22 Mart 2007 tarihli ve 26470 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/03/20070322-3.htm> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>37</sup> Örnek olarak, 2003 yılında uluslararası sözleşmeleri askıya alma yetkisi 2003/5735 Sayılı ve "Türkiye ile Azerbaycan arasında vize muafiyetine ilişkin, . . . 28 Şubat 1992 tarihinde mektup teatisi yoluyla imzalanan ve 14/4/1992 tarihli ve 92/3042 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Anlaşmanın 1 inci maddesinin uygulanmasının durdurulması" kararı ile Bakanlar Kurulu tarafından açıkça kullanılmıştır. Bakınız, 3 Temmuz 2003 tarihli ve 25157 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030703.htm#4> (Erişim: 20.04.2021). Ayrıca, 5469 Sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Türkiye ile Suriye arasında Serbest Ticaret Alanı Tesis Eden Ortaklık Anlaşması 6 Aralık 2011 tarihli ve 2011/2517 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile askıya alınmıştır. Bakınız, 14 Aralık 2011 tarih ve 28142 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/12/20111214-1-4.htm> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>38</sup> 2007 yılında bu yetki Bakanlar Kurulu tarafından açıkça kullanılmış ve Türkiye 2007/12847 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Bulgaristan ile olan ikili anlaşmasını feshetmiştir. İlgili Bakanlar Kurulu Kararının metni: "6 Temmuz 1994 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret ve Ekonomik, Sınai ve Teknik İşbirliği Anlaşması'nın, 1/1/2007 tarihinden geçerli olmak üzere feshi; Dışişleri Bakanlığı'nun 23/10/2007 tarihli ve HUMŞ/361 Sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 Sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 12/11/2007 tarihinde kararlaştırılmıştır." Bakınız, 7 Aralık 2007 tarihli ve 26723 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071207-3.htm> (Erişim: 20.04.2021).



ve/veya uluslararası sözleşmelerden çekilme (çok taraflı sözleşmeler)<sup>39</sup> yetkilerinin *hepsini tek tek* açık bir şekilde Bakanlar Kuruluna devretmiştir. Bakanlar Kurulu da 33 ila 39. dipnotlarda belirtildiği üzere bu yetkilerin *hepsini tek tek* kullanmıştır. Bu Kanun ile, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna devretmediği neredeyse tek yetki "onaylamayı bir kanunla uygun bulma" yetkisidir. Ki bu yetki, hem 1961 Anayasasında<sup>40</sup> hem de 1982 Anayasasında<sup>41</sup> açıkça TBMM'ye verilmiştir. Bu yetkinin 244 Sayılı Kanun ile yürütme organına devri yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Uluslararası sözleşmelerin onaylanmasının uygun bulunması hakkındaki yetki dışında kalan geniş yetkilerin TBMM tarafından yürütme organına devredilmesinin ve bu yetkilerin uzun yıllar boyunca yürütme organında kalmasının en önemli sebebi ise hem 1961<sup>42</sup> hem de 1982<sup>43</sup>

<sup>39</sup> 2007 yılında bu yetki Bakanlar Kurulu tarafından açıkça kullanılmış ve Türkiye 2007/12876 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Vatandaşlığın Kazanılması Konusunda Karşılıklı Bilgi Verilmesi Hakkında Sözleşme' den çıkmıştır. İlgili Bakanlar Kurulu kararının metni: "Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonunun 10 Eylül 1964 tarihli 8 numaralı Vatandaşlığın Kazanılması Konusunda Karşılıklı Bilgi Verilmesi Hakkında Sözleşme'sinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından sona erdirilmesi; Dışişleri Bakanlığının 1/11/2007 tarihli ve HUMŞ/1072 Sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 Sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 19/11/2007 tarihinde kararlaştırılmıştır." Bakınız, 7 Aralık 2007 Tarihli ve 26723 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071207-5.htm> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>40</sup> 1961 Anayasasının 65. maddesinin 1. fıkrası: "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı Devletlerle ve milletlerarası kurullarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır."

<sup>41</sup> 1982 Anayasasının 90. maddesinin 1. fıkrası: "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır."

<sup>42</sup> 1961 Anayasasının 6. maddesi "yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir." şeklinde düzenlenirken, 105. maddesi ise "Başbakan, Bakanlar kurulunun başkanı olarak, Bakanlar arasında işbirliğini sağlar ve Hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur." şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>43</sup> 2017 Anayasa değişikliği öncesi 1982 Anayasasının 8. maddesi: "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." 1982 Anayasası ilga edilen 112. maddesi ise "Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini

Anayasalarının Başbakan ve Bakanlar Kurulu'na "hükümetin genel siyasetinin yürütülmesi" yetki ve görevini vermesi olduğu açıktır.<sup>44</sup> Fakat unutulmamalıdır ki 3. maddede belirtilen uluslararası sözleşmelerin uygulama alanının değiştiğini tespit etme yetkisi, uluslararası sözleşmeyi bizzat değiştirebilme anlamına gelmemektedir.<sup>45</sup> Bakanlar Kurulunun bu yetkisi, sadece bir tespit yetkisi olup Bakanlar Kurulu; yürürlükte olan bir uluslararası sözleşmenin yapısını, hükümlerini tek başına değiştirme yetkisine sahip olmadığı anlaşılmalıdır.<sup>46</sup> Prensip olarak Bakanlar Kurulu, bir uluslararası sözleşmenin içeriğini ve/veya belirli hükümlerini sözleşmeye taraf olan devlet(ler) ile müzakere edip değiştirdiği durumda, ilgili değişiklik Anayasanın 90. maddesinin 1. fıkrasındaki hükme tabi olup TBMM'nin değişikliği bir kanun ile uygun bulması gerekmektedir.<sup>47</sup>

Sonuç olarak 1963 yılından 2018 yılına kadar olan dönemde ufak bir değişiklik ile yürürlükte kalan 244 Sayılı Kanun, yürütmeye (Bakanlar Kuruluna) uluslararası sözleşmeleri hazırlama, imzalama, TBMM'de onaya sunma, uygulama, askıya alma yetkilerini tevdi ettiği gibi "bunları sona erdirme" yani uluslararası sözleşmeleri feshetme ve uluslararası sözleşmeden çıkma yetkilerini de vermiştir. Bakanlar Kurulu ise bu yetkileri 55 yıl boyunca *bilfiil* kullanmış,<sup>48</sup> ve bu süre içerisinde iktidara gelen partiler veya TBMM'de söz sahibi olan siyasi parti grupları bir anlamda bu yetkileri hükümetin genel politikaları çerçevesinde değerlendirmiş ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkileri geri almamıştır.<sup>49</sup>

---

sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur." şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>44</sup> Bakınız, PAZARCI, s. 238.

<sup>45</sup> Bakınız, adı geçen eser, s. 239.

<sup>46</sup> Bakınız, adı geçen eser, s. 239.

<sup>47</sup> Bakınız, adı geçen eser, s. 239.

<sup>48</sup> Bakınız 33 ve 39 arasındaki dipnotlar.

<sup>49</sup> Burada, "sukut tasdiktir" ilkesi veya benimsenmeyen uluslararası bir teamülün doğmasının engellenmesinde esas teşkil eden "sürekli itiraz" (persistent objection) ilkesi hatırlanmalıdır. Ve dolayısıyla, 1963-2018 yılları arasında TBMM'de görev yapan milletvekilleri bu maddeyi değiştirmediyse veya konunun uzmanları ve akademisyenler bu duruma itirazda bulunmadıysa, Bakanlar Kuruluna verilen bu geniş yetkileri—özellikle uluslararası sözleşmelerin feshi veya uluslararası sözleş-

## B. Cumhurbaşkanının Uluslararası Antlaşmalar Üzerindeki Yetkisi

### 1. 2017 Anayasa Değişikliği ile Yürütme Yetkisi ve Görevinin Cumhurbaşkanına İntikali

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin benimsendiği 6771 Sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" TBMM'de 142 ret oyuna karşı 339 oyla kabul edilmiş,<sup>50</sup> Cumhurbaşkanı'na gönderilmiş ve Cumhurbaşkanı ilgili Kanun'u halkoyuna sunulmak üzere 11 Şubat 2017 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlamıştır.<sup>51</sup> 6771 Sayılı Kanun 16 Nisan 2017 tarihinde ise halkın %51.4 evet oyu ile yasalasmıştır.<sup>52</sup> 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile—değişiklik hükümleri 2017 yılından sonra "birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte" başlamak üzere<sup>53</sup>—Türkiye yıllardır uygulayageldiği Parlamenter Sistem'den<sup>54</sup> Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçmiş ve yürütme yetkisi ve görevi cumhurbaşkanına verilmiştir.<sup>55</sup> Anayasa değişikliği ile Anayasa maddelerinde zikredilen "Bakanlar Kurulu" ibareleri "Cumhurbaşkanlığı" ibaresi ile değiştirilmiştir.<sup>56</sup> Cumhurbaşkanının yeni sistemde yürütmenin başı olarak görev ve yet-

---

melerden çekilme yetkileri—hükümetin genel siyasetinin yürütülmesi (yürütmeye ilişkin konular) kapsamında değerlendirmiş oldukları anlaşılmalıdır.

<sup>50</sup> Demirci, Yasin, Anayasa değişikliği kabul edildi, Anadolu Ajansı, 21.01.2017, <https://www.aa.com.tr/tr/info/infografik/3603> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>51</sup> 6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bakınız, 11 Şubat 2017 ve 29976 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm> (Erişim: 20.04.2021)

<sup>52</sup> UZUN, Yeşim & NİSAN, Fatma, "16 Nisan 2017 Anayasa Değişikliği Referandum Sürecinin Ulusal Basındaki Haber Çerçevesi Üzerine Bir Çalışma", İNİF E-DERGİ, C. 3, S. 1, 2018, s. 163.

<sup>53</sup> 6771 Sayılı Kanun madde 18(a).

<sup>54</sup> DOĞAN, Bayram, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 3, 2020, s. 966.

<sup>55</sup> 1982 Anayasası madde 8; 6771 Sayılı Kanun madde 8, 10 ve 16.

<sup>56</sup> 6771 Sayılı Kanun, madde 16: B.

kilerinin genel çerçevesi ise Anayasanın 104. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>57</sup>

Anayasanın içinde yer alan Bakanlar Kurulu ile ilgili hükümlerin tek tek değiştirilmesi ve/veya kaldırılması, Cumhurbaşkanının yetkilerinin, sorumluluklarının ve seçiminin tespit edilmesi ve diğer maddelerde yapılan düzenlemeler, Anayasa metnini Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne uyarlamıştır. Anayasa lafzının yeni sisteme uyarlanmasına karşın, tabiidir ki kanunların ve diğer mevzuatın düzenlenmesi/değiştirilmesi, 6771 Sayılı Anayasa değişikliği Kanun'u ile kendiliğinden gerçekleşmemiştir. Örneğin, Anayasanın 8. ve 104. maddeleri yürütme yetki ve görevini açıkça Cumhurbaşkanına vermiş ve Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu ile ilgili diğer maddeler ilga olmuşken, 244 Sayılı Kanun hâlâ uluslararası sözleşmelerle alakalı yetkiyi Bakanlar Kuruluna vermiş olup bu gibi durumların da düzeltilmesi gerekmektedir. Her ne kadar, 6771 sayılı Kanun'un 17. maddesinin G fıkrası "[k]anunlar ve diğer mevzuat ile Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapıncaya kadar Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır" ibaresi ile bu belirsizlik aşılmaya çalışıldıysa da çoğu kanun nihai olarak *tek tek* değişmek durumundaydı. Bu yüzden, Anayasa değişikliği Kanunu'nun 17. maddesinin B fıkrası TBMM'yi şu şekilde görevlendirmiştir: "[b]u Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İktüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar."<sup>58</sup>

Böylelikle, TBMM, Parlamenter Sistem'den Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçişten kaynaklanan değişikliklerin diğer tüm kanunlara ve mevzuata yansımaları sağlamalarıyla sorumlu tutulmuştur. TBMM ise 10 Mayıs 2018 tarihli ve 7142 Sayılı "6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde

<sup>57</sup> COŞKUN, Vahap, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi," C. 22, S. 36, 2017, s. 17-20.

<sup>58</sup> 6771 Sayılı Kanun madde 17.

Değişiklik Yapılması Konusunda Yetki Kanunu"<sup>59</sup> ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçiş için "yapılan değişikliklere uyum sağlamak üzere" Bakanlar Kuruluna mevzuatta değişiklik yapılması hususunda *birden fazla* kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi vermiştir.<sup>60</sup>

## 2. Mevzuatın KHK'ler ile Yeni Sisteme Uyarlanması ve 244 Sayılı Kanun'un Değişmesi

Bakanlar Kurulu, görev süresinin dolmasına kısa bir süre kala, 7142 Sayılı yetki kanunu gereği Türkiye'de uygulanan mevzuatın Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine uyum sağlaması amacıyla, 698,<sup>61</sup> 699,<sup>62</sup> 700<sup>63</sup> ve 703<sup>64</sup> No'lu KHK'leri çıkartmış, kanunlarda bulunan Bakanlar Kurulu ibarelerini Cumhurbaşkanı ibaresiyle değiştirmiş ve ge-

<sup>59</sup> 7142 Sayılı "6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Konusunda Yetki Kanunu için bakınız, 18 Mayıs 2018 tarihli ve 30425 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/05/20180518-2.htm> (Erişim: 26.03.2021).

<sup>60</sup> 7142 Sayılı Kanun'un 2. maddesine göre "Bakanlar Kuruluna verilen yetki, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının and içerek göreve başladığı tarihe kadar geçerlidir. Bu süre içinde Bakanlar Kurulu *birden fazla* kanun hükmünde kararname çıkarabilir."

<sup>61</sup> 2 Temmuz 2018 tarihli ve 698 No'lu 477 Sayılı Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname için bakınız, 4 Temmuz 2018 tarihli ve 30468 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180704-1.htm> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>62</sup> 14 Haziran 2018 tarihli ve 699 No'lu Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname için bakınız, 6 Temmuz 2018 Tarihli ve 30470 Sayılı Resmî Gazete (Mükerrer) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180706M1-1.pdf> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>63</sup> 2 Temmuz 2018 tarihli ve 700 No'lu Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname için bakınız, 7 Temmuz 2018 Tarihli ve 30471 Sayılı Resmî Gazete (2. Mükerrer) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180707M2-1.pdf> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>64</sup> 2 Temmuz 2018 tarihli ve 703 No'lu Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname için bakınız, 9 Temmuz 2018 Tarihli ve 30473 Sayılı Resmî Gazete (3. Mükerrer) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709M3-1.pdf> (Erişim: 21.04.2021).

reklı gördüğü maddelerde de ilgili değişiklikleri yapmıştır. KHK'ler ile yüzlerce kanun yeni sisteme adapte edilirken 244 Sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması İle Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" da hiç şüphesiz bu değişimden nasibini almıştır.

9 Temmuz 2018 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 703 No'lu KHK'nin 181. maddesinin (a) fıkrasına göre 244 Sayılı Kanun'un yeni adı: "Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanı'na Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" olarak değişmiştir. İlgili maddenin (b) ve (c) fıkraları ise 244 Sayılı Kanun'un 5. ve 7. maddelerinin yeni sisteme uyarlanması için adı geçen maddelerde birtakım teknik değişiklikler yapmıştır. En önemli ve dikkat çekici değişiklik ise, 181. maddenin (ç) fıkrası ile 244 Sayılı Kanun'un—bir önceki bölümde detaylıca analiz edilen ve Bakanlar Kuruluna uluslararası sözleşmelerle alakalı geniş yetkiler veren—1. ve 3. maddelerinin *yürürlükten kaldırılmış* olmasıdır.<sup>65</sup> Sonuç olarak 1963 yılından beri yürütme organına uluslararası sözleşmeleri hazırlama, imzalama, TBMM'de onaya sunma, uygulama, askıya alma, feshetme veya sözleşmelerden çıkılmasına karar verme yetkilerini veren 244 Sayılı Kanun'un en önemli maddeleri 703 No'lu KHK ile yürürlükten kaldırılmış ve kanımızca bu yetkiler, yetkiyi 1963 tarihinde Bakanlar Kuruluna devreden TBMM'ye rücu etmiştir.

Tüm bu yasal değişiklikler mevzuatı Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne adapte ederken 24 Haziran 2018 Pazar günü yapılan Cumhurbaşkanlığı ve 27. dönem Milletvekili Genel Seçimi<sup>66</sup> neticesinde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin ilk Cumhurbaşkanı, halkın %52,59'unun oyunu almış;<sup>67</sup> 9 Temmuz 2018 tarihinde TBMM'de and

<sup>65</sup> 703 No'lu KHK'nin 181. maddesinin (ç) fıkrası, 244 Sayılı Kanun'un 1., 2., 3., 4., ve 6. maddelerini yürürlükten kaldırmıştır.

<sup>66</sup> Bu seçimler, 2017 yılındaki Anayasa değişikliği sonrası yapılan ilk TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleridir.

<sup>67</sup> 24 Haziran 2018 tarihinde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı ve 27. Dönem Milletvekili Genel Seçim Sonuçları için bakınız, Yüksek Seçim Kurulundan Duyuru <https://ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/24Haziran2018/KesinSecimSonuclari/2018CB-416D.pdf> (Erişim: 21.04.2021).

içerek göreve başlamış;<sup>68</sup> aynı tarihte Bakanlar Kurulu lağvedilmiş ve Türkiye, fiilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçmiştir.<sup>69</sup>

### 3. 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

9 Temmuz 2018 tarihinde yürütme yetkisi ve görevini bizzat üstlenen Cumhurbaşkanı,<sup>70</sup> Anayasa ve kanunlardan kaynaklanan yetki ve görevlerini kullanmaya başlamıştır.<sup>71</sup> Özellikle, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası, Cumhurbaşkanı'na "yürütme yetkisine ilişkin konularda" kararname çıkartma yetkisi de vermiştir.<sup>72</sup> Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hangi konularda düzenlenebileceği, hangi konularda *asla* kararname düzenlenemeyeceği, Cumhurbaşkanı Kararnamelerinin hükümleri ile kanunlarda yer alan hükümler arasında bir ihtilaf çıkması halinde kanunun hükümlerinin uygulanacağı ve nihai olarak TBMM'nin aynı konuda bir kanun çıkartmak suretiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini hükümsüz hale getirebileceği de yine Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenmiştir.<sup>73</sup>

Cumhurbaşkanı yürütmeye ilişkin konularda "ilk elden düzenleme yapma"<sup>74</sup> yetkisini ilk olarak 10 Temmuz 2018 tarihinde 1 No'lu

<sup>68</sup> Başkan Erdoğan yemin etti, Anadolu Ajansı, 09.07.2018, <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/baskan-erdogan-yemin-etti/1198770> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>69</sup> YENİAY, Lokman & YENİAY, Gülden, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Anayasa Yargısı, C. 36, S. 1, 2019, s. 108.

<sup>70</sup> Anayasa madde. 8: "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."

<sup>71</sup> Ayrıca, Anayasanın bazı maddelerinde (örneğin Anayasa madde 104, 106, 108 ve 118) hangi konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkartılması gerektiği düzenlenmiştir. Bakınız, Cemre AKYILMAZ, "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, 2019, s. 194.

<sup>72</sup> Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin sınırları için bakınız, YENİAY & YENİAY, s. 122-130; Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetimi için bakınız, ATAR, Yavuz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", Anayasa Yargısı, C. 36 S. 1, 2019, s. 241-259; AÇIL, Murat, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76 S. 2, 2018, s. 725-756.

<sup>73</sup> 1982 Anayasası, madde 104 (17).

<sup>74</sup> Bakınız, AYM, T: 02/05/2018, E: 2017/143, K: 2018/40, § 4, RG, 13.05.2020, S. 31126, nakleden, DOĞAN, s. 977.

“Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”ni Resmî Gazete’de yayımlamak suretiyle kullanmaya başlamıştır.<sup>75</sup> Bu çalışmayı doğrudan ilgilendiren 9 No’lu “Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ise 15 Temmuz 2018 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.<sup>76</sup> Denilebilir ki, 9 ila 15 Temmuz 2018 tarihleri arasında yürütmenin (Cumhurbaşkanının) uluslararası sözleşmeleri hazırlama, imzalama, TBMM’de onaya sunma, askıya alma, feshetme veya sözleşmeden çıkma ile alakalı kanuni ve/veya hukuki bir yetkisi bulunmamaktadır.<sup>77</sup> 15 Temmuz 2018 tarihli 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükten kaldırılan ve dolayısıyla meclise iade edilen uluslararası sözleşmeler ile alakalı yetkiler yürütme yetkisine ilişkin konular olarak telakki edilmiş ve bu yetkilerin hemen hemen hepsi yeniden ama bu sefer kanun ile değil, daha düşük hukuki değere sahip Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tesis edilmiştir.<sup>78</sup>

9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin içeriğine ve sistematikğine baktığımızda, 244 Sayılı Kanun ile oldukça benzer bir nitelik gö-

<sup>75</sup> 1 No’lu “Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” için bakınız, 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180710-1.pdf> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>76</sup> 9 No’lu “Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” için bakınız, 15 Temmuz 2018 tarihli ve 30479 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180715-6.pdf> (Erişim: 20.04.2021).

<sup>77</sup> 244 Sayılı Kanun’un en önemli maddeleri 703 No’lu KHK ile ilga edildiğinden, 2018 yılından beri, Cumhurbaşkanı’nın uluslararası sözleşmelerin feshedilmesi veya sözleşmelerden çıkılması hususunda hâlâ *kanuna* dayalı bir yetkisi bulunmamaktadır. Bakınız, COLARES, Juscelino F. & DURMUŞ, Mustafa T., “TURK-SWITCH: The Tariff-Leverage and Legal Case for Turkey’s Switch from EU–Turkey Customs Union to FTAs with the European Union and Beyond”, *Journal of International Economic Law*, C. 22, S. 1, 2019, s. 113. 244 Sayılı Kanun’un en önemli maddeleri—o maddelerdeki Bakanlar Kurulu ibarelerinin Cumhurbaşkanı ile değiştirileceğine—ilga edilip bunun yerine aynı yetkilerin 6 gün sonra 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenme ihtimali yazarların gözünden kaçmış, ve analizlerinde 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ni dikkate alamamışlardır.

<sup>78</sup> Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri için bakınız, ASLAN, Volkan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, 2019, s. 145-152.



rülmektedir.<sup>79</sup> 244 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde Bakanlar Kuruluna verilen yetkiden farksız olarak 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “[m]illetlerarası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması, nota teatisine konu teşkil etmesi veya bu andlaşmalara katılma bildirilerinin yapılması için atanacak Türkiye Cumhuriyeti temsilcileri ve bu temsilcilerin yetkileri, Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirlenir. Bu kararlar, Resmî Gazete’de yayımlanmaz.”<sup>80</sup> Görüldüğü üzere, 244 Sayılı Kanun’un ve 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddeleri neredeyse aynı dili kullanmışlardır.<sup>81</sup> Buradaki tek önemli fark, tahmin edilebileceği üzere, 244 Sayılı Kanun ile yetki Bakanlar Kuruluna, 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ise yetki Cumhurbaşkanına verilmiştir.

244 Sayılı Kanun’a benzer şekilde 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesi de hangi hallerde TBMM'nin kanun ile uluslararası sözleşmeleri uygun bulması gerektiğini, hangi hallerde ise sözleşmelerin doğrudan Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanabileceğini düzenlemiştir.<sup>82</sup> 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ayrıca, uluslararası sözleşmelerin yayımını (4. madde), hazırlık çalışmalarını (5. madde), TBMM'ye gönderilecek uluslararası sözleşmeleri (6. madde), NATO ile ilgili uluslararası sözleşmelerin yapılmasında Cumhurbaşkanının yetkisini (7. madde) düzenlemiştir.<sup>83</sup>

9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin “Onaylama” başlığıyla hazırlanan 3. maddesinin 1. fıkrası ise aşağıdaki şekildedir:

“Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti'ni

<sup>79</sup> Bakınız, ASLAN, dipnot 10.

<sup>80</sup> 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 1. madde.

<sup>81</sup> Metinde alıntı yapılan 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesi ile karşılaştırmanın daha kolay yapılabilmesi için bakınız, 244 Sayılı Kanun'un 1. maddesi: “Milletlerarası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması veya nota teatisine konu teşkil etmesi veyahut bu andlaşmalara katılma bildirimlerinin yapılması için Türkiye Cumhuriyeti temsilcilerinin tayini ve bu temsilcilerin yetkilerinin tesbiti, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olur. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanmaz.”

<sup>82</sup> 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 2. madde.

<sup>83</sup> 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 4., 5., 6., ve 7. maddeler.

bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, *Cumhurbaşkanı kararı* ile olur.”<sup>84</sup>

9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 3. maddesinin 1. fıkrası ile makalenin II.A kısmında ayrıntılı analiz edilen 244 Sayılı Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasının benzerliğini gözler önüne serebilmek için 244 Sayılı Kanun’un 3. maddesinin burada tekrar zikredilmesinde fayda görülmektedir:

“Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti’ni bağlayan bir Milletlerarası Andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, *Bakanlar Kurulu kararnamesiyle* olur.”<sup>85</sup>

Bu iki fıkranın karşılaştırılması neticesinde görüyoruz ki bu iki fıkra neredeyse birebir aynı lafza sahiptir. 244 Sayılı Kanun’unda olup da 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde yer verilmeyen tek husus “bunlara [uluslararası sözleşmelere] katılma” ibaresidir. Ayrıca, 244 Sayılı Kanun; Bakanlar Kurulunu, 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ise Cumhurbaşkanını yetkilendirmiştir. Sonuç olarak 11 Haziran 1963 tarihinden 9 Temmuz 2018 tarihine kadar 55 yıl boyunca yürütmeye (Bakanlar Kurulunda) olan uluslararası sözleşmeler üzerindeki tasarruf yetkisi, 6 gün boyunca tüm yetkilerin asli sahibi olan TBMM’ye tabiri caiz ise ödünç bırakılmış, 15 Temmuz 2018 tarihinde ise bu yetki, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tekrar yürütmeye (Cumhurbaşkanına) geçmiştir.

Buradaki en dikkat çekici husus ise şudur: 7142 Sayılı Kanun’a göre Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi’ne geçiş için mevzuat uyumu sağlanması maksadıyla KHK kullanarak kanunlarda değişiklik yapma

<sup>84</sup> 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 3. madde, 1. fıkrası (vurgu eklendi).

<sup>85</sup> 244 Sayılı Kanun 3. madde 1. fıkrası (vurgu eklendi).

yetkisine sahip olan Bakanlar Kurulu, 244 Sayılı Kanun'un 1 ve 3. maddelerinde yer alan "Bakanlar Kurulu Kararnamesi" ibareleri ile "Cumhurbaşkanı Kararı" ibarelerini yer değiştirme yetkisine sahipken<sup>86</sup> bu maddeleri neden ilga etmiştir? Kanaatimize göre, Bakanlar Kurulu 244 Sayılı Kanun'un dilinde uyarılama yapacağına, ihtimaldir ki 244 Sayılı Kanun'un bizce en önemli maddelerini sehven yürürlükten kaldırmıştır çünkü 9 Temmuz 2018 tarihinde 703 No'lu KHK ile ilgili maddelerin yürürlükten kaldırılmasına rağmen, *bundan sadece 6 gün sonra*, 15 Temmuz 2018 tarihinde 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi *aynı* sistematikte *aynı* hükümleri *aynı* maddelerde *aynı* dili kullanarak tekrar düzenlemiştir. Fakat bu sefer Cumhurbaşkanı, feshetme ve ayrılma yetkileri de dahil, uluslararası sözleşmeler hakkında neredeyse tüm yetkilerini kanundan değil; kendi yayımladığı, kanundan daha düşük bir norm olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nden almaktadır.

Yine de vurgulamak gerekir ki 1963 yılında TBMM; uluslararası sözleşmelerle alakalı—onaylamayı uygun bulma hariç—konuları *yürütmeye ilişkin konular* olarak telakki etmiş ve yürütmeyi bu anlamda yetkilendirmiştir. Bakanlar Kurulu da yürütme organı olarak 2018 yılına kadar 55 yıl boyunca bu yetkileri kullanmıştır. Kaldı ki 2018 yılında bu yetkiler bizzat TBMM tarafından da yürürlükten kaldırılmamıştır. Bu yetkilerin 1963 yılında Bakanlar Kuruluna verilmesi, 55 yıl boyunca aralıksız Bakanlar Kurulunda kalması ve TBMM'nin bu yetkileri bu süre içinde geri almaması gösteriyor ki bu yetkiler tamamıyla Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında belirtilen, *yürütme yetkisine ilişkin*, hükümet etmekle alakalı konulardır.

Bununla beraber, Cumhurbaşkanı her ne kadar haklı olarak uluslararası sözleşmeleri hazırlama, imzalama, TBMM'de onaya sunma, uygulama, askıya alma, bunları feshetme veya bunlardan çıkma konularını yürütme yetkisine ilişkin konular olarak değerlendirmiş ve bu konuda 9

<sup>86</sup> Bu duruma örnek teşkil edebilecek yüzlerce değişiklikten sadece bir tanesi için bakınız, 703 No'lu KHK'nin 159 uncu maddesi. Bu madde, 1173 Sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun'un Dış iktisadi münasebetlerin yürütülmesinde ahenk ve işbirliği başlıklı "2 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Bakanlar Kurulu kararnamesiyle" ibareleri "Cumhurbaşkanı kararıyla" şeklinde ve ikinci fıkrasında yer alan "Bakanlar Kurulu kararnamesinde" ibaresi "Cumhurbaşkanı kararında" şeklinde değiştirilmiştir."

No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkartmışsa da, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası gereği TBMM, *her zaman*, Cumhurbaşkanlığı'nın çıkartmış olduğu kararnamelerde düzenlenen—dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkin—konularda kanun çıkartma yetkisine haizdir ve TBMM'nin istemesi halinde 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale gelebilecektir.<sup>87</sup> Anayasanın bu hükmünün mefhum-u muhalifi yöntemiyle yorumlanmasından da anlaşılacağı gibi TBMM daha önce çıkarılan bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile aynı konuda kanun *çıkartmamış* ise TBMM bu konuda bir kanun çıkartana kadar, TBMM'nin ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ni zımnen de olsa kabul etmiş olduğu düşünülmektedir.<sup>88</sup>

Son olarak, 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının ve 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasının 1982 Anayasanın 2, 6, 7, 88, 90 ve 104. maddelerine aykırılık iddiasıyla, 2018 yılında, yürütmenin durdurulması talebiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi ilgili maddelerin Anayasaya aykırı olmadığı yönünde ve iptal taleplerinin reddine karar vermiştir. Burada önemli olan nokta, söz konusu soyut norm denetimi için açılan davada, Cumhurbaşkanına uluslararası sözleşmelerden ayrılma veya bunları feshetme yetkisi tanıyan 3. maddenin 1. fıkrasının iptali istenmemiştir.<sup>89</sup> Ayrıca, Anayasa Mahkemesi bu davaya ilişkin kararında “[y]asama organının andlaşmalara ilişkin yetkisi ise andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulmaktan ibarettir” demek suretiyle pozitif hukukumuzda göre TBMM'nin uluslararası sözleşmelerle alakalı *tek* yetkisini belirtmiştir.<sup>90</sup>

Yukarıda sıralanan tüm nedenlerden dolayı 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin hukuka uygun olduğu mülâhaza edilmektedir. Dolayısıyla, mevcut duruma göre Cumhurbaşkanı; herhangi bir uluslararası sözleşmeyi hazırlama, imzalama, TBMM'de onaya sunma, uygu-

<sup>87</sup> 1982 Anayasası madde 104 (17).

<sup>88</sup> Burada, Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri üzerinde Anayasanın 148 ve 152 maddeleri gereğince soyut ve somut norm denetimi yapabilmesi elbette ki göz ardı edilmemelidir.

<sup>89</sup> AYM, T. 25/06/2020, E. 2018/126, K. 2020/32, RG, T. 29.07.2020, S. 31200.

<sup>90</sup> AYM, T. 25/06/2020, E. 2018/126, K. 2020/32, § 23, RG, T. 29.07.2020, S. 31200.

lama, askıya alma yetkilerine sahip olduğu gibi Türkiye'nin ulusal çıkarına aykırı olduğunu düşündüğü uluslararası sözleşmeleri sona erdirmeye ve uluslararası sözleşmelerden çıkma yetkilerine de sahiptir.

### III. TÜRKİYE'NİN İSTANBUL SÖZLEŞMESİ'NDEN AYRILMASININ HUKUKİ ANALİZİ

#### A. Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden Ayrılma Kararının Yetki Yönünden Değerlendirilmesi

Yukarıda Cumhurbaşkanı'nın uluslararası sözleşmeler üzerinde tasarruf ve özellikle uluslararası sözleşmelerden ayrılma yetkisini tespit ettikten sonra, 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshi konusunu değerlendirmek gerekmektedir.

Şüphesiz, aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet dünyanın en yaygın problemleri arasındadır. Problemin önemini anlayabilmek için Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine bakılması yeterlidir. Bu verilere göre, dünya genelinde her üç kadından biri hayatı boyunca en az bir defa fiziksel ya da cinsel saldırıyla karşılaşmaktadır.<sup>91</sup> Maalesef, Türkiye de bu problemin en yaygın olduğu ülkeler arasında yer almaktadır.<sup>92</sup> Bu problemin şiddetini azaltmak için Türkiye, hem uluslararası sözleşmelere taraf olmasına, hem de iç hukukta birtakım düzenlemeler yapmasına rağmen<sup>93</sup> bu hususta gözle görülür bir mesafe kaydedememektedir. Şu-

<sup>91</sup> Violence Against Women, Key Facts, World Health Organization, 9 Mart 2021, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>, (Erişim: 05.07.2021).

<sup>92</sup> Ayşe Sayın, TBMM'ye Sunulan Hacettepe Araştırması: 10 Kadından 4'ü Şiddete Maruz Kalıyor, BBC Türkçe, 29.04.2021, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-56927855> (Erişim: 05.07.2021); WHO European Region Fact Sheet Violence Against Women Prevalence Estimates, 2018, World Health Organization, 2021, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/341602/WHO-SRH-21.9-eng.pdf>, (Erişim: 05.07.2021). Dünya genelindeki durumu gösteren en güncel rapor için bakınız, Violence Against Women Prevalence Estimates, 2018, World Health Organization, Publication, 9 Mart 2021, <https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256>, (Erişim: 05.07.2021).

<sup>93</sup> Örneğin, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi; Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi; 6284 Sayılı Ailenin Ko-

rası bir gerçektir ki kadına yönelik şiddet her gün artarak devam etmekte ve bu hususun mutlak surette önlenmesi gerekmektedir. Kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddetin engellenmesi konularında İstanbul Sözleşmesi'nin mağdurlar için faydalı ve failer için caydırıcı olduğu hususunda literatürün kahir ekseriyeti hemfikir olsa da,<sup>94</sup> İstanbul Sözleşmesi'nde düzenlenen bazı hususların insan fıtratına aykırı ve İslam'ın temel değerleriyle çeliştiği ve bu yüzden İstanbul Sözleşmesi'nden çıkılması gerektiği de savunulmuştur<sup>95</sup>—ki bu argümanlar 3718 Sayılı Karar'ın bizce nedenini teşkil etmektedir. Takdir edilir ki neredeyse her gün bir kadın cinayeti yaşanan bir ülkede<sup>96</sup> kadınların yaşam hakkını bu kadar yakından ilgilendiren bir Karar'ın haklı sebebinin makul olup olmadığı ve 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un İstanbul Sözleşmesi'ne ihtiyaç bırakmayacak derecede yeterli olup olmadığı konuları kapsamlı ve derin analizler gerektirmekte ve dolayısıyla ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil etmektedir. Bu yüzden bu çalışma, 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın hukuka uygun olup olmadığına odaklanmıştır.

---

runması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun; ve 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu.

<sup>94</sup> Bakınız, BAYRAKTAR, s. 91-95; KAYA-KIZILIRMAK, Cansu, "İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler," *Public and Private International Law Bulletin*, C. 40, S. 2, 2020, s. 629-652; AYHAN, Tutku, "Protecting the Woman or the Family? Contradiction Between the Law and Its Practice in Violence Against Woman Cases in Turkey", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 1, 2017, s. 143-146; ZERE, Fatih, "İstanbul Sözleşmesinin, Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Etkisinin Siyasi Parti Kadın Kolları Üyeleri Açısından Değerlendirilmesi", *Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 2, 2021, s. 629-634; GRANS, Lisa, "The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence", *Human Rights Law Review*, C. 18, S. 1, 2018, 133-155; DE VIDO, Sara, "The Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System", *European Journal of Legal Studies*, C. 9, S. 2, 2017, s. 69-102.

<sup>95</sup> Bakınız, DURSUN, Akif, "İstanbul Sözleşmesi'nin İslâm Hukukuna Göre Değerlendirilmesi", *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 19, 2020, s. 41-68.

<sup>96</sup> Bakınız, Cankut TAŞDAN, Kadın Cinayeti İstatistikleri Raporu Yansıdı, Anadolu Ajansı, 05.04.2019, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/kadin-cinayeti-istatistikleri-raporu-yansidi/1443092>, (Erişim: 05.07.2021).

Öncelikle, 20 Mart 2021 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan bu karar bir idari işlemdir. Anayasanın 125. maddesi mucibince idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup<sup>97</sup> Cumhurbaşkanının kararlarının hukuka uygunluğunu Danıştay denetlemektedir. Makalenin II. kısmında değinildiği üzere, Cumhurbaşkanının TBMM’de onaylanması uygun bulunmuş olan İstanbul Sözleşmesi’nden Türkiye’yi TBMM’nin onayını almadan çıkarmasının yetki ve usulde paralellik ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı’nın iptali için Danıştay’da dava açılmış; bu davada ayrıca 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı’nın yürütmesinin durdurulması ve 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve Cumhurbaşkanına Türkiye’yi uluslararası sözleşmelerden çekme yetkisi veren ibarenin de Anayasaya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetiminin yapılması istenmiştir.

9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 3. maddesinin 1. fıkrasındaki Cumhurbaşkanına uluslararası sözleşmelerden çekilme ve/veya uluslararası sözleşmeleri sona erdirmeye yetkileri veren kısımların Anayasaya aykırılığı iddialarına bakıldığında, yukarıda da ispat edildiği üzere, 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 1963 yılında TBMM’nin bizzat yürütme organı olarak Bakanlar Kuruluna verdiği, Bakanlar Kurulunun 55 yıl bilfiil kullandığı, ayrıca TBMM’nin kendi idaresi ve isteği ile yürütme organından geri almadığı yetkileri düzenlemiştir. Danıştay ve gerekirse de Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca bu düzenlemeleri yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında değerlendirilmelidir.

Yetki ve usulde paralellik iddialarına baktığımızda, 1963-2018 yılları arasında göreve gelen muhtelif Bakanlar Kurulları; uluslararası sözleşmeleri hazırlama, imzalama, TBMM’de onaya sunma, uygulama, askıya alma yetkilerini kullanmanın yanı sıra, Türkiye’yi uluslararası sözleşmelerden çekerken de 244 Sayılı Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasındaki yetkiyi TBMM’den bir uygunluk/yetki/rıza almadan kullanmışlar-

<sup>97</sup> 1982 Anayasasının 125. maddesi şu şekildedir: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. ... Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.”

dır. Aşağıda verilecek somut örnekler yürütme organının bu yetkiyi defaatle kullandığını, bu uygulamaların yetki ve usulde paralellik ilkesine aykırı sayılmadığını ve bu konunun bu yüzden yürütme yetkisine ilişkin—ve dolayısıyla—Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konu olduğunu bir kez daha gözler önüne serilecektir.

Türkiye'nin 1956 yılında taraf olduğu—TBMM'nin de 6749 Sayılı Kanun<sup>98</sup> ile "tasdik" ettiği—"Berat Taleplerinde Aranılan Formalitelere Müteallik Avrupa Anlaşması ile İhtira Beratlarının Milletlerarası Tasnifi Hakkında Avrupa Anlaşması," Bakanlar Kurulunun 97/9997 Sayılı ve 17 Eylül 1997 tarihli Kararı ile Türkiye bakımından sona erdirilmiştir.<sup>99</sup> Bir diğer örnek, 10 Eylül 1964 tarihinde Paris'te imzalanan ve 1043 Sayılı Kanun<sup>100</sup> ile TBMM'nin onaylanmasını uygun bulduğu, "Vatandaşlığın Kazanılması Konusunda Karşılıklı Bilgi Verilmesi Hakkındaki Sözleşmesi," 2007/12876 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile sona erdirilmiştir.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> "Berat Taleplerinde Aranılan Formalitelere Müteallik Avrupa Anlaşması ile İhtira Beratlarının Milletlerarası Tasnifi Hakkında Avrupa Anlaşmasına İştirak Edilmesine Dair Kanun" için bakınız, 29 Haziran 1956 tarihli ve 9345 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9345.pdf> (Erişim: 18.04.2021).

<sup>99</sup> 97/9997 Sayılı Bakanlar Kurulu kararına göre: "26/6/1956 tarihli ve 6749 sayılı Kanunla katıldığımız: 1 — "İhtira Beratlarının Milletlerarası Tasnifi Hakkında Avrupa Anlaşması"nın 1 Ekim 1996, 2 — "Berat Taleplerinde Aranılan Formalitelere Müteallik Avrupa Anlaşması"nın 1 Ocak 1996, tarihinden geçerli olmak üzere sonra erdirilmesi; Dışişleri Bakanlığının 1/8/1997, 11/9/1997 tarihli ve KEGY-I-3917, 4590 sayılı yazılan üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 17/9/1997 tarihinde kararlaştırılmıştır." (vurgu eklendi). Bakanlar Kurulunun 97/9997 Sayılı ve 17 Eylül 1997 tarihli kararı için bakınız, 15 Ekim 1997 tarihli ve 23141 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23141.pdf> (Erişim: 18.04.2021).

<sup>100</sup> 1043 Sayılı "Vatandaşlığın Kazanılması Konusunda Karşılıklı Bilgi Verilmesi Hakkındaki Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" için bakınız, 22 Nisan 1968 tarihli ve 12881 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12881.pdf> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>101</sup> 2007/12876 Sayılı Bakanlar Kurulu kararına göre: "Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonunun 10 Eylül 1964 tarihli 8 numaralı "Vatandaşlığın Kazanılması Konusunda Karşılıklı Bilgi Verilmesi Hakkında Sözleşme"sinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından sona erdirilmesi; Dışişleri Bakanlığının 1/11/2007 tarihli ve HUMŞ/1072 Sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 19/11/2007 tarihinde kararlaştırılmıştır." (vurgu eklendi). Bakanlar Kurulunun 2007/12876 Sayılı 19 Kasım 2007 tarihli kararı için bakınız, 7 Aralık 2007 tarihli ve 26723 Sayılı Resmî Gazete



2008/13353 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de bu sözleşmeden çekilme tarihi 30 Eylül 2010 olarak belirlenmiştir.<sup>102</sup> Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 2008 yılında imzalanan ve 6077 Sayılı Kanun<sup>103</sup> ile yine TBMM'nin onaylanmasını uygun bulduğu "2007 Uluslararası Kahve Anlaşması"ndan Türkiye, 2016/9318 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çekilmeye karar vermiş,<sup>104</sup> 2017/9873 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de bu sözleşmeden çekilme tarihi 12 Şubat 2017 olarak belirlenmiştir.<sup>105</sup>

Bakanlar Kurulları yukarıda adı geçen uluslararası sözleşmelerden ayrılma kararlarını verirken hepsinde 244 Sayılı Kanun'un 3. maddesindeki yetkiyi kullandığını kararlarında belirtmişler ve TBMM'de onaylanan bu sözleşmelerden Türkiye'yi çıkarırken TBMM'nin rızasına ihtiyaç duymamışlardır.<sup>106</sup> Yapılan bu işlemlerin yetki ve usul yönünden iptal edilmemiş ve bu işlemlere ciddi itirazların gelmemiş olması gösteriyor ki 244 Sayılı Kanun çok taraflı uluslararası sözleşmelerden ayrılma ve iki taraflı uluslararası sözleşmeleri feshetme yetkilerini açıkça yürütme organına vermiş ve yürütme de bu yetkileri *TBMM'nin rızasına ihtiyaç duymaksızın* defaatle kullanmıştır. Yürütme organı olarak Bakanlar Ku-

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071207-5.htm>

(Erişim: 21.04.2021).

<sup>102</sup> 2008/13353 Sayılı ve 28 Şubat 2008 tarihli Bakanlar Kurulu kararı için bakınız, 21 Mart 2008 tarihli ve 26823 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/03/20080321-2.htm> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>103</sup> 6077 Sayılı "2007 Uluslararası Kahve Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" için bakınız, 30 Kasım 2010 tarihli ve 27771 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/11/20101130-19.htm> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>104</sup> 2016/9318 Sayılı Bakanlar Kurulu kararına göre: "24/1/2011 tarihli ve 2011/1365 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan "2007 Uluslararası Kahve Anlaşması"ndan ülkemizin çekilmesi; Dışişleri Bakanlığının 15/8/2016 tarihli ve 11270401 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 3/10/2016 tarihinde kararlaştırılmıştır." (vurgu eklendi). Bakanlar Kurulunun 2016/9318 Sayılı ve 3 Ekim 2016 tarihli kararı için bakınız, 30 Ekim 2016 Tarihli ve 29873 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161030-2.pdf> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>105</sup> 2017/9873 Sayılı "2007 Uluslararası Kahve Anlaşması"ndan ülkemizin çekilme tarihinin 12 Şubat 2017 olarak tespit edilmesi hakkında Karar için bakınız, 21 Mart 2017 tarihli ve 30014 Sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/03/20170321-2.pdf> (Erişim: 21.04.2021).

<sup>106</sup> İlgili kararların metinleri için bakınız, 99, 101 ve 104 numaralı dipnotlar.

rulu uluslararası sözleşmelerle alakalı yetkileri 1963 ile 2018 arasında kullanabiliyorken ve bu durum yetki ve usulde paralellik ilkesine aykırı sayılmıyorken, 2018 sonrası yürütmenin başı olan ve Bakanlar Kurulunun bütün yetkilerini kullanabilen Cumhurbaşkanı'nın,<sup>107</sup> 3718 Sayılı Kararı'nın yetki ve usul açısından hukuka aykırı olmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak Türkiye Cumhuriyeti iç hukukuna göre, uluslararası sözleşmelerden çekilmeye veya uluslararası sözleşmeleri tek taraflı feshetmeye karar verme yetkisi Cumhurbaşkanı'dır. Türkiye'nin ulusal çıkarı bulunan durumlarda<sup>108</sup> Cumhurbaşkanı, bir Cumhurbaşkanı kararı ile bu yetkisini kullanabilmektedir. Bununla beraber, Cumhurbaşkanı her ne kadar iç hukuktan kaynaklanan uluslararası sözleşmelerden ayrılma veya bunları feshetme yetkilerine sahip ve hatta ulusal çıkar gereği böyle bir işlem tesis etmek zorunda da olsa Cumhurbaşkanı aynı zamanda uluslararası hukuka uygun adım atmakla mükelleftir zira, bir ülkenin uluslararası sözleşmelerden çekilmesi veya uluslararası sözleşmeleri tek taraflı feshetmesi uluslararası hukuka da uygun bir zemin olduğu müddetçe mümkündür. Aşağıda, 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'yla Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden ayrılmasının uluslararası hukuka uygun olup olmadığı incelenecektir.

## **B. Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden Ayrılmasının Uluslararası Hukuka Uygunluğu**

Uluslararası hukukun en önemli kaynağı uluslararası sözleşmelerdir. 1969 VAHS; uluslararası sözleşmelerin yapılış seklini, kapsamını, imzalanmasını, yürürlüğe girmesini, uygulanmasını, yorumlanmasını, değiştirilmesini, geçersizlik durumlarını, sona ermesini ve yürürlüğünün durdurulmasını tek tek düzenlemiştir.<sup>109</sup> Dolayısıyla, bir uluslararası sözleşmenin uluslararası hukuka uygun bir şekilde sonlandırılabilmesi için VAHS'in hükümlerinin incelenmesi ve uluslararası sözleşmelerden çıkmanın veya bunlara son vermenin *yasal zeminin* olup olmadığı

<sup>107</sup> Bakınız, 6771 Sayılı Kanun'un 17. maddesinin G fıkrası.

<sup>108</sup> Daha önce de belirtildiği üzere, Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden ayrılmasının Türkiye'nin ulusal çıkarına uygun olup olmadığı tartışmaları bu makalenin kapsamı dışındadır.

<sup>109</sup> Bakınız, VAHS, maddeler: 6-18, 24, 26-27, 28-33, 39-41, 42-45, 46-53, 54-65.

ğının değerlendirilmesi gerekmektedir. Türkiye'nin VAHS'e taraf olmaması, VAHS'te düzenlenen hükümlerden muaf olacağı anlamına da gelmeyecektir; zira VAHS uluslararası sözleşmelerle alakalı uygulanagelen uluslararası teamül hukukunun kodifiye edilmiş hali olduğu için Türkiye de VAHS'in çoğu hükmü ile bağlıdır.<sup>110</sup> VAHS'e göre uluslararası sözleşmelerin sona erdirilmesi: (i) tarafların ortak iradeleri ile; (ii) tarafların tek-tarafli iradeleri ile; veya (iii) bazı olaylar—anlaşmaların uygulanmasının olanaksız kılınması, anlaşma koşullarında köklü değişimler,<sup>111</sup> diplomatik ilişkilerin kesilmesi veya milletlerarası genel hukukunun yeni bir emredici normunun ortaya çıkması—sonucu gerçekleştirebilmektedir.<sup>112</sup>

İstanbul Sözleşmesi'ni incelediğimizde ise—VAHS'in 54. maddesinde belirtilen şekilde<sup>113</sup>—sözleşmeye taraf olan ülkelerin tek tarafli irade açıklamak suretiyle sözleşmeden çıkabilmeleri mümkün kılınmıştır. İstanbul Sözleşmesi'nin 80. maddesinin 1. fıkrasına göre: “[t]araflardan herhangi biri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yapacağı bir bildirimle, herhangi bir zaman bu Sözleşmeyi feshedebilir.”<sup>114</sup> Aynı maddenin 2. fıkrası ise: “sözleşmenin feshi, konuya ilişkin bildirim Genel Sekretere ulaştırıldığı tarihten itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.” ibaresi ile sözleşme-

<sup>110</sup> JOHNSON, William P., “Turkey’s Accession to The CISG: The Significance for Turkey and for Sales Transactions with U.S. Contracting Parties”, Ankara Law Review, C. 8. S. 1, 2011, s. 13.

<sup>111</sup> Anlaşma koşullarında köklü değişimler (rebus sic stantibus veya fundamental change of circumstances) argümanının, Türkiye'nin Avrupa Topluluğu ile 1963 tarihinde imzaladığı Ankara Ortaklık Anlaşması neticesinde 1995'te kurulan ve 1996'da yürürlüğe giren Gümrük Birliği'nden, Türkiye'nin çıkması esnasında kullanılabileceğini tartışan makale için bakınız, COLARES & DURMUŞ, s. 113-116.

<sup>112</sup> Bakınız, PAZARCI, s. 229-234

<sup>113</sup> VAHS, madde 54: “Bir andlaşmanın sona erdirilmesi veya bir tarafın çekilmesi aşağıdaki gibi olabilir:

a- andlaşma hükümlerine göre;

b- herhangi bir zamanda diğer akit Devletlerle istişare ettikten sonra bütün tarafların rızası ile.”

<sup>114</sup> İstanbul Sözleşmesi, madde 80 (1). Metnin İngilizcesi şu şekildedir: “Any Party may, at any time, denounce this Convention by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.”

den ayrılan ülke için sözleşmenin hükümlerinin ne zaman sona ereceği belirlenmiştir.<sup>115</sup>

20 Mart 2021 tarihli ve 31429 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 19 Mart 2021 tarihli ve 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı<sup>116</sup> ile, Türkiye İstanbul Sözleşmesi’nin 80. maddesinin 1. fıkrasından kaynaklanan İstanbul Sözleşmesi’nden çekilme hakkını kullanmış ve Sözleşmenin 80. maddesinin 2. fıkrasına göre Avrupa Konseyi’ne 23 Mart 2021 tarihinde bildirimde bulunmuştur.<sup>117</sup> Bunun sonucunda, İstanbul Sözleşmesi’nin feshi, Türkiye için 1 Temmuz 2021 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.<sup>118</sup> Sonuç olarak, Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden tek taraflı olarak çıkma işlemi uluslararası hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş ve bu hususta Türkiye Cumhuriyeti izlemesi gereken hukuki yolları izlemiştir. Bilindiği kadarıyla, usul yönünden Avrupalı makamlardan bir itiraz da gelmemiştir.

## SONUÇ

244 Sayılı Kanun’la TBMM tarafından yürütme organına verilen sözleşmeleri feshetme ve sözleşmelerden ayrılma da dahil uluslararası sözleşmeler üzerindeki tasarruf yetkileri, 2018 yılında çıkarılan 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yine yürütme organında kalmıştır. Bu geniş yetkiler, 1963-2018 arasında, 55 yıl boyunca yürütme organı olarak Bakanlar Kurulu tarafından tek tek kullanılmış, 2018’den bu yana da yürütme organı olarak Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmaktadır. Cumhurbaşkanı, iç hukuktan aldığı Türkiye’yi uluslararası sözleşmelerden ayırabilme yetkisini, uluslararası hukuka da uygun biçimde, 19

---

<sup>115</sup> İstanbul Sözleşmesi, madde 80 (2). Metnin İngilizcesi şu şekildedir: “Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.”

<sup>116</sup> Bakınız, dipnot 9.

<sup>117</sup> İstanbul Sözleşmesi’ne alaka duyan ülkelerin ilgi durumlarını gösteren tablo için bakınız, Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 210 (Council of Europe Convention on Preventing And Combating Violence Against Women And Domestic Violence), Status As of 07/04/2021, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p\\_auth=CP6HTSep](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=CP6HTSep) (Erişim: 22.04.2021).

<sup>118</sup> Adı geçen tablo.

Mart 2021 tarihinde kullanarak, Türkiye'yi İstanbul Sözleşmesi'nden çekmiştir.

Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden ayrılmasının hukuka uygun olmadığı, yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanının—tek bir kişi olarak—bu konuya karar veremeyeceği iddia edilmiş fakat aynı yetkilerin yürütme organı olarak Bakanlar Kurulu tarafından yıllarca kullanıldığı gerçeği göz ardı edilmiştir. Unutulmamalıdır ki Türkiye Cumhuriyeti 2017 yılında halkın oluru ile Parlamenter Sistem'den Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçmiş ve devletin ve yürütmenin başı, Cumhurbaşkanı olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulunun kullandığı tüm yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılması halk nezdinde onaylanmıştır.<sup>119</sup> Ve prensip olarak Cumhurbaşkanı, Türkiye Cumhuriyeti'nin akdetmiş olduğu tüm uluslararası sözleşmelerden Türkiye'nin ayrılmasına veya bu sözleşmelerin sona erdirilmesine karar vermeye yetkilidir. Fakat, Cumhurbaşkanının bu hususta yetkili olduğunu söylemek, elbette ki Cumhurbaşkanının Türkiye'yi bağlı bulunduğu bütün sözleşmelerden çekeceği anlamına da gelmemektedir.<sup>120</sup>

Bununla beraber, Türkiye Cumhuriyeti'nin (ana)yasa yapma ve değiştirme yetkisine haiz ve dolayısıyla en yetkin makamı olan TBMM, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasına göre Cumhurbaşkanın çıkartmış olduğu kararnameler ile aynı konuda kanun çıkartma yetkisine de sahiptir. TBMM'nin uluslararası sözleşmeler üzerindeki tasarruf yetkilerini düzenleyen yeni bir kanun yapması veya 244 Sayılı Kanun'un ilga edilen maddelerini tekrar düzenlemesi durumunda, 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin hükümsüz hale geleceği açıktır. TBMM bu

<sup>119</sup> Bakınız, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumda onaylanan 6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanun'un 17. maddesinin G fıkrası: “[k]anunlar ve diğer mevzuat ile Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapılincaya kadar Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır.”

<sup>120</sup> Bu konuyu, TBMM'nin 29. Başkanı Mustafa ŞENTOP şu şekilde yorumlamaktadır: “mantıkta mümkün-muhtemel arasında bir fark vardır. Marmara Denizi'nden ayran yapmak mümkün müdür? Yeterli miktar yoğurt bulursanız, Marmara Denizi'ni de karıştırırsanız aklen mümkün olabilir. İhtimal ise gerçeklerden hareketle bir işin olabilirliği üzerine, bu [Marmara Denizi'nden ayran yapmak] muhtemel değildir.” Montrö Boğazlar Sözleşmesi neden bir kez daha gündeme geldi?, 30 Mart 2021 Güncelleme 5 Nisan 2021, BBC News, Türkçe, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-56573368> (Erişim: 29.04.2021).

hususta sukut ettiği müddetçe ise, 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnesi'nin yürürlükte kalacağı öngörülmelidir.

Uluslararası sözleşmeler; birden fazla ülkede yaşayan milyonlarca insanı ilgilendiren, hazırlanmasından yürürlüğüne kadar ülke liderlerinin iradelerinin aynı yönde olmasını gerektiren, hazırlanması diplomatik emek isteyen, sözleşmeye taraf ülkelerin meclislerinde de onaylanması gereken ve bu yüzden yürürlüğe girmesi uzun süre alabilen hukuki metinlerdir. Kabul ediyoruz ki bu sözleşmeler iktidara gelen herhangi bir lider tarafından kolayca feshedildikten—veya bu sözleşmelerden ayrıldıktan—sonra, yeni gelen lider için tekrar aynı konuda aynı ülkeleri ikna edip benzer bir sözleşme yapmak veya ona taraf olmak hem uzun sürecektir hem de bu durum ülkenin prestijini zedeleneyecektir. Bu hususta, 2016-2020 yılları arasında Amerika Birleşik Devletleri'nde başkanlık yapan Donald J. TRUMP'ın uluslararası sözleşmelerle alakalı agresif tutumunu ve bu tutum ile meydana gelen küresel hoşnutsuzluğu hatırlatmakta fayda görülmektedir.<sup>121</sup>

Fakat kanaatimiz odur ki ülkenin iç ve dış politikasına karar verme yetki ve görevini üstlenen Cumhurbaşkanı uluslararası sözleşmelerden ayrılmaya veya bunları feshetmeye karar verme yetkisine sahip olmalıdır. Ancak bu yetkilere sahip olabilen bir Cumhurbaşkanı, ülke adına diplomasisini yürütürken gerekirse uluslararası sözleşmelerden ayrılma veya bunları feshetme kartını kullanabilecektir. Bu yetkilere sahip olmayan bir Cumhurbaşkanı, muhatapları ile ülkenin ulusal menfaatleri için müzakere ederken gözü sürekli meclisin aritmetiğinde olacak ve istediği diplomatik hamleleri yapamayacaktır. Hatta eğer bu yetki bir şekilde Meclis ile paylaşılır ise, ve, olur da, Meclis, Cumhurbaşkanı'nın uluslararası bir sözleşmeden ayrılma veya bunu fesheden bir kararını uygun bulmaz ise, Cumhurbaşkanı diplomatik açıdan muhatapları tarafından ciddiye alınmayacaktır. Bu nedenle, bizce, uluslararası sözleşmelerden ayrılma veya bunları feshetme yetkilerinin yürütme organında kalması münasıptir. Ancak, bu yetkilerin Cumhurbaşkanlığı Kararnesi'nde değil de bir kanunda ve hatta Anayasanın bizzat kendisinde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Bu minvalde, yeni, sivil Anayasa

<sup>121</sup> Bakınız, KIRDIM, s. 151-155.

çalışmalarının konuşulduğu bu dönemde, uluslararası sözleşmeleri fesih ve sözleşmelerden ayrılma yetkilerinin bizzat Anayasada düzenlenmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

Ve hatta, yeni yapılacak olan Anayasada, sadece temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan uluslararası sözleşmelerden ayrılma hususuna mahsus olmak üzere, bu sözleşmelerden ayrılırken, Cumhurbaşkanının TBMM'den ayrılmaya dair bir uygun bulma kanunu alması gerektiği hükmünün konulması temel hak ve hürriyetlerin korunması hususunda bir kalkan görevi görebilir. Fakat bunu söylemek; yürütme organını, temel hak ve hürriyetlere *tamamen* karşı olan bir organ olarak tanımlamamızı da gerektirmemektedir. Zira 1963 yılından bu yana Türkiye, temel hak ve hürriyetlerle alakalı olanlar da dahil olmak üzere, uluslararası sözleşmelere taraf olmuşsa yürütme organı istediği için ve onun ya 244 Sayılı Kanun'dan ya da 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nden aldığı yetkileri kullanması sayesinde olmuştur.

## KAYNAKLAR

- AÇIL, Murat, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76 S. 2, 2018, s. 725-756.
- AKYILMAZ, Cemre, “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, 2019, s. 191-207.
- ASLAN, Volkan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, Anayasa Yargısı, C. 36, S. 1, 2019, s. 139-161.
- ASLAN, Volkan, İstanbul Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi, 29 Mart 2021, <https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/amp/> (Erişim: 11.04.2021).
- ATAR, Yavuz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, Anayasa Yargısı, C. 36 S. 1, 2019, s. 241-259.
- AZAKLI, Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı, C. 36, S. 1, 2019, s. 73-103.
- AYHAN, Tutku, “Protecting the Woman or the Family? Contradiction Between the Law and Its Practice in Violence Against Woman Cases in Turkey”, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 1, 2017, s. 137-162.
- BAYRAKTAR, Tuğba, “İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, 2018, s. 87-111.
- BEKTAŞ, Mehmet Halil Mustafa, “Birleşmiş Milletler Üyeliğinden Çekilmeye Dair Muhtemel Prosedürlerin İncelenmesi”, Uluslararası İlişkiler, C. 16, S. 61, 2019, s. 39-54.



- BINDER, Christina, "Stability and Change in Times of Fragmentation: The Limits of Pacta Sunt Servanda Revisited", *Leiden Journal of International Law*, C. 25, S. 4, 2012, s. 909-934.
- BURSALI, Can, TBMM'nin kabul ettiği bir uluslararası antlaşmanın Cumhurbaşkanı tarafından feshedilmesi mümkün mü?, 20 Mart 2021, Independent Türkçe, <https://www.indyurk.com/node/333111/haber/tbmmnin-kabul-etti%C4%9Fi-bir-uluslararası%C4%B1-antla%C5%9Fman%C4%B1n-cumhurba%C5%9Fkan%C4%B1-taraf%C4%B1ndan> (Erişim: 20.04.2021).
- COLARES, Juscelino F. & DURMUŞ, Mustafa T., "TURK-SWITCH: The Tariff-Leverage and Legal Case for Turkey's Switch from EU-Turkey Customs Union to FTAs with the European Union and Beyond", *Journal of International Economic Law*, C. 22, S. 1, 2019, s. 99-123.
- COŞKUN, Vahap, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", C. 22, S. 36, 2017, s. 3-30.
- DE VIDO, Sara, "The Ratification of the Council of Europe İstanbul Convention by the EU: a Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System", *European Journal of Legal Studies*, C. 9, S. 2, 2017, s. 69-102.
- DOĞAN, Bayram, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3, 2020, s. 965-1003.
- DURSUN, Akif, "İstanbul Sözleşmesi'nin İslâm Hukukuna Göre Değerlendirilmesi", *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 19, 2020, s. 41-68.
- GEISINGER, Alex & STEIN, Michael A., "Rational Choice, Reputation, and Human Rights Treaties", *Michigan Law Review*, C. 106, S. 6, 2008, s. 1129-1142.
- GÖZLER, Kemal, Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var Mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında

3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler), 20 Mart 2021, <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm> (Erişim: 29.03.2021).

GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, 17. Baskı, Bursa, 2020.

GRANS, Lisa, "The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence", *Human Rights Law Review*, C. 18, S. 1, 2018, 133–155.

GUZMAN, Andrew T., *How International Law Works, A Rational Choice Theory*, New York, 2008.

GÜLMEZ, Mesut, İstanbul Sözleşmesinin Feshi Kararı, Soy Zinciri ve Anayasa'ya Aykırılık Sorunu, <http://arastirma.disk.org.tr/wp-content/uploads/2021/04/%C4%B0ST.S%C3%96Z.FESH%C4%B0-SORUNUVE-ANAYASA-01.04.2021-1.pdf> (Erişim: 20.04.2021).

HASOĞLU, Aynur, "Danıştay Kararları Işığında Yetki Ve Usulde Paralellik İlkesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 33, 2018, s. 123-141.

IŞIKLAR, Celal, "İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* C. LXIX, S. 1 -2, 2011, s. 805-880.

JOHNSON, William P., "Turkey's Accession to The CISG: The Significance for Turkey and for Sales Transactions with U.S. Contracting Parties", *Ankara Law Review*, C. 8. S. 1, 2011, s. 1-52.

KAYA-KIZILIRMAK, Cansu, "İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 40, S. 2, 2020, s. 629-652.

KIRDIM, Şahin Eray, "Uluslararası Hukuk Savaş Halinde: Trump Yönetiminin Uluslararası Hukuk Yaklaşımı Üzerine Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 12, C.1, 2021, s. 148-164.

KÖKER, Levent, İstanbul Sözleşmesi'nin İptalinin Anayasa'ya Aykırılığı Üzerine, 24 Mart 2021, *Birikim Dergisi*,

<https://birikimdergisi.com/guncel/10531/istanbul-sozlesmesini-sona-erdirme-kararının-anayasaya-aykırılığı-üzerine> (Erişim: 20.04.2021).

NUECHTERLEIN, Donald E., “National interests and foreign policy: A conceptual framework for analysis and decision-making”, *British Journal of International Studies*, C. 2, S. 3, 1976, s. 246-266.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, 14. Bası, Ankara, 2017.

ŞEN, Ersan, İstanbul Sözleşmesinin Feshinin Hukukiliği Tartışması, 20 Mart 2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/istanbul-sozlesmesinin-feshinin-hukukiligi-tartismasi> (Erişim: 11.04.2021).

UZUN, Yeşim & NİSAN, Fatma, “16 Nisan 2017 Anayasa Değişikliği Referandum Sürecinin Ulusal Basındaki Haber Çerçevesi Üzerine Bir Çalışma”, *İNİF E-DERGİ*, C. 3, S. 1, 2018, s. 159-176.

VAGTS, Detlev F., “The Treaty-Making Process: A Guide for Outsiders”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, C. 17, S. 1, 2010, s. 127-146.

YENİAY, Lokman & YENİAY, Gülden, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, 2019, s. 105-138.

ZERE, Fatih, “İstanbul Sözleşmesinin, Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Etkisinin Siyasi Parti Kadın Kolları Üyeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 2, 2021, s. 623-651.





## ULUSLARARASI HUKUKTA BÖLÜMLENMENİN ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Gülsüm KAYA\*

### Öz

Uluslararası hukukun bölümlenmesine yönelik önemli tartışmalar alanın akademisyenlerini uzunca bir süre meşgul etmiştir. Özellikle 1990larda özel bir konu çerçevesinde kurulan mahkemeler hararetle muhalifler bulmuş, ancak esas endişe uluslararası sistemde yargı kararlarının birbiri ile çatışması ve UAD'nin uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının çözümündeki otoritesini yitirmesi olmuştur. 2006 yılında UHK, uluslararası hukukun bölümlenmesini önlemek için norm çatışmalarının çözümüne odaklanan bir rapor yayınlamıştır.

UDHM'nin kurulmasıyla uluslararası hukukun bölümlenmesine yönelik endişeler uluslararası deniz hukuku alanına dahil olmuştur. Bu çalışmada BMDHS'nin uygulanması ve UDHM'nin yargılaması genel uluslararası hukuka yapılan atıfların tespiti için gözden geçirilecektir. UHK tarafından gösterilen yöntemlerin UDHM tarafından kullanılışı ve bunlara ek olarak UAD'nin deniz hukukuyla ilgili kararlarına yapılan atıflar, BMDHS'nin uygulanması ve UDHM ve hakem mahkemelerinin yargılamasının uluslararası hukukun bölümlenmesi sonucunu doğurup doğurmadığı yönünden ele alınacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Uluslararası Deniz Hukuku • Bölümlenme • Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi • UHK Bölümlenme Raporu • Uluslararası Adalet Divanı

\* Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye | Asst. Prof., Bursa Uludağ University, Faculty of Law, Department of International Law, Bursa, Turkey.

✉ kaya.gulsum@gmail.com • ORCID 0000-0003-3901-0540

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KAYA Gülsüm, "Uluslararası Hukukta Bölümlenmenin Uluslararası Deniz Hukuku Yönünden İncelenmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2009-2049.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## EXAMINING FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW OF THE SEA

### Abstract

Weighty disputes pursuant to fragmentation of international law had kept international law scholars occupied for a certain time. Especially in 1990's establishment of new tribunals which have special subject matter had found feverish opponents. Main concern was conflict of judicial decisions within the international system and loss of ICJ's authority in dispute settlement. In 2006 ILC had issued a report focusing on norm conflicts to avoid fragmentation of international law.

Establishment of ITLOS had brought in the fragmentation concerns to the regime of international law of the sea. In this paper application of UNCLOS and judgments of ITLOS will be reviewed to ascertain the general international law references. Uses of the ILC's methods by ITLOS will also be addressed. Besides, references to ICJ's judicial decisions relevant to international law of the sea will be discussed whether application of UNCLOS and jurisdiction of ITLOS and arbitral courts engender the fragmentation of international law.

### Key Words

International Law of the Sea • Fragmentation • International Tribunal for the Law of the Sea • ILC Fragmentation Report • International Court of Justice

## GİRİŞ

Uluslararası deniz hukukunun mevcut teamül hukuku kurallarını kodifiye eden ve bu alanda yeni kurallar da içeren Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) 1982 yılında kabul edilmiştir. Sözleşmenin VI sayılı ekiyle bir de Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM) kurulmuştur.

Uluslararası deniz hukukuna ilişkin bu gelişmelere uluslararası hukuk doktrininde getirilen eleştiriler<sup>1</sup> iki başlıkta kristalleşmiştir: İlki

---

<sup>1</sup> FLEISCHHAUER Carl-August, "The Relation with the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal for the Law of the Sea in Hamburg", Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, C. 1, S. 1, 1997, s. 327-333.; CAMINOS Hugo, "The Growth of Specialized International Tribunals and the Fears of Fragmentation of International Law", International Courts and the Development of International Law Essays in Honour of Tullio Treves, eds. BOSCHIERO Nerina, SCOVAZZI Tullio, PITEA Cesare, RAGNI Chiara, Asser Press, The Hague, 2013, s. 55-64.; GÜLÇÜR Abdulkadir, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Yapısı ve Yargı Yetkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 8-11.; ERDEM

uluslararası alandaki “özel” nitelikli yargı yerlerini merkeze alarak Uluslararası Adalet Divanının (UAD) konumunda bir değişikliğin olup olmayacağını, yeni yargı yerlerinin UAD ile ilişkisini sorgular. İkincisi ise ilki ile de bağlantılı bir husus olarak uluslararası hukukun bölümlenmesi/parçalanmasıdır<sup>2</sup>.

Çalışmada öncelikle bu iki başlık üzerinden uluslararası hukukun kuralları ve kurumları itibarıyla bölümlenmesine ilişkin görüşler değerlendirilecektir. Uluslararası hukukun kuralları bakımından, normatif anlamda bölümlenmesinde bunun çeşitli araç ve tekniklerle önlenmesi veya belirli bir seviyede kalmasının sağlanması tartışılmıştır. Ku-

---

Merve, “Bangladeş-Myanmar Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası Işığında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Kuruluşuna İlişkin Bir Değerlendirme”, AÜHFD, C. 64, S. 2, 2015, s. 329-364, s. 334-341.

- <sup>2</sup> Çalışmada İngilizce “*fragmentation*” kavramının karşılığı olarak neden “bölümlenme” teriminin tercih edildiğine değinmek isteriz. “*Fragment*” sözcüğü Türkçeye parça, bölüm olarak, bu halde “*fragmentation*” da parçalanma, bölünme olarak doğrudan çevrilebilmektedir. UHK raporunun tam başlığı çeşitlenme ve genişleme kavramlarını da içeren “*Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*” dur. Bunun nedeni “*fragmentation*”ın yaptığı olumsuz çağrışımlar olarak ifade edilir. (MERKOURIS Panos, Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration Normative Shadows in Plato’s Cave, (Queen Mary studies in international law; c. 17), Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 5, dn 18.) Komisyon da konunun hem uyumsuz, çatışan kurallar, ilkeler, kurumsal uygulamalar ve kural sistemleri ortaya çıkarabilecek olması hem de uluslararası hukukî aktivitenin birçok yeni alana genişleyerek konular ve kullandığı teknikler itibarıyla çeşitlenmesi olmak üzere olumsuz ve olumlu yönlerinin bulunduğunu belirtir. (UHK Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission (Finalized by Martti Koskenniemi)(A/CN.4/L.682) (13 Nisan 2006), s. 14, p.14) Biz de doğrudan çeviri yerine, aslında 2006 tarihli UHK raporunun vardığı sonuçla da uyumlu olmak açısından parçalanma, bölünme gibi ayrışmayı içeren sözcükler yerine, bölümlenme sözcüğünü tercih ettik. TDK “bölüm”ü bir bütünü oluşturan parçaların her biri olarak tanımlar, genel uluslararası hukuk bütünü için bölümlere ayrılmanın da “bölümlenme” olarak ifade edilebileceği kanaatindeyiz. Kavramın Türkçe literatürdeki kullanımları için örnek olarak bkz ARSAVA Ayşe Fusun, “Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatındaki Değişimler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, ss. 115-130.; KAYA Talat, “Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar”, AÜHFD, C. 61, S. 1, 2012, s. 149-173.; Erdem, s. 329-364.

rumlar itibarıyla bölümlenme ise uluslararası politika<sup>3</sup> ve uluslararası yargı sistemiyle bağlantılı tartışmaları içermektedir. Bu hususlar Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından hazırlanan Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi: Uluslararası Hukukun Çeşitlenmesinden ve Genişlemesinden Kaynaklanan Güçlükler Raporu çerçevesinde ele alınacaktır. Sonrasında ise UDHM ile genel uluslararası hukuk ve UAD ile UDHM arasındaki bağın göstergelerine değinilecektir. UDHM kararlarında yahut BMDHS çerçevesindeki yargılamalarda UHK raporundaki uyumsuzluk çözüme tekniklerinin kullanılması ve UDHM'nin uluslararası sorumluluk hukuku, andlaşmaların yapımı gibi kimi genel uluslararası hukuk konularına atıfları üzerinden uygulamanın "postmodern endişeleri"<sup>4</sup> boşu çıkarıp çıkarmadığı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. ULUSLARARASI HUKUKTA BÖLÜMLENME

Konu bakımından geniş yelpazesine ve birçok alt alanının varlığına rağmen uluslararası hukukun birleşik bir sistem olduğu varsayılabilirse<sup>5</sup> de küreselleşme, uluslararası alanda kural koyucuların çokluğu, zaman içinde aynı hususu düzenleyen birden fazla kuralın ortaya çıkabilmesi, uluslararası kural oluşturma süreçlerine katılan aktörlerin çeşitliliği ve uluslararası alanda merkezî bir yargılama merciinin olmaması gibi nedenlerle bölümlenerek özel rejimlere ayrıldığı ifade edilir<sup>6</sup>. Bunla-

<sup>3</sup> Uluslararası hukukun bölümlenmesinin güç ilişkileri bakımından tartışılması hakkında bkz BENVENISTI Eyal, DOWNS George W., *Between Fragmentation and Democracy The Role of National and International Courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 14-51.

<sup>4</sup> Koskenniemi ve Leino tarafından ortak çalışmalarına seçilen başlığa atfen kullanılmıştır. KOSKENNIEMI Martti, LEINO Päivi, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, C.15, S.3, 2002, s. 553-579.

<sup>5</sup> SCHACHTER Oscar, "Invisible College of International Lawyers", *Northwestern University Law Review*, C. 72, S. 2, 1977-1978, s. 217-226, s. 221.: Schachter tarafından kullanılan "*invisible college*" (görünmeyen akademi) kavramı meslekî bağımsızlık ile resmî nüfuz arasındaki etkileşimi dengeleyen, uluslararası hukuku birleşik bir disiplin olarak varsayan, mevcut hukuku tespit etmenin ötesinde hukuk yaratan ve mevcut hukuku yeni ihtiyaçlara cevap verecek ölçüde genişleten uluslararası hukukçuların iletişim ve işbirliğine yönelik topluluğunu ifade etmektedir. Kavramın yakın tarihli bir değerlendirmesi için bkz VILLALPANDO Santiago, "The 'Invisible College of International Lawyers' Forty Years Later", *ESIL-Conference Paper Series S. 5/2013*.

<sup>6</sup> Kaya, s. 154-156.



rın yanı sıra UAD dışında yargı yerlerinin kurulmasının ve bunların farklı konulara ilişkin yargı yetkilerinin bulunmasının uluslararası hukukun bölümlenmesine neden olduğu da ileri sürülmektedir<sup>7</sup>. Bu çerçevede hem yargı yerlerinin ve dolayısıyla içtihatların birbirinden farklılaşması hem de konuları itibarıyla kimi uluslararası hukuk alanlarının genel uluslararası hukuktan ayrılması gündeme gelmiştir. Bunları UAD ile konusu itibarıyla özel nitelikli mahkeme (örneğin UDHM) ve genel uluslararası hukuk ile özel uluslararası hukuk alanı (örneğin deniz hukuku) ayrımları olarak ele alabilmek mümkündür.

### A. Yargı Organları Yönünden Bölümleme

Uluslararası hukukun bölümlenmesi çerçevesinde yeni kurulan yargı yerleriyle UAD arasındaki ilişki ve özel yargı yerleri arasındaki ilişki tartışılmıştır. Bunun için özel yargı yerlerinin yargı yetkileri ve bunların UAD'nin yargı yetkisi ile örtüşüp örtüşmediğinin değerlendirilmesi gerekir<sup>8</sup>.

UAD, BM'nin yargı organı olarak kendi statüsünün 36. maddesine göre oldukça geniş bir yargı yetkisine sahiptir<sup>9</sup>. Hükme göre Statüye taraf olan devletler tüm davalarını UAD'ye götürebileceği gibi, BM Andlaşması ve yürürlükteki diğer andlaşma ve sözleşmelerin UAD'ye götürülmesini öngördüğü meselelerde de Divanın yargı yetkisi vardır. Bu düzenleme dolayısıyla UDHM'nin ne kadar gerekli olduğu, UAD'nin rolünü ve ağırlığını azaltıp azaltmayacağı yönünde eleştirilerde bulunmuştur<sup>10</sup>. Genel yetkili yargı organı olarak UAD'nin uluslararası de-

<sup>7</sup> TREVES Tullio, "Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice", *New York University Journal of International Law and Politics*, C. 31, S. 4, 1999, ss. 809-821, s. 809.; UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 11-12, p. 8-9.; JENNINGS Robert Y., "The Role of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, C. 68, S. 1, 1997, s. 1-63, s. 60.

<sup>8</sup> Bu çerçevede konusu itibarıyla Avrupa Birliği hukuku (ABAD), uluslararası ticaret hukuku (DTÖ), insan hakları hukuku (AIHM), deniz hukuku (UDHM), ceza hukuku (EYUCM ve diğerleri) gibi alanlar kendi kural ve kurumları itibarıyla öne çıkmaktadır. UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 11, p. 8.

<sup>9</sup> UAD Statüsü md 36/1: Divanın yetki alanı tarafların kendisine başvurduğu tüm davalar ile BM Andlaşmasıyla ya da yürürlükteki diğer andlaşma ve sözleşmelerle ilgili meseleleri kapsar.

<sup>10</sup> Fleischhauer, s. 329.

niz hukuku konusundaki kararlarında dahi bu konunun dışında kalan içtihatlar geliştirerek genel uluslararası hukukta önemli bir nüfuza sahip olduğu belirtilmektedir<sup>11</sup>.

Aslında UAD'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü bakımından tekel olduğu yönünde kendi statüsünde yahut da BM Andlaşmasında bir ifade olmadığı gibi Divanın kendisi de böyle bir iddiada bulunmamıştır<sup>12</sup>. Bunun ötesinde Divanın hiyerarşik olarak uluslararası yargı yerlerinin üstünde yer aldığı<sup>13</sup> ya da UAD ve USAD'ın merkezî bir uluslararası yargı sistemi yaratmak amacıyla kurulduğu söylenemeyecektir<sup>14</sup>. Nitekim Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) kendi yargı yetkisine ilişkin verdiği bir kararında uluslararası hukukun merkezî olmayan yapısı dolayısıyla belirli bir iş bölümü çerçevesinde, entegre biçimde çalışan bir yargı sistemine sahip olmadığını belirtir<sup>15</sup>. UAD her ne kadar BM sisteminde ana yargı organı<sup>16</sup> olarak konumlandırılmışsa da EYUCM kendisinin otonom bir yargı yeri olduğuna ve UAD ile arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki bulunmadığına hükmetmiştir<sup>17</sup>. Keza UDHM'nin kuruluşu göz önünde bulundurulduğunda da Divan ile arasında resmî bir ilişkinin bulunmadığı ve ikisinin birbirinden bağımsız olduğu anlaşılmaktadır<sup>18</sup>.

BMDHS'nin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflar 287. maddede sayılan yargı yerleri arasından bir tercihte bulunabilecektir. Bunlar UDHM, UAD, Ek VII kapsamında bir hakem mahkemesi ve Ek VIII'de sayılan uyuşmazlık türleri için kurulacak özel nitelikte bir hakem mahkemesidir. UAD'nin uyuşmazlıkların tevdi edilebileceği yargı yerleri arasında sayılması nedeniyle

<sup>11</sup> AKÇAPAR Burak, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi", AÜSBFD, C. 51, S. 1, 1996, s. 19-42, s. 39.: Yazar aynı yerde bu davalara örnek olarak egemenlik kavramı hakkında USAD'ın "Lotus" ve teamül hukukunun oluşumu hakkında UAD'nin Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği kararlarını örnek vermektedir.

<sup>12</sup> Fleischhauer, s. 329.

<sup>13</sup> Koskenniemi, Leino, s. 576.

<sup>14</sup> Caminos, s. 57.

<sup>15</sup> EYUCM, Tadić Davası (İlk İtirazlara İlişkin Karar), IT-94-1 (2 Ekim 1995), p. 11.

<sup>16</sup> BM Andlaşması md 92.

<sup>17</sup> EYUCM, Kvočka et al. Davası (Ara Karar), IT-98-30/1 (25 Mayıs 2001), p. 16.

<sup>18</sup> Fleischhauer, s. 330.

UDHM'nin kurulması aslında doğrudan Divanın uluslararası deniz hukukundaki uyuşmazlıklar bakımından yetkisini ortadan kaldırmamıştır. Ancak tahkim usulünü ayrı tutarsak aynı konularda yetkili olacağı bir merci kurulmuştur. Endişenin kaynağındaysa başlı başına UDHM'nin varlığı değil uygulamanın ortaya çıkarabileceği sonuçlar yer almıştır<sup>19</sup>.

BMDHS'nin 288. maddesinde 287. maddede sayılan yargı yerlerinin yargılama yetkileri düzenlenir. Buna göre UDHM'ye usulüne uygun bir biçimde iletilen BMDHS'nin yorumundan ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların yanı sıra BMDHS'nin amaçlarıyla ilgili uluslararası anlaşmaların yorumu ve uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklar da bu kapsamdadır. UAD'nin yargı yetkisi ile kıyaslandığında Mahkemenin aynı anda hem daha dar hem de daha geniş bir yargı yetkisinin bulunduğu ifade edilmiştir<sup>20</sup>. Mahkemenin yargı yetkisi UAD'den farklı olarak konu bakımından sınırlıdır, zira sadece BMDHS ve BMDHS'nin amaçlarıyla ilgili uluslararası anlaşmaların yorumuna ve uygulanmasına ilişkindir. Yargı yetkisinin aynı zamanda daha geniş olmasının nedeni, tarafları itibarıyla UAD önüne getirilemeyecek nitelikteki uyuşmazlıkların UDHM önüne gelebileceği düşüncesinden kaynaklanır<sup>21</sup>. Divan önündeki uyuşmazlıklara sadece devletler taraf olabilirken uluslararası hukuk, tarafları devletler dışındaki birimler olan uyuşmazlıkları da kapsamaktadır<sup>22</sup>. Divanın yargı yetkisindeki bu sınırlandırmanın onun bireyleri ve devletler dışındaki birimleri doğrudan ilgilendiren uluslararası hukukun gelişmekte olan önemli kısımlarıyla bağlantısını kestiği belirtilmiştir<sup>23</sup>.

Nitekim UDHM'nin kişi bakımından yargı yetkisi Divana göre çok daha geniştir ve uyuşmazlığın konusu ile bağlantılı olarak belirlenmektedir<sup>24</sup>. BMDHS 1. maddesinde taraf devletleri belirlerken 305. maddeye atıfta bulunur. 305. madde ise Sözleşmeye taraf olabilecekleri tüm dev-

<sup>19</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 10-11, p. 7-8.

<sup>20</sup> Fleischhauer, 330.; Akçapar, s. 39.

<sup>21</sup> Fleischhauer, s. 330.; Caminos, s. 56.

<sup>22</sup> Jennings, s. 58-59.

<sup>23</sup> Jennings, s. 58.

<sup>24</sup> CECANPINAR Hilal, "Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi: Usul ve Pratik", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s. 74.

letlerin yanı sıra -devlet olma nitelikleri o gün için tartışmalı olan- BM Namibya Konseyi tarafından temsil edilen Namibya, devlet olmanın şartlarını tam olarak sağlamasalar da BM Genel Kurulu 1514 (XV) kararıyla bir statüye kavuşan birimler<sup>25</sup> ile uluslararası örgütler olarak sayılmıştır<sup>26</sup>. UDHM önünde davalara taraf olabilecekler Statünün 20. maddesinde taraf devletler olarak belirlenmiş ise de 305. madde tarafları genişleten bir maddedir. Bunun yanında Statünün 20/2 maddesine göre uyuşmazlığın taraflarınca kabul edildiği sürece 11. Kısma ya da Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden bir başka andlaşmaya göre görülen uyuşmazlıklarda taraf devlet ifadesi devletler dışındaki birimleri de kapsayabilecektir. Böylece UDHM'nin kişi bakımından yargı yetkisinin UAD'ninkine göre daha geniş olduğu anlaşılmaktadır<sup>27</sup>.

Bu farklılıklara rağmen Mahkeme ile Divanın yargı yetkisine aynı anda giren, tarafları devletler olan ve BMDHS'nin ve Sözleşmenin amaç-

<sup>25</sup> Sözleşmede düzenlenen konularda andlaşma yapmanın da dahil olduğu yetkilere sahip olan, kendi kendini yöneten bileşik devletler, iç işlerinde kendi kendini yöneten ülkeler bu kapsamda sayılmaktadır. Caminos, s. 56.

<sup>26</sup> BMDHS md 1, 305 (BMDHS'nin çevirilerinde Aslan Gündüz'ün Milletlerarası Hukuk eserinden yararlanılmıştır.) GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk, 7. b., ed. GÜNEL Reşat Volkan, Beta, İstanbul, 2014.; AKKUTAY Berat Lale, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 129.

<sup>27</sup> BMDHS'ye göre uyuşmazlığın türü Mahkemeye başvurabilecek kişileri de belirleyen bir etkiye sahip olabilmektedir. BMDHS'nin 292. maddesine göre geminin bayrak devletince yetki verilmesi halinde gerçek ve tüzel kişilerin bayrak devleti adına derhal serbest bırakılmasını talep etme yetkisi bulunmaktadır. Bunun yanında BMDHS'nin XI. Kısımına göre gerçek veya tüzel kişiler, bunlar devletler, devlet işletmeleri, özel yükleniciler, İşletme ve Otorite olarak sayılmıştır, Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesine başvurma imkânına sahiptir. (BOYLE Alan E., "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction", The International and Comparative Law Quarterly, C. 46, S. 1, 1997, s. 37-54, s. 52.) UDHM Statüsünde BMDHS dışındaki andlaşmalara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da Mahkemenin yargı yetkisinin kabul edilebilecek olması devletler dışındaki birimlerin Mahkemede taraf olabileceğinin bir başka göstergesi olarak ifade edilmektedir. AKSAR Yusuf, "Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Uygulaması ve Uluslararası Hukuka Katkıları", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2018, ss.15-37, s. 20 dn. 10.; NOYES John E., "The International Tribunal for the Law of the Sea", Cornell International Law Journal, C. 32, S. 1, 1999, ss. 109-182, s. 132.

larıyla ilgili diğer uluslararası hukuk kaynaklarının uygulanması ve yorumlanmasından doğan uyuşmazlıklar olabilecektir<sup>28</sup>.

Mahkeme ve Divan arasındaki bu yetki örtüşmesinin olası sonuçları hakkında makul bir görüş olarak bunun mutlaka bir sorun ortaya çıkarmayabileceği<sup>29</sup> belirtilmişse de doktrinde UDHM'ye tümünden karşı çıkan yahut UDHM lehinde görüşler bulunmaktadır<sup>30</sup>. Bunlardan birine göre deniz hukukunun gelişiminin uluslararası hukukun genel kurallarından ayrılarak farklı bir yargı yerinin yetkisine bırakılması halinde uluslararası hukukun temeli ortadan kalkabilecektir, ancak yargı yetkisinin farklı yargı yerlerine dağıtılmasıyla değil UAD'nin güçlendirilmesi ile tek tip bir içtihadın oluşabilmesi mümkündür<sup>31</sup>. Zira sorun farklı yargı yerlerinin bulunmasında değil bunların hepsinin kendisini ve meselelerini özel nitelikli görmesindedir, bu durum uluslararası hukukun bölümlenmesine katkı sağlayacak bir unsur olarak anlaşılmaktadır<sup>32</sup>. Bunun bir örneğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), UAD ile aralarında farklılıklar olan iki sistem olduklarını ve UAD'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi standart belirleyen bir andlaşmayla ilgili olmayan, bağımsız bir mahkeme olduğunu belirten kararı ortaya koymaktadır<sup>33</sup>.

Uluslararası hukukun, uyuşmazlıkların taraflarına da etki eden gelişimine uluslararası yargıda iki cevap verilebileceği ifade edilir: İlki UAD'nin örgütlenmesinde değişikliğe gidilmesidir, böylece Divan birbirinden bağımsız çalışan daireler halinde örgütlenerek oluşan iş yükü yüksek bir bütçeyle dağıtılacaktır<sup>34</sup>. Diğer cevap ise sürekli nitelikte farklı yargı yerlerinin kurulmasıdır<sup>35</sup>. Kurulan yargı yerleri Divanın uluslararası hukukla ilgili konularda küresel yetkisini paylaşmayacaklar, bölgesel olarak yahut dava konuları itibarıyla, bazı hallerde ise ikisi bakı-

<sup>28</sup> Fleischhauer, s. 332.

<sup>29</sup> Fleischhauer, s. 332-333.

<sup>30</sup> Bu görüşler hakkında bkz. Gülçür, s. 8-11.; Erdem, s. 334-341.

<sup>31</sup> ODA Shigeru, "Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 44, S. 4, 1995, s. 863-872

<sup>32</sup> Jennings, s. 60.

<sup>33</sup> AİHM, *Loizidou v. Türkiye (İlk İtirazlar)*, 15318/89 (23 Mart 1995), p. 68.; Jennings, s. 60, dn 110.

<sup>34</sup> Jennings, s. 58.

<sup>35</sup> Jennings, s. 59.

mından sınırlı yargı yetkisine sahip olacaklardır<sup>36</sup>. Bugün uluslararası alanda yargı yetkisi icra eden farklı yargı yerlerinin olması kabul görenin ikincisi olduğunu gösterir.

Oldukça ilkel düzeydekiler istisna olabilmekle birlikte hukuk sistemlerinde hukukun yorumlanması ve uygulanmasıyla görevlendirilmiş birçok organın, çeşitli mahkeme ve divanın bulunabileceği belirtilir, ancak bu çeşitlilik yargı yerlerinin aynı hukuk sistemine ait olmaları ve yetkilerinin bu sistemden doğması sebebiyle birbirleriyle ilişkili olmaları sonucunu doğurmaktadır<sup>37</sup>. Görüleceği üzere farklı yargı yerlerine ihtiyaç duyulması aslında hukuk sistemindeki gelişimin sonucu olmaktadır<sup>38</sup>. Ancak uluslararası hukuk, ulusal hukuklar gibi bir yargı sistemine sahip olmadığından sistemin bir arada tutulması yargı yerlerinin ortak bir yorum ve anlayışı benimsemesini gerektirir<sup>39</sup>. Tek hukuk sistemi farklı yargı yerlerinde yorumlandığında, ya da uygulandığında, farklı sonuçlara varılabilecek, aynı uyumsuzlukta birden fazla yargı yeri yetkili olduğu iddiasında bulunduğu anda ise hangisinin yetkili olduğunu kararlaştıran bir merci olmadığından sorunlar ortaya çıkabilecektir<sup>40</sup>. Aynı uyumsuzlukta birden fazla yargı yerinin yetkili olduğunu ileri sürmesinin gerçek bir sorun olabileceği Mox Plant uyumsuzluğunda dört farklı yargı yerinin -bunlar UDHM, OSPAR Tahkim Divanı, BMDHS Ek VII Tahkim Divanı ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'dır (ATAD)- yet-

<sup>36</sup> Jennings, s. 59.

<sup>37</sup> ABI-SAAB Georges, "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks", New York University Journal of International Law and Politics, C. 31, S. 4, 1999, s. 919-933, s. 920-921.

<sup>38</sup> Arsava, s. 126.

<sup>39</sup> Abi-Saab, s. 921, 926.

<sup>40</sup> COHEN Harlan Grant, "From Fragmentation to Constitutionalization", Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal, C. 25, S. 1, 2012, s. 381-394, s. 384-385.; COHEN Harlan Grant, "Fragmentation", Concepts for International Law Contributions to Disciplinary Thought, eds. d'ASPREMONT Jean, SINGH Sahib, Edward Edgar Publishing, Cheltenham, 2019, s. 315-327, s. 321. Bunun için getirilen çözümlerden biri UAD'nin diğer yargı yerlerinin başvurularını karara bağlamasıdır. Arsava, s. 128. Çatışmaya örnek olarak Mox Plant uyumsuzluğu verilmektedir. Bu hususta bkz. BATIR Kerem, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyarınca Uyumsuzlukların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Örtüşmesi", Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 4, S. 16, 2008, s. 57-77.

kili olduklarını, “farklı açılardan da olsa”, ileri sürmeleriyle örneklenmiş olmaktadır<sup>41</sup>.

UAD ve UDHM arasındaki ilişkinin tespitinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus zorunlu yargı yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Bilindiği üzere UAD'nin yargı yetkisi tarafların rızası doğrultusunda ortaya çıkmaktadır. UDHM'nin yargı yetkisinin ise bazı durumlarda -istisnaları olsa da- zorunlu olduğu belirtilir; Bunlar Ek VII'ye göre hakem mahkemesi ya da Ek VIII'e göre özel hakem mahkemesi kurulana dek geçici tedbir talepleri, makul bir teminatın gösterilmesi durumunda gemilerin durdurulmasına ve mürettebatın alıkonmasına derhal son verilmesi başvuruları, uluslararası deniz yatağının kullanılması ve işletilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ve uyuşmazlığın her iki tarafının da BMDHS'nin 287. maddesine göre UDHM'yi seçmesi halleridir<sup>42</sup>. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisinin bu hallerde bile tam anlamıyla zorunlu olmadığı<sup>43</sup>, zira istisnaların varlığının zorunlu yargı yetkisini rızaya dayalı yetkiye göre ikincil hale getirdiği belirtilmektedir<sup>44</sup>.

Bölümlenme bir davanın çözümü için merci seçimi (*forum shopping*) imkânını sağlaması bakımından da sıklıkla eleştirilmiş, alt alanda başvuru mercilerin sadece kendi maddî hukuklarını uygulamaları dolayısıyla standartların terk edileceği yahut da yeni standartların oluşamayacağı ileri sürülmüştür<sup>45</sup>. Bu şekilde ortaya çıkan birbirinden farklı yargı kararları ise uluslararası hukukun güvenilirliğine tehdit oluşturabilecek nitelikte görülmüştür<sup>46</sup>. Öte yandan zaten merkezî olmayan bir hukuk düzeninde, tek bir normatif geçerlilik kaynağının olmamasıyla baş eden uluslararası hukukçuların yarışan normatif düzenlerin varlığı

<sup>41</sup> Batır, s. 76.

<sup>42</sup> Akkutay (2012) s. 136-137., Gülçür, s. 42.

<sup>43</sup> Akkutay (2012), s. 127.

<sup>44</sup> Gülçür, s. 42.

<sup>45</sup> HAFNER Gerhard, “Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law”, Michigan Journal of International Law, C. 25, S. 4, 2004, s. 857-858.

<sup>46</sup> Hafner, s. 858.; Koskenniemi, Leino, s. 561-562. Çatışma durumunu örnekleyen iki karar: UAD, Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askerî ve Yarı Askerî Faaliyetler Davası (Nikaragua v. ABD) (27 Temmuz 1986), p.115.; EYUCM, Tadić Davası (Temyiz), IT-94-1-A (15 Temmuz 1999), p. 115 vd.

ğından endişe duyması ise paradoksal bulunmaktadır<sup>47</sup>. Doktrinde uluslararası hukukun bir yargı sisteminin olup olmadığından bağımsız yürütülen sistemin bozulması tartışmaları eleştirilse de yargısal faaliyetlerin UAD bünyesinde sürmesini öngören bir anlayış mevcuttur.

Aslında uluslararası hukukta özel nitelikli yargı yerlerinin kurulmasını uluslararası hukukun bütünlüğünü tehdit edeceği yönünde eleştiren görüşlerin sahiplerince özelleşmiş organların teknik uzmanlık gerektiren ya da hakkaniyetin (*equity*) uygulandığı belirli tip uyuşmazlıkların görülmesi için daha uygun olduğunun kabul edildiği belirtilir<sup>48</sup>. Özellikleri dolayısıyla teknik yahut belirli çözüm yöntemlerini gerektiren uyuşmazlıkların çözümünde uzmanlığın önemli bir getirisi bulunabilecektir.

Uluslararası hukukta yargı kararları hukukun yardımcı kaynakları arasında sayılır<sup>49</sup>. Buna uygun olarak hem UAD hem de UDHM dahil BMDHS'den doğan yargı yetkisini kullanan yargı yerlerinin kararları görülen dava ve onun tarafları bakımından bağlayıcıdır<sup>50</sup>. Ancak diğer uyuşmazlıklar bakımından bağlayıcı olmasa da kararlar ilgili uyuşmazlığın çözümüne ilişkin standart oluştururlar ve dolayısıyla normatif alana etki ederler, bu nedenle içtihat birliğine yapılan vurgu önem kazanmaktadır<sup>51</sup>.

UDHM'nin deniz hukukunu uluslararası hukuk bünyesinden ayıracak, uluslararası hukukun bölümlenmesini sağlayacak bir yargı yeri olup olmadığına ileride yargı kararları çerçevesinde değinilecek olsa da bu başlık altında iki hususa değinmek isteriz. Bunların ilki UDHM önüne getirilebilecek uyuşmazlıkların konusuna, diğeri ise BMDHS madde 282'deki düzenlemeye dairdir.

BMDHS uluslararası çevre hukukuna ilişkin düzenlemeler de içerir ve bunlar bakımından UDHM'nin yetkilendirilebilir olması nedeniy-

<sup>47</sup> Koskenniemi, Leino, s. 558.

<sup>48</sup> Boyle, s. 37. Burada hakkaniyetin (*equity*) hakça ilkeler anlamıyla kullanıldığı düşünülmektedir. Konu hakkında bkz PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, gg 15. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 242-245.

<sup>49</sup> UAD Statüsü md 38.; Pazarcı, s. 248.

<sup>50</sup> UAD Statüsü md 59 ve BMDHS md 296.

<sup>51</sup> Akçapar, s. 39.



le uluslararası ticaret hukuku ve çevre hukuku arasında -özel rejimlerin yargı yerleri arasında- çatışmalar ortaya çıkmaktadır<sup>52</sup>. Bu bakımdan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması ve UDHM kararları arasında bir karşılaştırma mümkündür<sup>53</sup>. UDHM ve BMDHS çerçevesinde yetkilendirilebilecek yargı yerleri çevre hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından da yargı yetkisine sahip olacaktır, bu konuda dikkat çekilmesi gerekir ki deniz hukuku uyuşmazlıkları ile çevre hukuku uyuşmazlıkları birbirinden ayrılabilen uyuşmazlıklar olmayabilecektir. Yani BMDHS’de yer alan bir düzenleme aynı anda hem çevre hukukunun hem de deniz hukukunun kapsamında olabilecektir. Bu normaldir ve çevre hukuku yönü ağır basan BMDHS hükümleri hakkındaki uyuşmazlıklar çevre uyuşmazlıkları olarak adlandırılmaktadır<sup>54</sup>. BMDHS’nin yalnızca deniz hukukuna ilişkin olarak nitelendirilebilecek uyuşmazlıklar bakımından yetki vermediği, uluslararası hukukun özel rejimleri arasında sayılan çevre hukuku uyuşmazlıklarının da bu çerçevede olduğu akıld tutulmalıdır<sup>55</sup>.

BMDHS’nin 282. maddesi Sözleşmenin uygulanması veya yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlık içinde bulunan taraf devletlerin, bu uyuşmazlığın genel, bölgesel, iki taraflı bir andlaşmayla veya başka bir biçimde taraflardan birinin talebiyle bağlayıcı kararlar veren bir yargı prosedürüne götürülebileceği konusunda anlaşması halinde -taraflar aksi bir anlaşma yapmadıkları sürece- söz konusu yargı prosedürünün bu Kısımdaki prosedürlerin yerine uygulanabilir olduğunu düzenler<sup>56</sup>. Bu madde BMDHS çerçevesindeki uyuşmazlıklar bakımından Sözleşmenin öngördükleri dışında kalan yargı prosedürlerini işler kılan bir başka araç olarak “ileri derecede bir açıklık” (*a high degree of openness*) sağla-

<sup>52</sup> UHK, Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu: Uluslararası Hukukun Çeşitlenmesi ve Genişlemesinden Doğan Güçlükler (A/CN.4/L.644) (18 Temmuz 2003), p. 9/c.

<sup>53</sup> SALAMA Randa, “Fragmentation of International Law: Provisional Disputes Arising in Law of the Sea Disputes”, Australian and New Zealand Maritime Law Journal, C. 19, 2005, s. 24-55, s. 25-26.

<sup>54</sup> Bkz Salama, s. 24-55.

<sup>55</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 138, p. 272.

<sup>56</sup> BMDHS, md 282.

maktadır<sup>57</sup>. Düzenlenişi itibarıyla BMDHS'nin UDHM'yi münhasır yetkili bir yargı yeri olarak tasarlamadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle de her yargı yerini kendi içinde kapalı bir sistem olarak ifade eden görüşler bakımından UDHM'nin ayrı bir konumda bulunduğu kanaatimizce ortaya çıkmaktadır<sup>58</sup>.

## B. Kurallar Yönünden Bölümleme

Uluslararası hukukun bölümlenmesi tartışmalarının çalışmada ele alacağımız diğer veçhesini konusu ya da tarafları itibarıyla bir özel rejimin kapsamındaki hukuk kuralları ile genel uluslararası hukuk kurallarının birlikte uygulanması oluşturur. Nitekim UHK bölümlenme raporunda doktrinin bölümlenmenin temel nedenleri arasında değerlendirdiği örtüşen yargı yetkileri meselesinden çok ortaya çıkan maddî hukuk çatışmalarının çözülmesine eğilmektedir<sup>59</sup>. Uluslararası hukukta belirli bir olaya uygulanabilecek aynı nitelikte birden fazla yahut da farklı niteliklerde hukuk kuralları bulunabilir. Bunlar arasındaki uyumsuzlukların çözülmesinde ise yargılamayı yapacak merciin elinde farklı hukuk kuralları arasından seçim yapmaya yarayan araçlar bulunmalıdır. Uluslararası hukuk bakımından bu araçların *jus cogens* kurallar, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin (VAHS) 30. maddesinde de düzenlenen sonraki hükmün (*lex posterior*) uygulanması, BM Andlaşmasının bundan kaynaklanan yükümlülüklerin diğer andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerle üstün geleceğine ilişkin 103. maddesi, özel hükmün uygulanması (*lex specialis*) ve hiyerarşik etmenler olduğu belirtilir<sup>60</sup>. Bu araçlarla bir hukukî duruma uygulanabilecek birden fazla hukuk kuralının

<sup>57</sup> TREVES Tullio, "Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective", *Agenda Internacional*, C. 16, S. 27, 2009, ss. 213-253, s. 236.

<sup>58</sup> Uluslararası deniz hukukunun açık bir sistem olduğu yönünde bkz Treves, *Fragmentation*, s. 249.

<sup>59</sup> MURPHY Sean D., "Deconstructing Fragmentation: Konskenniemi's 2006 ILC Project", *Temple International and Comparative Law Journal*, C. 27, S. 2, 2013, s. 1-18, s. 2.

<sup>60</sup> SHONGWE Musa Njabulo, "The Fragmentation of International Law: Contemporary Debates and Responses", *The Palestine Yearbook of International Law*, C. 19, 2016, Brill Nijhoff, Leiden, 2018, s. 177-219, s. 192-207.: Uluslararası hukukun kaynakları arasında, iç hukuklardaki gibi, şekli bir hiyerarşi bulunmadığından, hiyerarşik etmenler ifadesi çatışma halinde kimi normların önemi dolayısıyla oluşan, şekli olmayan bir hiyerarşik ilişkiyi ifade eder. UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 166-167, p. 324-327.

bulunması halinde hangisinin uygulanacağı tespit edilebilecektir. İleride değinileceği üzere UHK raporunda da yer verilen bu çözüm araçlarının ilkinde *jus cogens* kural ile birlikte ancak kendisi ile aynı yönde bir hukuk kuralının bulunabileceği akıldaki tutulmalıdır, aksi durumda zaten *jus cogens* kurala aykırı hükümler geçersiz olacağından çatışma da mevcut olmaz. Hiyerarşik etmenler konusunda ise uluslararası hukukun kuralların birbirine üstünlüğünün belirlendiği bir hukuk düzeni olmadığına ancak uygulamada hukuk kuralları arasında gayriresmî bir önem sıralamasının bulunabildiğine dayanılmaktadır<sup>61</sup>.

Uluslararası hukuktaki yargı yerleri çoğunlukla belirli anlaşmalardan doğan veya belirli türdeki uyuşmazlıklarda -dolayısıyla sınırlı-yargı yetkisine sahiptirler, ancak yargı yetkisinin sınırlı olması uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukukun sınırlı olması anlamına gelmemektedir<sup>62</sup>. Bunun tersi de geçerlidir, uygulanabilecek hukukun özel rejim dışındaki hukuk kurallarına atıfta bulunması yargı yetkisini genişleten bir husus olarak ele alınamayacaktır<sup>63</sup>. Nitekim BMDHS'nin düzenlemesine göre UDHM, Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklar bakımından yetkili olmasına rağmen karar verirken BMDHS'yi ve uluslararası hukukun Sözleşme ile bağdaşan diğer kurallarını uygulayabilecektir<sup>64</sup>.

Mahkemenin Statüsü 23. maddesiyle uygulanacak hukuk bakımından "uyuşmazlıkların çözümü" kısmında yer alan BMDHS 293. maddeye gönderme yapar<sup>65</sup>. Buna göre BMDHS ve uluslararası hukukun bununla bağdaşan diğer kuralları ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku oluşturur. Yine aynı madde 2. fıkrasında tarafların anlaşması halinde *ex aequo et bono* karar verilebileceğini de belirtmektedir.

<sup>61</sup> Shongwe, s. 207.

<sup>62</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 28, p. 45.

<sup>63</sup> WOOD Michael, "The International Tribunal for the Law of the Sea and General International Law", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, C. 22, S. 3, 2007, s. 351-367, s. 357.

<sup>64</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 29, p. 45.

<sup>65</sup> BMDHS Ek VI BMDHM Statüsü md 23: Mahkeme tüm uyuşmazlık ve başvuruları 293. maddeye göre karara bağlar.

Uluslararası hukuk altında ortaya çıkan ve alt sistem, müstakil rejim, özel rejim olarak ifade edilen hukuk rejimleri hakkında bunların işleyişinin uluslararası hukuka kapalı olduğu ölçüde devletin sorumluluğu kurallarına daha az müracaat edecekleri belirtilir<sup>66</sup>. Yani bir özel rejim, genel uluslararası hukukun kurallarına ne kadar az müracaat ediyorsa o ölçüde kapalı bir alan teşkil edecektir. UHK de bölümlenme raporunda uluslararası hukukun alt alanları için müstakil (*self-contained*) teriminin uygunluğunu tartışırken bu alanların genel uluslararası hukuktan tam olarak ayrılmış, izole edilmiş olup olmadığını değerlendirir<sup>67</sup>. Buna göre çeşitli derecelerde ayrışma, izolasyon gerçekleşmiş olsa da bu durum genel uluslararası hukuk ile bağlantıyı tamamen ortadan kaldırmamakta ve bu nedenle de müstakil rejim yanlış bir terim tercihi olmaktadır, bunun yerine özel rejim ifadesinin kullanılması daha uygun görülmüştür<sup>68</sup>.

Her uluslararası andlaşma, sözleşme bir alt alan oluşturmamakla beraber özellikle kendine özgü uyumsuzluk çözme mekanizması bulunan farklı sözleşmelerin aynı hususları düzenleyen kurallar içermesi de karışıklık doğurabilecektir<sup>69</sup>. Özel rejimlerin genel uluslararası hukukun yanı sıra diğer özel rejimlerle ilişkileri de bölümlenme bakımından önemlidir. Ünlü Mox Plant uyumsuzluğu çerçevesinde ortaya çıkan örtüşen yargı yetkileri meselesi özel rejimlerin birbirileriyle çatışmasına örnek teşkil eder. UDHM Mox Plant kararında farklı andlaşmalarda yer alan aynı ya da benzer hükümlerin yorumlanmasının aynı sonuçları ortaya çıkarmayabileceğini belirtir, aynı yorum kuralları kullanılsa bile andlaşmaların bağlam, konu ve amaç, sonraki uygulama ve hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) yönlerinden sahip oldukları farklılıklar buna sebep olmaktadır<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> SIMMA Bruno, PULKOWSKI Dirk, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, C. 17, S. 3, 2006, s. 483-529, s. 485.

<sup>67</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 82, p. 152/5.

<sup>68</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 82, p. 152/5, s. 100, p. 192-193.; Treves, *Fragmentation*, s. 221.

<sup>69</sup> Treves, *Fragmentation*, s. 234.

<sup>70</sup> UDHM, Mox Plant Kararı- Geçici Tedbirler (İrlanda v. Birleşik Krallık) (3 Aralık 2001), p. 51.

Kurallar itibarıyla bölümleme bakımından değinilmesi gereken önemli bir husus da normatif çerçevedir (*normative environment*). Konusu ya da ilgili devletler bakımından ne kadar özel nitelikte olursa olsun hiçbir kural, andlaşma ya da teamül hukuku kuralının boşlukta (*vacuum*) var olmadığı, bir normatif çerçevesinin bulunduğu kabul edilir<sup>71</sup>. Normatif çerçeve, UHK raporuna göre sadece genel hukukun ilgili özel alandaki düzenlemelerini değil, ilgili hukuk öznelerini, onların temel hak ve yükümlülüklerini, bunların nasıl türetileceğini, değiştirileceğini ve ortadan kaldırılacağını belirleyen ilkeleri de içerir<sup>72</sup>. Özel nitelikte düzenlemeler içeren bir sistem, örneğin DTÖ, içinde yaratıldığı ve zorunlu olarak içinde var olmaya devam ettiği daha geniş bir külliyatın enstrümanı, aracı olmaktadır<sup>73</sup>. Pauwelyn hiçbir andlaşmanın ve bir andlaşmaya ilişkin davaları yürüten mahkeme veya divanın uluslararası hukuk sistemi dışında yaratılamayacağını belirtir<sup>74</sup>. Böylece aslında özel alan olarak adlandırılabilir tüm alanlar, uluslararası hukukun içinden, onun araçlarıyla ortaya çıktıklarından uluslararası hukukun içerisinde yer almaya devam etmektedirler.

## II. BMDHS ÇERÇEVESİNDE KURULAN YARGI YERLERİ KARARLARININ BÖLÜMLENME YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası hukukun bölümleme bakımından uluslararası deniz hukukuna ilişkin değerlendirmeler hem kurumlar, yani yargı yerleri, hem de kurallar itibarıyla yapılmalıdır. Bunun nedenleri uluslararası deniz hukukunun UAD önünde sıkça yargılamaya konu edilmesinin yanı sıra BMDHS ile yetkilendirilen yargı yerleri arasında UAD, UDHM, tahkim ve özel tahkimin de sayılmış olmasıdır. Deniz hukukuna ilişkin uyumsuzlukların tek bir yargı yerinde görülmesi gerekmemekte,

<sup>71</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 64, p. 120.

<sup>72</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 64, p. 120.

<sup>73</sup> PAUWELYN Joost, *Conflict of Laws in Public International Law How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, 2003, s. 460-461.

<sup>74</sup> Pauwelyn, s. 461.

BMDHS taraf devletlerin uyuşmazlıkların görüleceği yargı yerlerini seçebilmelerine imkân tanımaktadır.

Kurallar itibarıyla bölümlenme bakımından yapılacak değerlendirmede bu yargı yerlerinin uluslararası deniz hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda UHK raporunda yer alan özel hüküm-genel hüküm, önceki tarihli hüküm-sonraki tarihli hüküm, *jus cogens-erga omnes*-BM md 103 ile sistemsel entegrasyon (*systemic integration*) yöntemlerini kullanıp kullanmadığı önem arz eder.

Bu kısımda öncelikle UDHM ve diğer yargı yerlerinin uyuşmazlıkların çözümünde UHK raporundaki yöntemlere başvurup başvurmadıklarını ele alacağız. Bunun ardından Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıklarda genel uluslararası hukukun içinde kaldığı kabul edilebilecek düzenlemelere yaptığı atıfları ve UDHM ile hakem mahkemelerinin UAD'nin deniz hukukuna ilişkin kararlarına kendi kararlarında yer vermesini değerlendireceğiz. Sonuç kısmında ise yapılan incelemeler üzerinden uluslararası hukukun bölümlenmesi bakımından UDHM'nin ve BMDHS çerçevesindeki diğer yargı yerlerinin yaklaşık 25 yıllık deneyiminin ortaya çıkardığı sonuçlardan söz edilecektir.

### A. UHK Bölümlenme Raporunda Yer Alan Yöntemler

Uluslararası hukukun bölümlenmesi konusunda UHK farklı hukuk kuralları arasındaki çatışmanın nasıl giderileceğini merkeze alan bir sonuç ortaya koymuştur. Bunu yaparken de klasik hukuktaki, hukuk kuralları arasında anlamlı ilişkiler kurarak belirli bir uyuşmazlık veya çatışma halinde bunların nasıl uygulanacaklarını belirleyen yöntemlerden hareket eder<sup>75</sup>. Bu klasik yöntemler genel ve özel hukuk kuralları, önceki tarihli ve sonraki tarihli hukuk kuralları, farklı hiyerarşik düzeydeki hukuk kuralları arasındaki ilişkiye dair olanlar ve kuralların kendi normatif çerçeveleriyle olan ilişkilerini kapsayan yöntemlerdir<sup>76</sup>.

Bunlardan ilki özel kural (*lex specialis*)-genel kural (*lex generalis*) ilişkisidir. UHK raporunda, uluslararası hukukun alt, özel alanlarında

<sup>75</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 15-16, p. 17-18.

<sup>76</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 16, p. 18.

ortaya çıkan kuralların genel uluslararası hukukun özel nitelikli kurallarından ibaret olduğu ve genel uluslararası hukuk ile alt, özel alan arasındaki çatışmaların bu çerçevede çözülebileceği belirtilir<sup>77</sup>. BMDHS’de getirilen uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında bu husus Southern Bluefin Tuna davasında gündeme gelmiştir. 2000 yılında BMDHS Ek VII çerçevesinde kurulan hakem mahkemesi tarafından verilen karar hem 1982 tarihli BMDHS hem de 1993 tarihli “Southern Bluefin Tuna”nın Korunması Konvansiyonunun (SBTKK) kapsamına giren bir uyuşmazlığa ilişkindir. Davanın taraflarından Japonya, BMDHS’nin ilgili maddelerinin genel nitelikte olduğunu ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı düzenlemediğini belirtmiş, Southern Bluefin Tunanın korunması ve bu türden optimum yararlanmaya ilişkin BMDHS hükümlerinin özel kural niteliğindeki SBTKK tarafından kapsanmış ve gölgede bırakılmış olduğunu ileri sürmüştür<sup>78</sup>. Japonya’nın bu iddiası Mahkeme tarafından reddedilmiştir, ancak bu özel kural kavramına dayanan bir ret değildir<sup>79</sup>. Mahkemeye göre uluslararası hukukta devletlerin bir konuya ilişkin birden fazla andlaşma yapmaları mümkün olduğundan devlet bir fiiliyle birden fazla andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal edebilecektir<sup>80</sup>. Mahkeme, BMDHS ve SBTKK arasındaki konu ve çözüm bakımından paralelliği ve VAHS’nin 30/3 hükmü gereğince BMDHS’nin de olaya uygulanabilir olduğunu belirlemiştir<sup>81</sup>. Yani genel kural ile özel kural arasında seçimin yapılmasını gerektiren bir durum olmadığı tespit edilmektedir. UAD, 1982 yılında vermiş olduğu Tunus v. Libya Kıta Sahaneliği kararında tarafların deniz hukukunda meydana gelen belirli gelişmeleri özel bir andlaşma ile ikili ilişkilerinde özel kural olarak bağlayıcı kabul edebilecekleri belirtilmiştir<sup>82</sup>. Böylece genel uluslararası hu-

<sup>77</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 30-115, p. 46-222.

<sup>78</sup> BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Southern Bluefin Tuna (Yeni Zelanda-Japonya, Avustralya-Japonya) (4 Ağustos 2000), p. 51.

<sup>79</sup> BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Southern Bluefin Tuna (Yeni Zelanda-Japonya, Avustralya-Japonya) (4 Ağustos 2000), p. 52.

<sup>80</sup> BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Southern Bluefin Tuna (Yeni Zelanda-Japonya, Avustralya-Japonya) (4 Ağustos 2000), p. 52.

<sup>81</sup> BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Southern Bluefin Tuna (Yeni Zelanda-Japonya, Avustralya-Japonya) (4 Ağustos 2000), p. 52.

<sup>82</sup> UAD, Kıta Sahaneliği (Tunus v. Libya) (24 Şubat 1982), p 24.

kukun kurallarından belirli hususlar için veya belirli taraflar bakımından sapılabileceği, özel kuralların tarafların anlaşmasıyla oluşturulabileceği ifade edilmektedir<sup>83</sup>.

Özel kural-genel kural ilişkisinin BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü bakımından hangi yargı yerinin yetkili olacağına ilişkin belirlemede de kullanılması mümkündür. Sözleşme'nin 282 ve 287. maddelerinde yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemelerin, UAD Statüsünün 36. maddesi ışığında değerlendirilmesi gerektiği belirtilir<sup>84</sup>. Erdem'e göre BMDHS'nin amacıyla bağdaşan yorum, Sözleşmede getirilen uyuşmazlık çözüm prosedürlerinin özel kural niteliğinde olduklarından öncelikle uygulanması olacaktır<sup>85</sup>. UAD'nin yargı yetkisinin genel, BMDHS'den doğan yargı yetkisinin özel kural olarak ele alınması suretiyle yargı yetkisi uyuşmazlıklarının çözülmesi UHK raporunun getirdiği çözümler ile uyuma halindedir. Ancak yine de BMDHS 282. maddesiyle genel prosedür üzerinde anlaşan tarafların uyuşmazlıklarında UAD'yi yetkili kılabilmeleri de mümkündür. Belirtmek gerekir ki ne özel kuralın ne de sonraki tarihli kuralın varlığı, bunların otomatik olarak uygulanması sonucunu doğurmamakta, bu ilkeler ortaya çıkan bir çatışmada hangi kuralın uygulanması gerektiğine ilişkin bir çıkarım imkânı sağlamaktadır<sup>86</sup>.

UDHM 2015 tarihli bir danışma görüşünde taraflar arasındaki anlaşmada özel kuralın bulunmadığı hallerde uluslararası hukukun genel kuralının uygulanacağını belirtmektedir<sup>87</sup>. UDHM bir başka kararında ise sorumluluk konusunda BMDHS'de getirilmiş bir istisnanın - madde 139/2'ye göre sponsor devletlerin sorumluluğu zarar şartına bağlıdır- uyuşmazlık yönünden gerçekleşmemiş olması halinde sorumlulu-

---

<sup>83</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümlemesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 45, p. 79.; UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahaneli Davaları, (Federal Almanya v. Danimarka, Federal Almanya v. Hollanda) (20 Şubat 1969), p. 72.

<sup>84</sup> Erdem, s. 348.

<sup>85</sup> Erdem, s. 348.

<sup>86</sup> Kaya, s. 159, 162.; UHK Uluslararası Hukukun Bölümlemesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 35, p. 58; s. 225, p. 117.

<sup>87</sup> UDHM, Alt Bölge Balıkçılık Komisyonu Başvurusu Üzerine-Danışma Görüşü (2 Nisan 2015), p. 170.



ğa ilişkin teamül hukuku kurallarına atıfta bulunur ve zarar olmamasına rağmen yükümlülüklerin ihlali durumunda sponsor devletin sorumluluğunun genel uluslararası hukuk çerçevesinde doğacağını belirtir<sup>88</sup>.

UHK Bölümleme Raporu ikinci çözüm aracı olarak önceki kural-sonraki kural (*lex posterior derogat legi priori*) yöntemini inceler. VAHS'nin önceki tarihli ve sonraki tarihli iki andlaşma arasındaki ilişkilere dair 30 ve bu çerçevede önceki tarihli çok taraflı andlaşmanın sonradan yapılan andlaşmalarla bazı hükümlerinin değiştirilmesine ilişkin 41. maddelerinde düzenlenen esaslara uygun olarak önceki tarihli ve sonraki tarihli andlaşma arasındaki çatışmanın çözüleceği belirtilmiştir<sup>89</sup>. BMDHS'nin 311. maddesinde diğer sözleşmeler ve uluslararası andlaşmalarla arasındaki ilişki düzenlenmiş ve taraf devletlerin kendi aralarında BMDHS hükümlerinin işleyişini değiştiren veya askıya alan andlaşmalar yapabilecekleri hükme bağlanmıştır<sup>90</sup>.

Özel kural-genel kural ilişkisinin de gündeme geldiği Southern Bluefin Tuna kararında Hakemlik Mahkemesi meselede hangi andlaşmanın uygulanacağını VAHS'nin 30/3 maddesine dayanarak çözmüştür. Zira Japonya iddialarında SBTKK'nin BMDHS'ye göre hem özel kural hem de sonraki kural niteliğinde olduğuna dayanmış<sup>91</sup> ancak Avustralya ve Yeni Zelanda iddiaya iki kural arasında çatışma bulunmaması ve bu hususun zaten BMDHS'nin 311. maddesinde düzenlenmesi nedeniyle karşı çıkmışlardır<sup>92</sup>. Nitekim tahkim kararında VAHS'nin madde 30/3 hükmü, tarafları ortak olan biri önceki diğeri sonraki tarihli iki andlaşmadan öncekinin sona erdirilmediği veya askıya alınmadığı hallerde

<sup>88</sup> UDHM, Kişi veya Birimlere Sponsor olan Devletlerin Sahadaki Aktivitelerden Sorumluluk ve Yükümlülükleri-Danışma Görüşü (1 Şubat 2011), p. 178, 242/4.

<sup>89</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 128, p. 251 vd.

<sup>90</sup> BMDHS md 311/3: Bu hükümde izin verilen sonraki tarihli andlaşma şu şartları taşımalıdır; sapma andlaşmanın konu ve amacının etkin bir biçimde yerine getirilmesine dair bir hükümle bağdaşmaz olmamalı, bu sözleşmede yer alan temel ilkelere uygulanmasını etkilememeli ve diğer taraf devletlerin bu sözleşmeden kaynaklanan haklarından faydalanmalarını ve yükümlülüklerini yerine getirmelerini etkilememelidir.

<sup>91</sup> BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Southern Bluefin Tuna (Yeni Zelanda-Japonya, Avustralya-Japonya) (4 Ağustos 2000), p. 38/c.

<sup>92</sup> BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Southern Bluefin Tuna (Yeni Zelanda-Japonya, Avustralya-Japonya) (4 Ağustos 2000), p. 41/g(sic).

sonraki ile bağdaştığı ölçüde taraflar arasında öncekinin uygulanmaya devam edebileceği kuralı doğrultusunda çözüm aranmıştır<sup>93</sup>.

UHK Bölümleme Raporunda üçüncü olarak önem ilişkisini değerlendirmiştir. Buna göre ulusal hukuklardan farklı olarak uluslararası hukuk kuralları birbirileri ile hiyerarşik bir ilişkide bulunmadıklarından aralarında çıkacak çatışmaların çözülmesinde dayanılması gereken bir diğer yöntem öneme dayalı olabilecektir: Uluslararası hukukun uygulamasıyla “informal bir hiyerarşik” sistemin oluştuğunu ifade eden UHK, bu kapsamda BM Andlaşması’nın 103. maddesinde yer alan çatışma çözme normunu, *jus cogens* kuralları ve *erga omnes* yükümlülükleri değerlendirir<sup>94</sup>. UDHM The M/V “Saiga” (No.2) kararında ayrı görüş sunan Yargıç Laing açık denizlerin serbestliğinin hukuk kuralı olarak statüsünü ele alır ve bunun zorunlu, bağlayıcı bir norm olduğunu ve deniz hukukuyla sınırlı olmayıp tüm uluslararası hukukun temel bir ilkesi olduğunu belirtir<sup>95</sup>. Ancak açık denizlerin serbestliğinin *jus cogens* normlar arasında olabileceği yönünde görüşler<sup>96</sup> bulunsa da UHK ilkenin gördüğü evrensel kabul doğrultusunda değil içeriği itibarıyla *jus cogens* niteliği kazanacağını belirtmiştir<sup>97</sup>. Bu içerik, devletlerin, halklarının ve en temel insanî değerlerin varlığına tehdit oluşturduğu için yasaklanan davranışlardan oluşmaktadır<sup>98</sup>. Öte yandan açık denizlerin serbestliğinin uluslararası hukukun temel ilkeleri arasında olduğu ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Southern Bluefin Tuna (Yeni Zelanda-Japonya, Avustralya-Japonya) (4 Ağustos 2000), p. 52.

<sup>94</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 166-167, p. 324-327.

<sup>95</sup> UDHM, M/V “SAIGA” (No.2) (Saint Vincent ve Grenadinler v. Gine) (1 Temmuz 1999), Yargıç Laing Ayrı Görüşü, p. 27.

<sup>96</sup> FROWEIN Jochen A., “Jus Cogens”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (çevrimiçi) 2013, p. 8.

<sup>97</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 189, dn. 522.

<sup>98</sup> UHK, 2001 Yılı C. 2 2. Kısım, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (A/56/10), s. 112, p. 3.

<sup>99</sup> TANAKA Yoshifumi, The International Law of the Sea, 3. b., Cambridge University Press, Cornwall, 2019, s. 22-24.; WOLFRUM Rüdiger, “The Principle of the Common Heritage of Mankind”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, C. 43, 1983, s. 312-337, s. 336.

Önem ilişkisi çerçevesinde UHK'nin değerlendirdiği *erga omnes* yükümlülükler uygulamada belirli bir öneme sahip olsalar da hiyerarşik üstünlük sağlamaları bakımından BM Andlaşmasının 103. maddesi ve *jus cogens* kurallardan ayrılırlar<sup>100</sup>. *Erga omnes* yükümlülükler uluslararası toplumun tümüne karşı olan yükümlülükleri, yükümlenme ile korunan menfaatin tüm uluslararası topluma ait olduğu halleri ifade eder<sup>101</sup>. *Erga omnes* yükümlülükler doğuran kuralların, içerdikleri menfaatin önemi itibarıyla diğerlerinden ayrılması gerekmemektedir, bunlar ihlali tüm devletler tarafından ileri sürülebildiğinden belirli usulî özelliklere sahip kurallardır<sup>102</sup>. UAD Barcelona Traction kararında devletlerin uluslararası toplumun tümüne karşı yükümlülükleri ile diplomatik koruma hususunda başka bir devletle arasında ortaya çıkan yükümlülüklerinin esaslı bir biçimde ayrılması gerektiğini, *erga omnes* yükümlülükleri oluşturan ilkinin yerine getirilmesinde doğası gereği diğer tüm devletlerin hukukî menfaatinin bulunduğunu belirtir<sup>103</sup>. BMDHS'nin 311/6 hükmü taraf devletlere Sözleşmenin 136. maddesinde yer alan insanlığın ortak mirasına dair temel ilkede hiçbir değişiklik yapmama ve bu ilkeye aykırı bir andlaşmanın tarafı olmama yükümlülüğü getirmektedir. Çok taraflı uluslararası andlaşmalarda, yerine getirilmesinin andlaşmanın tarafı olan tüm devletlerin menfaatine olduğu yükümlülükler *erga omnes partes* yükümlülük (*treaty-based obligation*) olarak adlandırılmaktadır<sup>104</sup>. Bu hükmün niteliği itibarıyla *erga omnes* bir yükümlülük

<sup>100</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 193, p. 380.

<sup>101</sup> AKKUTAY Berat Lale, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Objektif Rejim Yaratan Andlaşma Teorisi ve *Erga Omnes* Yükümlülüklerin Andlaşmalarla İlişkisi Çerçevesinde Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 205.; UHK, 1992 Yıllığı C. 2 1. Kısım, Devletin Sorumluluğu Çalışma Grubu, 4. Rapor, Gaetano Arrangio-Ruiz (A/CN.4/444 ve Add. 1-3), s. 34, p. 92.

<sup>102</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 197, p. 389.; UHK, 1992 Yıllığı C. 2 1. Kısım, Devletin Sorumluluğu Çalışma Grubu, 4. Rapor, Gaetano Arrangio-Ruiz (A/CN.4/444 ve Add. 1-3), s. 34, p. 92.

<sup>103</sup> UAD, Barcelona Traction (Belçika v. İspanya) (5 Mayıs 1970), p. 33.

<sup>104</sup> Akkutay (2020), s. 207.; TAMS Christian J, Enforcing Obligations *Erga Omnes* in International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 119-120.; UHK, 1960 Yıllığı C. 2, Andlaşmalar Hukuku Çalışma Grubu, 5. Rapor, Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/130), s. 93, p. 53-54.

getirip getirmediği tartışılabilecektir. Nitekim Uluslararası Hukuk Enstitüsü (UHE) Uluslararası Hukukta Erga Omnes Haklar ve Yükümlülükler kararında bunların çok taraflı andlaşmalardan da –BMDHS gibi kaynaklanabileceğini düzenlemiştir<sup>105</sup>. Dolayısıyla *erga omnes partes* yükümlülükler, *erga omnes* yükümlülüklerin bir parçasını oluşturabilirler<sup>106</sup>. Bunun yanı sıra ortak alanlar (*common areas*), ortak miras (*common heritage*) ve ortak ilgi (*common concern*) gibi çevre hukukunun kolektif kavramları uluslararası teamül hukukunda olmasa da nihayetinde uluslararası teamül hukukunu da etkileyecek biçimde andlaşmalarla düzenlenmekte ve bu düzenlemelerin *erga omnes partes* yükümlülükler ortaya koyabilecekleri ifade edilmektedir<sup>107</sup>. Açık denizler gibi ortak alanların, yahut da ozon tabakası gibi ortak menfaatlerin korunmasının insan haklarının korunması ile kıyaslanabilir bir problemi ortaya çıkardığı ifade edilir<sup>108</sup>. Bu problem taraf ehliyetine ilişkindir, zira toplumun taraf ehliyeti kabul edilmezse taraf sıfatına sahip olabilecek bir zarar gören devlet söz konusu olmayacaktır<sup>109</sup>. Bu çerçevede BMDHS'nin 311/6 maddesi insanlığın ortak mirasına ilişkin *erga omnes partes* bir yükümlülük olarak ele alınabilecektir<sup>110</sup>. Ancak doktrinde tüm çok taraflı uluslararası andlaşmaların *erga omnes partes* yükümlülükler getirmeyeceğinin, ortak bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik standartlar belirleyen andlaşmaların

<sup>105</sup> UHE, Uluslararası Hukukta Erga Omnes Haklar ve Yükümlülükler, Krakow 2005, md 1/b.

<sup>106</sup> Akkutay (2020), s. 208.

<sup>107</sup> BRUNNÉE Jutta, "Common Areas, Common Heritage, and Common Concern", The Oxford Handbook of International Environmental Law, eds. BODANSKY Daniel, BRUNNÉE Jutta, HEY Ellen, Oxford University Press, New York, 2007, ss. 550-572, s. 556, 572. bkz SHELTON Dinah, "Common Concern of Humanity", Environmental Policy and Law, C. 39, S. 2, 2009, s. 83-86.; Benzer biçimde bkz UHK, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 53. Oturum Raporu (A/56/10) in Yearbook of International Law Commission, 2001, C. 2, 2. Kısım, s. 126, p. 6-7.

<sup>108</sup> BIRNIE Patricia, BOYLE Alan, REDGWELL Catherine, International Law and the Environment, 3. b., Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 233.

<sup>109</sup> Birnie, Boyle, Redgwell, s. 233.

<sup>110</sup> Bu konuda bkz. UDHM, Kişi veya Birimlere Sponsor olan Devletlerin Sahadaki Aktivitelerden Sorumluluk ve Yükümlülükleri-Danışma Görüşü (1 Şubat 2011), p. 180, 226.; Ayrıca kuralın teamül hukuku kuralı olması veya bir andlaşma hükmü olmasının onunla ortaya çıkan yükümlülüğe etki edeceği, onu *erga omnes* yahut da *erga omnes partes* yükümlülük olarak ortaya çıkaracağı belirtilmelidir. Akkutay (2020), s. 211-213.

bu kapsamda değerlendirilebileceğinin kabul edildiğini belirtmek gerekmektedir<sup>111</sup>.

UHK Bölümleme raporunda son olarak sistemsel entegrasyon çözümünü getirmektedir. Sistemsel yahut sistemik entegrasyon -VAHS madde 31/3-c’de yer alan kuralın teamül hukukundaki karşılığı olarak öncelikle yorumlanacak olan kuralın içinde bulunduğu, işlediği sistemi dikkate alır ve bu doğrultuda VAHS madde 31/3-c’de yer alan düzenlemenin sistem ile kural arasında bir köprü görevi gördüğü belirtilir<sup>112</sup>. Kural VAHS’de andlaşmaların yorumlanması kısmında düzenlenmiştir ve raporda sıklıkla atıfta bulunulan normatif çerçeve içerisinde yorumlanmayı ifade etmektedir<sup>113</sup>. Bu kapsamda hukukî yorumlama, yorumlanan normun hukuk sistemine entegre edilmesi işlevini görür<sup>114</sup> ve bölümleme endişesinin devası değilse de buna karşı işe yarar bir yorumlama aracı olarak kabul edilir<sup>115</sup>. VAHS madde 31/3-c’de yer alan hüküm yorumlamada andlaşmanın bağlamının yanı sıra uluslararası hukukun taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilecek ilgili tüm kurallarının göz önünde bulundurulması gerektiğini düzenler. Böyle bir düzenlemenin varlığı merkezî olmayan sistemlerde öncelik ve hedeflerin belirlenmesi, uluslararası kurumların yapıcı bir biçimde geliştirilmesi için önem taşımaktadır<sup>116</sup>. Nitekim madde ile yorumun “arka kapısının”, “ilgili herhangi bir kuralı (*any relevant rules*)” davet etmek için açıldığı, maddenin bölümleme ile kucaklayıcı ve kapsayıcı yöntemler kullanarak, birleştirerek başa çıktığı ifade edilmektedir<sup>117</sup>. Sistemsel entegrasyon,

<sup>111</sup> ZEMANEK Karl, “New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations”, Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, C. 4, S. 1, 2000, ss. 1-52, s. 5-6.

<sup>112</sup> MERKOURIS Panos, Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration Normative Shadows in Plato’s Cave, (Queen Mary studies in international law; c. 17), Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 6.

<sup>113</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 208, p. 413.

<sup>114</sup> MCLACHLAN Campbell, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention”, The International and Comparative Law Quarterly, C. 54, S. 2, 2005, s. 279-319, s. 286.

<sup>115</sup> Merkouris, s. 300.

<sup>116</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 244, p. 480.

<sup>117</sup> KLABBERS Jan, “Reluctant Grundnormen: Articles 31(3)(C) and 42 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Fragmentation of International Law”,

UDHM'nin 2011 tarihli danışma görüşünde VAHS 31/3-c hükmüne atıfta bulunularak işletilmiş, bununla ihtiyat ilkesinin<sup>118</sup> uluslararası hukukta andlaşmalara ve diğer hukuk enstrümanlarına dahil edildiği ve böylece bir teamül hukuku kuralı olması yönünde eğilimin bulunduğu teyit edilmiştir<sup>119</sup>. Rapordaki ifadeyle UDHM ihtiyat ilkesini hukuk sistemine entegre etmektedir. UAD'nin 2010 tarihli Pulp Mills kararındaki "ihtiyat ilkesinin andlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasında göz önünde bulundurulacağı" yönündeki ifadesini UDHM, 31/3-c hükmü çerçevesinde ele alarak andlaşmanın yorumlanmasında sadece bağlamın değil uluslararası hukukun taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilecek "ilgili" tüm kurallarının göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmektedir<sup>120</sup>. Dolayısıyla UDHM'ye göre ihtiyat ilkesi Divan tarafından "ilgili" tüm kurallara dahil, söz konusu andlaşmanın yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gereken normatif çerçeve içinde, kabul edilir. Bunun yanı sıra VAHS'nin 42. maddesinin de özel rejimlerin müstakil hale gelmesini engelleyen bir madde olduğu, özel rejimlerin inşası ve uygulamasının geçerliliğine ilişkin her şeyin bu maddeyle asgari düzeyde düzenlendiği belirtilmektedir<sup>121</sup>. 42. madde andlaşmaların ve devletlerin bağlanma rızasının geçerliliğinin VAHS'ye; çekilme, fesih, sona erdirme ve askıya alma hususlarının ilgili andlaşmaya veya VAHS'ye göre kararlaştırılacağını düzenler. Buna göre 42. madde her özel rejimi şu üç yolla genel uluslararası hukuk ile bağlamaktadır: özel rejimin, kuruluşu da dahil, geçerlilik şartlarının genel uluslararası hukuka göre belirlenmesi, uluslararası hukukun "sistemsel doğası" nedeniyle özel

---

Time, History and International Law, eds. CRAVEN Matthew, FITZMAURICE Malgosia, VOGIATZI Maria, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, s. 141-161, s. 159.

<sup>118</sup> İhtiyat ilkesi ciddi ve geri dönülemez hasar riskinin varlığı halinde, tam bir bilimsel kesinliğin bulunmamasının çevresel zararın önlenmesi için maliyet etkinliği olan önlemlerin ertelenmesine gerekçe olarak kullanılamayacağını düzenler. Rio Çevre ve Kalkınma Bildirgesi madde 15.

<sup>119</sup> UDHM, Kişi veya Birimlere Sponsor olan Devletlerin Sahadaki Aktivitelerden Sorumluluk ve Yükümlülükleri-Danışma Görüşü (1 Şubat 2011), p. 135.

<sup>120</sup> UDHM, Kişi veya Birimlere Sponsor olan Devletlerin Sahadaki Aktivitelerden Sorumluluk ve Yükümlülükleri-Danışma Görüşü (1 Şubat 2011), p. 135.

<sup>121</sup> Klabbars, s. 156.; UHK Uluslararası Hukukun Bölümlenmesi Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 100-101, p. 193-194.

rejimin işleyişini etkilemesi ve özel rejimin aksamasına, başarısızlığına bağlanan sonuçların genel uluslararası hukukta belirlenmesi<sup>122</sup>.

### B. UAD Kararlarına ve Genel Uluslararası Hukuka Atıflar

Önceki başlıkta UHK bölümleme raporunda yer bulan çatışma çözüm yöntemlerinin UDHM önündeki yahut da BMDHS çerçevesindeki uyumsuzluklar bakımından kullanılışlarına örnekler vermeye çalıştık. Bu başlıkta ise bölümleme olası sonuçları arasında yer alan benzer konularda farklı yargı kararlarının ortaya çıkışını değerlendirmeye çalışacağız.

BMDHS'den kaynaklanan uyumsuzlukların çözümü için öngörülen mekanizmalardan UDHM 24 yıllık bir geçmişe sahiptir ve bu sürede 27 karar vermiştir. Kararların sayıca önemli bir bölümü geçici tedbirler ve derhal serbest bırakılmaya ilişkindir. Bunun yanında Sürekli Hakemlik Mahkemesi nezdinde kurulan BMDHS Ek VII hakem mahkemeleri bulunmaktadır. Özellikle deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin davalarda UDHM ve hakem mahkemeleri UAD'nin deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin birikimini dikkate almakta ve sık sık Divanın içtihadına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme bu içtihadî devamlılığı Divanın yaklaşımını takip ettiği, Divan ile kesişen görüşleri bulunduğu, aynı yönde karar verdiği ifadeleriyle göstermektedir. UDHM'nin Bengal Körfezinde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ile Atlantik Okyanusunda Deniz Alanlarının Sınırlandırılması kararları bu yaklaşımını örnekleyen birçok atfı içermektedir.

UDHM, Bengal Körfezinde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması kararında sınırlandırmaya esas alınacak noktaların belirlenmesinde, UAD'nin Karadeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması kararıyla aynı yönde olmak suretiyle, mercinin taraflardan herhangi birinin yahut ikisinin birden anlaşarak belirlediği esas noktalarla bağlı olmadığını, deniz alanının coğrafi özellikleri üzerinden kendi sınırlandırmaya esas noktalarını belirleyebileceğini kabul etmektedir<sup>123</sup>. Benzer biçimde Mahkeme, Atlantik Okyanusunda Deniz Alanlarının Sınırlandırılması kara-

<sup>122</sup> UHK Uluslararası Hukukun Bölümleme Çalışma Grubu Raporu (A/CN.4/L.682), s. 101, p. 194.

<sup>123</sup> UDHM, Bengal Körfezinde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Uyuşmazlığı (Bangladeş v. Myanmar) (12 Mart 2012), p. 264.

rında UAD'nin Karadeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması kararında kabul etmiş olduğu metodolojiyi uygulamış, yine UAD içtihadına uygun olarak bunun son aşamasında da kıyı uzunluklarının birbirine oranı ve tarafların deniz alanlarının birbirine oranı bakımlarından bir orantısızlığın bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir<sup>124</sup>.

Güney Çin Denizi Hakemlik Mahkemesi Divan'ın Nikaragua v. Kolombiya Ülke ve Deniz Alanları Uyuşmazlığı kararına katılarak cezir yüksekliklerinin kara ülkesinden farklı olarak, bir devletin karasularında bulunmadıkları müddetçe, üzerinde münhasır haklar tesis edilemeyeceğini, sahiplenilemeyeceğini belirtmiştir<sup>125</sup>. Bir diğer Hakemlik Mahkemesi Guyana ve Surinam arasındaki davada UAD'nin Kamerun ve Nijerya arasındaki Kara ve Deniz Sınırına ilişkin kararına atıfta bulunarak petrol imtiyazlarının ya da petrol kuyularının, taraflar arasındaki açık veya zımnî bir anlaşma ile esas alınmaları kararlaştırılmadı ise, kendi başlarına "geçici sınırlandırma hattının" (*provisional delimitation line*) belirlenmesi yahut bunun değiştirilmesi gereğini ortaya koyan "ilgili şartlar" (*relevant circumstances*) olarak ele alınmayacaklarını ifade etmiştir<sup>126</sup>.

Bengal Körfezi'nde deniz sınırına ilişkin Bangladeş ve Hindistan arasındaki tahkim kararında Mahkeme, tarafların kıyı şeridinin belirlenmesine dair ileri sürdükleri hususların mevcut davaya ve şimdiki

<sup>124</sup> UDHM, Atlantik Okyanusunda Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Uyuşmazlığı (Gana v. Fildişi Sahili) (23 Eylül 2017), p. 533.; Kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz GÜNEYSU Gökhan, "Gana ve Fildişi Sahili Arasındaki Deniz Sınırına İlişkin ITLOS Kararı Bağlamında Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Bazı Meseleler", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, Yıl. 7, 2019, s. 213-231, s. 224-225.

<sup>125</sup> Sürekli Hakemlik Mahkemesi (SHM), 2013-19, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Güney Çin Denizi (Filipinler Cumhuriyeti-Çin Halk Cumhuriyeti) (12 Temmuz 2016), p. 308-309.; KURTDARCAN Bleda R., "Güney Çin Denizi'nde Kriz: Çin Halk Cumhuriyeti'nin Ada İnşa/Arazi Genişletme Çalışmaları ve Bu Çalışmaların Doğurduğu Bazı Uluslararası Hukuk Sorunlarına Kısa Bir Bakış", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 131-132, 2015, ss. 53-82, s. 67-68. Kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz BAYILLIOĞLU Uğur, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması", TBB Dergisi, S. 130, 2017, ss. 419-456, s. 430.

<sup>126</sup> Sürekli Hakemlik Mahkemesi (SHM), 2004-04, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Guyana-Surinam, (17 Eylül 2007), p. 390.



zamana göre değerlendirileceğini belirterek UAD'nin Karadeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması kararında kabul ettiği sınırlandırma anındaki fizikî gerçekliğin, esas noktaların tespitinde coğrafi olarak göz önünde bulundurulacağı kararını takip etmiştir<sup>127</sup>. Aynı kararda Mahkeme, eşit uzaklık/ilgili şartlar metodunun uygulanmasının tercih edilebilir bir metot olduğunu ancak UAD'nin Nikaragua v. Honduras kararında belirttiği gibi bu metodun uygulanmasını uygunsuz hale getiren şartların varlığı halinde uygulanmayabileceğini belirtir<sup>128</sup>.

BMDHS çerçevesinde kurulan UDHM ve hakem mahkemelerinin önlerine gelen uyuşmazlıklarda genel uluslararası hukuka ilişkin hususlardaki tutumu bir diğer önemli meseledir. Guyana ve Surinam arasındaki tahkimde, Mahkeme Surinam'ın "Mahkemenin BM Andlaşmasının ve teamül hukukunun iddia edilen ihlallerine ilişkin yargı yetkisinin bulunmadığı" itirazını BMDHS md 293'e, Sözleşmenin giriş kısmına ve UDHM içtihadına<sup>129</sup> dayanmak suretiyle reddetmiştir<sup>130</sup>.

BMDHS çerçevesinde kurulan UDHM ve hakem mahkemeleri UAD'nin uluslararası deniz hukuku dışında kalan uyuşmazlıklar bakımından verdiği kararlara da atıfta bulunur. Bunların içinde hem usûle ilişkin hem de esasa ilişkin kurallar yer almaktadır. Başvuru sıklığı bakımından belirginleşen iki husus VAHS düzenlemeleri ve uluslararası hukukta sorumluluktur.

UDHM Bengal Körfezinde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması kararında taraflar arasındaki tutanakların andlaşma niteliğinde olup olmadıklarını değerlendirirken UAD'nin uluslararası andlaşmaların farklı şekillerde ortaya çıkabileceklerini ve farklı isimlendirilebileceklerini tes-

<sup>127</sup> Sürekli Hakemlik Mahkemesi (SHM), 2010-16, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Bengal Körfezi Deniz Sınırı Tahkimi (Bangladeş Halk Cumhuriyeti-Hindistan Cumhuriyeti), (7 Temmuz 2014), p. 214-215.

<sup>128</sup> Sürekli Hakemlik Mahkemesi (SHM), 2010-16, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Bengal Körfezi Deniz Sınırı Tahkimi (Bangladeş Halk Cumhuriyeti-Hindistan Cumhuriyeti), (7 Temmuz 2014), p. 342-345.

<sup>129</sup> UDHM, M/V "SAIGA" (No.2) (Saint Vincent ve Grenadinler v. Gine) (1 Temmuz 1999), p. 155.

<sup>130</sup> Sürekli Hakemlik Mahkemesi (SHM), 2004-04, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Guyana-Surinam, (17 Eylül 2007), p. 402-406.

pit eden Katar v. Bahreyn kararına atıf yapar<sup>131</sup>. Mahkeme uluslararası andlaşmaların yapılmasında yetkiye ilişkin VAHS kuralını önündeki olaya uygulayarak söz konusu tutanaklar imzalandığında Burma delegasyonunun başının VAHS 7/2 hükmünde sayılan yetkililerden biri olmadığını ve delegasyondakilerin VAHS 7/1 hükmüne göre yetkilendirildiklerine dair bir delilin de Mahkemeye sunulmadığını tespit etmektedir<sup>132</sup>. Aynı kararında UDHM deniz alanlarının daimi sınırının belirlenmesinde taraflar arasında varılan anlaşmaların kolayca varsayılacak kadar önemli olduklarını belirten Divan kararına da başvurmuştur<sup>133</sup>. Anlaşılmaktadır ki UDHM önüne gelen uyuşmazlıkta Divanın deniz hukuku dışındaki yargı kararlarına yer verdiği gibi genel uluslararası hukuk kuralları arasında yer alan anlaşmaların yapılmasına ilişkin hususlarda da VAHS'ye atıfta bulunarak karara varmaktadır. Mahkemenin VAHS'ye atıfta bulunduğu bir diğer husus aslında teamül hukuku kuralı niteliğinde olduğunu da belirttiği yorum kurallarıdır<sup>134</sup>. Mahkeme "her ne kadar açık bir biçimde belirtmemişse de VAHS'de yer alan yorum düzenlemelerinin terminoloji ve yaklaşımını bazen üstü kapalı bir biçimde kullandığını" ifade eder<sup>135</sup>. Böylelikle UDHM hem UAD'nin içtihadını deniz hukuku dışındaki konularda da takip etmekte hem de genel uluslararası hukuka başvurmuştur.

Mahkemenin yargılamasında genel uluslararası hukuka ve UAD kararlarına dayandığı bir diğer önemli konu sorumluluk meselesidir. Mahkeme zararın onarım için gerekliliği, onarımın maddî olan ve olmayan tüm zararları karşılaması ve onarımın -mümkün olması halinde-

<sup>131</sup> UAD, Katar ve Bahreyn arasında Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Ülkesel Meseleler (Katar v. Bahreyn) Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik (1 Temmuz 1994), p. 23.; UDHM, Bengal Körfezinde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Uyuşmazlığı (Bangladeş v. Myanmar) (12 Mart 2012), p. 90.

<sup>132</sup> UDHM, Bengal Körfezinde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Uyuşmazlığı (Bangladeş v. Myanmar) (12 Mart 2012), p. 96.

<sup>133</sup> UDHM, Bengal Körfezinde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Uyuşmazlığı (Bangladeş v. Myanmar) (12 Mart 2012), p. 95.; UAD, Karayip Denzinde Ülkesel ve Deniz Alanları Uyuşmazlıkları (Nikaragua v. Honduras) (8 Ekim 2007), p. 253.

<sup>134</sup> UDHM, Kişi veya Birimlere Sponsor olan Devletlerin Sahadaki Aktivitelerden Sorumluluk ve Yükümlülükleri-Danışma Görüşü (1 Şubat 2011), p. 57.

<sup>135</sup> UDHM, Kişi veya Birimlere Sponsor olan Devletlerin Sahadaki Aktivitelerden Sorumluluk ve Yükümlülükleri-Danışma Görüşü (1 Şubat 2011), p. 57.; UDHM, "Volga" (Rusya v. Avustralya) (23 Aralık 2002), p.77.

hukuka aykırı fiil işlenmeden önceki durumu sağlaması konularında USAD'ın Chorzów kararına ve UHK'nin Taslak Maddelerine atıfta bulunmaktadır<sup>136</sup>. Onarımın yanı sıra zarar ve kusur arasındaki bağın tespit edilebilmesi için sponsor devletlerin yüklenicilerin fiillerinden sorumlu tutulup tutulamayacağı hususunda uluslararası haksız fiillerin devlete isnat edilmesi kurallarına da yer verilmiştir<sup>137</sup>. Mahkeme yine sorumluluk kapsamında, onarımın hesaplanmasında zararı azaltabilecek önlemler alabilecek durumda olan zarar gören devletin bunu yapmaması durumunda, sakınabileceği zarar miktarında tazminden mahrum edileceğini tespit eden Gabčíkovo-Nagymaros kararına başvurmaktadır<sup>138</sup>.

Bunların yanı sıra münferit örnekler olarak "bir konunun Divan önüne getirilmesi için diplomatik müzakereler yolunun tüketilmesinin gerekmediği" yönündeki UAD'nin Kamerun v. Nijerya kararına<sup>139</sup>, savaş gemilerinin yargı bağımsızlığının bulunduğu konusunda genel uluslararası hukuka<sup>140</sup> ve kuvvet kullanma iddialarının değerlendirilmesi bakımından UAD'nin Nikaragua ve Nükleer Silahların Kullanımının ve Tehdidinin Hukuka Uygunluğu kararlarına<sup>141</sup> yapılan atıflar gösterilebilecektir.

Wood belirli bir andlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasında yargı yetkisine sahip bir mahkemenin genel uluslararası hukuka başvurabilmesinin mümkün olduğu halleri BMDHS-UDHM özelinde sayarak örnekler: Bunlar Sözleşmenin kendi içinde genel uluslararası hukuka veya kavramlarına atıfların bulunması, Mahkeme veya Divanın ulusla-

<sup>136</sup> UDHM, M/V "Norstar" (Panama v. İtalya) (10 Nisan 2019), p. 316-319.

<sup>137</sup> UDHM, Kişi veya Birimlere Sponsor olan Devletlerin Sahadaki Aktivitelerden Sorumluluk ve Yükümlülükleri-Danışma Görüşü (1 Şubat 2011), p. 181-184.

<sup>138</sup> UDHM, M/V "Norstar" (Panama v. İtalya) (10 Nisan 2019), p. 382.; UAD, Gabčíkovo-Nagymaros Projesi (Macaristan v. Slovakya) (25 Eylül 1997), p. 80.

<sup>139</sup> UAD, Kamerun ve Nijerya Arasında Kara ve Deniz Sınırına İlişkin Dava-İlk İtirazlar (Kamerun v. Nijerya) (11 Haziran 1998), p. 56.; UDHM, Johor Boğazlarında ve Çevresinde Singapur'un Deniz Doldurma Yoluyla Toprak Kazanmasına İlişkin Dava (Malezya v. Singapur) (8 Ekim 2003), p. 52.

<sup>140</sup> UDHM, "Ara Libertad" (Arjantin v. Gana) (15 Aralık 2012), p. 95, 98.; UDHM, Ukrayna'ya Ait Üç Donanma Gemisinin Alıkonmasına İlişkin Dava (Ukrayna v. Rusya) (25 Mayıs 2019), p. 96, 110-111.

<sup>141</sup> Sürekli Hakemlik Mahkemesi (SHM), 2004-04, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Guyana-Surinam, (17 Eylül 2007), p. 339-340.

rarası hukukun diğer kurallarına yorum için başvurması, andlaşmalar hukuku ve sorumluluk gibi uluslararası hukukun ikincil kurallarını uygulama, kendi yetkisindeki bir davada ortaya çıkan genel uluslararası hukukun birincil kuralını hesaba katma, genel uluslararası hukukun kendi yetkisinde olup olmadığını tespit etme ve uluslararası uyuşmazlık çözümünün maddî ve usulî kurallarına önemli katkı sağlamadır<sup>142</sup>. Yazar bu yolların tümünün UDHM tarafından kullanıldığını belirtir<sup>143</sup>. Çalışmada verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere UDHM ve hakem mahkemelerinin uygulaması genel uluslararası hukukun bünyesinde yargılama yapıldığını ortaya koymaktadır. Nitekim UDHM M/V “Louisa” kararında Yargıç Ndiaye uluslararası deniz hukukunun otonom bir rejim olarak değil genel uluslararası hukukun bir parçası olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>144</sup>.

Yargı yerlerinin sayıca artmasının uluslararası hukukun bölümlenmesinde etkili olduğu görüşlerine karşıt olarak yargı yerleri arasında uyuşmazlıktan çok uyuma olduğu tespiti<sup>145</sup> UDHM uygulaması bakımından, verilenler ışığında görüleceği üzere, isabet taşımaktadır. Elbette UDHM, uluslararası deniz hukukuna ilişkin hususlarda UAD içtihadından farklı kararlar verebilecektir. Yargı yerleri arasındaki içtihat uyumuna istisna teşkil edebilecek kararlar bulunabilirse de EYUCM Kvočka et al. kararında, özellikle UAD bakımından, aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunmasa da diğer uluslararası yargı yerlerinin kararlarını göz önünde bulundurduğunu ancak dikkatli bir değerlendirme sonunda farklı bir sonuca varabildiğini belirtmiştir<sup>146</sup>. Burada olduğu gibi kararların farklılaşmasına sebep olan etmenler yargı yerlerinin farklılığının ötesinde bir gerekliliğin sonucunda ortaya çıkabilecektir.

## SONUÇ

Uluslararası hukukun bölümlenmesi tartışmalarında yargı yerlerinin sayısındaki artış ile bunların özel rejimler içinde birbirleriyle bağ-

<sup>142</sup> Wood, s. 358-359.

<sup>143</sup> Wood, s. 359-366.

<sup>144</sup> UDHM, M/V “Louisa” (Saint Vincent ve Grenadinler v. İspanya) (28 Mayıs 2013), Yargıç Ndiaye Ayrı Görüşü, p. 118.

<sup>145</sup> Cohen, Fragmentation, s. 322.; Aksar, s. 33.

<sup>146</sup> EYUCM, Kvočka et al. Davası (Ara Karar), IT-98-30/1 (25 Mayıs 2001), p. 16.

lantısız yargılamalar yapmaları önemli bir yere sahip olmuştur. Zira yargı yerlerindeki çeşitlenme, bunların arasındaki ilişkilere dair belirsizliğin doğuracağı sonuçlar endişe uyandırmıştır.

Özel rejim yargı yerleri ile UAD arasındaki ilişkiler de bölümleme bakımından göz önünde bulundurulması gereken hususlar arasında görülmüştür, zira yargı yerlerinin konu bakımından yetkisi ile uygulayacakları hukuk arasında farklılıklar bulunabilmektedir. Mahkemeler özel nitelikli düzenlemelere ilişkin yargılama yapsalar da çatışma ortaya çıkabilmektedir, çünkü özellikle uygulanacak hukuk bakımından yargı yerlerinin statülerinde genel uluslararası hukuka, ilgili uluslararası anlaşmalara atıflar bulunur. Bu hallerde özel rejim yargı yerinin genel uluslararası hukuku da yargılamasına dahil etmesi gerekebilecektir.

BMDHS yukarıda birçok kez değinildiği üzere genel uluslararası hukuk kurallarına atıf yapmaktadır. Keza UDHM'nin ve hakem mahkemelerinin içtihatları da genel uluslararası hukuka ve UAD kararlarına sıklıkla başvurmakta, bu durum uluslararası deniz hukukunun genel uluslararası hukukun bir parçası olduğunu ve kendi içinde müstakil bir rejim haline gelmediğini göstermektedir.

Uluslararası deniz hukuku bakımından bölümleme endişelerinin henüz gerçekleşmediği ve yargıçların bu konuda özellikle UAD'de yaşanan gelişmelerle aynı seviyede olmak için çaba sarf ettikleri belirtilir<sup>147</sup>. Eldeki çalışma bunun doğruluğunu kanıtlar niteliktedir. Hem BMDHS ve UDHM Statüsünün düzenlemeleri itibarıyla genel uluslararası hukukla açık bağlantılara sahip olması hem de yargı kararları uluslararası deniz hukukunun genel uluslararası hukukun bünyesinde olduğunu, müstakil hale gelerek genel uluslararası hukuktan ayrılmadığını gösterir. Genel uluslararası hukuk ile deniz hukuku arasındaki çatışmayı özünde engelleyen BMDHS düzenlemeleri ve yargı yerlerinin uygulaması, Schachter'in uluslararası hukukun geniş konu yelpazesine ve alt alanlarına rağmen birleşik bir sistem olarak işlemlerini sağlayan "*invisible*

<sup>147</sup> TUERK Helmut, "The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to International Law", Penn State International Law Review, C. 26, S. 2, 2007, s. 289-316, s. 316.

*college*'' (görünmeyen akademi) kavramının bugünkü anlaşılışını oluşturabilecektir<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> Villalpando, s. 8, 9-10.

## KAYNAKLAR

### Kitaplar ve Makaleler

- ABI-SAAB Georges, "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks", *New York University Journal of International Law and Politics*, C. 31, S. 4, 1999, ss. 919-933.
- AKÇAPAR Burak, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi", *AÜSBFD*, C. 51, S. 1, 1996, ss. 19-42.
- AKKUTAY Berat Lale, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, *Adalet Yayınevi*, Ankara, 2012.
- AKKUTAY Berat Lale, *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Objektif Rejim Yaratan Andlaşma Teorisi ve Erga Omnes Yükümlülüklerin Andlaşmalarla İlişkisi Çerçevesinde Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi*, *Adalet Yayınevi*, Ankara, 2020.
- AKSAR Yusuf, "Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Uygulaması ve Uluslararası Hukuka Katkıları", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2018, ss.15-37.
- ARSAVA Ayşe Füsün, "Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatındaki Değişimler", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 5, 2015, ss. 115-130.
- BATIR Kerem, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyarınca Uyuşmazlıkların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Örtüşmesi", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 4, S. 16, 2008, ss. 57-77.
- BAYILLIOĞLU Uğur, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması", *TBB Dergisi*, S. 130, 2017, ss. 419-456.
- BENVENISTI Eyal, DOWNS George W., *Between Fragmentation and Democracy The Role of National and International Courts*, *Cambridge University Press*, Cambridge, 2017.
- BIRNIE Patricia, BOYLE Alan, REDGWELL Catherine, *International Law and the Environment*, 3. b., *Oxford University Press*, Oxford, 2009.

- BOYLE Alan E., "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 46, S. 1, 1997, ss. 37-54.
- BRUNNÉE Jutta, "Common Areas, Common Heritage, and Common Concern", *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, eds. BODANSKY Daniel, BRUNNÉE Jutta, HEY Ellen, Oxford University Press, New York, 2007, ss. 550-572.
- CAMINOS Hugo, "The Growth of Specialized International Tribunals and the Fears of Fragmentation of International Law", *International Courts and the Development of International Law Essays in Honour of Tullio Treves*, eds. BOSCHIERO Nerina, SCOVAZZI Tullio, PITEA Cesare, RAGNI Chiara, Asser Press, Lahey, 2013, ss. 55-64.
- CECANPINAR Hilal, "Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi: Usul ve Pratik", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.
- COHEN Harlan Grant, "From Fragmentation to Constitutionalization", *Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal*, C. 25, S. 1, 2012, ss. 381-394.
- COHEN Harlan Grant, "Fragmentation", *Concepts for International Law Contributions to Disciplinary Thought*, eds. d'ASPREMONT Jean, SINGH Sahib, Edward Edgar Publishing, Cheltenham, 2019, ss. 315-327.
- ERDEM Merve, "Bangladeş-Myanmar Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası Işığında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Kuruluşuna İlişkin Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, C. 64, S. 2, 2015, ss. 329-364.
- FLEISCHHAUER Carl-August, "The Relation with the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal for the Law of the Sea in Hamburg", *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, C. 1, S. 1, 1997, ss. 327-333.
- FROWEIN Jochen A., "Jus Cogens", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (çevrimiçi) 2013.
- GÜLÇÜR Abdulkadir, *Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Yapısı ve Yargı Yetkisi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017



- GÜNDÜZ Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, 7. b., ed. GÜNEL Reşat Volkan, Beta, İstanbul, 2014.
- GÜNEYSU Gökhan, "Gana ve Fildişi Sahili Arasındaki Deniz Sınırına İlişkin ITLOS Kararı Bağlamında Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Bazı Meseleler", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 13, Yıl. 7, 2019, ss. 213-231.
- HAFNER Gerhard, "Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law", *Michigan Journal of International Law*, C. 25, S. 4, 2004, ss. 849-863.
- JENNINGS Robert Y., "The Role of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, C. 68, S. 1, 1997, ss. 1-63
- KAYA Talat, "Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar", *AÜHFD*, C. 61, S. 1, 2012, s. 149-173.
- KLABBERS Jan, "Reluctant Grundnormen: Articles 31(3)(C) and 42 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Fragmentation of International Law", *Time, History and International Law*, eds. CRAVEN Matthew, FITZMAURICE Malgosia, VOGIATZI Maria, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, ss. 141-161.
- KOSKENNIEMI Martti, LEINO Päivi, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, C.15, S.3, 2002, ss. 553-579.
- KURTDARCAN Bleda R., "Güney Çin Denizi'nde Kriz: Çin Halk Cumhuriyeti'nin Ada İnşa/Arazi Genişletme Çalışmaları ve Bu Çalışmaların Doğurduğu Bazı Uluslararası Hukuk Sorunlarına Kısa Bir Bakış", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 131-132, 2015, ss. 53-82.
- MCLACHLAN Campbell, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 54, S. 2, 2005, ss 279-319.
- MERKOURIS Panos, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration Normative Shadows in Plato's Cave*, (Queen Mary studies in international law; c. 17), Brill Nijhoff, Leiden, 2015

- MURPHY Sean D., "Deconstructing Fragmentation: Konskenniemi's 2006 ILC Project", *Temple International and Comparative Law Journal*, C. 27, S. 2, 2013, ss. 1-18.
- NOYES John E., "The International Tribunal for the Law of the Sea", *Cornell International Law Journal*, C. 32, S. 1, 1999, ss. 109-182
- ODA Shigeru, "Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 44, S. 4, 1995, ss. 863-872.
- PAUWELYN Joost, *Conflict of Laws in Public International Law How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, 2003.
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, gg 15. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- SALAMA Randa, "Fragmentation of International Law: Provisional Disputes Arising in Law of the Sea Disputes", *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, C. 19, 2005, ss. 24-55.
- SCHACHTER Oscar, "Invisible College of International Lawyers", *Northwestern University Law Review*, C. 72, S. 2, 1977-1978, ss. 217-226.
- SHELTON Dinah, "Common Concern of Humanity", *Environmental Policy and Law*, C. 39, S. 2, 2009, s. 83-86.
- SHONGWE Musa Njabulo, "The Fragmentation of International Law: Contemporary Debates and Responses", *The Palestine Yearbook of International Law*, C. 19, 2016, Brill Nijhoff, Leiden, 2018, ss. 177-219.
- SIMMA Bruno, PULKOWSKI Dirk, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, C. 17, S. 3, 2006, ss. 483-529.
- TAMS Christian J, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- TANAKA Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, 3. b., Cambridge University Press, Cornwall, 2019.
- TREVES Tullio, "Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice", *New*

York University Journal of International Law and Politics, C. 31, S. 4, 1999, ss. 809-821.

TREVES Tullio, "Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective", Agenda Internacional, C. 16, S. 27, 2009, ss. 213-253.

TUERK Helmut, "The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to International Law", Penn State International Law Review, C. 26, S. 2, 2007, ss. 289-316.

VILLALPANDO Santiago, "The 'Invisible College of International Lawyers' Forty Years Later", ESIL-Conference Paper Series S. 5/2013.

WOLFRUM Rüdiger, "The Principle of the Common Heritage of Mankind", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, C. 43, 1983, ss. 312-337.

WOOD Michael, "The International Tribunal for the Law of the Sea and General International Law", The International Journal of Marine and Coastal Law, C. 22, S. 3, 2007, ss. 351-367.

ZEMANEK Karl, "New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations", Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, C. 4, S. 1, 2000, ss. 1-52.

#### Dokümanlar

UHK, 1960 Yıllığı C. 2, Law of Treaties Study Group, 5th Report, Gerald Fitzmaurice (A/CN.4/130).

UHK, 1992 Yıllığı C.2 1. Kısım, Responsibility of State Study Group, 4th Report, Gaetano Arrangio-Ruiz (A/CN.4/444 ve Add. 1-3).

UHK, 2001 Yıllığı C. 2 2. Kısım, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (A/56/10).

UHK, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification and Expansion of International Law (A/CN.4/L.644) (18 Temmuz 2003).

UHE, Uluslararası Hukukta Erga Omnes Haklar ve Yükümlülükler, Krakow 2005.

UHK, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification and Expansion of International Law, Report of

the Study Group of the International Law Commission (Finalized by Martti Koskenniemi) (A/CN.4/L.682) (13 Nisan 2006).

#### Uluslararası Yargı Kararları

UAD, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davaları, (Federal Almanya v. Danimarka, Federal Almanya v. Hollanda) (20 Şubat 1969).

UAD, Barcelona Traction (Belçika v. İspanya) (5 Mayıs 1970).

UAD, Kıta Sahanelığı (Tunus v. Libya) (24 Şubat 1982).

UAD, Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askerî ve Yarı Askerî Faaliyetler Davası (Nikaragua v. ABD) (27 Temmuz 1986).

UAD, Katar ve Bahreyn arasında Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Ülkesel Meseleler (Katar v. Bahreyn) Yargı Yetkisi ve Kabul Edilebilirlik (1 Temmuz 1994).

AİHM, Loizidou v. Türkiye (İlk İtirazlar), 15318/89 (23 Mart 1995).

EYUCM, Tadić Davası (İlk İtirazlara İlişkin Karar), IT-94-1 (2 Ekim 1995).

UAD, Kamerun ve Nijerya Arasında Kara ve Deniz Sınırına İlişkin Davaya-İlk İtirazlar (Kamerun v. Nijerya) (11 Haziran 1998).

UAD, Gabçıkovo-Nagymaros Projesi (Macaristan v. Slovakya) (25 Eylül 1997) UDHM, M/V "SAIGA" (No.2) (Saint Vincent ve Grenadinler v. Gine) (1 Temmuz 1999).

EYUCM, Tadić Davası (Temyiz), IT-94-1-A (15 Temmuz 1999).

BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Southern Bluefin Tuna (Yeni Zelanda-Japonya, Avustralya-Japonya) (4 Ağustos 2000).

EYUCM, Kvočka et al. Davası (Ara Karar), IT-98-30/1 (25 Mayıs 2001)

UDHM, Mox Plant Kararı - Geçici Tedbirler (İrlanda v. Birleşik Krallık) (3 Aralık 2001).

UDHM, Johor Boğazlarında ve Çevresinde Singapur'un Deniz Doldurma Yoluyla Toprak Kazanmasına İlişkin Dava (Malezya v. Singapur) (8 Ekim 2003).

SHM, 2004-04, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Guyana-Surinam, (17 Eylül 2007).

UAD, Karayip Denzinde Ülkesel ve Deniz Alanları Uyuşmazlıkları (Nikaragua v. Honduras) (8 Ekim 2007).

- UDHM, Kişi veya Birimlere Sponsor olan Devletlerin Sahadaki Aktivitelerden Sorumluluk ve Yükümlülükleri-Danışma Görüşü (1 Şubat 2011).
- UDHM, Bengal Körfezinde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Uyuşmazlığı (Bangladeş v. Myanmar) (12 Mart 2012).
- UDHM, "Ara Libertad" (Arjantin v. Gana) (15 Aralık 2012).
- UDHM, M/V "Louisa" (Saint Vincent ve Grenadinler v. İspanya) (28 Mayıs 2013).
- SHM, 2010-16, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Bengal Körfezi Deniz Sınırı Tahkimi (Bangladeş Halk Cumhuriyeti-Hindistan Cumhuriyeti), (7 Temmuz 2014).
- UDHM, Alt Bölge Balıkçılık Komisyonu Başvurusu Üzerine-Danışma Görüşü (2 Nisan 2015).
- SHM, 2013-19, BMDHS Ek VII Tahkim Kararı, Güney Çin Denizi (Fili-pinler Cumhuriyeti-Çin Halk Cumhuriyeti) (12 Temmuz 2016).
- UDHM, Atlantik Okyanusunda Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Uyuşmazlığı (Gana v. Fildişi Sahili) (23 Eylül 2017).
- UDHM, M/V "Norstar" (Panama v. İtalya) (10 Nisan 2019).
- UDHM, Ukrayna'ya Ait Üç Donanma Gemisinin Alıkonmasına İlişkin Dava (Ukrayna v. Rusya) (25 Mayıs 2019).





## KARŞILIKSIZ YARARLANMA SUÇU

Dr. Barış IŞIK\*

### Öz

Karşılıksız yararlanma fiili malvarlığına karşı işlenen suçlar çerçevesinde cezalandırılmaktadır. Ancak bu suç tipine ilişkin tartışmalı hususların malvarlığına karşı işlenen diğer fiillere nazaran daha fazla olduğu söylenebilir. Karşılıksız yararlanmanın hukuki bir uyumsuzluk mı yoksa ceza gerektiren bir fiil olarak mı ele alınacağı, eğer ceza hukuku kapsamında ele alınacaksa ayrı bir suç tipi mi yoksa benzer nitelikteki hırsızlık, dolandırıcılık veya bilişim alanındaki suç tipleri içinde mi düzenleneceği soruları bu tartışmalarda önemli bir yere sahiptir. Bu sorulara verilen cevaplar çerçevesinde özellikle kanunilik ilkesine ilişkin ciddi tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Karşılıksız yararlanma ayrı bir suç tipi olarak TCK (Türk Ceza Kanunu) m. 163'te düzenlenmiştir. Ancak mevcut düzenleme ve düzenlemenin uygulamasına ilişkin halen birçok tartışmalı husus söz konusudur. Çalışmamızda suç tipi tarihsel gelişimi ve suçun unsurları bağlamında ayrıntılı olarak ele alınacak, çalışmanın sonunda ise mevcut düzenlemeler çerçevesindeki tartışmalı hususlara ilişkin görüşlerimiz ortaya konulacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Karşılıksız Yararlanma • Otomat • Şifreli Yayın • Enerji Hırsızlığı • Kanunilik İlkesi

\* Dr, Türkiye | Dr., Turkey.

✉ barisik1984@gmail.com • ORCID 0000-0002-0720-5856

📖 **Atıf Şekli** | Cite As: IŞIK Barış, "Karşılıksız Yararlanma Suçu", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2051-2086.

📖 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE OFFENCE OF UNPAID UTILISATION OF UTILITIES AND SERVICES

### Abstract

The unpaid utilization of utilities and services is an act against property; and its legal nature is controversial. In the first place, the question entails whether unpaid utilization is a crime or a çivil wrong. If considered as a crime, the categorization of this act in criminal law remains to be an; whether it is a theft, an aggravated fraud or a technology crime. This ambiguity is associated with the problem of the principle of legality. Criminal law regulates unpaid utilization as a type of crime in the Article 163. However, this current legal provision is subject to many debates. This study aims to contribute to these debates. Also, in this study we aim to present our views regarding the debate issues on the current legal provision.

### Key Words

Unpaid utilization • Automat • Broadcast encryption • Energy Theft • Principle of Legality

### GİRİŞ

Halk dilinde “bedavacılık” olarak da bilinen<sup>1</sup> karşılıksız yararlanma suçuna vücut veren fiillerin cezalandırılması, malvarlığına karşı suçların birçoğunda görüldüğü üzere oldukça eski dönemlere dayanmaktadır. Söz konusu suç fiilinin benzerlerinin MÖ II. ve MS II. yy. arasında yazılan Antik Hindistan Manu Kanunu’nda ve yine Roma hukukunda başka suç tipleri içerisinde düzenlendiği belirtilmektedir<sup>2</sup>.

Karşılıksız yararlanmanın hukuki bir uyuşmazlık olarak mı, yoksa ayrı bir suç tipi olarak mı veyahut benzer nitelikteki hırsızlık, dolandırıcılık veya bilişim alanındaki suç tipleri içinde mi düzenleneceği birçok suç tipine nazaran daha şiddetli tartışmalara konu olmuştur<sup>3</sup>. Hizmetten karşılıksız yararlanma fiilinin kural olarak özel hukuk kapsamında bir sözleşmeye aykırılık olduğu, bu nedenle “ultima ratio” olan ceza

<sup>1</sup> PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, Ankara, Yayın Matbaacılık, Şubat 2007, s, 1294.

<sup>2</sup> KAYA Özen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 2011, s. 5, 6.

<sup>3</sup> GÖÇMEN Kaya, “6352 Sayılı Kanun’un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 451.



hukukunun müdahale alanın dışında yer aldığı iddiası ve söz konusu fiillerin gerçekleşmesindeki sosyoekonomik gerekçeler bu fiillerin özel hukuk kuralları çerçevesinde çözülmesi gerektiği düşüncesini doğurmuştur. Bu düşünceye göre bu gibi cezası az, takibi zor ve tamamen özel hukuka ilişkin suçlar ceza kanunlarında yer almamalıdır<sup>4</sup>.

Karşılıksız yararlanmanın mutlaka ceza hukuku yaptırımıyla karşılaşması gerektiğini ileri süren görüş ise teknolojik gelişmelerin ve toplumsal ihtiyaçların bu tür fiilleri cezalandırmaya ittiğini ifade etmektedir. Buna göre bilişim teknolojisinin gelişmesiyle günümüz dünyasında otomatik makineler ve elektromanyetik dalgalı yayınlar toplumda yaygınlaşmış, karşılığı sunulmaksızın yararlanılabilecek “ekonomik değerlerin” sayısının artmıştır<sup>5</sup>. Yine turizm sektöründe bu fiiller nedeniyle ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar<sup>6</sup> ile zamanla bedavaya geçinen bir sınıfın oluşacağı ve bedavacılığın özendirilebileceği gibi gerekçeler ileri sürülmüştür<sup>7</sup>.

İç hukukta 1977 tarihindeki YCGK (Yargıtay Ceza Genel Kurulu) kararına kadar karşılıksız yararlanmaya konu fiillerin kural olarak hukuki uyumsuzluk olarak kabul edildiği belirtilmektedir<sup>8</sup>. YCGK'nın kararında “*Ticaret hayatının genişleyip yayılması ve gelişme karşısında ödeme kudreti olmayanların, ticari hayattaki gelenekten yararlanarak, satıcıları, tacirleri dolandırdıkları ve yapılan sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirmemek suretiyle muhataplarını zarara soktukları görülür bir hal almıştır. ... hukukilikten öte muhataplarını zarara sokan, suç kastı taşıyan ve cemiyetin huzurunu bozan hareketlerin mevcudiyeti aşıkardır. Değişen koşullar da göz önüne alınmak*

<sup>4</sup> BEZCİ M. Yiğit, Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Antalya, 2014, s. 46, 48.

<sup>5</sup> KOÇAK Mehmet Faruk, “Karşılıksız Yararlanma Suçları”, MÜHF-HAD, C. 25, S. 1, Haziran 2019, s. 99; EVİRGEN Selen, “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163)”, AÜHFD, 54(4), 2016, s. 3434.

<sup>6</sup> EREM Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. 3, Ankara, Seçkin, 1993, s. 2531.

<sup>7</sup> ERDEM Mustafa Ruhan, Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları (TCK md. 521a, 521b), Ankara, Yetkin, 1996, s. 55-56.

<sup>8</sup> BEZCİ, s. 1.

suretiyle belirtilen eylemlerin suç sınırına girdiğinin kabulü zorunludur ve suçun niteliğinin tayini de ayrı bir önem taşımaktadır.” ifadesine yer verilmiştir<sup>9</sup>.

Söz konusu tartışma 2004 yılında Anayasa Mahkemesi önüne de gelmiştir. Karşılıksız yararlanmanın suç haline getirilmesinin Anayasa m. 38’de yer alan “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.” düzenlemesine aykırı olduğu iddialarına Mahkeme, “Anayasa’nın 38. maddesindeki ‘yerine getirememe’ ibaresinin kişinin istese bile borcunu ödeyemeyecek durumda olmasını anlattığı, bu nedenle, sözleşmeden kaynaklanan bir borcu ödeyebilecek durumda olup da ödemeyi reddeden kişilerin bu madde hükmünden yararlanamayacağı” biçimde karşılık vermiştir<sup>10</sup>. Kısacası Mahkeme karşılıksız yararlanmaya ilişkin bazı fiillerin ceza hukuku kapsamında ele alınmasını Anayasa’ya uygun bularak, tartışmayı en azından uygulamada önemli ölçüde sonlandırmıştır.

Kanımızca da söz konusu fiiller suç olarak düzenlenebilir. Ancak bu fiillerin gerçekleşmesindeki ekonomik güçsüzlük gibi nedenler ve yine suça konu değerlerin genelde az olması dikkatte alınarak kusurluluğu veya cezalandırmayı etkileyen şahsi nedenlere ilişkin özel düzenlemelere ver verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz ki, kanun koyucumuz cezayı etkileyen nedenlere ilişkin benzer bir yöntem izlemiştir.

Söz konu fiillerin hırsızlık, dolandırıcılık veya bilişim alanındaki suç tipleri kapsamında mı yoksa ayrı bir suç başlığı altında mı düzenlenmesi gerektiği tartışması ise uzun süre güncelliğini korumuştur. Türk ceza hukukunda 1840, 1851 ve 1858’de yürürlüğe giren Ceza Kanunları’nda ve 765 sayılı TCK (Türk Ceza Kanunu)’nın ilk halinde ayrı bir suç tipine yer verilmediğini görmekteyiz. 1958 yılında hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na karşılıksız yararlanma fiillerine ilişkin maddeler eklenmiş, ancak bu Tasarı kanunlaşmamıştır. Benzer bir durum 1987 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı’nda da yaşanmıştır<sup>11</sup>. Söz konusu suç tipi ancak 06.06.1991 tarihli 3756 sayılı Kanun’la, ayrı bir madde olarak 765

<sup>9</sup> YCGK, E. 1976/6-577, K. 1977/47, T. 7.2.1977.

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2002/101, K. 2004/44, T. 31.03.2004.

<sup>11</sup> ERDEM, s. 35.

sayılı mülga TCK'da düzenlenmiştir. Yine aynı Kanun'la hırsızlık suçunu düzenleyen 491. maddeye “ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır” ifadesi eklenmiş ve başka bir karşılıksız yararlanma hali olan kaçak enerji kullanımının hırsızlık suçu kapsamında değerlendirileceği kanuni olarak ortaya konulmuştur.

Bu tarihe kadar Yüksek Mahkeme konuya ilişkin birçok farklı karara imza atmıştır. Özellikle 1977'teki içtihadından sonra, Mahkemenin karşılıksız yararlanmaya vücut veren fiilleri genel olarak hırsızlık, bazen de dolandırıcılık kapsamında değerlendirdiği görülmektedir<sup>12</sup>. Bu yöndeki kararlardan en dikkat çeken ve tartışma yaratanlardan biri, bugün hala kanunilik ilkesine aykırı bir karar olarak örnek gösterilen YİBGK (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu)'nın 06.04.1990 tarihli “Telefona Saplama Yapmak Suretiyle Bedelsiz ve Kaçak Yararlanmak” başlıklı kararıdır. Kararda telefon hattına saptama yapmak suretiyle hizmetten karşılıksız yararlanan kişinin fiiline konu iletişim hizmeti, o tarihte henüz bu yönde bir düzenleme olmamasına rağmen, kıyasa varan bir yorumla taşınır mal kabul edilmiş ve hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme “bu olayların Türk toplumunun değer yargılarına tamamen ters düştüğü, ahlaka ve hukuka aykırı sonuçlar doğurduğu; bu nedenlerle ekonomik değer taşıyan bu şeylerin hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmesinin kıyas değil genişletici yorum olduğu” sonucuna varmıştır. “Zira yorumda toplumun değer yargıları ve teknolojinin gerisinde kalınamayacaktır”<sup>13</sup>. Kanımızca yapılan yorum, toplumun değer yargıları ve özellikle teknolojik gerekçeler ileri sürüldüğünden dolayı ilerletici yorum niteliğindedir.

Karşılıksız yararlanmanın ilk olarak 1991 yılında ayrı bir suç tipi olarak düzenlendiğini belirtmiştik. Fiilin yürürlükteki 5237 sayılı TCK döneminde de ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiş olması tartışmaları sona erdirmemiştir. Nihayetinde 2012 yılında 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların

<sup>12</sup> Ayrıntılı karar incelemeleri ilişkin bkz.: KAYA, s. 9-13.

<sup>13</sup> YİBGK, E.1989/2, K. 1990/3, T. 6.4.1990. Elektrik hırsızlığına ilişkin benzer karar için bkz.: Yargıtay 6. CD., E. 1982/09221, K. 1983/0046, T. 28.01.1983.

Ertelenmesi Hakkında Kanun<sup>14</sup> eliyle yapılan değişikliklerle suç tipinin düzenlendiği TCK m. 163'e ek bir üçüncü fıkra eklenmiş ve elektrik, doğalgaz, su hırsızlığı olarak bilinen ve önceden TCK m. 141/2 de düzenlenmiş suç tipi, karşılıksız yararlanma kapsamına dâhil edilmiştir. Bu anlamda TCK m. 141/2 yürürlükten kaldırılmıştır. Yine bu Kanun'la bu suçların adli sicile kaydı ve yine bu suçların muhakemesiyle ilgili özel düzenlemelere gidilmiştir.

### I. KANUNİ TANIM VE KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Karşılıksız yararlanma suçunun temel şekli TCK m. 163'te düzenlenmiştir. Yine TCK m. 167 ve 168 başta olmak üzere söz konusu suç tipini etkileyen birçok düzenleme mevcuttur. TCK m. 163'ü ele almadan önce yukarıda da ifade ettiğimiz tarihsel gelişime katkı sunması bakımından, mülga TCK m. 521'in a ve b fıkralarındaki düzenlemeleri belirtmekte yarar görmekteyiz. Ardından suçla korunan hukuki değer ne olduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Mülga CK m. 521 aşağıdaki gibi düzenlenmişti:

*"Madde 521/a - Ödeme yeteneği olmadığı halde;*

1. Ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan,

2. Ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen,

3. Taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan, ve ödemedeki bulunmayan kimseye on beş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası verilir. Bu maddedeki suçların kovuşturması şikâyete bağlıdır.

*Madde 521/b- Ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan kimseye, fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde on beş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası verilir."*

<sup>14</sup> Kanun metni için bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120705-2.htm>, 26.08.2019.

Maddenin a fıkrası karşılıksız olarak hizmet, besin ve içecekten yararlanma<sup>15</sup>; b fıkrası ise otomatlardan karşılıksız yararlanma suçu biçiminde tanımlanabilir. Söz konusu düzenlemeye karşı yukarıda da belirttiğimiz üzere Anayasa m. 38/8'e aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş, ancak Mahkeme başvuruyu reddetmiştir.

Yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da karşılıksız yararlanmayı düzenleyen 163. madde ise aşağıdaki gibidir:

*“Karşılıksız yararlanma*

*Madde 163 (1) Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(3) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

Her iki kanun maddesi aynı ad altında düzenlenmesine rağmen içerik bakımından tamamen farklıdır. Bu durumun, eski Kanun'da bulunup da yeni Kanun'da yer verilmeyen karşılıksız yararlanma hallerinin ne şekilde cezalandırılacağına yönelik tereddüt yarattığı ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Mülga ve yürürlükteki TCK'daki düzenlemeler arasındaki farklar bakımından bazı noktalara dikkat çekmek gerekmektedir:

Bunlardan ilki; mülga TCK m. 521/a ile düzenlenen karşılıksız olarak hizmet, besin ve içecekten yararlanma fiillerinin, yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Bu durumda

<sup>15</sup> YILMAZ Zahit/APIŞ, Özge, “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 1750-1751.

<sup>16</sup> MAVİŞ Volkan, “Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Cilt 1, 2015, s. 616.

lokantaya girip yemek yedikten sonra hesabı ödemeyen kişi, önceki düzenlemeye göre bu suçun faili olurken; yeni düzenlemede söz konusu fiil bu suç kapsamında kabul edilmeyecektir<sup>17</sup>. Bu durumda “dolandırıcılık suçu” gündeme gelebilecektir ki; bu husus, doktrinde tartışmalara konu olmaktadır. Bazı yazarlar, kişinin lokantaya girerken başından itibaren yedikleri şeyin parasını ödemeyeceğini bildiğini, bu nedenle bu fiilin dolandırıcılık suçuna vücut verdiğini ileri sürerken<sup>18</sup>; Yüksek Mahkemenin görüşü 5237 sayılı Kanun’da 765 sayılı Kanun m. 521/a-2’deki gibi açık bir düzenleme olmadığı, bu nedene kişinin hile ve dolandırıcılık kastıyla hareket edip etmediğinin tespitinin gerektiği yönündedir. Buna göre kişinin en başından itibaren parayı ödememe kastıyla hareket ettiği kanıtlanabiliyorsa, bu suç dolandırıcılık suçunu oluşturacakken; bu tespit yapılamıyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği kişi ceza almayacaktır<sup>19</sup>. Şu durumda ödeme gücünün bulunduğu kanısını yaratacak kanıtlayıcı davranışlara başvurulmadığı takdirde, salt ödeme güçsüzlüğünü gizleme eylemi, zımni bir hile sayılsa bile, dolandırıcılıktaki hile yoğunluğuna ulaşmadığı için dolandırıcılık olarak kabul edilmeyecektir<sup>20</sup>. Benzer biçimde söz konusu fiil TCK m. 163’de açıkça düzenlenmediği için özel hukuk hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır. Maviş, Yüksek Mahkemenin içtihadını mevcut düzenlemeler ışığında isabetli bulmakla birlikte; en baştan yanıltıcı davranışlar içerisinde olmayan kişinin besin ve içecekten karşılıksız yararlanmasının da suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Çünkü bu fiiliyle kişi kamu düzenine karşı zararlı iradesini ortaya koymuştur ve söz konusu fiilin haksızlık içeriği, karşılıksız yararlanma suçu kapsamında yer alan birçok fiile nazaran daha fazladır<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Söz konusu fiillerin sosyal gerçeklik planında karşılıksız yararlanma bakımından daha tipik fiiller olmasına rağmen suç olarak düzenlenmemiş olmasının eleştirisi için bkz.: YURTCAN Erdener, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, Ankara, Adalet, 2015, s. 414.

<sup>18</sup> YAŞAR Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. IV, 2. bs., Ankara, Adalet, 2014, s. 5292; ARTUÇ Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, 2.bs., Ankara, Adalet, Mart 2011, s. 639.

<sup>19</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2004/4815, K. 2006/1639, T. 07.03.2006; Yargıtay 6. CD., E. 2004/7762, K. 2006/9892, T. 17.10.2006; Yargıtay 6. CD., E. 2004/10496, K. 2006/9966, T. 17.10.2006.

<sup>20</sup> PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1294-1295.

<sup>21</sup> MAVİŞ, s. 618.

Her iki kanundaki düzenleme bakımından farklı olan diğer bir nokta ise, 5237 sayılı TCK'nın bir yandan karşılıksız olarak hizmet, besin ve içecekten yararlanma fiillerini kapsam dışı bırakırken; diğer yandan yeni suç fiilleri yaratarak suçun kapsamını genişletmiş olmasıdır.

Ayrıca eski düzenlemede suç fiillerinin numerus clausus biçiminde sayılarak kazuistik bir yöntem izlendiği, yeni düzenlemede ise öngörülen neticeleri meydana getiren fiiller şeklinde bir tariflendirmeye gidilerek bu yöntemin terk edildiği ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

Son olarak mülga TCK m. 521/b'de fiilin daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde bu madde kapsamında cezalandırılacağı belirtilerek aslitali norm ilişkisi yaratılmış, yeni düzenlemede ise bu ayrıma gidilmeyip sorunun içtimaa hükümleri uyarınca çözülmesi öngörülmüştür<sup>23</sup>.

Korunan hukuksal yararın ne olduğu konusunda suç tipinin düzenlendiği bölümün başlığı bize yardımcı olmaktadır. Suç tipi malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olup; bu anlamda korunan hukuksal yarar bir bütün olarak kişinin malvarlığı üzerindeki haklardır<sup>24</sup>. Hafizoğulları/Özen'e göre sadece bireysel değil, bireysel-kamusal bir hak korunmaktadır. Suçun resen muhakeme edilmesinin gerekçesi de onun kamusal niteliğidir<sup>25</sup>. Koçak ise malvarlığı kavramının kapsamına dair tartışmalardan yola çıkarak hukuksal yararı, özel hukukun konusu olan zilyetliği de kapsayacak şekilde, malvarlığı değerlerinin ceza hukuku anlamındaki karşılığını oluşturan kalemlerin teşkil ettiği değer olarak tanımlamıştır<sup>26</sup>. Bu anlamda fail birinci fıkradaki fiillerle mağduru hizmet bedelinden mahrum bırakmakta; ikinci fıkra kapsamında mağdurun daha fazla ödeme yapmasına; üçüncü fıkra kapsamında ise mağdurun gelirden yoksun kalmasına neden olmaktadır<sup>27</sup>. Seçimlik hareketleri tek tek

<sup>22</sup> KOÇAK, s. 99.

<sup>23</sup> ARTUÇ, s. 640.

<sup>24</sup> MERAN Necati, Hırsızlık, Yağma, Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin, 2011, s. 325.

<sup>25</sup> HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 6. bs., Ankara, US-A, Eylül 2017, s. 425, 427, 430.

<sup>26</sup> KOÇAK, s. 103-104.

<sup>27</sup> KILINÇ Abdulvahap, Elektrik Enerjisi Hakkında Karşılıksız Yararlanma Suçu, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Erzincan 2012, s. 111-112; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5294.

değerlendirdiğimizde ise, esasen birinci fıkranın, kişilerin sunmuş oldukları hizmetin bedeli üzerindeki malvarlığına ilişkin haklarını; ikinci fıkranın, kişilerin gerek mülkiyet gerekse de zilyetlik üzerindeki haklarını; üçüncü fıkranın ise elektrik, su ve doğal gazdan bedel ödeyerek yararlanan kişilerin sayılan enerji türleri üzerindeki kullanım haklarını koruduğu söylenebilir<sup>28</sup>. Her halükârda fail kişi ya da kurumların ya sahip olması gereken geliri engellemek ya da kişinin daha fazla ödeme yapmasını sağlamak suretiyle, bu kişilerin malvarlığı üzerindeki haklarını ihlal etmektedir<sup>29</sup>. Düzenleme gerçek ve tüzel kişileri bu saldırılara karşı korumaktadır.

## II. SUÇUN (TEMEL) UNSURLARI

### A. Maddi Unsurları

#### 1. Fail

Suç tipi, faillik bakımından bir özellik göstermemektedir. Tüm gerçek kişiler suçun faili olabilecektir. Ancak TCK m. 266 gereği failin kamu görevlisi olması ve elinde bulundurduğu araç ve gereçleri karşılıksız yararlanma suçunun işlenmesi sırasında kullanması halinde fiil nitelikli hal olarak kabul edilecektir<sup>30</sup>.

Tartışmalı olan husus karşılıksız yararlanan herkesin fail olup olmayacağıdır. Özellikle ikinci ve üçüncü fıkralardaki yararlanma biçimleri birden fazla kişinin fail olarak gündeme gelmesine neden olmaktadır. Örneğin eve kaçak yayın ya da su sağlayan failin yanında, hizmetten o evde yaşayanlar da yararlanmaktadır. Bu durumda sadece hizmeti sahibinin rızası dışında temin edenin mi, yoksa hizmetten yararlanan diğer aile bireylerin de mi fail sıfatına sahip olacağı sorusu ortada durmaktadır. Bir görüş burada sadece tüketim miktarını belirlenmesini engelleyecek şekilde yararlanmayı gerçekleştiren kişinin cezalandırılması gerektiğini

<sup>28</sup> YILMAZ/APIŞ, s. 1757.

<sup>29</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5294.

<sup>30</sup> TCK m. 266: Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma:

Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.



ileri sürmektedir<sup>31</sup>. Bu durumda örnek olarak sadece kanca atarak kaçak enerjiyi temin eden kişi suçun faili olacaktır. Kanımızca madde metninde “yararlanma”, “tüketme” gibi ifadeler yer verildiğinden, sadece o hizmeti hukuka aykırı temin eden değil, cezaların şahsiliği ilkesi gereği durumu bilen ve yararlanma ve tüketme fiillerini gerçekleştirdiği tespit edilen tüm aile bireyleri, hatta misafir gibi üçüncü kişiler de bu suçun faili olacaktır<sup>32</sup>.

Uygulamada resmi abone sahibi ile fiili tüketen, bu anlamda suçun gerçek faili farklı olabilmektedir. Bu nedenle failin tespiti bakımından tutanakta yer alan adresteki abonelik kaydının kime ait olup olmadığına bakılmaksızın, evin ve faturaların yatırılması sorumluluğunun kime ait olduğu tespit edilmelidir<sup>33</sup>.

## 2. Mağdur

Suç tipi mağdur bakımından bir özellik göstermemektedir. Herkes suçun mağduru olabilecektir. Seçimlik hareketlere göre değerlendirmek gerekirse, karşılıksız yararlanma suçunun mağdurunu; otomat aracılığı ile bir hizmeti sunan kişi, telefon hattının ya da şifreli veya şifresiz yayının sahibi veya zilyedi olan kişi ve elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibi olarak ortaya koyabiliriz<sup>34</sup>. Yine kamu veya özel kurumların sunduğu hizmetleri konu alan bazı seçimlik hareketler bakımından, bu tüzel kişiler ve yine dağıtım şirketleri zarar gören sıfatını taşıyabilmektedir<sup>35</sup>. Hizmet kamuya açıksa mağdurun tüm vatandaşlar olduğu da iddia edilmektedir<sup>36</sup>.

Bunların yanında aşağıda cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler başlığında da göreceğimiz üzere mağdurun bazı sıfatlara sahip olması, failin cezalandırılmaması veya daha az ceza alması sonucunu doğurabilecektir.

<sup>31</sup> ÇETİN Soner Hamza, Elektrik, Su ve Doğalgazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu, Ankara, Bilge, 2014, s. 47-48.

<sup>32</sup> Aynı yönde görüş için bkz.: DEPE Kaya, Hırsızlık-Yağma ve Karşılıksız Yararlanma Suçları, Bilge, Ankara, 2019, s. 624.

<sup>33</sup> DEPE, s. 624.

<sup>34</sup> KAYA, s. 56; GÖÇMEN, s. 455.

<sup>35</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5295; Koçak, s. 106.

<sup>36</sup> KAYA, s. 57; DEPE, s. 626.

Kanun koyucu ikinci fıkradaki fiil için “sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak” ifadesini kullanırken; üçüncü fıkradaki fiil için sadece “sahibinin rızası” ifadesine yer vermiştir. Şu halde zilyet üçüncü fıkrada düzenlenen suçun mağduru olamayacak mıdır? Su, elektrik ve doğalgazın sahibi kimdir? Eğer malik olan devletse suçun kapsamı daraltılmakta mıdır, genişletilmekte midir? Bu sorular çerçevesinde iki fıkra arasındaki bu ifade farklılığının haklı olarak gereksiz ve tartışma yaratan bir düzenleme olduğu ileri sürülmüştür<sup>37</sup>. İki düzenleme arasındaki farkı önemsiz kabul eden görüşe göre elektrik, su ve doğalgaz bakımından sahipliği; zilyetliği de içeren geniş bir kavram olarak ele almak gerekmektedir<sup>38</sup>. Kanımızca kanun koyucunun bu tercihini yok saymamak ve hırsızlık suçu bakımından mülkiyet ve zilyetlik kavramlarına ilişkin yapılan tartışmalar ışığında sorunu çözmek gerekmektedir<sup>39</sup>.

### 3. Suçun Konusu:

Suçu meydana getiren fiiller gibi söz konusu fiillerin konusu da üçlü bir ayrıma tabi tutularak incelenebilir:

#### a. Otomatlar Aracılığıyla Sunulan ve Bedeli Ödendiği

##### Takdirde Yararlanılabilen Bir Hizmet

Burada suçun konusu otomatın sunduğu ve bedel karşılığı sunulan bir hizmettir<sup>40</sup>. Otomat, bedelin ödenmesiyle birlikte mekanizması kendiliğinden harekete geçerek bir mal veya hizmet arz eden teknik tertibattır<sup>41</sup>. Otomatlar bu minvalde hizmet sunan otomatlar ve mal veren otomatlara olarak ayrıma tabi tutulabilmektedir. Mesela metrodaki ulaşım hizmetinden yararlanmayı sağlayan turnikeler hizmet otomatı iken, metro istasyonu içine konulmuş içecek otomatları mal otomatıdır<sup>42</sup>. Posta pulu, yolcu bileti, giriş kartı ve benzeri şeyleri veren otomatlar mal otomatlarına; haberleşme araçları, masaj koltuğu, oyun, müzik, tartı, yıkama ve

<sup>37</sup> ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2019, s. 741; GÖÇMEN, s. 455.

<sup>38</sup> ÇETİN, s. 29.

<sup>39</sup> Aynı yönde bkz.: KAYA, s. 58.

<sup>40</sup> KOÇAK, s. 107.

<sup>41</sup> TEZCAN Durmuş/ERDEM, Ruhan/ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 917; Depe, s. 626.

<sup>42</sup> ARTUÇ, s. 642-643.

eğlence hizmeti verenler ise hizmet otomatlarına örnektir. Madde metni açık biçimde bir hizmetten yararlanmayı öngördüğünden, sadece hizmet otomatlarının hareketin konusunu teşkil edeceği, mal otomatları bakımından hırsızlık suçunun gündeme gelebileceği belirtilmektedir<sup>43</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise failin bedel ödemediği otomatın sunduğu bir hizmetten yararlanması halinde hükmedilecek ceza ile bir maldan yararlanması halinde hükmedilecek ceza arasında ölçüsüz bir fark olduğunu, ayrıca, otomatla bir mal sunan kişinin o malı kamunun ulaşabileceği bir yere götürmüş ve yararlanmaya sunmuş olmasının bir hizmet olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu gibi gerekçelerle mal otomatlarının da suçun konusu olabileceği ileri sürülmektedir<sup>44</sup>. Erol da mal-hizmet otomatı ayırımına gitmeksizin yiyecek-içecek, gazete-mecmua, oyuncak veren makineleri hareketin konusuna örnek göstererek mal otomatlarının da bu suç kapsamında değerlendirileceğini iddia etmektedir<sup>45</sup>. Kanımızca da kamuya açık bir yerdeki içecek sağlayan otomatlar da sunulan bir hizmetin parçası olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda mal otomatlarının kapsam dâhiline alınmasının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği düşüncesindeyiz<sup>46</sup>. Ayrıca haksızlık içeriği bakımından otomatın hizmet veya mal vermesinin bir önemi yoktur.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmet söz konusu olup, eğer hizmet bedavaysa, yararlanma suç teşkil etmeyecektir<sup>47</sup>. Örnek vermek gerekirse bayramda ücretsiz kullanıma açılmış metrodan bilet kullanmadan yararlanan kişi bu suçun faili olmayacaktır<sup>48</sup>. Kişi bayramda ulaşımın ücretsiz olduğunu

<sup>43</sup> KILINÇ, s. 112-113; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 739-740; KAYA, s. 39-40; BEZCİ, s. 59; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 917; Artuç, s. 642.

<sup>44</sup> YILMAZ/APIŞ, s. 1775; MERAN, s. 326; DÖNMEZER Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. bs., İstanbul, Beta, Eylül-2001, s. 588. Soyaslan ise mal otomatlarının karşılıksız yararlanma kapsamında olabileceğine ilişkin tereddüdün söz konusu olduğunu ifade etmiştir. SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. bs., Ankara, Yetkin, 2014, s. 471.

<sup>45</sup> EROL Haydar, Türk Ceza Hukuku Gerekçeli ve Açıklamalı, C. 2, Ankara, Yayın Matbaacılık, yy, s. 2851.

<sup>46</sup> Söz konusu yorumun kıyasa vücut vereceği görüşü için bkz.: KOÇAK, s. 108.

<sup>47</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 917.

<sup>48</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5296; DEPE, s. 627.

bilmese dahi, ortada işlenemez bir suç olacağından sonuç değişmeyecektir. Benzer biçimde akaryakıt istasyonunda ücretsiz kullanıma açılmış hava ve su otomatları da suçla konu olmayacaktır<sup>49</sup>.

Bilgisayarlara yanlış veri yükleyerek haksız yarar sağlamak veya ücretsiz kullanılan bankamatiklerden yetkisi olmadığı halde para çekmek, bu suçu meydana getirmeyip; fiil, TCK m. 245 vd. düzenlenen bilişim alanındaki suçlar kapsamında değerlendirilecektir<sup>50</sup>.

### **b. Telefon Hatları İle Frekanslarından Veya Elektromanyetik Dalgalarla Kablosuz Yapılan Şifreli Veya Şifresiz Yayınlar**

Telefon hatları ile frekansları, madde metninde belirtildiği ve gerekçede de örneklendirildiği üzere telli ve telsiz telefon hatlarıdır<sup>51</sup>. Hizmet telsiz bir şekilde, frekansla sağlanıyorsa da bu suçun konusunu oluşturacaktır<sup>52</sup>. Ankesörlü telefon bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Zaten ankesörlü telefon, hizmet otomatı olması nedeniyle madde 163/1'in konusunu oluşturacaktır<sup>53</sup>. Ancak burada fiilin ne suretle gerçekleştiği önem arz etmektedir. Örnek olarak ankesörden hat çekmek suretiyle hizmetten yararlanma ikinci fıkra çerçevesinde değerlendirilecektir<sup>54</sup>. Yüksek Mahkeme bir kararında kredisi bitmiş telefon kartları üzerinde yapılan değişikliklerle ankesörlü telefonda yararlanılmasının, TCK

<sup>49</sup> KILINÇ, s. 113.

<sup>50</sup> KOÇAK, s. 108-109; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 917. Kaya bu noktada havale hizmetini sunmadan önce ücretin hesaptan kesildiği ve bu ücret ödendikten sonra havale hizmetinin verildiği, bu kapsamda kişinin bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir havale hizmetinden bedel ödemeksizin faydalanılmasının bankamatik otomatının ücretli kullanımına örnek teşkil ettiğini belirtmektedir. KAYA, s. 44.

<sup>51</sup> Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. 1, 22. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 378.

<sup>52</sup> ARTUÇ, s. 643.

<sup>53</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5297; BEZCİ, s. 76.

<sup>54</sup> KOÇAK, s. 113; DEPE, s. 628.

m.244<sup>55'</sup> te düzenlenen bilişim suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir<sup>56</sup>. Bilişim sistemi ve bilimsel veri kavramlarını kıyasa varacak biçimde genişlettiği için karara katılmamaktayız.

Elektromanyetik dalgalarla kablosuz yapılan şifreli ve şifresiz yayın anlamında Lig TV abonelikleri ve kablosuz internet bağlantıları<sup>57</sup> örnek verilebilir. Ancak şifre kırarak veya başkaca yollarla girip internet üzerinden yapılan yayınlardan kaçak yararlanılması halinde bilişim sistemine girme suçunun oluşacağı ileri sürülmektedir<sup>58</sup>. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise burada suça konu olanın bilişim sisteminin kendisi değil, bizzat bu sistem içerisindeki elektronik yapıda sunulan ücretli hizmettir. Bu nedenle belli süreli internet bağlantı servisini sağlayan sistemlerin bedelsiz kullanılması halinde, karşılıksız yararlanma suçu oluşacaktır<sup>59</sup>. Artuk/Gökçen/Yenidünya da benzer bir sonuca araç-amaç suç ilişkisi üzerinden ulaşmaktadır<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> TCK m. 244: Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme

(1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir.

<sup>56</sup> Yargıtay CGK., E. 2007/6-136 K. 2007/150 T. 19.6.2007.

<sup>57</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 428; ARTUK, s. 643-644. Yine kablosuz internete sahibi tarafından şifre koymamanın zımni rıza anlamına geleceğine ve suçun oluşmayacağına ilişkin görüş için bkz.: KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet, 2018, s. 561, dipnot: 43.

<sup>58</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e., s. 918; CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul, Beta, 2017, s. 545.

<sup>59</sup> ERDOĞAN Yavuz, "Bilişim Sistemine Girme ve Kalma Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 1399.

<sup>60</sup> ARTUK M. Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. bs., Ankara, Adalet, 2015, s. 878.

Yüksek Mahkeme konuyla ilgili bir kararında, Telekom'a ait kablolu TV yayınına ilişkin hizmetten yayın kablolarına bağlantı yapmak suretiyle bedelsiz ve kaçak yararlanmanın, hırsızlık fiilini oluşturduğunu belirtmiştir<sup>61</sup>. Ancak bu konuda içtihat birliği söz konusu değildir. Yüksek Mahkeme başka bir kararında fiili karşılıksız yararlanma olarak kabul etmiştir<sup>62</sup>. Kaya da kablolu yayınlardan yararlanma halinde karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre bu konuda kanun koyucunun amacı gözetilmeli, aslında yine şifreli yayında olduğu gibi bir bedel karşılığı ve çoğu zaman bir sözleşmeye dayanan ilişki çerçevesinde kişilerin malvarlığının bulunduğu dikkate alınarak, kablolu yayınlar da suça konu olmalıdır<sup>63</sup>.

Kanımızca alınan TV yayının kablolu yahut kablosuz olması arasında haksızlık içeriği bakımından bir fark yoktur. Ancak lafzi yorum kablolu yayınları suçun konusu yapmaya engeldir. Gerçekten de elektromanyetik dalga 2954 Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nda "boşlukta veya kablo, cam iletken ve benzeri bir fiziki ortamda ışık hızı ile yayılan, suni olarak üretilmiş elektrik ve manyetik özellikleri olan dalga" olarak tanımlanmıştır. Bu durumda dalga iletimi hem kablolu hem de kablosuz biçimde yapılabilecektir. Ancak madde metni açıkça kablosuz ifadesine yer vererek suçun konusunu hatalı biçimde sadece kablosuz iletim haliyle sınırlamıştır. Bu nedenle fiilin karşılıksız yararlanma olarak kabulü, kanunilik ilkesinin ihlalini beraberinde getirecektir.

Son olarak ilk fıkradakinden farklı olarak düzenlemede hizmetin bir bedel ödenerek sağlanması şartına yer verilmemiş olması hususu üzerinde durmak gerekmektedir. İlk fıkra kapsamında bayramda ücretsiz yararlanılan bir ulaşım hizmeti suça konu olamayacakken, ikinci fıkra bakımından benzer bir durumun suç teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Sahibinin kampanya gereği belirli bir süre ücretsiz yararlandığı yayının başkası tarafından kaçak olarak kullanılması, buna örnek verilebilir. İlk fıkrada bedel ödenerek elde edilmesi şartının üçüncü fıkrada aranmamış olması, bedelsiz hizmetlerin de suça konu olabileceği düşüncesini

<sup>61</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2006/5036, K. 2007/250, T. 25.1.2007.

<sup>62</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2010/10806 K. 2011/2783 T. 24.6.2011.

<sup>63</sup> KAYA, s. 48.

doğurmaktadır. Kaya da yayın sağlayıcı şirketin zarara uğraması ve rızasının olmaması üzerinden aynı sonuca ulaşmaktadır<sup>64</sup>. Ancak bizim kanaatimiz aksi yöndedir. Madde başlığının karşılıksız yararlanma olması maddenin zaten bir karşılık, yani bedel ödenmesi gerekirken ödenmemesi halini düzenlediğini<sup>65</sup> göstermektedir. Bu nedenle bedel karşılığı sunulmayan hizmet bu suça konu olamayacaktır. Ayrıca karşılıksız yararlanmada bir zararın meydana gelmesine gerek yoktur<sup>66</sup>.

### **b. Abonelik Esasına Göre Yararlanılabilen Elektrik Enerjisi, Su veya Doğalgaz**

6352 sayılı Kanun'la doğalgaz, su ve elektrik hırsızlığı olarak bilinen ve önceden TCK m. 141/2 de düzenlemiş suç tipi, karşılıksız yararlanma kapsamına dâhil edilmiştir. Bu suretle su, doğalgaz ve elektriğin mal olmaktan çıkartılıp hizmet olarak tanımlandığını söyleyebiliriz<sup>67</sup>. Ancak doktrinde TCK m. 142/3'<sup>68</sup>ün varlığını hala koruması sebebiyle doğalgazın hangi hallerde hırsızlık, hangi hallerde karşılıksız yararlanma suçuna vücut vereceği konusunda belirsizliğin sürdüğü belirtilmektedir<sup>69</sup>. Karşılıksız yararlanmanın aksine TCK m. 142/3'te suçun konusu sadece sıvı veya gaz halindeki enerjidir ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde suç söz konusu olabilecektir.

Düzenleme sadece elektrik enerjisi, su veya doğalgaz ile sınırlandırıldığı için, örnek olarak kullanılan jeotermal enerji veya likitleştirilmiş petrol gazı (LPG) bakımından bu suç oluşmayacaktır<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> KAYA, s. 53-54.

<sup>65</sup> Madde başlığında karşılıksız yararlanma yerine bedelsiz yararlanma teriminin kullanılması gerektiği düşüncesi için bkz.: ERDEM, s. 16.

<sup>66</sup> BEZCİ, s. 89.

<sup>67</sup> GÖÇMEN, s. 456.

<sup>68</sup> TCK 142/3: Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde, beş yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır ve on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

<sup>69</sup> GÖÇMEN, s. 457. Yazar yine bu konuda TCK m. 142/3'ün TCK m. 163/3'ün nitelikli hali olup olmadığını da sorgulamakta ve TCK m. 142/3 ve TCK m. 163/3 arasındaki farkın gerekçede oraya konulmamasını eleştirmektedir. GÖÇMEN, s. 458.

<sup>70</sup> BEZCİ, s. 68; ÇETİN, s. 24.

#### 4. Fiil

Karşılıksız yararlanma suçu, madde metninde üç fıkra halinde belirtilmiş seçimlik hareketlerle işlenebilecektir. Yararlanma fiilinin nasıl gerçekleştiğine bağlı olarak suç ani veya mütemadi hareketle işlenebilir. Ancak turnikede sahte bilet kullanmak suretiyle toplu taşıma hizmetinden yolculuk boyunca yararlanılması örneğinde olduğu üzere, suç genellikle mütemadi hareketle işlenmektedir. Bu, hizmet kavramının devamlılık arz eden bir nitelik taşımasından kaynaklanmaktadır. Yine madde kapsamındaki fiiller ihmali hareketle de gerçekleşebilecektir. Örnek olarak kablosuz yayından çanak ayarlarını yaparken şans eseri yararlanmaya başlayan kişi, bu andan itibaren ihmali hareketle fiili gerçekleştirmeye başlamıştır. Çünkü söz konusu andan itibaren bildirim yükümlülüğü altında bulunmaktadır<sup>71</sup>.

Suçun oluşması için bir zararın meydana gelmesine gerek yoktur. Ancak karşılıksız yararlanma suçu malvarlığına yönelik suçlardan olduğundan, her ne kadar suçun oluşumu bakımından zararın doğması şart değilse de karşılıksız yararlanma fiillerinin işlenmesi halinde genellikle ekonomik kayıp söz konusu olmaktadır<sup>72</sup>. Bu fıkralardaki ayrıma göre, suç aşağıdaki üç farklı fiille gerçekleştirilebilecektir:

##### **a. Otomatlar Aracılığı ile Sunulan ve Bedeli Ödendiği Takdirde Yararlanılabilen Bir Hizmetten Ödeme Yapmadan Yararlanmak Suretiyle**

Bu fiil bakımından kanımızca üzerinde durulması gereken noktalardan ilki, hizmetten yararlanmanın ödeme yapılmaksızın gerçekleştirilmiş olmasıdır. Şu halde hizmet, ödeme dışında herhangi bir biçimde elde edilmiş olmalıdır. Bozuk para şekline getirilmiş buz kalıplarının kullanılması, otomatın mekanizmasını sahte veya dolaşımda olmayan para veya tel kullanılarak, otomatın haznesine metal plaka, kurşun düğme sökme, ipe bağlı para veya jeton atıp hizmetten yararlandıktan sonra çekme ve yahut otomata mıknaatısla otomatın mekanizmasına nüfuz etme suretiyle

<sup>71</sup> KOÇAK, s. 115-116; KAYA, s. 30.

<sup>72</sup> KAYA, s. 53.



gerçekleştirilen davranışlar<sup>73</sup>, bu suçu meydana getirmeye uygun fiillere örnek olarak gösterilebilir. Yine Yüksek Mahkeme sahte olduğunu bildiği telefon kartını kullanarak ankesörlü telefonda yararlanmayı bu suç kapsamında değerlendirmiştir<sup>74</sup>. Örneklerden de anlaşıldığı üzere bu fıkra bakımında suç, serbest hareketli bir suçtur<sup>75</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise, karşılıksız yararlanma suçunda insana karşı yapılan bir hilenin değil, otomata karşı yapılan bir davranışın söz konusu olmasıdır. Eğer insana karşı bir aldatma varsa karşılıksız yararlanma kapsamında değerlendirilmeyecektir. Yüksek Mahkeme bir kararında daha az bedel ödemeyi sağlamak için başkasına ait bileti göstererek gişe görevlisini kandırmaya yönelik davranışı, karşılıksız yararlanma değil dolandırıcılık suçu kapsamında ele almıştır<sup>76</sup>. Bu anlamda şoförün ya da güvenlik görevlisinin başında durduğu bilet otomatından sahte bilet kullanarak geçmek, kanımızca kişiye karşı gerçekleştirilen bir davranış olması nedeniyle dolandırıcılık suçuna vücut verecektir.

Fiilin mutlaka otomatın mekanizmasına müdahale gerektirip gerektirmediği başka bir tartışma konusudur. Bu noktada Yüksek Mahkemenin turnikeden atlamak suretiyle toplu taşımadan yaralanmanın otomata teknik bir müdahalede bulunulmaması nedeniyle karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmadığı yönündeki kararına değinmekte yarar görmekteyiz<sup>77</sup>. Kararı eleştiren yazarlara göre karar, madde gerekçesindeki otomata müdahale suretiyle ulaşım hizmetinden yararlanmak örneğinden yola çıkmıştır. Ancak söz konusu örnek turnikeden atlama yoluyla bu suçun işlenemeyeceğini ifade etmemektedir. Madde metninde “otomata teknik bir müdahalede bulunma” şartı aranmamaktadır<sup>78</sup>. Bizce de fiillerin mutlaka gerekçedeki örnek gibi gerçekleşmesi gerekmemektedir.

<sup>73</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 919; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 740; YAŞAR/GÖKHAN/ARTUK, s. 5298.

<sup>74</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2004/9830, K. 2006/2176, T. 21.3.2006.

<sup>75</sup> DEPE, s. 631.

<sup>76</sup> CGK, E. 2006/11-247, K. 2007/15, T. 30.1.2007.

<sup>77</sup> Yargıtay 13. CD., E. 2012/1791, K. 2013/14771, T. 16.05.2013.

<sup>78</sup> KOÇAK, s. 112, dipnot: 79; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 919-920, dipnot: 1071.

Ayrıca gerekçeler bağlayıcı metinler olmayıp, madde metni açıkken ona yeni bir şart ekleyebilecek niteliğe sahip değildir.

**b. Telefon Hatları ile Frekanslarından veya Elektromanyetik Dalgalarla Kablosuz Şifreli veya Şifresiz Yayınlarından Sahibinin veya Zilyedinin Rızası Olmadan Yararlanmak**

Telefon hatları veya frekanslarından yararlanmaya en somut örnek, başkasının telefon hattına girerek konuşmaların bedelini başkasına ödetmektir<sup>79</sup>.

Elektromanyetik dalgalarla kablosuz yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan<sup>80</sup> yararlanmaya ise, şifreli yayınların çeşitli elektronik araçlarla sahibinin rızası olmadan izlenmesi, yani abone olunmayan bir TV veya radyo yayınının kaçak olarak alınması<sup>81</sup> örnek olarak verilebilir.

Yüksek Mahkeme abonelik sözleşmesiyle evinde kullanmak üzere alınan decoderin sözleşme hükümlerine aykırı olarak başka yerde kullanılmasından ibaret fiili, hukuki nitelikteki bir uyuşmazlık olarak kabul etmiştir. Çünkü olayda sözleşme gereği konutta kullanılması gereken bir yayının başka yerde kullanılması hali söz konusu olup yayının kaçak değil, sözleşmeye aykırı kullanımı söz konusudur<sup>82</sup>. Güncel örnek, kişinin sözleşme sonucu izleme hakkına sahip olduğu yayını internet üzerinden yaygın biçimde başkalarına izletmesidir. Her ne kadar yayın yapan bu kişi aldığı reklamlardan vb. gelirler elde etse de fiil bu suç kapsamında telakki edilemeyecektir. Çünkü madde metninde açıkça sahibinin rızasının olmaması şartını aramaktadır. Somut olayda ise yayını izleme hakkına sahip kişi kendi rızasıyla bunu başkalarına izlettirmektedir<sup>83</sup>. Sorumluluk ancak sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilecektir.

<sup>79</sup> Aynı yönde örnekler için bkz.: YCGK, E. 1989/2 K. 1990/3 T. 6.4.1990; Yargıtay 13. CD., E. 2012/6510, K. 2012/10999, T. 14.5.2012.

<sup>80</sup> Gereğede yayın ifadesinin sadece TV yayını ile sınırlandırıldığı tespiti ve buna dair eleştiri için bkz.: YILMAZ/APIŞ, s. 1760.

<sup>81</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a.g.e., s. 921 843; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 740.

<sup>82</sup> Yargıtay11. CD., E. 2006/7779, K. 2009/4153, T. 13.4.2009; Yargıtay 7. CD., 2008/18502, K. 2011/6428, T. 3.5.2011; Yargıtay 6. CD., 2004/1149, K. 2006/9538, T. 10.10.2006; Yargıtay 2. CD., 2015/16754, K. 2015/21182, T. 19.11.2015.

<sup>83</sup> KOÇAK, s. 114-115.

### c. Abonelik Esasına Göre Yararlanılabilen Elektrik Enerjisinin, Suyun veya Doğalgazın Sahibinin Rızası Olmaksızın ve Tüketim Miktarının Belirlenmesini Engelleyecek Şekilde Tüketilmesi

Bu fiil bakımından birkaç sorunun cevabını aramak gerekecektir. Bunlardan ilki, abonelik tesis etmeksizin bu enerjiden yararlanmanın suç teşkil edip etmeyeceğidir. Çünkü madde metninde “abonelik esasına göre yararlanılabilen...” denilmektedir. Yılmaz/Apiş'e göre “burada suç teşkil eden fiil, salt aboneliğe aykırı kullanımlar değil, aynı zamanda yararlanılması bir abonelik sözleşmesi gerektiren bir üretim/hizmet-tüketim ilişkisi kurulmaksızın, bu enerjinin tüketilmesidir”<sup>84</sup>. Şu durumda abonelik esasına göre yararlanabilme enerjinin bir niteliğidir ve abonelik tesis edilmesi gerekirken usulsüz olarak abonelik işlemi yapmadan kaynaklardan yararlananlar da suçun faili olacaktır<sup>85</sup>. Ancak üzerinde abonelik tesis edilmesi gerekmeyen köy çeşmesine yapılan müdahaleler karşılıksız yararlanma suçunu oluşturmayacak, varsa şartları 7478 sayılı Köy İçme Suları Hakkında Kanun kapsamında idari para cezası yaptırımı söz konusu olacaktır<sup>86</sup>. Yine izinsiz kuyu açılarak su temini, Yeraltı Suları Hakkında Kanun gereği idari para cezasıyla cezalandırılacaktır<sup>87</sup>.

Ancak abonelik tesisi gerekirken bunu yapmadan alınan hizmetler bu suça vücut verecektir. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin komşuya ait elektrik enerjisinden komşunun rızası olmaksızın yararlanmayı, komşular arasında abonelik ilişkisi kurulmasının mümkün olmadığından cihetle hukuki ihtilaf olarak değerlendirdiği eski tarihli kararını<sup>88</sup> hatalı bulmaktayız. Yargıtay Ceza Genel Kurulu hemen hemen aynı nitelikte bir olaya ilişkin verdiği yakın tarihli kararında ise suçun komşunun sayacı üzerinden gerçekleştirilebileceğine hükmetmiştir<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> YILMAZ/APIŞ, s. 1762.

<sup>85</sup> YAŞAR/GÇKCAN/ARTUK, s. 5303; DEPE, s. 630.

<sup>86</sup> KOÇAK, s. 111; BALCI Fidan/ÖZTÜRK Seyithan, *Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları*, Ankara, Adalet, 2017, s. 375.

<sup>87</sup> BALCI/ÖZTÜRK, s. 375.

<sup>88</sup> Yargıtay 2. CD., E. 2015/2406, K. 2015/5837, T. 19.3.2015.

<sup>89</sup> YCGK 2017/1124 E., 2019/73 K.

Söz konusu düzenlemenin en tartışmalı noktası ise, tüketim miktarının belirlenmesini engellemeyecek bir yararlanmanın neden suç olarak kabul edilmediğidir. Kanun koyucu *tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi* şartını arayarak bağlı hareketli bir suç yaratmıştır<sup>90</sup>. Söz konusu düzenlemenin gerekçesi olarak “bedelinin ödenmek niyetindeki tüketicilerin, tükettikleri enerji miktarını tartışmaya yer bırakmayacak şekilde belirlenmesini sağlamaları halinde, ceza sorumluluğu cihetine gidilmemesi” olarak ifade edilmiştir<sup>91</sup>. Çetin, söz konusu gerekçede *tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde* ifadesinin suçun unsuruna ilişkin, bu anlamda suçu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip olmasına rağmen; sanki cezayı ortadan kaldıran bir neden gibi ifade edilmesini eleştirmiş, gerekçenin hukuki olmadığını belirtmiştir<sup>92</sup>.

Düzenlemeye göre idarenin tespitine engel olmayacak şekilde söz konusu kaynaklar tüketilmişse, uyuşmazlık hukuki nitelikte olacaktır<sup>93</sup>. Elektrik borcunu ödememesi nedeniyle sayacı yetkili şirket tarafından sökülen kişinin, şirketin bilgisi dışında yeniden sayaç takarak kaçak elektrik kullanması örneğinde Yüksek Mahkeme, tüketim miktarının belirlenebilir olması nedeniyle suçun oluşmadığına karar vermiştir. Bu çerçevede bir başkasına ait olan elektrik, su veya doğalgaz tesisatından sahibinin rızası olmaksızın kanca atarak, kablo bağlayarak veya başka bir düzenek yardımıyla gerçek kullanımı gösteren sayaçtan geçirilmek suretiyle yararlanılması durumunda bu suçun oluşmayacağı ileri sürülmektedir<sup>94</sup>. Ancak Yüksek Mahkeme yeni tarihli kararlarında failin sadece kendi tüketim miktarının belirlenmesini engellemesini suçun oluşması için yeterli görmüştür. Buna göre komşularla ortak kullanılan tertibata kanca atmak suretiyle kaçak elektrik kullanan fail, toplam tüketim miktarı tespit edilebilse bile, kendi tüketim miktarı tespit edilemeyeceği için karşılıksız yararlanma suçunu işlemiş olacaktır<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> YILMAZ/APIŞ, s. 1761.

<sup>91</sup> Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 379.

<sup>92</sup> ÇETİN, s. 33-34.

<sup>93</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 922.

<sup>94</sup> BEZCİ, s. 81; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUK, s. 5301; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 922.

<sup>95</sup> YCGK E. 2017/17, K. 2019/73; YCGK E. 2017/1124, K. 2019/73.

Sayacın klemens köprüsü düşürülerek, film şeridi, iğne veya mık-natıs gibi bir cisimle diskin dönmesi engellenerek, harici nötr oluşturularak, sayaç ters çevrilerek, fazladan biri devre dışı bırakılarak, sayaçtan önce harici hat çekilerek veya tamamen sayaçsız olarak elektrik, su doğal-gaz kullanma karşılıksız yararlanmaya örnek teşkil edecektir. Kısacası suçun oluşumu için tüketimi kaydeden veya kayıtsız olan sayaca müdahale edildiğinin tespiti gerekmektedir<sup>96</sup>.

Doktrinde diğer bir görüş sokakta açıkta bulunan elektrik hattına kanca vb. aletlerle saplama yapılarak elektrik enerjisinden yararlanmayı, tüketim miktarının belirlenmesinin mümkün olmadığı hallerden biri olarak kabul etmektedir<sup>97</sup>. Fıkranın düzenlenme amacını dikkate aldığımızda söz konusu fiillerin de cezalandırma kapsamında olması gerektiğini düşünmekle birlikte, maddenin lafzi yorumu bu yönde bir sonuca varmamıza imkân tanımamaktadır. Madde metni tüketim miktarının belirlenmesi mümkün halleri kapsam dışı bırakmaktadır. Sayaçtan geçirilmek suretiyle gerçekleştirilmediğinden, örnekteki fiili madde kapsamına dâhil etmek kanunilik ilkesinin ihlaline vücut verecektir. Sonuç olarak düzenlemede yer alan tüketim miktarının belirlenmesini engelleme şartı, suçun kapsamını son derece daraltmıştır.

Elektrik, su ve doğalgazın tüketilmesini bir yarar çerçevesinde doğrudan kullanmayla sınırlayan görüşe göre; bunları heba etme, kullanmama, depolama gibi fiiller suçun unsuruna dâhil edilmeyecektir<sup>98</sup>. Depolama, boşa harcama gibi haller bir tüketme biçimi olduğundan söz konusu görüşe katılmamaktayız.

Son olarak cevaplanması gereken soru, kişinin bu kaynaklardan abonelik esasına göre kullandığı kendi sayacı aracılığıyla ve tüketim miktarının tespitini engelleyerek yararlanması halinde söz konusu fiilin suç oluşturup oluşturmayacağıdır. Sayaç kişinin kendisinin de olsa olayda bedel ödememek suretiyle yararlanma söz konusu olduğundan, söz konusu fiil suç teşkil edecektir<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> BALCI/ÖZTÜRK, s. 376, 377.

<sup>97</sup> BEZCİ, s. 81; ÇETİN, s. 37.

<sup>98</sup> ÇETİN, s. 39-40

<sup>99</sup> YILMAZ/APIŞ, a.g.m., s. 1761.

## B. Manevi Unsur

Suç ancak kastla işlenebilen bir suç tipidir. Bu anlamda hem doğrudan hem de olası kastla meydana getirilebilir. Kişinin televizyonu için çanak anten ayarlaması yaparken komşunun ücretli ve şifreli frekansına bir müdahalede bulunup bulunmadığından emin olmamakla birlikte ve fakat böyle bir durumun gerçekleşme ihtimalini kabullenmesi durumu, olası kasta örnek olarak gösterilmektedir<sup>100</sup>. Yine ihmali davranışa ilişkin yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu üzere, söz konusu hizmeti istemeden temin etmiş kişinin hizmetten yararlanmaya devam etmesi halinde, durumun farkına vardığı andan itibaren manevi unsurun gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir<sup>101</sup>.

## C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka uygunluk nedeni anlamında ilgilinin rızası gündeme gelebilecektir<sup>102</sup>. Ancak karşılıksız yararlanmada seçimlik hareketler bakımından bir ayrıma gitmek gerekmektedir. TCK m. 163/2 ve 3'te rızaya aykırılık kavramına açıkça yer verilmek suretiyle, rıza unsuru ortaya konulmuştur. Bu nedenle bu düzenlemeler bakımından rıza, bir hukuka uygunluk nedeni değil; suçun maddi unsurunu ortadan kaldıran bir unsur olarak kabul edilmektedir<sup>103</sup>. Bu noktada katılmadığımız bir görüş, şifresiz yayın üzerinde sahibinin veya zilyedinin hâkimiyetinin olmadığını ve bu nedenle de şifresiz yayınlar bakımından hali hazırda rızanın var olduğunu ileri sürmektedir. Bu yüzden yayın sahibi veya zilyedin rızası yoksa; fiil, ancak yayın sahibi veya zilyedin yayın üzerinde hakimiyetinin olduğunun ispatlanması halinde cezalandırılacaktır<sup>104</sup>. TCK m. 163/1'de hizmet otomatlarından karşılıksız yararlanılması bakımından ise rıza bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> KAYA, s. 117.

<sup>101</sup> ÇETİN, s. 26.

<sup>102</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 742. Yine konuyla ilgisi bakımından "tipikliği kaldıran rıza"- "hukuka aykırılığı kaldıran rıza" arasındaki fark için bkz.: KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, bs. 11, Ankara, Seçkin, 2018, 289-292.

<sup>103</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 924; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUK, s. 5309.

<sup>104</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 428.

<sup>105</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUK, s. 5308.

Karşılıksız yararlanma suçu bakımından kanun hükmünü icra (görevin ifası) hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmesi mümkün olabilir. Örneğin telefon hatlarını kontrol eden görevlilerin zaman zaman arıza kontrolü yapmak amacıyla şebekeye girmeleri durumunda görevin ifası hukuka uygunluk sebebi gündeme gelecektir<sup>106</sup>.

Son olarak hakkın kullanılmasını bu kapsamda ele almak gerekmektedir. Bezci'nin de ifade ettiği üzere su hakkı uluslararası sözleşmelerle garanti altına alınmış ve gün geçtikte yaygınlaşan bir haktır<sup>107</sup>. Temel ihtiyaçların karşılanması amacıyla devletin suya ücretsiz erişimi sağlaması gerektiği, bunun temel bir hak olduğu ifade edilmektedir. Suyu erişim amacıyla karşılıksız yararlanma halinde, kişinin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanıp yararlanamayacağı tartışma konusu olacaktır<sup>108</sup>. Biz suyun temel ve zorunlu bir tüketim maddesi olması nedeniyle suya konu olmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak iç hukukta bu yönde bir düzenlemenin olmaması ve suyun bir meta olarak her gün daha çok ticarileşmesi, söz konusu tartışmalar için henüz erken olduğunu göstermektedir.

### III. KUSURLULUK

Kusurluluk anlamında akla gelecek durumlar yaş küçüklüğü, ayırt etme gücüne sahip olmama ve zorunluluk halidir. Kendisinin yahut üçüncü bir kişinin ağır sağlık sorunları yaşaması sebebiyle, sağlık hizmeti elde etmek amacıyla karşılıksız olarak ankesörlü telefondan yahut ev telefonundan yararlanması, zorunluluk haline örnek teşkil edebilecektir<sup>109</sup>. Kanımızca suçun işlenmesindeki ekonomik gerekçeler de dikkate alınarak hırsızlık suçu için TCK m. 147<sup>110</sup>'de öngörülen özel bir zorunluluk hali

<sup>106</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 545.

<sup>107</sup> Uluslararası hukukta su hakkına ilişkin düzenleme ve tartışmalar için bkz.: KANALAN İbrahim, "Uluslararası Hukukta Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı ve Dava Edilebilirliği", Bahçeşehir Üniversitesi Dergisi, C. 10, S. 133-134, Eylül-Ekim 2015, s. 97-130.

<sup>108</sup> BEZCİ, s. 87-88.

<sup>109</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUK, s. 5309.

<sup>110</sup> Madde 147- Zorunluluk hali

(1) Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.

karşılıksız yararlanma için de söz konusu olmalıdır. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere su gibi ihtiyaçların ağır ve acil olduğu kabul edilmektedir.

#### IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

##### A. Suça Teşebbüs

Yüksek Mahkemenin suçun teşebbüse elverişli olmadığına yönelik kararları söz konusuysa da<sup>111</sup>, bizim de katıldığımız yeni ve ağırlıklı kararları suça teşebbüsün mümkün olduğu yönündedir<sup>112</sup>.

Suç hizmetten yararlanmaya başlanılmasıyla birlikte tamamlanır. Şu halde birinci fıkrada suç, ödeme yapmadan yararlanmakla, ikinci fıkrada rıza olmaksızın yararlanmakla, üçüncü fıkrada ise, tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi ile tamamlanmaktadır. Örnek vermek gerekirse, otomata buz atıp henüz hizmetten yararlanamayan faile teşebbüs hükümleri uygulanacaktır<sup>113</sup>. Ancak mütemadi suç niteliği de taşıyan bazı seçimlik hareketler için; suç yararlanmanın başladığı anda tamamlanacak, kesintinin gerçekleştiği an bitecek/sona erecektir<sup>114</sup>. Tamamlanmadan sonra suça teşebbüs mümkün olmayacaktır. Örneğin kişi, şifreli yayından yararlanmaya başlıyor, belirli bir süre aralıksız ve bedelsiz yayın alımı devam ediyor ancak bu arada kişinin elinde olmayan sebeplerle yayın alımındaki devamlılık kesiliyorsa kişi tamamlanmış karşılıksız yararlanmadan dolayı cezalandırılacaktır<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> Yargıtay 2. CD., E. 2009/7750, K. 2010/9202, T. 24.3.2010.

<sup>112</sup> Yargıtay 17. CD., E. 2015/19876, K. 2016/12949, T. 7.12.2016.

<sup>113</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUK, s. 5309; YILMAZ/APIŞ, s. 1771. Tezcan/Erdem/Önok hizmetin elde edilmesiyle suçun tamamlanacağını ifade etmişlerdir. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 924. Benzer bir kullanım için bkz.: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 426. Yazarların verdiği örnekler yararlanmanın başlanmasına karşılık gelse de, kanımızca elde edilme ile yararlanma anının aynı olmayacağı örneklere rastlanabilecektir. Kişinin abonelik esasına göre yararlanabilecek elektrik enerjisinin abone olmadan hat çekilmesi suretiyle elde etmesi, ancak henüz yararlanmaya başlanmaması pekâlâ mümkündür. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUK, s. 5309; ÇETİN, s. 46. Bu nedenle elde etme ifadesinin yerine yararlanmaya başlanması ifadesinin kullanılmasını daha doğru bulmaktayız.

<sup>114</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 924.

<sup>115</sup> KAYA, s. 73.



## B. Suça İştirak

Suç tipi iştirak bakımından bir özellik göstermemektedir. Ancak burada özellikle ikinci ve üçüncü fıkradaki fiiller bakımından hizmetten yararlanan tüm aile üyeleri ve hatta üçüncü kişilerin de suçu iştirak edip etmediği tartışmalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere ceza sorumluluğunun şahsiliği gereğince her bir somut olay özelinde herkes için ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Yararlanmanın mütemadi hareketle işlendiği durumlarda suçun işlenmesine devam edildiği sürece, yani bitme/sona erme anına kadar başka bir kişi tarafından o suçun işlenişine iştirak edilebilir<sup>116</sup>. Eğer kişi hizmetin temini veya yararlanmaya ilişkin bir irade birliği içerisinde hareket etmişse suça iştirak eden olacaktır. Bu çerçevede karşılıksız yararlanmaya aracılık eden kişiler iştirak hükümleri çerçevesinde suçun faili olacaklardır.

## C. Suçların İçtimaı

Yukarıda belirttiğimiz mülga 765 sayılı kanundaki asli-tali norm ilişkisi biçimindeki görünüşte içtima düzenlemesine yeni kanunda yer verilmemiştir. Yürürlükteki TCK'da karşılıksız yararlanma suçuyla gerçek içtimaı söz konusu olabilecek suçlar anlamında ilk akla gelenler sahtecilik, mala zarar verme ve mühür bozma suçudur<sup>117</sup>. Şu durumda sahte para kullanmak suretiyle, otomat veya kabloları zarar vererek veyahut mühürlenmiş bir hizmetteki mühür bozarak bu hizmetten yararlanan fail, ayrı bir fiille bu suçları gerçekleştirdiği veya ilgili suç tiplerindeki özel içtima hükmü nedeniyle karşılıksız yararlanma suçu yanında bu suçlarda da ceza alacaktır.

Tartışmaya konu olabilecek husus, zincirleme suç hükümlerinin somut olaya uygulanmasıdır. Çünkü özellikle ikinci ve üçüncü fıkradaki seçimlik hareketler bakımından mütemadi suç söz konusu olabilecektir. Mağdura ait telefon hatlarıyla frekanslarından birden fazla faydalanılması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli ve şifresiz yayınlardan yararlanmak

<sup>116</sup> KAYA, s. 82.

<sup>117</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 743; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 925; KOÇAK, s. 123.

amacıyla birden fazla kez harekette bulunan kimseye ise zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak ve fail sadece bir kez karşılıksız yararlanma suçundan ceza alacaktır. Ancak araya kaçak kullanıma ilişkin tutanak tutulması, dava açılması, açılmış davaların birleştirilmesi gibi hukuki bir kesinti girmişse, zincirleme suç hükümleri gündeme gelebilecektir<sup>118</sup>. Kastın yenilenmesi sonucunu doğuracak açılan davanın kesinleşmesi gibi hallerde artık yeni bir suç işleme kararı söz konusu olduğundan gerçek içtima hükümleri devreye girecektir<sup>119</sup>.

Bir diğer husus özellikle üçüncü fıkradaki fiillerin aynı zamanda FSEK (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu) m. 71/1'de suça vücut verebilecek olmasıdır<sup>120</sup>. Bu durumda özel norm-genel norm ilişkisi nedeniyle özel norm olan FSEK'ten hüküm kurulması gerekmektedir<sup>121</sup>.

## V. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI

Kanun koyucu TCK m. 167'nin başlığını "Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep", TCK m. 168'in başlığını ise "Etkin Pişmanlık" olarak düzenlemiştir. Bu nedenle cezalandırılabilirliğin diğer koşulları başlığı altında bu ayrıma riayet edilecektir.

### A. Şahsi Cezasızlık Sebebi veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebep

TCK m. 167 yağma suçu hariç malvarlığına karşı suçlar bakımından, failin mağdurla olan akrabalık ilişkisi üzerinden genel bir cezasızlık veyahut cezada indirim sebebi öngörmüştür. Karşılıksız yararlanma suçu

<sup>118</sup> YAŞAR/GÖKCAN/ARTUK, s. 5310; ÇETİN, s. 57-58. Aynı yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 17. CD., E. 2015/19746, K. 2017/7072, T. 5.6.2017; Yargıtay 2. CD., E. 2018/4753, K. 2018/10906, T. 8.10.2018.

<sup>119</sup> BALCI/ÖZTÜRK, s. 404; ÇETİN, s. 58.

<sup>120</sup> FSEK m. 71/1: Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek:

1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

<sup>121</sup> KOÇAK, s. 123.

bakımından da bu şahsi sebepler dikkate alınacaktır. Buna göre; mağdur failin haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşi, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından biri, evlat edineni veya evlatlığı veyahut aynı konutta beraber yaşayan kardeşiye faile ceza verilmeyecektir. Yine mağdur failin, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşi, aynı konutta beraber yaşayan kardeşi veyahut aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlardan biriye ceza yarı oranında indirilecektir. Bu ikinci halde suçun muhakemesinin şikâyet şartına bağlandığını belirtelim.

765 sayılı TCK'da malın değerinin azlığı bir cezada indirim sebebi olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı Kanun'da bu yönde özel bir düzenlemeye yer verilmemesi haklı olarak eleştirilmiştir<sup>122</sup>. Kanımızca da karşılıksız yararlanma, suç konusunun değerinin azlığı anlamında tipik örnek teşkil edecek suç tipleri arasında yer almaktadır ve hırsızlıktakine benzer bir cezada indirim sebebinin düzenlenmemiş olması bir eksikliklerdir.

### B. Etkin Pişmanlık

6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'la TCK m. 168'e eklenen beşinci fıkra, bu suç tipi için etkin pişmanlık halleri öngörmüştür. Malvarlığına karşı suçlardan sadece karşılıksız yararlanma suçu için öngörülen bu düzenlemeye göre; "*fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kişiye kamu davası açılmayacaktır, yine; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilecektir*". Düzenlemeye ilişkin dikkat çeken bir husus etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında mağdurun rızasının aranmamasıdır.

Düzenleme birçok açıdan eleştiriye konu olmuştur. Buna göre düzenleme gerek bu suçu işleyemeyen diğer yurttaşlar gerekse de suçun mağduru bakımından "*dürüst yurttaşın boynunu bükmüş ve toplumda düzenlemenin elektrik hırsızlığını suç olmaktan çıkarıldığı algısını yaratmıştır*"<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> KAYA, s. 87-88.

<sup>123</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 742.

Kaçak enerji kullanımını teşvik ederek, cezanın genel önleme amacına aykırı hareket edilmiştir<sup>124</sup>. Ancak kişinin, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanılamayacağı hükmünü getirerek bir sınırlandırmaya gidilmeye çalışmıştır. Bu sınırlandırmaya paralel olarak yine 6352 sayılı Kanun'la 25/05/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 6. maddesine *"karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlıktan yararlanması dolayısıyla şüpheli, sanık veya hükümlü hakkında verilen kararların adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedileceği ve bunların on beş yıl süreyle muhafaza edileceği"* ifadesi eklenmiştir. Kural olarak beş sene olan muhafaza süresinin bu suç için on beş sene olarak belirlenmiş olmasının nedeni, failin bu suça ilişkin kayıtlarını daha uzun süre tutmak suretiyle üçüncü kez etkin pişmanlıktan yararlanmasının önüne geçilmesidir. Kanun koyucu etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir nevi bir denetim mekanizması oluşturmuştur<sup>125</sup>.

Yukarıda 6352 Sayılı Kanun'la daha öncesinde hırsızlık suçu kapsamında mütalaa edilen "abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun ve doğal gazın karşılıksız yararlanılması" fiilinin karşılıksız yararlanma suçu kapsamına aldığından bahsetmiştik. 6352 sayılı Kanun Geçici 2. Maddesiyle ise *"kanun yürürlüğe girmeden evvel bu fiil nedeniyle hakkında hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında hüküm verilen kişinin, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, zararı tamamen tazmin etmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolünmayacağı, verilen ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacağı"* hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin hukuken şartlı af niteliği taşıdığı iddia edilmektedir<sup>126</sup>. Biz ise suçun işlenmesindeki sosyoekonomik gerekçeler, suça konu değer azlığı ve tazminat şartının varlığı nedeniyle düzenlemeyi yerinde bulmaktayız.

## VI. YAPTIRIM

Karşılıksız yararlanma suçunu düzenleyen TCK m. 163'ün birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen seçimlik hareket için altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörmüşken; daha önce TCK m. 141'de

<sup>124</sup> BEZCİ, s. 96; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 940.

<sup>125</sup> GÖÇMEN, s. 454.

<sup>126</sup> YILMAZ/APIŞ, s. 1773.

“hırsızlık suçu” kapsamında düzenlenen ve bir yıldan üç yıla kadar hapis öngörülen üçüncü fıkradaki seçimlik hareket bakımından, söz konusu yaptırım miktarı korunmuştur. TCK m. 141/2’nin ilga edilip, fiilin TCK m 163/3’te düzenlenmiş olmasına rağmen yaptırımın bir ila üç yıla hapis cezası olarak korunması eleştirilmiştir<sup>127</sup>. Çetin ise mülga m. 141/2(f) düzenlemesiyle yaptığı karşılaştırma ışığında suçun cezasının azaltıldığını ileri sürmektedir<sup>128</sup>. Yine TCK m. 142/3’ün cezasının arttırılması sebebiyle hırsızlık ve karşılıksız yararlanma suçlarında benzer fiiller arasında yaptırım bakımından orantının ortadan kalktığı belirtilmektedir<sup>129</sup>.

## SONUÇ

Karşılıksız yararlanmaya vücut veren fiillerin düzenlenme biçimine ilişkin çalışmamızda yürüttüğümüz tartışmalar ışığında önerilerimizi şu biçimde sıralayabiliriz:

Kanımızca karşılıksız yararlanmanın sadece hukuki bir uyumsuzluk olarak kabulü yerine ayrıca suç olarak düzenlenmesi, fiilin yaygınlığı ve fiile konu hizmetlerin çokluğu dikkate alınınca, kabul edilebilir bir durumdur. Ancak suç olarak düzenlenecekse hırsızlık, dolandırıcılık vb. suçların içerisinde değil ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemeler, genişletici veya ilerletici yorum adı altında, kanunilik ilkesinin ihlaline neden olacak uygulamaları beraberinde getirebilmektedir.

Fiil suç olarak düzenlense dahi suç fiillerinin gerçekleşmesindeki sosyoekonomik nedenler, suça konu değerlerin azlığı ve su gibi suçta konu bazı şeylerin temel ihtiyaçlar olması dikkatte alınarak kusurluluğu veya cezalandırmayı etkileyen şahsi nedenlere ilişkin özel düzenlemelere ver verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle hırsızlık suçu için TCK m. 147’de öngörülen özel zorunluluk hali karşılıksız yararlanma için de söz konusu olmalıdır. 5237 sayılı Kanun’da hizmetin değerinin azlığı ceza indirim veya cezasızlık sebebi olarak düzenlenmelidir. Cezalandırılabilirliğin diğer koşullarına ilişkin TCK m. 167 ve 168’deki düzenlemeleri ise benzer nedenlerle doğru bulmaktayız. Bizce toplumda genellikle

<sup>127</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 742.

<sup>128</sup> ÇETİN, s. 17.

<sup>129</sup> GÖÇMEN, s. 468.

zorunlu ihtiyaçların bir sonucu olarak işlenen bu suçun daha ağır cezalandırılmasının yollarını aramak yerine, etkin pişmanlık hükümlerinde olduğu gibi “kamunun zararının tazmini” şartıyla cezalandırmadan kaçınılması daha doğru bir ceza politikası olacaktır.

Suçun TCK m. 163'teki mevcut hali bakımından ise aşağıdaki tespitleri yapmaktayız:

Hizmetten karşılıksız yararlanan herkes suçun faili olabilecektir. Madde metninde “yararlanma”, “tüketme” gibi ifadelere yer verildiğinden, sadece o hizmeti hukuka aykırı temin eden değil, cezaların şahsiliği ilkesi gereği durumu bilen ve yararlanma ve tüketme fiillerini gerçekleştirdiği tespit edilen tüm aile bireyleri, hatta misafir gibi üçüncü kişiler bu suçun failidir.

Kanun koyucunun ikinci ve üçüncü fıkralarda sahiplik ve zilyetlik arasında yaptığı ayırım mağdurun tespiti bakımından sorunludur ve gereksizdir. Ancak kanun koyucunun bu tercihi karşısında hırsızlık suçu bakımından yapılan mülkiyet ve zilyetlik tartışması ışında sorunu çözmek gerekmektedir.

Suçun konusu bakımından kamuya açık bir yerde içecek sağlayan otomatlar da sunulan bir hizmetin parçası olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda mal otomatlarının suçun konusuna dâhil edilmesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir.

Kablolu yayın ise suça konu olamayacaktır. Madde metni açıkça kablosuz ifadesine yer vererek suçun konusunu hatalı biçimde sadece kablosuz iletim haliyle sınırlamıştır. Kablolu yayını suçun konusuna dâhil etmek kanunilik ilkesinin ihlalini beraberinde getirecektir.

Suç konu fiil bakımından ankesörden hat çekmek suretiyle hizmetten yararlanma TCK m. 163'ün birinci değil ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir. Kredisi bitmiş telefon kartları üzerinde yapılan değişikliklerle ankesörlü telefondan yararlanma da TCK m. 244 değil yine karşılıksız yararlanma hükümleri doğrultusunda cezalandırılmalıdır.

Belli süreli internet bağlantı servisini sağlayan sistemlerin bedelsiz kullanılmasında suça konu olan bilişim sisteminin kendisi değil, bizzat bu sistem içerisindeki elektronik yapıda sunulan ücretli hizmettir, bu nedenle bu fiil de karşılıksız yararlanma suçuna neden olacaktır.

TCK m. 163/3 tüketim miktarının belirlenmesi mümkün yararlanmaları kapsam dışı bırakmaktadır. Kanımızca söz konusu düzenleme suçun kapsamını aşırı derecede daralttığı için hatalıdır. Ancak kanun koyunun bu tercihi karşısında sayaçtan geçirilerek gerçekleştirilen, bu anlamda tüketim miktarının belirlenmesi mümkün yararlanmaları madde kapsamına dâhil etmek kanunilik ilkesinin ihlaline vücut verecektir.

Elektrik, su ve doğalgazın tüketilmesini bir yarar çerçevesinde doğrudan kullanmayla sınırlayan görüşe göre, bunları heba etme, kullanmama, depolama gibi fiiller suçun unsuruna dâhil edilmeyecektir. Depolama, boşa harcama gibi haller de bir tüketim biçimi olduğundan söz konusu görüşe katılmamaktayız.

Su ve hatta elektrik ve doğalgaz kullanımı kanımızca temel bir insan hakları arasında yer almaktadır ve devlet tarafından ücretsiz sağlanmalıdır. Ancak suya erişim amacıyla karşılıksız yararlanma söz konusu olursa kişinin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeniyle yararlanıp yararlanamayacağı tartışmasının, iç hukukta bu yönde bir düzenlemenin olmaması ve suyun ticarileşmesine ilişkin uygulamalar dikkate alınca, henüz erken bir tartışma olduğunu düşünmekteyiz.

## KAYNAKLAR

- Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. 1, 22. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- ARTUÇ, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, 2.bs., Ankara, Adalet Yayınevi, Mart 2011.
- ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- BALCI, Fidan/ÖZTÜRK, Seyithan, Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma (Kaçak Elektrik, Su ve Doğalgaz Kullanımı) ve Yağma Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- BEZCİ, M. Yiğit, Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Antalya, 2014.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- ÇETİN, Soner Hamza, Elektrik, Su ve Doğalgazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.
- DEPE, Kaya, Hırsızlık-Yağma ve Karşılıksız Yararlanma Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları (TCK md. 521a, 521b), Ankara, Yetkin Yayınevi, 1996.
- ERDOĞAN, Yavuz, "Bilişim Sistemine Girme ve Kalma Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 1363-1433.
- EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. 3, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1993.
- EROL, Haydar, Türk Ceza Hukuku Gerekçeli ve Açıklamalı, C. 2, Ankara, Yayın Matbaacılık, yy.
- EVİRGEN, Selen, "Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163)", AÜHFD, 54(4), 2016, s. 3433-3455.
- GÖÇMEN, Kaya, "6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri", Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 448-480.



- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 6. bs., Ankara, US-A Yayınevi, Eylül 2017.
- KANALAN, İbrahim, "Uluslararası Hukukta Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı ve Dava Edilebilirliği", Bahçeşehir Üniversitesi Dergisi, C. 10, S. 133-134, Eylül-Ekim 2015, s. 97-130.
- KAYA, Özen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 2011.
- KILINÇ, Abdulvahap, Elektrik Enerjisi Hakkında Karşılıksız Yararlanma Suçu, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Erzincan 2012.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, bs. 11, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- KOÇAK, Mehmet Faruk, "Karşılıksız Yararlanma Suçları", MÜHF-HAD, C. 25, S. 1, Haziran 2019, s. 97-128.
- MAVİŞ Volkan, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Cilt 1, 2015, s. 597-626.
- MERAN, Necati, Hırsızlık, Yağma, Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, Ankara, Yayın Matbaacılık, Şubat 2007.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Ruhan/ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. IV, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- YILMAZ, Zahit/APIŞ, Özge, "Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları

Dergisi Özel Sayısı, Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 1749-1780.

YURTCAN, Erdener, "Malvarlığına Karşı Suçlar", Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.



## İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA TANIK DELİLİ

Adem GÜVEZ\*

### Öz

İspat hukuku açısından görsel veya işitsel yolla edinilen bilgilerin mahkemeye aktarılması, en önemli takdiri delillerden olan tanık beyanını oluşturmaktadır. İdari yargılama hukukunda tanık delilinin uygulanması gerektiğine ilişkin doğrudan veya atıf niteliğinde bir düzenleme bulunmadığı gibi idari yargı makamları tarafından da tanık delili uygulamada kabul edilmemektedir.

Tanık delilinin idari yargıda kabul edilmesi adil yargılanma hakkının etkin kullanılması ve hukuk devleti ilkesinin güçlenmesi açısından önem arz etmektedir. İspat hukuku yönünden değerli bir delil türü olan ve idari yargılama hukukunda tartışmalı bir konu olan tanık delilini, doktrindeki tespit ve değerlendirmeler ile yargı makamlarının içtihatları kapsamında yorumlayıp tanık delilinin mevcut aşamadaki niteliği ve delil değeri hakkında tarafımızca bazı değerlendirmeler yapılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

İdari Yargılama Hukuku • İspat • Tanık • Doktrin • İchtihat

## WITNESS EVIDENCE IN THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

### Abstract

From the point of view of the law of proof, the transfer of information obtained by visual or auditory means to the court constitutes the witness statement, which is the most important assessment of the evidence. The administrative judiciary does not have a direct or reference regulation that the evidence of the witness

\* Bartın Üniversitesi Hukuk Müşaviri Vekili, Selçuk Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi | Bartın University Legal Advisor, Selcuk University, Graduate Student.

✉ av\_ademguvez@hotmail.com • ORCID 0000-0003-3385-0899

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: GÜVEZ Adem, "İdari Yargılama Hukukunda Tanık Delili", SÜHFD., C. 29, S. 3, 2021, s. 2087-2130.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

should be applied, nor is it accepted by the administrative judicial authorities in the application of witness evidence.

Accepting witness evidence in the administrative judiciary is important for the effective exercise of the right to a fair trial and for strengthening the principle of the rule of law. We have reviewed the evidence of the witness, the evidence in the doctrine, the assessments and the jurisdictions of the judiciary, which is a valuable type of evidence in terms of evidence law and a controversial issue in the administrative jurisdiction law and have made some assessments about the nature and value of evidence at the current stage.

### Key Words

Administrative Jurisdiction • Proof • Witness • Doctrine • Court Practices

## GİRİŞ

İdare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin maddi gerçekliklerin somut delillere istinaden hukuka uygun bir şekilde ispatlanması idari yargılama hukukunun temel amaçlarından biridir. İdari yargılama hukukunda esas alınan 2577 sayılı İYUK m. 31 hükmüne istinaden ispat araçları konusunda genel ve temel bir Kanun olan 6100 sayılı HMK'ya atıfta bulunmak suretiyle uyuşmazlıklar konusunda esas alınması gereken delillere atıfta bulunulmuştur. Bu atıf hükmü dışında idari yargılama hukukunun özünü oluşturan İYUK m. 20/1 fıkrasındaki hükümle somutlaştırılan re'sen araştırma ilkesi kapsamında hukuka uygun olan her türlü bilgi ve belgenin de deliller kapsamında dikkate alınması söz konusudur.

Çalışma konumuz olan idari yargılama hukukunda tanık delili ispat hukuku yönünden İYUK'ta düzenlenmediği gibi HMK'ya yapılan atıf hükmünde de tanık delili konusunda bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla İYUK'ta tanık delili hakkında herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından dolayı idari yargı makamları tarafından idari işlemin oluşum sürecinde değerlendirmeye alınan tanık beyanları belgeye dayalı olarak idari uyuşmazlıkların çözümünde dolaylı olarak dikkate alınmaktadır. Yazılılık ilkesi ve bu ilkenin sonucu olan evrak üzerinde inceleme kuralı kapsamında idari yargılama evresinde tanık delili uygulamada kabul edilmemektedir.

İdari yargı mevzuatında, hakkında herhangi bir düzenlemenin olmadığı uygulamada da dikkate alınmayan tanık delili idari yargılama hukukunun tartışmalı konularından birisi haline gelmiştir. Dolayısıyla tartışmalı bir konu olan tanık delilinin idari yargılama hukukundaki yerinin ve niteliğinin değerlendirilmesi, bu delilinin idari yargılama hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hem doktrindeki görüşler hem de yargı makamlarının içtihatları kapsamında konunun gerekçeli ve hukuk mantığı kapsamında yorumlanması önem arz etmektedir.

Ceza ve medeni yargılama hukuklarında etkin bir şekilde uygulanan tanık delili, yargılama faaliyetlerinin etkinliğini artıran ve duruşma safhasında beyanlarının sorgulanması, tartışılması açısından tarafları psikolojik açıdan tatmin eden tanık delilinin idari yargılama hukukunda uygulanmaması, doktrindeki tartışmalar ve yargılama makamlarının konuya ilişkin değerlendirmeleri idari yargılama hukukunun tartışmalı konularından olan tanık delili hakkında bu çalışmayı yapmamızda etkili olmuştur.

## I. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT VE DELİLLER

### A. İspat Kavramı

Davaya konu olan uyuşmazlık konusu çekişmeli maddi vakıaların gerçekliği konusunda yargı makamlarını inandırma faaliyetine ispat denir<sup>1</sup>. İspat taraflar açısından bir yük olduğu gibi kanuni güvence altına alınmış olan hukuki dinlenilme ve açıklama yapma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır<sup>2</sup>. Taraflar ispat hakkı kapsamında davaya konu olan uyuşmazlık hakkındaki sav ve savunmalarının doğruluğuna yargı makamlarını inandırma gayreti içinde olurlar<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 538; TANRIVER, Süha, Medeni Usûl Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 758; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 365.

<sup>2</sup> TANRIVER, s. 758.

<sup>3</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 462.

## B. İspatın Konusu

İspatın konusu davaya konu olan ve taraflar arasında çekişmeli nitelik taşıyan maddi vakıalardır<sup>4</sup>. İspatın konusu olan maddi vakıalar, hukuk kuralının dayandığı ve bu kuralın hukuki sonuç doğurması açısından önem arz eden doğrudan vakıalar olabileceği gibi uygulanacak hukuk kuralı konusunda mantıksal çıkarımda bulunmaya yarayan dolaylı vakıalar da olabilmektedir<sup>5</sup>.

Re'sen araştırma ilkesinin esas alındığı idari yargılama hukukunda yargı makamları, taraflar arasında çekişmeli olmayan maddi vakıaların da gerçekliğini tespit ve değerlendirme yetkisine sahiptirler<sup>6</sup>. Re'sen araştırma ilkesi, idari yargılama hukukunda görülen davanın maddi gerçeklik doğrultusunda karara bağlanmasında hâkimin veya mahkemenin aktif rol aldığı ve yargılamanın yürütülmesinde etkin olduğu yargılama ilkesidir<sup>7</sup>. Re'sen araştırma ilkesi kanuni bir ilke olup İYUK m. 20/1 fıkrasında belirtilen, Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar, kuralıyla somutlaştırılmıştır<sup>8</sup>.

İdari yargılama hukukunda iptal davalarında ispatın konusu idareyi işlem yapmaya sevk eden sebep oluştururken; tam yargı davalarında ise meydana gelen zararın idarenin işlem veya eyleminden kaynaklı olup olmadığı ve aradaki illiyet bağı ispatın konusunu oluşturmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 539; TANRIVER, s. 762.

<sup>5</sup> TANRIVER, s. 766.

<sup>6</sup> TANRIVER, s. 766.

<sup>7</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 248; NOHUTÇU, Ahmet, İdari Yargı, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 234; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 344; CEYLAN, Mahmut, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 105; EVREN, Çınar Can, "İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 710.

<sup>8</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 248; NOHUTÇU, s. 234; CEYLAN, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, s. 106; YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 428; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukukuna Giriş, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 499.

<sup>9</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 366.

### C. İspat Yükü

İddia veya savunmanın dayanağını oluşturan maddi vakıaların doğruluğunun ispatlanmaması durumunda yargı makamlarının aleyhte karar vereceği, kararın sonucuna hangi tarafın katlanacağına tespitine ilişkin yüke ispat yükü denir<sup>10</sup>. İspat yükü, yargısal faaliyetin türüne, taraflarca getirilme veya re'sen araştırma ilkesinin uygulanma durumuna bağlı olmadan ve herhangi bir farklılık arz etmeden her zaman mevcut olup değişmez bir kuraldır<sup>11</sup>.

İdari yargı mevzuatında ispat yüküne ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığı gibi adli yargıya ilişkin ispat yükü hakkındaki hükümler idari yargılama hukukunda aynen uygulanamaz<sup>12</sup>.

İspat yükü kural olarak ileri sürülen olgunun doğruluğunu ispatlama açısından davacıya yüklenmiştir. Bu kural idari yargılama hukukunda da geçerlidir. İdari yargılama hukukunda davanın tarafları arasındaki orantısızlık ve yönetilenlerin yönetime karşı korunması gibi sebeplerden dolayı ispat yükünü belirleme konusunda idari yargı makamlarına geniş yetkiler tanınmıştır.

İdari yargılama hukukunda davacının iddiasını doğrulaması açısından ispat yükü katı bir şekilde uygulanmamaktadır<sup>13</sup>. Davacının iddiasını ispatlaması açısından davaya konu olan idari işlem veya eylemin sebebine ilişkin idari işlem dosyası yargı makamları tarafından idareden talep edilmektedir. Bu yöntem hem uyuşmazlıkların çözümlenmesini kolaylaştırmakta hem de yargılama faaliyetinin yürütülmesini hızlandırmaktadır<sup>14</sup>.

İdari yargılama hukukunda davanın türüne göre ispat yüküne baktığımızda iptal davalarına ilişkin bilgi ve belgeler idarenin elinde olduğu için ispat yükü idareye yüklenmişken; tam yargı davalarında ise idarenin

<sup>10</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 561; TANRIVER, s. 795.

<sup>11</sup> TANRIVER, s. 796.

<sup>12</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 368.

<sup>13</sup> NOHUTÇU, s. 364.

<sup>14</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 468.

eyleminden zarar gördüğünü iddia eden kişi idarenin kusurunu, ortaya çıkan zararı ve illiyet bağıını genel hükümlere istinaden ispat etmelidir<sup>15</sup>.

## Ç. Deliller

### 1. Delil Kavramı

Davaya konu olan çekişmeli vakıaların ispatlanması için başvuru- lan araçlara delil denir<sup>16</sup>. Tarafların iddia ve savunmalarının esasını oluşturan davaya konu olan maddi gerçekliğin doğruluğu açısından önem arz eden ispat araçlarına delil denilmektedir<sup>17</sup>.

Dava öncesi süreçte mahkeme dışında gerçekleşmiş olan vakıaları temsilen yargılama evresine aktaran, çekişmeli vakıaları yansıtmaya elverişli olan ve ispat faaliyetinde kullanılan inandırma araçları delil kavramı kapsamında yer almaktadır<sup>18</sup>.

### 2. Delillerin Özellikleri

Davaya konu olan uyuşmazlığın ispatlanması açısından önem arz eden deliller akla ve gerçeğe uygun olmalı, maddi vakıaları temsil etmeli, taraflarca incelenmeye açık olmalı ve Anayasamızın m. 38/6 fıkrasına<sup>19</sup> istinaden hukuka uygun bir şekilde elde edilmelidir<sup>20</sup>. Bu kapsamda hukuka aykırı olan deliller maddi vakıaların ispatında dikkate alınmaz<sup>21</sup>.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine istinaden hâkim veya mahkeme delilleri takdir ederken keyfi tutum ve davranışlardan kaçınmalı, maddi gerçekliğin somut delillerle bağlantısını rasyonel, tutarlı, mantıki ve hukuki gerekçelere dayandırmalıdır<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 369.

<sup>16</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 462; NOHUTÇU, s. 364; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 581.

<sup>17</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 581; TANRIVER, s. 817.

<sup>18</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 581.

<sup>19</sup> Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

<sup>20</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 370-371.

<sup>21</sup> TANRIVER, s. 817; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 587.

<sup>22</sup> TANRIVER, s. 422.



### 3. Delil Türleri

#### a. Genel Olarak

Deliller, bağlayıcılık yönünden kendi içinde kesin ve takdiri deliller olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır<sup>23</sup>. Yargı makamlarının üzerinde herhangi bir takdir hakkının olmadığı, kanun koyucu tarafından hükümleri ve şartları belirlenmiş olan bağlayıcı nitelikteki delillere kesin delil; hüküm ve şartları kanun koyucu tarafından belirlenmemiş, bağlayıcılık niteliği taşımayan serbestçe değerlendirme yetkisinin mevcut olduğu durumlarda geçerli olan delillere takdiri delil denilmektedir<sup>24</sup>. Takdiri delillere değerlendirilebilir delil de denilmektedir<sup>25</sup>.

İdari yargılama hukukunda hem kesin hem de değerlendirilebilir denilen takdiri deliller maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından dikkate alınmaktadır<sup>26</sup>. Kesin deliller konusunda kanuni hükümler kapsamında değerlendirme yapılırken bunların dışındaki tüm konularda takdiri delil kuralı geçerlidir. Takdiri deliller, hâkimi bağlamadığından dolayı serbestçe değerlendirilebildiği gibi takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu uyuşmazlıklarda ispat aracı niteliğindeki her şey delil olarak kabul edilebilir ve bu delillere istinaden karar da verilebilir<sup>27</sup>.

İYUK m. 20/1 fıkrasındaki<sup>28</sup> temel kural kapsamında re'sen araştırma ilkesine istinaden delil serbestisi ilkesi geçerlidir<sup>29</sup>. Re'sen araştırma ilkesi maddi gerçekliğin hukuka uygun olarak ispatlanmasında etkili olan, delillerin toplanması ve takdiri açısından önem arz etmektedir. İdari yargılama hukukunda taraflar ileri sürmese dahi re'sen araştırma ilkesine istinaden yargı makamları tarafından vakıalar kendiliğinden araştırılıp

<sup>23</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 462; TANRIVER, s. 845.

<sup>24</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 462; TANRIVER, s. 845

<sup>25</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 462.

<sup>26</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 462; NOHUTÇU, s. 364.

<sup>27</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 607.

<sup>28</sup> Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Hakkı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

<sup>29</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 462.

tespit edilebilir<sup>30</sup>. Dolayısıyla bu ilke delillerle sıkı bir bağ içindedir<sup>31</sup>. Danıştay'ın konuyla ilgili bir içtihatında İYUK m. 20/1 fıkrasına istinaden yargı makamlarının re'sen araştırma ilkesi kapsamında görülen davaların sağlıklı bir şekilde karara bağlanabilmesi için her türlü evrak, bilgi ve belgeyi ilgililerden talep edebilmesinin herhangi bir işlem veya eylemin hukuka uygunluk denetimi açısından zorunlu olduğu belirtilerek idari yargılama hukukunda re'sen araştırma ilkesi ve kamusal menfaatler gereği delil serbestisi ilkesinin esas alındığı belirtilmiştir<sup>32</sup>. İYUK m. 20/1 fıkrasında yargı makamlarının ihtiyaç duydukları evraklar ile her türlü bilginin taraflardan ve ilgili diğer yerlerden talep edilmesine ilişkin yetki dikkate alındığında idari yargılama hukukunda delil serbestisi ilkesi kapsamında delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin esas alındığını belirtebiliriz.

İdari yargılama hukukunda deliller konusunda sistematik bir kanuni düzenleme mevcut olmayıp İYUK m. 31/2 fıkrasına yapılan atıf gereği bilirkişi ve keşif delili konusunda HMK hükümleri esas alınmıştır<sup>33</sup>. İdari yargı makamları tarafından re'sen araştırma ilkesi kapsamında bilirkişi ve keşif deliline başvurulmaktadır<sup>34</sup>.

### **b. Belge Delili**

İdari yargılama hukukunda belge kavramının kapsamında yer alan uyumsuzluk konusu vakıaları ispata yarayan yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler, elektronik ortama aktarılan veriler ile buna benzer şekilde bilgileri içeren

<sup>30</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 366.

<sup>31</sup> CEYLAN, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, s. 107; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 248; GÖZÜBÜYÜK, s. 345.

<sup>32</sup> Danıştay 15. Dava Dairesi, T. 15.03.2013, E. 2012/2479, K. 2013/2035, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>33</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 463.

<sup>34</sup> ASLAN, Zehreddin, "Türk İdari Yargı Sisteminde Resen Araştırma İlkesi", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 23-24, Ekim 2000-Mart 2001, s. 57.

taşıyıcıların tamamı belge delili olarak kullanılabilir<sup>35</sup>. İdari yargılama hukukunda davanın yapısına göre resmi belgeler, senet, sicil, makbuz gibi deliller kullanılabilir<sup>36</sup>.

İYUK m. 20/1 fıkrasında yargı makamlarının ihtiyaç duydukları evraklar ile her türlü bilginin taraflardan ve ilgili diğer yerlerden talep edilmesine ilişkin yetki dikkate alındığında idari yargılama hukukunda delil serbestisi ilkesi kapsamında delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin esas alındığını belirtebiliriz.

İdari yargılama hukukunun özünü teşkil eden temel ilkelerden olan yazılılık kuralı ve evrak üzerinde inceleme yetkisi kapsamında belge delili uyuşmazlık konusunun doğruluğunu ispatlama açısından önem arz eden deliller arasındadır.

### c. Bilirkişi Delili

Davanın konusu olan çekişmeli vakıaların açıklığa kavuşturulması veya teknik ve özel bilgi gerektiren konularda yargı makamlarına oy veya görüşünü sunan uzman sıfatına sahip bağımsız ve tarafsız üçüncü kişilere bilirkişi denir<sup>37</sup>. İYUK m. 31/1 fıkrasına<sup>38</sup> istinaden HMK'nın bilirkişi deliline ilişkin hükümleri kapsamında idari yargılama hukukunda bilirkişi delili kullanılmaktadır. Teknik ve özel konularda başvurulmuş bilirkişi delili idari yargılama hukukunda yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. HMK hükümleri kapsamında takdiri deliller arasında yer alan bilirkişi delili re'sen araştırma ve delil serbestisi ilkesine istinaden idari yargı makamları tarafından serbestçe değerlendirilmektedir.

<sup>35</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 463.

<sup>36</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 463; NOHUTÇU, s. 365; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 381.

<sup>37</sup> TANRIVER, s. 899; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 656; NOHUTÇU, s. 359; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 377.

<sup>38</sup> Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; ...bilirkişi... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.

### ç. Keşif Delili

Dava konusu uyuşmazlık hakkında hâkimin bizzat duyu organları aracılığıyla çekişmeli vakıaların bulunduğu yerde veya mahkemede incelemelerde bulunmak suretiyle bilgi elde etmesine keşif denilmektedir<sup>39</sup>. HMK hükümleri kapsamında takdiri deliller arasında yer alan keşif delili re'sen araştırma ve delil serbestisi ilkesine istinaden idari yargı makamları tarafından serbestçe değerlendirilmektedir.

### d. Tanık Delili

İdari yargılama hukukunda tanık delilinin uygulanması konusunun doktrinde tartışmalı olduğu, yargı makamları tarafından mahkeme huzurunda görgü veya bilgiye dayalı verilerin doğrudan aktarılmasına ilişkin uygulama idari yargılama hukukunda kabul edilmemektedir. Çalışma konumuz olan idari yargılama hukukunda tanık delili hakkında doktrindeki görüşler ve yargı makamlarının uygulamaya ilişkin içtihatları kapsamında tanık delili konusu ayrıntılı bir şekilde analiz edilip gerekli tespit ve değerlendirmelerin yapılması tartışmalı olan bu konunun anlaşılması, yorumlanması ve değerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir.

İdari yargılama hukukunda olmayan bazı konularda atıf yapılan yargılama hukukunun kaynağı HMK olduğundan dolayı özellikle medeni yargılama hukukunda tanık beyanın delil olma sürecindeki işlemleri ayrıntılı bir şekilde gözden geçirmek asıl konumuzun yorumlanması ve değerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir.

Davanın tarafları dışındaki kişilerin davaya konu bir vakıa hakkında duyu organları aracılığıyla sahip olduğu bilgiyi yargı makamlarına aktarmasına tanıklık; bu aktarma işlemini gerçekleştiren kişiye ise tanık denir<sup>40</sup>. Takdiri deliller arasında yer alan en önemli delillerden biri de tanık beyanıdır<sup>41</sup>. Delil olan tanık değil, tanığın görsel veya işitsel bilgisine dayalı olan beyanıdır<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> TANRIVER, s. 1008; NOHUTÇU, s. 363; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 379.

<sup>40</sup> TANRIVER, s. 887; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 645.

<sup>41</sup> TANRIVER, s. 887.

<sup>42</sup> TANRIVER, s. 887.

Tanık, görsel veya işitsel yolla tesadüfen edindiği bilgileri mahkemeyle paylaşmaktadır. Tanıklık, Türk yargısına göre zorunlu bir kamusal görevdir<sup>43</sup>. Tanıklığın kamusal niteliği kapsamında bu delilin toplanması hususunda kanuni yükümlülüklerini ihlal edenlere disiplin cezaları verilebildiği gibi ilgililer hakkında zorla getirme kararları da verilebilmektedir<sup>44</sup>. Yargı makamları tarafından tanıklık yapacak kişilerin ad, soyad, tanıklık konusu, hazır bulunulması gereken yer ve zaman dilimi, tanıklık yapmamanın sonuçlarını içeren davetiye aracılığıyla tanıklar tanıklık beyanının tespiti açısından davet edilmektedir<sup>45</sup>. Tanıklar kişisel sebepler veya sır saklama yükümlülüğü kapsamında tanıklık yapmaktan çekinebilirler<sup>46</sup>.

Tanıklar yargı makamları tarafından doğruyu ifade etmelerini sağlamak için kural olarak yemin ettirilmek suretiyle birbirlerinden etkilenmelerini önlemek amacıyla da ayrı ayrı dinlenir<sup>47</sup>. Tanık delilinin ispat niteliğini güçlendirmek ve tanığı doğru beyan vermeye yönlendirmek amacıyla tanık dinlenmeden önce gerçeği söylemesinin önemi, yalan beyan durumunda yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, gerçeği söyleyeceğine dair yemin edeceği, tutarsız veya çelişkili konularda diğer tanıklarla yüzleştirileceği ve hâkimin izni olmadan duruşma salonundan ayrılmayacağı konusunda tanığa gerekli bilgilendirmeler ve ihtarlar hâkim tarafından yapılır<sup>48</sup>.

Tanıklık yemini eda edileceği sırada hâkim dahil duruşma salonunda hazır bulunan herkes ayağa kalkar<sup>49</sup>. Tanık sözünü bitirdikten sonra, ifade ettiği hususların açıklanması veya tamamlanması amacıyla hâkim veya toplu mahkemelerde üyeler de dahil başka sorular da tanığa

<sup>43</sup> TANRIVER, s. 888; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 647.

<sup>44</sup> TANRIVER, s. 889.

<sup>45</sup> TANRIVER, s. 892; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 647.

<sup>46</sup> TANRIVER, s. 892-893.

<sup>47</sup> TANRIVER, s. 896; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 653.

<sup>48</sup> İÇER, Zafer, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi, C. 18, S. 1, s. 198; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 652.

<sup>49</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 652.

sorulabilir<sup>50</sup>. Ayrıca duruşmaya katılan taraf vekilleri doğrudan doğruya; taraflar ise hâkim aracılığıyla tanıklara duruşma disiplinine uygun olarak soru yöneltebilirler<sup>51</sup>.

Tanık beyanı takdiri delillerden olduğundan dolayı yargı makamları tarafından serbestçe değerlendirilir<sup>52</sup>. Tanığın maddi vakıaya ilişkin her şeyi ayrıntılı bilmeme, davanın taraflarınca yönlendirilmesi, yalan söyleme ve yargı makamlarını yanıltma gibi ihtimalleri dikkate alınmak suretiyle azami dikkat ve özen gösterilmek suretiyle tanık beyanı değerlendirilmelidir<sup>53</sup>. Tanıklık yapan kişilerin beyanları ciddi ve inandırıcı bir gerekçe bulunmadığı sürece doğru kabul edilmelidir. Kaldı ki yalan tanıklık durumunda söz konusu fiil TCK m. 272 hükmü<sup>54</sup> kapsamında yalan tanıklık suçuyla yaptırıma bağlanmıştır<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 653.

<sup>51</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 499.

<sup>52</sup> TANRIVER, s. 897.

<sup>53</sup> TANRIVER, s. 897; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 654.

<sup>54</sup> (1) Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.(2) Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.(3) Üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapan kişi hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.(4) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi ile ilgili olarak gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.(5) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. (6) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; hükümlenir.(7) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, altıncı fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır.(8) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; yalan tanıklıkta bulunan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>55</sup> GÖKTÜRK, Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2016, s. 350; TANRIVER, s. 898; İÇER, s. 222.

Tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesinin yüz yüzelik ilkesinin bir sonucu olduğu, tanığa soru kâğıdının gönderilmesinin ise çok istisnai durumlarda uygulanması gerektiği vurgulanmıştır<sup>56</sup>. Yazılı tanık ifadesine başvurulmasında yargılama işlemlerinin az masrafla hızlandırılması amaçlanmıştır<sup>57</sup>. Tanığa soru kâğıdı gönderilmek suretiyle beyanının alınması doğrudanlık ilkesinin bir istisnasıdır<sup>58</sup>. Doğrudanlık ilkesi, delilin ispat konusu vakiya yakınlığı anlamındadır<sup>59</sup>. Doğrudanlık ilkesi sözlülük ilkesiyle bağlantılı olup sözlülük ilkesi de hukuki dinlenme hakkının gerçekleşmesinde en iyi yöntemdir<sup>60</sup>.

Hâkimin, zaman ve masraf tasarrufu gerekçesiyle tanıkları mahkeme huzurunda dinlememesi usul hukukunun temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşmayı zorlaştırdığı gibi tanığın duruşmada dinlenerek gerçeği söylemeye teşvik edilme amacı da tam gerçekleşemez<sup>61</sup>. Bu nedenle hâkim, tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verirken kararını gerekçelendirmeli ve bu yöntemin istisnai nitelikte olduğunu unutmamalı aksi takdirde yazılı tanık ifadesi zamanla sözlü tanık ifadesinin yerine geçerse gerçeğin araştırılması amacından uzaklaşılma riski artacağı gibi verilen mahkeme kararının tarafları ikna edici güçten yoksun olma ihtimali de vardır<sup>62</sup>.

Tanık delilinin değeri tespit edilirken doğrudanlık ilkesi dikkate alınmak suretiyle eğer yazılı bir tanık ifadesi varsa uzak ve iyi olmayan bir delil söz konusudur<sup>63</sup>. Tanık beyanının yazılı alınması durumunda hâkim, sözlü ifadede olduğu gibi ifade alma psikolojisini değerlendiremez, tanığın kişisel durumu hakkında bilgi sahibi olamaz, tanığı şaşırtma,

<sup>56</sup> AKKAN, Mine, "Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi", *Doğuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, 2015, Özel Sayı 2014, s. 572.

<sup>57</sup> AKKAN, s. 557.

<sup>58</sup> AKKAN, s. 562.

<sup>59</sup> AKKAN, s. 563.

<sup>60</sup> AKKAN, s. 567.

<sup>61</sup> AKKAN, s. 583.

<sup>62</sup> AKKAN, s. 584.

<sup>63</sup> AKKAN, s. 591.

sorgulama gibi hususlar gerçekleşemez<sup>64</sup>. Basit konularda, tanığın beyanının doğruluğuna ve tanığa güvenilebilecek durumlarda yargılamanın hızlandırılması ve daha az masraf yapılması amacıyla yazılı tanık ifadesi yöntemine başvurulması mümkündür<sup>65</sup>.

#### D. İdari Yargılama Hukukunda Duruşma Safhası

İdari yargılama hukukunun sözlülük safhası olan duruşmanın niteliği ve kapsamının anlaşılması tanık delilinin yorumlanması ve mevcut durumunun anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Davanın karara bağlanma sürecine yakın bir evrede uygulanan duruşma safhası aynı zamanda delillerle de yakın bağlantılıdır. Tüm deliller toplanıp karar safhasına gelmiş bir dava dosyasında taraflara duruşma gününün tebliğ edilmesiyle başlayan duruşma süreci idari yargılama hukukunun tartışmalı konularından olan tanık delilinin uygulanması açısından dikkate alınıp yorumlanması gereken bir safhadır.

Savunma hakkının bir uzantısı olan duruşmayla ilgili hükümler idari yargılama hukukunda düzenlenmiştir<sup>66</sup>. İdari yargılama hukukunda duruşma istisnai bir uygulamadır<sup>67</sup>. Bu kapsamda duruşma hem resen hem de tarafların talebi üzerine ilk derece yargulamaları veya kanun yolu sürecinde yapılabilmektedir<sup>68</sup>. İdari yargılama hukukunda taraflar tüm iddia ve savunmalarını sunduktan sonra duruşma safhası, talep üzerine veya resen yapılmaktadır<sup>69</sup>. Duruşmalarda yargı makamlarının sağlıklı bir değerlendirme yapmaları için yapılan açıklamaların tutanağa

<sup>64</sup> AKKAN, s. 591.

<sup>65</sup> AKKAN, s. 605.

<sup>66</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), Seçkin Hukuk, Ankara, 2017, s. 402; AKYILMAZ, Bahattiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 435.

<sup>67</sup> GÖZLER/KAPLAN, s. 499.

<sup>68</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 388; NOHUTÇU, s. 340; GÖZÜBÜYÜK, s. 488; AKINCI, Müslüm, Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 241; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 436; GÜMÜŞKAYA, Gamze, "Türk Vergi Yargılaması Hukuku'nda Duruşma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 17.

<sup>69</sup> GÜMÜŞKAYA, s. 25.



bağlanması önem arz etmektedir<sup>70</sup>. Ancak uygulamada duruşmada ifade edilen sözlü beyanlar tutanağa bağlanmadığı gibi katip de duruşma safhasında görevli kılınmamıştır.

Danıştay tarafından verilen bir içtihadta davacı tarafın mevzuata uygun duruşma talebi olmasına rağmen bu talebin dikkate alınmadan davanın karara bağlanması hukuka aykırı bulunmuştur<sup>71</sup>. Danıştay'ın konuyla ilgili bir başka içtihadında ise duruşma yapılmasına rağmen kararda duruşma yapıldığına ve gelen taraflara ilişkin hiçbir ibareye yer verilmemesinde hukuki isabet görülmediği belirtilmiştir<sup>72</sup>. Danıştay'ın bir başka içtihadında ise taraflardan birinin duruşma tarihinde sağlık sorunları gerekçesiyle duruşmaya katılamayıp mazeret bildirmesine rağmen sadece gelen tarafın katılımıyla yapılan duruşmanın ertelenmemesi mevzuata aykırı bulunmuştur<sup>73</sup>.

Duruşmanın istisnai nitelikte olduğu ve yazılı yargılamanın esas alındığı idari yargılama hukukunda tarafların adalet duygusunun tatmini ve kamu vicdanının teskin edilmesi açısından duruşmada tarafların yargılamaya etkin olarak katılmalarına olanak sağlanmalıdır<sup>74</sup>.

Duruşma, tarafların iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda sözlü olarak ifade etmelerine imkan sağlayan istisnai bir sözlü evredir<sup>75</sup>. Özellikle dava veya savunma dilekçelerinde yer almayan delillerin sunulmasına imkan tanınmaması ve tanık delilinin de uygulamada kabul edilmemesi idari yargılama hukukunda duruşma kurumunu ikinci plana düşürmüştür.

<sup>70</sup> YILDIRIM, s. 427; HONDU, Selçuk, "İdari Yargılama Usulünde 'Duruşma' Yapılması ve Uygulamadaki Durum", *Danıştay Dergisi*, S. 89, 1995, s. 11.

<sup>71</sup> Danıştay 4. Dava Dairesi, T. 18.03.2014, E. 2013/9157, K. 2014/1768, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>72</sup> Danıştay 12. Dava Dairesi, T. 18.02.2004, E. 2001/4339, K. 2004/375, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>73</sup> Danıştay 9. Dava Dairesi, T. 02.10.2002, E. 2001/2913, K. 2002/3838, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>74</sup> SARIASLAN, Osman, "Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re'sen Araştırma İlkesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6, S. 12, 2018, s. 670.

<sup>75</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)*, s. 402; GÜMÜŞKAYA, s. 41.

Duruşmanın idari yargılamada istisnai nitelikte olması ve kısıtlı bir şekilde uygulanması taraflar açısından duruşma safhası çoğu zaman iddia ve beyanların mahkemece dikkate alınmadığı algısını ortaya çıkarmakta olup yargılamaya olan güvenin azaldığı bir aşama olmaktadır<sup>76</sup>.

## II. DOKTRİNDE VE UYGULAMADA TANIK DELİLİ

### A. Genel Olarak

Adaletin tecellisini çoğu zaman sağlayan tek delil ve aynı zamanda en fazla başvurulmuş delillerden biri de tanık delilidir<sup>77</sup>. Medeni ve ceza yargılama hukuklarında tanık delil hakkında usul kanunlarında ayrıntılı düzenlemeler yapılmış olup tanık delili bu iki yargılama türünün niteliği dikkate alınmak suretiyle uygulamada yaygın bir şekilde tanık deliline başvurulmaktadır.

İdari yargılama hukuku mevzuatında delillerle ilgili özel hükümler kapsamında değerlendirme yapıldığında tanık delili hakkında herhangi bir düzenleme mevcut değildir. İYUK'ta tanık deliline ilişkin bir hüküm olmadığı gibi İYUK m. 31 kapsamında HMK'ya yapılan atıf hükmünde de tanık deliline yer verilmemiştir<sup>78</sup>.

Çalışma konumuz olan tanık delilinin idari yargılama hukukundaki mevcut yeri, kapsamı ve niteliği, bu delilin idari yargılama hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı gibi konularda gerekli tespit ve değerlendirmelerin yapılması için konuya ilişkin doktrindeki görüşler ve yargı makamlarının değerlendirmelerine bakmak konunun anlaşılması ve yorumlanması açısından önem arz etmektedir.

### B. Tanık Delili Hakkında Doktrindeki Görüşler

*Çağlayan*'ın tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; idari yargılama hukukunda tanık delilinin bir ihtiyaç ve gereklilik olduğu, idari yargıda yazılı yargılama yöntemin esas olarak geçerli olduğu gibi

<sup>76</sup> OCAK, Memduh, "İdari Yargıda Duruşmanın Adil Yargılanması Açısından İncelenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 145, 2019, s. 351; GÜMÜŞKAYA, s. 44.

<sup>77</sup> KIZIL, Muhammet, "Tanık İfadesi ve İnandırıcılık", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2014, s. 399; AKMERCAN, Fatih, "Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2018, s. 154.

<sup>78</sup> CEYLAN, Mahmut, "İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları", Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, S. 16, Y. 8, Aralık 2018, s. 329; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 382.

sözlü yargılama usulünün belirgin özelliklerini taşıyan duruşma yönteminin de uygulanmakta olduğu<sup>79</sup>, duruşma yöntemi ile davanın taraflarının sözlü olarak duruşmada dinlendiği bir sistemde üçüncü kişilerin tanık sıfatıyla dinlenmesinin mümkün olduğu ve re'sen araştırma ilkesinin de tanık deliline başvurmayı elverişli kıldığı ifade edilmiştir<sup>80</sup>.

*Gözübüyük*; değerlendirilebilir veya takdiri deliller arasında yer alan tanık delilinin idari yargılama yönteminin niteliğine uymadığından dolayı yönetsel yargı organları yerlerince kullanılmadığı ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

*Yıldırım*; idari yargılama hukukunda esas alınan temel ilkelere olan re'sen araştırma ilkesine istinaden kanunda belirtilen "*bakılan davalara ait her çeşit incelemeyi yapma*" yetkisi kapsamında gerektiğinde yargı makamlarının tanık deliline de başvurabileceğini, kanunda yargı makamlarına tanık dinleme konusunda bir yetki tanınmamış olsa da bu hususun tanık deliline başvurmaya engel olmadığı, her çeşit inceleme kuralının ilgililerin beyanına başvurmayı da kapsamakta olduğunu en azından yazılı olarak ilgililerin bilgisine yargı makamları tarafından başvurulabileceği belirtilmiştir<sup>82</sup>.

*Akyılmaz/Sezginer/Kaya'nın* tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda idari yargılama hukukunda duruşmalarda sadece davanın taraflarına söz verildiğinden dolayı medeni ve ceza yargılamalarında geçerli olan tanık delilinin uygulanmasının mümkün olmadığı Danıştay içtihatları kapsamında ifade edilmiştir<sup>83</sup>. Ayrıca HMK'ya yapılan atıflarda tanık deliline yer verilmediği ve idari yargılama hukukunda tanık delilin kabul edilmediği belirtilmekle birlikte doktrinde konuyla ilgili birçok görüş olduğu ifade edilerek, bu konuya ilişkin görüşlerinde; esasen re'sen araştırma ilkesinin taraflar arasındaki çekişmeli ve tartışmalı vakıaların ispatlanması açısından tanık delilini değerlendirme yetkisini içerdiği belirtilmiştir<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 384.

<sup>80</sup> ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 385.

<sup>81</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 463.

<sup>82</sup> YILDIRIM, s. 429.

<sup>83</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 437.

<sup>84</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 719.

*Ceylan*'ın tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; idari yargılama hukukunda tanık deliline başvurulamamasına yazılılık ilkesi ve idari işlemlerin yazılı olmasının gerekçe gösterildiği, idari işlemten kaynaklanan davalar açısından tanık delilinin kabul edilmemesi makul bir gerekçe iken idari eylemler açısından bu uygulamanın izahının mümkün olmadığı, ayrıca idari yargıda duruşma yapılması mümkün olduğundan dolayı tanık dinletmenin de mümkün olması gerektiği<sup>85</sup> belirtilerek, idari yargı sistemimizde bir sorun olarak nitelendirilebilecek olan tanık dinletememe hususunun çözülmesinin zorunluluk taşıdığı ifade edilmiştir<sup>86</sup>.

*Gözler/Kaplan*'ın tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; idari yargılama hukukunda duruşmanın istisnai nitelikte olduğu, yapılmasına karar verilen duruşmada ise dava ve savunma dilekçelerinde belirtilen delillerle sınırlı olacak şekilde sözlü bir yargılama evresi söz konusu olduğundan dolayı tanık deliline başvurma imkanı olmadığı ifade edilmiştir<sup>87</sup>.

*Kaplan*'ın tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; idari yargılama hukukunda uygulanan duruşma safhasında tanık dinlenmemesi, zabıt katibinin bulunmaması ve sadece savunma dilekçelerinde belirtilen delillerin ifade edilmesi gibi sınırlamalar dikkate alındığında duruşma safhasının psikolojik bir tatmin olduğu belirtilerek bu sürecin etkin ve adil yargılanma hakkında uygun isabetli kararların verilmesi açısından özellikle tanık deliline idari yargılama hukukunda yer verilmesinden geçtiği<sup>88</sup>, bu kapsamda sözlülük usulünün gerçek anlamda uygulanabilmesi ve kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi ile uyuşmazlığın temelindeki maddi vakıaların ispatlanması açısından idari yargılama hukukunda esas ihtiyaç duyulan asıl ve en önemli delilin tanık beyanı olduğu<sup>89</sup>; idari yargılama hukukuna hakim olan re'sen araştırma ilkesine

<sup>85</sup> CEYLAN, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, s. 143.

<sup>86</sup> CEYLAN, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, s. 144.

<sup>87</sup> GÖZLER/KAPLAN, s. 499.

<sup>88</sup> KAPLAN, Gürsel, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü Ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2014, s. 37.

<sup>89</sup> KAPLAN, s. 38.

istinaden tanık deliline yer verilmesi gerektiği, ayrıca yazılılık kuralının da tanık delilini dışlamadığını bu ilkeyi kısıtlayan veya anlamsız kılan uygulamaların re'sen araştırma ilkesinin niteliğiyle çeliştiğini, takdiri nitelikte olan tanık delilinin kanuni düzenlemeler olmadığı sürece yargı makamlarının inisiyatifi ve takdir yetkisi kapsamında idari yargıda uygulama olanağı bulabileceği ifade edilmiştir<sup>90</sup>.

*Ocak'*ın tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; İYUK'ta deliller konusunda sistematik ve sınırlı bir delil sınırlaması olmadığından dolayı tanık delilinin idari yargılamada esas alınmayacağına ilişkin kuralın davayı aydınlatma ve adil yargılanma hakkı açısından yanlış bir yöntem olduğu belirtilmiştir<sup>91</sup>.

*Karavelioğlu'*nun tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; İYUK m. 17 ve m. 18 hükümlerinde duruşmada sadece tarafların dinleneceği belirtilmiş olup tanık dinleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi tanık dinlenilmesi konusunda da HMK hükümlerine yapılmış herhangi bir atıf söz konusu olmadığı, bu nedenle HMK'da takdiri deliller arasında yer alan tanık delili idari yargılama hukukunda uygulanmayacağı<sup>92</sup>, yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu idari yargılama hukukunda tanık dinlenilmesi veya ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmadığından dolayı idari yargı makamları re'sen araştırma ilkesi kapsamında tanık dinleme veya ifade alma işlemlerini gerçekleştiremeyeceği ifade edilmiştir<sup>93</sup>.

*Yıldırım/Avcı'*nun tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; diğer yargılama hukuklarında uygulanan tanık dinleme veya ifade alma işlemleri gibi yöntemlerin idari yargılama hukukunda bulunmadığı ifade edilmiştir<sup>94</sup>.

*Gümüşkaya'*nun tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; yazılı yargılama usulünün tanık dinlenmesine engel olmadığı, tarafların

<sup>90</sup> KAPLAN, s. 40.

<sup>91</sup> OCAK, s. 363.

<sup>92</sup> KARAVELİOĞLU, Celâl, Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 982.

<sup>93</sup> KARAVELİOĞLU, s. 989.

<sup>94</sup> YILDIRIM/AVCI, s. 401.

talebi üzerine veya yargı yerinin gerekli görmesi üzerine duruşma yapılmasının kabul edildiği, dolayısıyla tanık delilinin uygulanmamasının adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir<sup>95</sup>.

*Küçük*'ün tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda, tanık delilinin idari yargılama hukukunun sözlülük evresi olan duruşmaları anlamlı hale getireceği ve hâkimin tanığı bizzat dinleyerek mesleki tecrübe ve tanığa yöneltilen isabetli sorularla sağlıklı karar verebileceği<sup>96</sup>, tanık delilinin gerekli hallerde kullanılamayacağına ilişkin bir açık düzenlemenin olmadığını, idari yargılama hukukunda bazı uyumsuzlukların tam aydınlatılabilmesi için tanık deliline başvurmanın zorunlu olduğu, re'sen araştırma ilkesinin tanık deliline başvurmaya olanak sağladığı, mevcut durumda idari yargı makamlarının tanık deliline başvurmasına hukuki bir engelin bulunmadığı belirtilerek tanık delilinin tereddütsüz ve açık bir şekilde uygulanması için mevzuatta açık düzenleme yapılması gerektiği hatta idari yargılama hukukunda belirsizlikleri ortadan kaldıracak nitelikte yeni bir usul kanununun yapılması gerektiği ifade edilerek tanık delilinin idari yargılama hukukunda uygulanması açısından öneme vurgu yapılmıştır<sup>97</sup>.

*Hondu*'nun tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; idari yargılama usulünde yazılılık ilkesi geçerli olduğundan dolayı tarafların iddia ve savunmalarını ispatlamak için delillerini ve belgelerini yazılı olarak mahkemeye sunduklarını, dolayısıyla duruşmada taraf tanıklarının dinlenmesinin mümkün olmadığı belirtilerek İYUK'ta yapılacak değişikliklerle idari yargılama hukukunda tanık delilinin uygulanabileceği ayrıca bazı idari davalarda ispat aracı olarak tanık deliline de ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> GÜMÜŞKAYA, s. 44.

<sup>96</sup> KÜÇÜK, Çolpan Mücahit, "İdari Yargıda Tanık", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 1, 2021, s. 556.

<sup>97</sup> KÜÇÜK, s. 570.

<sup>98</sup> HONDU, s. 14.

*Bilgin*'in tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; davacının dilekçesine lehine olan her türlü delili ekleyebileceği mümkün olmakla birlikte; ancak idari yargılama hukukunda yazılılık ilkesinin bir sonucu olarak tanık delilinin kabul edilmediğini<sup>99</sup>, uygulamada tanık ifadelerinin noter huzurunda alınıp yazılı delil şeklinde dava dosyalarına delil olarak sunulduğu, her ne kadar bu noter huzurunda tutanağa bağlanmış delile istinaden karar verilmese de hâkimin vicdani kanaatinin oluşmasında etkili bir delil olduğunu<sup>100</sup>, idari yargılama hukuku alanında yargı makamlarında aktif görev alan bir yargı mensubunun, duruşmada tanık dinleme imkanı olmazsa dahi taraflarca getirilen tanıkların mahkeme başkanlığı tarafından dinlenmesinin karar verilmesinde vicdani kanaatin oluşmasında etkili olduğu ifade edilmiştir<sup>101</sup>. Bu görüş; idari yargıda aktif görev yapan, uygulamadaki sıkıntıları, eksiklikleri bilen ve maddi gerçeğin hakkaniyet ilkesi gereği ispatlanması açısından idari yargılama hukukunda tanık delilinin olması gerektiğine ilişkin teorik görüşleri farklı bir açıdan destekleyen önemli bir görüştür.

*Yılmaz*'in tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; idari yargılama hukukunda yazılılık ilkesinin yargılamayı hızlandırma özelliği vurgulansa da ihtiyaç duyulan durumlarda sözlülük evresine ilişkin süreçlerden olan duruşma aşamasında tanık delilinin uygulanmasına imkan tanınması durumunda tanık delilinin uyumsuzluğunun ispatlanması konusunda gereksiz usul işlemlerinin ortadan kalkmasına yardımcı olacağı, yargılamanın makul sürede, basit ve ucuz bir maliyetle gerçekleştirilip usul ekonomisi ilkesinin işlevselliğinin de idari yargı hukukunda artacağını ifade edilmiştir<sup>102</sup>.

*Akıncı*'ın tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; idari yargı ilk derece mahkemeleri hâkimleriyle yapılan soru ve cevap şeklindeki araştırmada, “İdari yargıda tanık dinlemenin gerekli olduğu yargısına ne

<sup>99</sup> BİLGİN, Hüseyin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 124

<sup>100</sup> BİLGİN, s. 124.

<sup>101</sup> BİLGİN, s. 124.

<sup>102</sup> YILMAZ, Dilşat, “Usul Ekonomisi İlkesi Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 2, 2019, s. 314.

*ölçüde katılıyorsunuz?”* sorusuna 130’ya yakın hâkim tanık delilinin idari yargılama hukukunda uygulanması gerektiğini belirtirken 50’ye yakın hâkim ise tanık delilinin idari yargılama hukukunda uygulanmasının gereksiz olduğunu ifade ederek 180 kişi kapsamında yapılan araştırmaya istinaden idari yargı makamlarında görev yapan hâkimlerin de idari yargıya intikal eden uyuşmazlıkların çözülmesinde tanık deliline ihtiyaç duyduğunu göstermektedir<sup>103</sup>.

*Ardıçoğlu’nun* tanık delili hakkındaki tespitlerine baktığımızda; İYUKm. 1/2 fıkrasında<sup>104</sup> belirtilen yazılılık ilkesi ve evrak üzerinde inceleme kuralının idari yargılama hukukunda tanık delilinin uygulanmamasının kanuni ana temeli olduğunu, İYUK m. 31 hükmü kapsamında özel hukuk yargılamasına gönderme yapan özel düzenlemede tanık deliline yer verilmemesi idari yargılama hukukunda tanık delilinin uygulanmamasının ikincil temel nedeni ve ayrıca İYUK m. 20/1 hükmünde yer alan re’sen araştırma ilkesi de idari yargılama hukukunda tanık delilinin dinlenilmesinin bir engeli olarak değerlendirilmiştir<sup>105</sup>. Tanık delilinin adil yargılanma hakkı kapsamında dikkate alınması gerektiği belirtilerek<sup>106</sup>, idari bir işlemin dava konusu edilmesi durumunda idari yargı makamlarının işlemin hukukiliğini denetlerken idareyi işlem yapmaya sevk eden sebep ögesini de kaçınılmaz olarak incelediği, bu kapsamda işlemin sebep ögesini bir hukuk kuralı oluşturabileceği gibi maddi bir olay da teşkil edebilmektedir. Bu bakımdan maddi olayın nasıl ve ne şekilde tecelli ettiğinin tespitinde, idari davanın tarafları haricindeki üçüncü kişilerin bilgisine başvurulması yargısal denetim kapsamında değerlendirilmeli denilerek tanık deliline idari yargılama hukukunda yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> AKINCI, s. 260.

<sup>104</sup> Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.

<sup>105</sup> ARDIÇOĞLU, Artuk, “İdari Yargıda Tanık”, *Yaklaşım Dergisi*, C. 18, S. 215, 2010, s. 297.

<sup>106</sup> ARDIÇOĞLU, s. 300.

<sup>107</sup> ARDIÇOĞLU, s. 301.



## C. Yargı Makamlarının Tanık Delili Hakkındaki Değerlendirmeleri

### 1. Genel Olarak

İdarenin hizmet kusuru teşkil eden tutum ve davranışlarından dolayı haksızlığa uğrayan kişiler yetkili ve görevli yargı makamlarına başvurmak suretiyle haksız ve hukuksuz işlemin iptali veya uğranılan zararın giderilmesini talep edebilirler<sup>108</sup>.

Hukuka aykırılık iddiasıyla idari yargı makamlarına yapılan başvurular sonucu açılan davaların konusuna ilişkin maddi gerçekliğin adil yargılanma hakkı kapsamında ispatlanması için tüm delillerin tespit ve değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Doktrindeki ağırlıklı görüşler tanık delilinin idari yargılama hukukunda uygulanması yönünde olup re'sen araştırma ilkesinin tanık delilini esas almaya elverişli olduğu ayrıca yazılılık kuralının ise tanık deliline engel olmadığı ifade edilmiştir. Hatta kısmi bir sözlü yargılama süreci olan duruşma safhasının, tanık delilinin uygulanmasıyla birlikte etkinliği ve verimliliğinin artacağı belirtilmiştir.

İdare hukuku, dinamik yapısı gereği tedvin edilmemiş olup yani mevzuat birliği olmayan bir hukuk dalıdır<sup>109</sup>. İdare hukukunun bu yapısından dolayı idari yargı makamlarının içtihatlarıyla mevzuattaki boşluk veya eksiklikler doldurulmaktadır<sup>110</sup>.

İdari yargı hâkimi idare hukukunun içtihatlarla dayalı olma özelliğinden dolayı uyumsuzluk konularının değerlendirilmesi konusunda geniş bir serbestiye sahiptir. İYUK'ta da re'sen araştırma ilkesine istinaden idari yargı makamlarının yargılama konusundaki hak ve yetkilerinin genişliği açıkça belirtmiştir<sup>111</sup>.

Tanık delilinin idari yargılama hukukunda uygulanması gerektiğine ilişkin ağırlıklı görüşün aksine yargı makamları idari yargılama hu-

<sup>108</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 383; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 712.

<sup>109</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 17; GÜNDAY, s. 28.

<sup>110</sup> GÜNDAY, s. 29; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 18.

<sup>111</sup> GÜNDAY, s. 29; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 18.

kukunda tanık delilinin uygulanmasını kabul etmemektedir. Çalışma konumuzla doğrudan ilgili olan Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve bölge idare mahkemelerinin tanık deliline ilişkin içtihatlarına baktığımızda tanık delilinin idari yargılama hukukundaki yeri, gerekliliği ve bir ihtiyaç olma gibi özelliklerinin açıklığa kavuşturulması konunun anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Çalışma konumuzla dolaylı olarak ilgili olan Yargıtay ve bölge adliye mahkemelerinin tanık deliline ilişkin tespit ve değerlendirmeleri de çalışma konumuzun somutlaşması, gerekçelendirilmesi ve yorumlanması açısından önem arz etmektedir.

## 2. Anayasa Mahkemesi'nin Tanık Delili Hakkındaki Değerlendirmeleri

Anayasa Mahkemesi'ne intikal eden bir bireysel başvuru dosyasında yükseköğretim kurumunda kamu görevlilerinin şeref ve itibarını zedeleyici fiillerin işlendiği bir olayda idari yargılama hukukunda tanık deliline başvurulup başvurulamayacağı yolundaki tartışmaların varlığı gözetilerek şeref ve itibara yönelik müdahalenin kamu görevlilerinin söz ve eylemlerinden kaynaklandığı ve olayın aydınlatılmasının ancak tanık dinlenmesi ile mümkün olabildiği hallerde tanık dinlemeyi de içerecek şekilde yürütülen bir disiplin soruşturması devletin olayın maddi koşullarını aydınlatma yükümlülüğünün ifası bakımından zorunlu olduğu, iddia olunan fiillerin açıklığa kavuşturulmasının tanık dinlenmesini mecburi kıldığı belirtilerek ayrıca ilgili personelin fiillerine istinaden idareye karşı açılan tam yargı davasının aydınlatılması ve sonuçsuz kalmaması açısından tanık deliline idari süreçte başvurmanın zorunluluğundan bahsedilmiştir<sup>112</sup>. Anayasa Mahkemesi bu içtihadında idari yargılama hukukunda tam yargı davasındaki maddi gerçekliğin ispatı için idare tarafından açılacak disiplin soruşturmasında şeref ve itibara yönelik haksız olduğu iddia edilen fiillere tanık olan kişilerin beyanlarının alınmasını zorunlu görmek suretiyle tanık delilinin belgeye dayalı bir delil olduğunu ve idari yargılama hukukunda tanık delilinin doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

<sup>112</sup> Anayasa Mahkemesi 2. Bölüm, T. 04.07.2019, Başvuru No. 2015/2536, <https://www.lexpera.com.tr>.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir başka içtihadta ise tanık dinletme hakkının adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olduğunu, idari yargılama hukukunda yazılılık ilkesinin doğal sonucu olarak evrak üzerinde incelemenin esas olduğu, tarafların talebi veya re'sen yapılmasına karar verilen duruşmanın tarafların dilekçe ve savunmalarındaki sebep ve delillerle sınırlı olarak görüldüğü, hem İYUK'ta hem de 6100 sayılı HMK'ya yapılan atıf maddesi kapsamında tanık deliline yer verilmediği belirtilerek, delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisinin esasen derece mahkemelerine ait olduğunu, derece mahkemelerinin dava konusuna, elde edilen delillerin ağırlığına ve iddia ile savunmalara göre tanık beyanı delilini toplamama veya incelememe konusunda takdir yetkisine sahip olduğu belirtilerek tanık dinlenilmemesine ilişkin ileri sürülen hususun silahların eşitliği ilkesini ihlal etmediğini belirtmiştir<sup>113</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu içtihadında re'sen araştırma ilkesi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi kuralına atıf yapmak suretiyle tanık delilinin idari yargıda uygulanma hususunun idari yargı makamlarının takdir yetkisi kapsamında olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin tanık delili hakkındaki bir başka içtihadında ise genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanmasının şart olduğu, taraflara tanık delili de dahil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkanların tanınması gerektiği belirtilmiştir<sup>114</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu içtihadındaki tespit ve değerlendirmeler idari yargı makamlarına yapılan başvuruların sonuçsuz kalması veya istenilen sonucun elde edilememesi üzerine ilgili yargı kolunun temel ilke ve kuralları da dikkate alınmak suretiyle değerlendirme yaptığı göz önüne alındığında tanık deliline başvurmanın adil yargılanma hakkının

<sup>113</sup> Anayasa Mahkemesi 1. Bölüm, T. 13.09.2018, Başvuru No. 2015/2675, Anayasa Mahkemesi 1. Bölüm, T. 20.04.2016, Başvuru No. 2013/316, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>114</sup> Anayasa Mahkemesi 2. Bölüm, T. 10.05.2017, Başvuru No. 2014/14750, <https://www.lexpera.com.tr>.

bir gereği olduğu sonucuna ulaşılmakla birlikte tanık delilinin uygulanması konusunda herhangi bir kısıtlamanın da kural olarak yapılmaması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

### 3. İdari Yargı Makamlarının Tanık Delili Hakkında Değerlendirmeleri

#### a. Danıştay'ın Tanık Delili Hakkında Değerlendirmeleri

Danıştay tarafından verilen bir içtihatla, 2577 sayılı İYUK m. 31 ve bu maddeye istinaden yapılan atıf sonucu HMK hükümlerine değindikten sonra dava konusu uyuşmazlık hakkında alınan ara kararlar beş jüri üyesinin dava konusu idari işlemin tesisine ilişkin görüşünün sorulmasını söz konusu kanun hükümleri ve idari yargılama usulü temel ilkelere göre yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmadığı, HMK'ya yapılan atıfta da bu yönde bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilerek uyuşmazlık konusunda davacının iddiası ciddi bulunuyorsa başarılı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak doğacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, idari yargılama usulünde yer almayan bir inceleme ve değerlendirme yöntemi olan tanık deliline dayalı olarak verilen kararın usul hükümlerine aykırı olduğunu belirtmiştir<sup>115</sup>. Danıştay'ın bu içtihatı doktrinde eleştirilerek yargı makamlarının ilgililerden bilgi alma yetkisi olduğundan dolayı yapılan işlemlerin hukuka ve kanunun amacına uygun olduğu ifade edilmiştir<sup>116</sup>.

Danıştay tarafından disiplin soruşturmasına konu olan bir olayda disiplin cezasının dayanağını oluşturan tanık beyanlarından yalnızca davacının aleyhine tanıklık yapan birkaç polis memurunun beyanlarına itibar edildiği, davacının lehine olan birçok tanık beyanının dikkate alınmadığını, ayrıca davacı lehine ifade vermek isteyen bazı polis memurlarının adli makamlara verdikleri ifadelerde soruşturmacı tarafından psikolojik baskıya maruz bırakıldıklarını ifade ettiklerini, davacı hakkında devam

<sup>115</sup> Danıştay 8. Dava Dairesi, T. 25.02.2004, E. 2003/3369, K. 2004/917, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>116</sup> YILDIRIM, s. 430.

eden bir başka soruşturma dosyasında ise davacının aleyhine tanıklık yapanlar hakkında yalan tanıklıktan dava açıldığı ve bu nedenle tanıkların ifadelerini değiştirmek zorunda kaldıkları gerekçesiyle davacıya isnat olunan eylemin her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delillerle ortaya konulamadığı belirtilerek dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına karar verilmiştir<sup>117</sup>.

Danıştay tarafından yapılan tespit ve değerlendirmeler kapsamında disiplin soruşturma dosyasında yer alan bilgi ve belgeler ile dosyadaki mevcut tanık ifadelerinin birlikte değerlendirilmesinden, davacıya isnat edilen fiilin sabit olduğunu, tanık ifadelerinin somut delillerin yanında destekleyici nitelikte deliller kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir<sup>118</sup>.

Danıştay tarafından verilen bir içtihadta, fiili saldırıya istinaden verilen disiplin cezasına ilişkin uyuşmazlık dosyasındaki delillerden olan nöbet defteri kaydı, müdür yardımcısı tarafından alınan darp raporu ve görgü tanıklarının ifadelerinin bir bütün olarak değerlendirilmesinden davacının kavgaya varan bir olaya karıştığı sabit olduğu belirtildikten sonra, beyanlarına başvuru tanık ifadelerinden, olayın nasıl başladığı hususunun açıklığa kavuşturulamadığı, olay yerine ilk gelen ve kavgayı ayıran okul hizmetlisinin, müdür yardımcısının davacıya vurduğunu ifade ettiği, daha sonra gelen görgü tanıklarının, şahısların dövüşür vaziyette, yumruklaştıkları, birbirlerine vurduklarını ifade ettikleri, yalnızca olay başladıktan sonra öğretmenler odasına geldiği anlaşılan okul müdürünün, davacının müdür yardımcısına saldırdığını söylediği, tarafların ise birbirlerini suçlar biçimde ifade verdikleri, dolayısıyla alınan tanık ifadelerinin aynı doğrultuda ve bir bütünlük arz etmediği, davacının müdür yardımcısına hakaret ettiğine ilişkin görgü tanıkları tarafından bir be-

<sup>117</sup> Danıştay 5. Dava Dairesi, T. 03.05.2018, E. 2016/18802, K. 2018/13819, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>118</sup> Danıştay İDDK, T. 27.04.2015, E. 2014/3658, K. 2015/1598, <https://www.lexpera.com.tr>.

yanda da bulunulmadığı belirtilerek her türlü şüpheden uzak, somut, yeterli ve inandırıcı delillerle ortaya konulmayan disiplin cezası hukuka aykırı bulunmuştur<sup>119</sup>.

Danıştay'ın tanık deliline ilişkin bir başka içtihatında davacı ile amiri arasındaki maddi olaya "doğrudan" tanık olan başka bir personel bulunmamasına rağmen ilk derece mahkemesinin davacının beyanlarına itibar edip başka tanıkların olduğunu belirtip eksik soruşturma yapıldığı gerekçesiyle verdiği dava ret kararını hukuka aykırı bulup söz konusu disiplin soruşturma dosyasında herhangi bir hukuki eksiklik bulunmadığını belirtmiştir<sup>120</sup>.

Danıştay'ın idari yargılama hukukunda tanık delilinin uygulanamayacağına ilişkin içtihatlarının emsal nitelik taşıdığı dönemdeki koşullar kapsamında değerlendirmeler yapıldığı, idari yargı teşkilatlanmasının ülke genelindeki yetersizliği, tanıkların farklı illere veya bölgelere gitme konusundaki imkanlarının elverişsizliği, Danıştay'ın iş yükünün fazla olması gibi gerekçeler öne sürülmüşse de mevcut aşamada idari yargı teşkilatının ülke geneline yayılmış olması, bilişim alanındaki teknik gelişmeler, yargısal işlerin elektronik ortama aktarılması ve işlemlerin UYAP aracılığıyla hızlıca yapılması gibi imkanlar göz önüne alındığında tanık delilinin yargı makamları tarafından doğrudanlık ilkesi kapsamında elde edilerek gerekli tespit ve değerlendirmelerin yapılmasının hâkimde vicdani kanaatin oluşmasında önem arz etmektedir<sup>121</sup>.

## **b. Bölge İdare Mahkemesinin Tanık Delili Hakkındaki**

### **Değerlendirmeleri**

Bölge idare mahkemesinin bir içtihatında yazılılık ilkesinin geçerli olduğu idari yargılama hukukunda, disiplin soruşturmaları sonrası düzenlenen soruşturma rapor veya raporlarının idari yargı yerleri açısından en önemli yargısal malzemeler arasında bulunduğu, bu yargısal malzemelerin yargılama sürecinde dikkate alınabilmesi ve yargılamayı yapan

<sup>119</sup> Danıştay 12. Dava Dairesi, T. 15.02.2018, E. 2017/2677, K. 2018/722, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>120</sup> Danıştay 5. Dava Dairesi, T. 21.02.2019, E. 2016/22506, K. 2019/1477, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>121</sup> AKINCI, s. 257.

yargı yerlerinin soruşturma raporuyla saptanan hususları kararına dayanak yapabilmelerinin temel koşulunun ise, bu raporların tarafsız olarak hazırlanmış olmasına bağlı olduğu, disiplin soruşturmasının, yetkili amirinin soruşturma onayı ile başlayacağı, soruşturma onayının iddiaları tam olarak kapsamı gerektiği, soruşturma onayının akabinde bir soruşturmacının görevlendirileceği, görevlendirilen soruşturmacının suç konusu olayı ve iddiayı incelemesi, müştekinin iddia ve şikayetlerini saptaması, konuya ilişkin tüm delilleri toplaması, tanıkları dinlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>122</sup>.

Bölge idare mahkemesinin bir başka içtihatında ise disiplin suçu teşkil eden fiillerle ilgili olarak soruşturma yapılmasının zorunlu olduğu, disiplin amiri tarafından soruşturma emri verilmesi gerektiği, bağımsız ve üst veya denk görevde olan bir soruşturmacının atanması, olayla ilgili tanık ve soruşturulanın ifadelerinin alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>123</sup>.

#### **4. Adli Yargı Makamlarının Tanık Delili Hakkında**

##### **Değerlendirmeleri**

##### **a. Yargıtay'ın Tanık Delili Hakkında Değerlendirmeleri**

Yargıtay tarafından verilen bir içtihatla tanığın doğrudanlık ilkesi gereği mahkemeye gelip tanıklık yapması gerektiği, tanığın, tarafına soru kağıdı gönderilmek suretiyle beyanının alınmasına ilişkin talebinin gerekçesiz ve somut delile dayalı olmaması nedeniyle tanıklık beyanının yazılı alınma talebinin kabul edilmemesi gerektiği belirtilerek tanığın zorla getirilerek dinlenilmesi gerektiği belirtilmek suretiyle yazılı tanık beyanının istisnai ve sınırlı bir uygulama olduğu vurgulanmıştır<sup>124</sup>.

Yargıtay'ın tanık delili hakkındaki tespit ve değerlendirmeleri kapsamında; tanık delilinin takdiri nitelikte zayıf bir delil olduğu, herkesin tanıklık yapması konusunda zorunluluğun esas alındığı, bu zorunluluğun mahkemeye bizzat gelmeyi de kapsadığını, mahkemeye davet edilen

<sup>122</sup> İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, T. 07.12.2016, E. 2016/51, K. 2016/554, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>123</sup> Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, T. 05.01.2017, E. 2016/311, K. 2017/13, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>124</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 10.09.2018, E. 2016/21391, K. 2018/8786, <https://www.lexpera.com.tr>.

tanığın dinlenme esnasında öncelikle kimlik bilgileri, iki taraf ile akrabalığı ve derecesi, tanıklığa itimadı kaldırılacak ilgi ve alakasının sorulması gerektiği, tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi, icabında yüzleştirme yapılabileceği, iki taraftan her birinin tanığa eksik ve belirsiz konularda soru sorma hakkının bulunduğu, tanığın duyuma veya görgüye dayalı bilgisinin sözlü alınmasının kural olduğu, tanıklık beyanı sırasında yazılı notların kullanılmasının yasak olduğu, hâkimin tanıklık sırasında tanığın yalan söylediği veya menfaat temin ederek tanıklık ettiği yönünde kuvvetli delil ve emare elde etmesi durumunda bu hususu cumhuriyet başsavcılığına ihbar edip tanığı tutuklayabileceği, yalan tanıklığın suç olduğu aynı zamanda yargılamanın yenilenme sebeplerinden biri olduğu, hâkimin tanığı bizzat dinlemesi gerektiği, istisnai durumlarda tanığın davaya bakan mahkemeye veya bulunduğu yer mahkemesine gelemeyecek kimselerden olması durumunda ise, hâkimin tanığı ikâmetgahında dinleyebileceği belirtilerek tanığın dinlenilmesine ilişkin bu usul kural ve ilkelerin özünde tanığın doğruyu söylemesini temin etme, tarafların ve hâkimin tanığın doğru söylediğini algılamaları amacına yönelik olduğu, zorlayıcı sebepler kesin bir biçimde ortaya çıkmadıkça bu usulden ayrılmanın tanık dinleme amaca uygun düşmediği ifade edilerek soru kağıdıyla tanık beyanının alınıp hükme esas alınan cevapların hukuka aykırı olduğuna hükmedilerek tanık delilinin elde edilme sürecinde yüz yüze ve doğrudanlık ilkesinin önemine vurgu yapılmıştır<sup>125</sup>.

### **b. Bölge Adliye Mahkemesinin Tanık Delili Hakkındaki Değerlendirmeleri**

Bölge adliye mahkemesi tarafından tanık delili hakkındaki tespit ve değerlendirmeleri içeren bir içtihatla, savunma hakkının Anayasamızın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesiyle güvence altına alındığı, bu hakkın 6100 sayılı HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkına yansıtıldığı, hukuki dinlenilme hakkının yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerdiğini, hukuki dinlenilme hakkının

<sup>125</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 15.11.1996, E. 1996/10721, K. 1996/11701, <https://www.lexpera.com.tr>.



Anayasamızın 36. maddesi ve AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olduğu, bu hakkın geniş kapsamlı olduğu tarafların gerek yargı organlarınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmelerinin zorunlu olduğu, kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesinin, kural olarak mümkün olmadığı, bu kapsamda hukuki dinlenme hakkının, bilgilendirme veya bilgilendirmeyi, açıklama yapma, yargı organlarınca dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları içerdiği, bilgilendirme veya bilgilendirme hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için gönderilecek tebligat ve davetiyelerde kanunda öngörülmüş şekil şartlarına sıkı sıkıya uyulması gerektiği, hukuki dinlenme hakkının sadece davanın başındaki iddia ve savunmalar açısından değil yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiği, bu kapsamda devam eden bir yargılamada, tarafların açıklamaları için bilgilendirme yeterli olmayıp yargılamada yer alan diğer kişilerden olan tanık açıklamaları açısından da önem arz ettiği, bilgilendirme hakkının usulüne uygun kullanımı ile tarafların haklarında öğrendikleri isnat ve iddialara karşı beyanda bulunabilme, davaya yönelik bilgi ve belge verebilme yani açıklama yapma hakkı da hukuki güvenceye bağlanmak suretiyle davanın her iki tarafına eşit şekilde açıklama yapma hakkı tanınması ile adaletin görünür kılınması sağlayarak tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişkin beyanda bulunmalarını sağladığı ifade edilerek, tanık delili elde edilmesine ilişkin usul ve kurallar kapsamında tanık deliline dayanan tarafın, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunması gerektiği, tanığın davetiye ile çağrıldığı, kanunda gösterilen hükümler dışında tanıklık için çağrılan herkesin mahkemeye gelmek zorunda olduğu, usulüne uygun olarak çağrıldığı halde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve disiplin para cezasına hükmolunacağı, tanığa soru kağıdı gönderilmesi gerekli görülen hallerde, tanığın sözlü olarak dinlenmesi yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kağıdı gönderilmesine karar verebileceği, yazılı cevapların yetersiz olması durumunda hâkimin tanığı doğrudan dinle-

mek üzere davet edebileceği belirtilerek tanıklar adına davetiye çıkarıldığı ancak tanıkların mahkemeye gelmedikleri belirtilerek tanıklar hakkında zorla getirilme kararı verilmesi gerektiğine hükmedilerek tanık delilinin elde edilmesine ilişkin usuli kural ve ilkelerin adil yargılanma hakkının bir yansıması olan hukuki dinlenilme hakkının bir sonucu olduğuna vurgu yapılmıştır<sup>126</sup>.

Bölge adliye mahkemesi tarafından tanık delili hakkında verilen bir başka içtihadta ise tanığın duruşma salonuna alınıp kimliğinin tespiti yapıp tanığa hak ve yükümlülüklerinin ihtaratından sonra bilgi ve görgüsünün sorulması, tanığın dinlenmesinden sonra kamu davası tanıklarının CMK'nın 216. maddesindeki sıraya uygun olarak taraflardan varsa tanığa soruların sordurulması ve tanığın beyanı alındıktan sonra keza kamu davasının taraflarından tanık beyanlarına karşı diyeceklerinin sorulması, tanığın dinlenmesi sürecinde kamu davasının taraflarının sorularını başkan veya hâkim delaletiyle sorabilecekleri, müdafii ve vekillerin işin esasına müessir sorularını duruşma disiplini içerisinde doğrudan dinlenene yöneltebilecekleri belirtilerek tanıkların dinlenilme usulünde kural ve ilkelerin önemi belirtilerek savunma hakkının etkin kullanılmasına ve tanıkların taraflarca sorgulanmasının önemine vurgu yapılmıştır<sup>127</sup>.

### III. TANIK DELİLİ HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ

#### A. Genel Olarak

İdari yargılama hukukunun tartışmalı konularından olan tanık delilinin mevcut aşamadaki uygulanma durumu, doktrindeki görüşlerin analiz edilmesi, idari yargılama hukukunun varlık sebebi ve yargılama işlemlerinin temelini oluşturan yazılılık ve re'sen araştırma ilkeleri, yargı makamlarının değerlendirmeleri kapsamında tanık delilinin niteliği dikkate alınmak suretiyle yaptığımız tüm tespit ve değerlendirmelerin göz önüne alınmasıyla çalışma konumuzun hukuk mantığı çerçevesinde ve gerekçeli bir şekilde yorumlanıp değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

<sup>126</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi, T. 07.02.2020, E. 2019/2330, K. 2020/238, <https://www.lexpera.com.tr>.

<sup>127</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi, T. 31.08.2018, E. 2018/2707, K. 2018/1912, <https://www.lexpera.com.tr>.

Bu kapsamda idari yargılama hukukunda tanık delilinin değeri, mevcut aşamada tanık delilinin uygulanma durumu ve niteliği, tanık delilinin idari yargılama hukukunda geçerlilik kazanması için yapılması gerekenler konusunda bazı tespit ve değerlendirmeler yapılabilir.

### **B. İdari Yargılama Hukukunda Tanık Delilinin Mevcut Durumu**

Yargı makamlarının tanık delili konusundaki içtihatlarına baktığımızda davaya konu olan idari işlemin hazırlık niteliğindeki süreçte yapılan iş ve işlemlerde tanık delili adeta mahkemede alınması gereken bir usul ve yöntemle sorgulanmaktadır. İdari makamlar tarafından beyanları alınan tanıkların çelişkili, tutarsız veya eksik beyanlarına ilişkin işlemlerin tamamlanması için üst mahkemelerde dahi delil yetersizliği veya işlem eksikliği gibi farklı gerekçelerle dava dosyalarında kararlar bozulmaktadır. Tanık delili tutanağa da bağlı olsa dava dosyalarına eksiksiz ve mevzuata uygun bir şekilde tanık delilinin dahil edilmesi için idari makamlar mahkemeler tarafından adeta yönlendirilmektedir. Özellikle memurların özlük haklarını ilgilendiren disiplin ve benzeri işlemlerde idarenin dinleme gereği duymadığı veya bir şekilde ulaşamadığı tanığın beyanının alınması dahi zorunlu görülmektedir. Bu kapsamda bazı dava dosyalarında beyanlarına idari makamlar tarafından başvurulmayan tanıkların dinlenmesi için üst mahkemeler tarafından tanık delili kapsamında karara bağlanan işlemlerde yapılan yanlışlıkların veya eksik bırakılan işlemlerin tamamlanması için ilk derece mahkemelerinin kararları usul yönünden bozulmakta veya kaldırılmakta ya da tanık delilindeki çelişkili veya tutarsız beyanlar gerekçe gösterilerek esas yönünden idari işlemlerin iptaline karar verilmektedir.

İdari yargılama hukukunda tanık delilinin uygulanması gerektiği konusunda görüş belirten uzmanların tespit ve değerlendirmelerini göz önüne aldığımızda idari yargılama hukuku katı bir şekilde yazılılık ilkesini esas alan ve re'sen araştırma ilkesi kapsamında uygulanan bir yargılama hukuku değildir. Yazılılık ve re'sen araştırma ilkesi idari yargılama hukukunun ağırlıklı bir yöntemi olmasına rağmen duruşma gibi sözlü bir safhanın kanunda düzenlenmiş olması, ıslah, HMK'ya yapılan atıflar sonucu feragat ve kabul gibi konularda taraf iradelerinin dikkate alındığı, duruşma taleplerinin karşılanması gerektiğine ilişkin mahkeme içtihatlarını göz önüne aldığımızda kısmen de olsa tasarruf ilkesinin yansıması

olan taraf iradelerinin geçerli olduğu süreçler idari yargılama hukukunda mevcuttur.

Bu çerçevede mevcut aşamada her ne kadar idari yargılama hukukunda mevzuatta tanık delili konusunda doğrudan düzenleme yoksa ve idari yargı makamları da tanık delilini doğrudan dikkate alıp duruşma safhasında tanıkları dinlemiyor olsa da idari makamların idari işlemi yapma sürecinde elde ettikleri tanık beyanları yargı makamları tarafından ciddi bir şekilde belge üzerinde de olsa irdelenmektedir. İdari yargılama hukukunda belgeye dayalı bir tanık delili uygulaması mevcut aşamada söz konusu olup önemli bir ispat aracı olarak kullanılmaktadır. İdari yargı makamlarının belge üzerinde dolaylı bir yöntemle de olsa tanık deliline ihtiyaç duydukları ve bu delilinin idari yargılama hukukunda gerekli olduğunu belirtebiliriz.

### C. İdari Yargılama Hukukunda Tanık Delilinin Gerekliliği

İdari yargılama hukukunda idari işlemin oluşum sürecinde önem arz eden ve ciddi bir delil olarak iş ve işlemlerde kullanılan tanık delilinin idari yargılama sürecinde tanıklığa bağlanan usul kuralları ve ilkeleri dikkate alınmadan sadece idari makamların bilgi ve belgeleri üzerine yapılan tespit ve değerlendirmelere istinaden yargı makamları tarafından yazılı belgeye istinaden tanık beyanının dikkate alınması tanık delilinin niteliğiyle ve amacıyla bağdaşmaz.

İdari işlemlerin oluşum sürecinde idari makamlar tarafından beyanı alınan kişilerin tanık delili kapsamında değerlendirilmesi için öncelikle tanık beyanının içeriğini güçlendiren ve gerçeklerle uyumlu hale getiren, tanıklık yapan kişiye ahlaki, vicdani ve hukuki sorumluluk yükleyen bir yöntemle tanık delilinin alınması zaruri nitelik taşımaktadır. Mevcut uygulamada idari makamların hem teknik yönden hem de işlemleri yapan personelin hukuki bilgi ve tecrübe eksikliği usul kurallarına uygun bir tanık delilinin ortaya çıkmasına imkan tanımamaktadır.

Hukuk biliminde temel bir kural olan usul esastan önce gelir ilkesi idari yargılama hukukunda tanık delili konusunda yeterli bir nitelik taşımamaktadır<sup>128</sup>.

<sup>128</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 492.

Tanık delilinin kanuni güvenceye alındığı ve tüm kurallarının ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği HMK ve CMK hükümlerine baktığımızda tanık delilinin içeriğinden çok usule ilişkin temel ilke ve kurallar ön plana alınmıştır. Bu kurallara baktığımızda; tanığın taraflarla olan yakınlık derecesi, tanıkların ayrı ayrı dinlenip çelişkili ve tutarsız durumlarda yüzleştirilmesi, hâkimin gerçeği söylemesi konusunda tanığı uyarması, yalan tanıklık durumunda suç işleneceğinin tanığa önceden bildirilmesi, tanıklara doğrudan soru yöneltme hakkı, tanık delilinin gerçekliğini güçlendiren en önemli usul kurallarından olan kapsamlı ve vicdani sorumluluk doğurucu yemin metninin tanığa mahkeme hâkimi veya heyeti huzurunda duruşmada herkesin huzurunda eda ettirilmesi, yemin eda edilirken hâkim dahil herkesin ayağa kalkması gibi usul kural ve ilkelerini dikkate aldığımızda idari yargı makamlarının içtihatlarındaki gerekçelerine dayanak yaptıkları deliller arasında belirttikleri tanık delili ifadesini kullanmaları bile kanaatimizce yanlıştır. Tanık delili kavramından çok belgeye dayalı bir beyan ya da bilgisine başvuru tutanak sahibi gibi daha zayıf ve yazıllık ilkesiyle uyumlu kavramların kullanılması gerekmektedir.

Usul hukukumuzun bel kemiğini oluşturan HMK ve CMK gibi temel kanunlarımızda belirtilen kural ve ilkeler kapsamında elde edilen bir tanık beyanı mevcut aşamada idari yargılama hukukunda mevcut değildir. Dolayısıyla idari yargı makamlarının doğrudan doğruyanlık ilkesi kapsamında usul kurallarına göre elde etmedikleri ve değerlendirme gereği de hissetmedikleri tanık delilini kararlarında normal bir yöntemle alınmış tanık deliliyle aynı kategoride dikkate almaları adil yargılanma hakkıyla bağdaşmaz. İdari makamların davaya konu olan idari işlemin yapılış sürecinde tanık sıfatıyla dinledikleri kişileri HMK ve CMK'da tanıklara ilişkin beyanın alınması öncesi zorunlu tuttuğu usul kuralları ve ilkelerini tam olarak uygulama imkanı çok düşük bir ihtimaldir. Kaldı ki mahkemenin duruşma salonunda hâkimin denetim ve kontrolü altındaki yargılama sürecinde ve tarafların gözlemi çerçevesinde alınan tanık beyanı ile idari süreçte elde edilen tanık beyanı arasında nitelik ve güvenilirlik açısından büyük bir fark vardır. Dolayısıyla idari yargı makamları her ne kadar idari işlemin oluşum sürecinde dinlenen kişileri tanık delili kap-

samında belgeye dayalı olarak sorgulasa, belgelerdeki çelişkileri, tutarsızlıkları ve eksiklikleri belirtip idari makamlara işlemin iptaline ilişkin gerekçeler sunsa da kanaatimizce ortada usul mevzuatının temel ilke ve kurallarına uygun bir şekilde elde edilmiş bir tanık delili diyebileceğimiz bir ispat aracı mevcut değildir. Usul kurallarının ihmal edildiği veya yerine getirilmediği bir yöntemle elde edilen tanık delili adil yargılama hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının gereğiyle bağdaşmaz. Usul kurallarının göz ardı edildiği sadece esas yünden görgü veya duyuma dayalı bilginin içeriğinin elde edildiği tanık delilinin ispat aracı olma niteliği ve maddi gerçeğin hakkaniyet ilkesi kapsamında çözümlenmesi hususu idari yargılama hukuku yönünden tartışmalıdır.

HMK m. 246 hükmünde<sup>129</sup> tanığa soru kağıdı gönderilmesi usulü bile çok istisnai nitelik kabul edilmekte olup adli yargı makamları tarafından tanığın doğrudanlık ilkesi gereği mahkeme tarafından sözlü dinlenmesine vurgu yapılmaktadır. İdari yargılama hukukunda tanığa soru gönderme usulüne dahi daha önce belirttiğimiz içtihatlarda görüldüğü üzere yer verilmemektedir. Oysaki bir devletin yargılama hukuklarında asgari düzeyde de olsa uygulama birliğinin olması adil yargılanma hakkının etkin kullanılması ve hukuk devletinin güçlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Dolayısıyla idari yargı makamlarının, HMK ve CMK'da tanık deliline ilişkin usul kural ve ilkelerine paralel, idari yargılama hukukunun yöntemi ve kültürüyle uyumlu bir şekilde doğrudan doğruya tanık delilini elde etmeye yönelik bir uygulamaya gitmeleri adil yargılanma hakkı kapsamında yürütülen bir yargılama sürecinin ortaya çıkması açısından gerekli olup aynı zamanda nitelikli bir tanık delilinin elde edilmesi açısından önem arz etmektedir.

<sup>129</sup> Hâkim gerekli görülen hâllerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir. Bu şekilde işlem yapılması, tanığın vereceği cevabın hükme yeterli olup olmadığı hususunu hâkimin takdir etmesine engel olamaz. Hâkim, verilen yazılı cevapların yetersiz olması hâlinde, tanığı dinlemek üzere davet edebilir.

### Ç. İdari Yargılama Hukukuna Tanık Delilinin Kazandırılması

İdari yargı makamlarının içtihatlarına baktığımızda her ne kadar usul kurallarına uygun bir şekilde elde edilmiş bir delil niteliği taşıyorsa da idari işlemin oluşumun sürecinde toplanan deliller arasında yer alan tanık beyanı ciddi bir şekilde yazılılık ilkesi kapsamında belge üzerinde olacak şekilde irdelenmekte hatta mahkeme huzurunda alınmış gibi bir işleme tabi tutulmaktadır. İdari yargı makamlarının bu kadar ciddi ihtiyaç duyduğu bir delili re'sen araştırma ilkesi kapsamında usul kurallarının tanık delilinin oluşum sürecindeki ilkeleri kapsamında elde edilen bir tanık delili hem ispat aracı olması yönünden değerli ve nitelikli bir delil kapsamına girmekte hem de usul ekonomisi ilkesi gereği yargı makamlarının ihtiyaç duyduğu şekilde istediği tanıkları dinleyip dinlememe konusunda serbestçe değerlendirme yapıp yargılama sürecini yürütmesi açısından olumlu bir yöntem olur.

İdari yargılama hukukunda doktrindeki görüşlerin ağırlıkta olduğu tarafta, tanık delilinin uygulanması gerektiği, adil yargılanma, hukuki dinlenilme ve savunma hakkının etkin kullanılması açısından tanık delilinin idari yargıda uygulanması gerektiği belirtilmektedir. İdari yargılama hukukunda tanık delilinin yazılılık ilkesi ve evrak üzerinde inceleme yapma kuralı gereği idari yargı yöntemine uygun olmadığı ifade edilen doktrindeki azınlık görüşünün gerekçeleri sadece idari yargı mevzuatındaki mevcut düzenlenmelerine atıf yapmakla sınırlı kalmaktadır. Tanık delilinin idari yargılama hukukunda niçin uygulanmaması gerektiği yeterli ve tutarlı bir gerekçeyle açıklanmamaktadır.

İYUK'ta veya atıf yapılan HMK'da, idari yargılama hukukunda tanık delilinin uygulanması gerektiği konusunda bir düzenleme mevcut değildir. Sözlü bir evre olan duruşma safhası ise sadece yazılı belgelere dayalı sunulan iddia ve savunmalarla sınırlı bir yetkiyi taraflara sağlamakta olup tanık delilinin sözlü evre olan duruşmada dinlenmesine olanak sağlamamaktadır.

Re'sen araştırma ilkesi kapsamında idari yargı makamlarının her türlü bilgi ve belgeyi toplama yetkisi tanık delilinin dinlenmesine imkan sağlamaktadır. Bu kapsamda İYUK'un hükümleri kendi içinde tutarsız ve çelişkili bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Bir yandan re'sen araştırma ilkesi

özellikle mevzuatta belirtilmiş, bir yandan ise taraf iradelerine üstünlük veren feragat, kabul, ıslah ve duruşma talep etme hakları ön plana alınmıştır. Bir anlamda tasarruf ilkesinin yansımaları olan taraf iradelerine de yer verilmiştir. Yine re'sen araştırma ilkesi kapsamında her türlü bilgi ve belgenin toplanabileceği, delillerin serbestçe değerlendirilebileceği söz konusu iken diğer taraftan yazılılık ilkesi kapsamında tanık delili yargı makamları tarafından doğrudan duruşmada alınmamakta olup sadece belgeye dayalı tespitler kapsamında dikkate alınmaktadır. Oysaki yargı makamları tarafından belge üzerinde tanık delili vazgeçilmez bir delil olarak görülmekte hatta usul kurallarının tam uygulanmasıyla elde edilmiş tanık delili gibi irdelenip kararlara esas alınmaktadır.

İdari yargılama hukukunun tartışmalı konularından olan tanık delili hem yargı makamları tarafından belgeye dayalı olarak kullanılmakta hem de doktrindeki çoğunluk görüşü tarafından etkin, adaletli ve savunma hakkıyla uyumlu bir yargılama süreci için idari yargılama hukukunda tanık delilinin gereğine vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla mevcut düzenlemeler ve idari yargı makamlarının tanık delili konusunda kökleşmiş içtihatlarından dönmelerinin zorluğu göz önüne alındığında tanık delili konusunda ayrı bir kanuni düzenlemenin yapılması zorunluluk arz etmektedir.

Hukukumuzun temel usul kanunlarından olan HMK 2011 yılında, CMK 2004 yılında mevcut ihtiyaçlar ve gelişmeler dikkate alınmak suretiyle yeniden düzenlenmiştir. İYUK'un düzenlenme tarihi 1982 yılı olup idari yargılama hukukumuzun gelişen ve değişen dönemle uyumlu, ihtiyaçlara cevap verebilecek, yargı makamlarının ve doktrindeki görüşlerin analiz edildiği yeni bir kanunla tartışmalı konuların çözüme kavuşturulması önem arz etmektedir. Bunun mümkün olmaması durumunda daha önce hiç uygulanmayan ıslah kurumunda olduğu gibi ek düzenlemelerle tanık delili idari yargı hukukuna kazandırılabilir. Kaldı ki idari yargı makamlarının tanık delilinin yargılamayı uzatacağı gibi gerekçeleri maddi gerçeğin temel amaç olduğu bir durumda haklı ve tutarlı değildir. Tanıklık yapacak kişiler kamusal bir görev üstlenmekte olup maddi gerçeğin hakkaniyet ve adalet ilkesi kapsamında çözülmesine ispat vasıtası olacak tanık beyanlarının usul hukukunun kural ve ilkeleri kapsamında bizzat mahkeme tarafından alınması tanık delilinin değeri, niteliği, güvenilirliği



ve tarafların savunma hakları ile hukuk devleti ilkesinin güçlenmesi açısından önem arz etmektedir.

## SONUÇ

Hukuk devleti ilkesine istinaden işlem ve eylemleri yargısal denetime tabi olan idarenin kamu yararı ve hizmet gerekleri prensibince yürüttüğü faaliyetlerin hakkaniyet ve adalet ilkesine uygun olması zorunluluk arz etmektedir.

İdare hukuku mevzuatının tedvin edilmemiş ve dinamik olma yapısı dikkate alındığında idarenin hukuka uygun hareket etmesi esas olmakla birlikte mevzuatın karmaşıklığı, yoruma dayalı hükümlerin varlığı ya da bazı uyumsuzluklarda boşlukların olması gibi sebeplerden dolayı hukuka aykırı kararlar idare tarafından alınabilmektedir.

İdari yargılama hukukunun varlık sebebi olan idarenin bu hukuka aykırı kararlarını denetleme fonksiyonunu yerine getirmesi açısından önem eden arz eden deliller silahların eşitliği ilkesine uygun adil yargılanma hakkının etkin kullanılmasına imkan tanınacak şekilde gerekli tespit ve değerlendirmelerin yapılmasıyla elde edilmesi önem arz etmektedir.

Bu kapsamda idarenin denetimini gerçekleştiren idari yargılama makamlarının re'sen araştırma ilkesi, yazılılık kuralı, adil yargılanma hakkı, tasarruf ilkesinin gereğine uygun düşen konular hakkında taraflara tanınan hakların korunması ile delillerin serbestçe tespit edilmesi ve değerlendirilmesi ilkeleri bir arada değerlendirildiğinde kamusal menfaatlerin ağırlıkta olduğu bir bakış açısıyla idari yargılama süreçlerinin yürütüldüğü görülmektedir.

Bu temel ilke ve kurallar kapsamında idari yargılama hukukunun yöntemine ve çalışma tekniğine uygun düşmediği belirtilerek uygulamada tanık delili doğrudanlık ilkesi kapsamında dikkate alınmamaktadır. İdari işlemlerin veya kararların alınması sürecinde dikkate alınan tanık delili yazılı belge üzerinde idarenin denetim ve kontrolündeki süreçle sınırlı olacak şekilde idari yargılama makamları tarafından dikkate alınmaktadır.

İdari yargı makamlarının tanık delilini yazılı tutanak ve belgeler kapsamında kararlarına gerekçe yapması, hatta idari kararların alınması

safhasında elde edilen tanık beyanlarının çelişki, tutarsızlık veya eksiklik yönünden denetlenmesi gibi tespit ve değerlendirmeleri dikkate alındığında tanık delili idari yargılama hukukunda her ne kadar doğrudanlık ilkesine uygun olacak şekilde elde edilmesine uygulamada imkan tanınmasa da yargısal kararların verilmesi açısından tanık delili gerekli olup hatta bazı uyuşmazlık konularında zorunluluk da arz etmektedir.

Adli yargı kolunun faaliyetlerinin yürütülmesinde esas alınan HMK ve CMK'nın tanık delili konusundaki usul ilke ve kuralları dikkate alındığında idari yargılama hukukunda verilen yargısal kararlara gerekçe yapılan tanık delilinin maddi gerçeğin adalet, hakkaniyet ve adil yargılanma ilkesine uygun bir şekilde ispatlandığını söylemek tartışmalı bir konudur. Bu kapsamda tanık delilinin, usul esastan önce gelir kuralına istinaden yargı makamlarının denetimi ve kontrolü ile tarafları tatmin edici şekilde elde edilmesi hukuk devleti ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı açısından önem arz etmektedir.

Günümüz koşulları itibariyle idari yargı teşkilatlanmasının ülke genelindeki mevcut durumu, yargısal faaliyetlerin elektronik ortama aktarılmasına yönelik bilişim alanındaki teknolojik imkanlar göz önüne alındığı zaman tanık delilinin yüz yüze kuralına istinaden doğrudanlık ilkesi kapsamında idari yargı makamları tarafından dava dosyalarına aktarılması nitelikli ve usul hukukuna uygun bir tanık delilinin elde edilmesine olanak sağlayıp maddi uyuşmazlığın ispatlanmasını kolaylaştıracaktır.

Yargı makamlarına intikal eden uyuşmazlıklarda asıl amaç hukuk devleti ilkesine istinaden maddi gerçeğin hakkaniyet ve adalet ilkesine uygun bir şekilde çözümlenip toplumsal barışın korunması esastır. Bu kapsamda ayrı bir yargı kolu olan adli yargının tanık delili konusundaki ayrıntılı düzenlemeleri göz önüne alındığında bağımsız ve ayrı bir yargı kolu olan idari yargının da kendi yargılama faaliyetlerinin niteliğine ve yöntemine uygun düşen kural ve ilkeler kapsamında tanık delilini dikkate alıp uygulamaya yansıtması önem arz etmektedir.

Doktrindeki tespit ve değerlendirmeler ile yargı makamlarının tanık delilini dolaylı da olsa kararlarına gerekçe yapma durumu dikkate alınarak idari yargılama hukukunun niteliği ve yöntemiyle bağdaşır şe-

kilde mevzuat düzenlenmesinin yapılmasıyla tanık delilinin idari yargılama hukukuna kazandırılması adil yargılanma hakkının etkinliğinin sağlanması ve hukuk devleti ilkesinin güçlendirilmesi açısından önem arz etmektedir.

## KAYNAKLAR

- AKINCI, Müslüm, Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKKAN, Mine, “Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, 2015, ss. 555-609.
- AKMERCAN, Fatih, “Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2018, ss. 151-192.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARDIÇOĞLU, Artuk, “İdari Yargıda Tanık”, Yaklaşım Dergisi, Ankara, S. 215, Kasım 2010, ss. 297-303.
- ASLAN, Zehreddin, “Türk İdari Yargı Sisteminde Resen Araştırma İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 23-24, Ekim 2000-Mart 2001, ss. 53-58.
- BİLGİN, Hüseyin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- CEYLAN, Mahmut, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- CEYLAN, Mahmut, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, S. 16, Aralık 2018, ss. 325-341.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- EVREN, Çınar Can, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, ss. 701-723.

- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukukuna Giriş, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- GÖKTÜRK, Neslihan, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2016, ss. 347-409.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GÜMÜŞKAYA, Gamze, "Türk Vergi Yargılaması Hukuku'nda Duruşma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, 2008, ss. 15-48.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- HONDU, Selçuk, "İdari Yargılama Usulünde 'Duruşma' Yapılması ve Uygulamadaki Durum", Danıştay Dergisi, S. 89, 1995, ss. 3-16.
- İÇER, Zafer, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 1, ss. 179-226.
- KAPLAN, Gürsel, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü Ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2014, ss. 33-46.
- KARAVELİOĞLU, Celâl, Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KIZIL, Muhammet, "Tanık İfadesi ve İnandırıcılık", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2014, ss. 396-408.
- KÜÇÜK, Çolpan Mücahit, "İdari Yargıda Tanık", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 1, 2021, ss. 551-572.
- NOHUTÇU, Ahmet, İdari Yargı, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- OCAK, Memduh, "İdari Yargıda Duruşmanın Adil Yargılanması Açısından İncelenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 145, 2019, ss. 349-367.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

SARIASLAN, Osman, “Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma Ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re’sen Araştırma İlkesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 6, S. 12, 2018, ss. 647-692.

TANRIVER, Süha, Medeni Usûl Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

YILDIRIM, Ramazan/AVCI, Mustafa, Türk İdârî Rejimine Giriş, Astana Yayınları, Ankara, 2015.

YILMAZ, Dilşat, “Usul Ekonomisi İlkesi Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 2, 2019, ss. 267-320.

<https://www.lexpera.com.tr>

## TEMYİZ KANUN YOLUNDA UYGULANAN PARASAL SINIRIN HER YIL ARTIRILMASININ GÖRÜLMEKTE OLAN İDARİ DAVALARA ETKİSİ

Doç. Dr. Yasin SÖYLER\*

Muhammet YILMAZ\*\*

### Öz

İdari yargılama usulünde 2016 yılında getirilen yeni sistem, idari davaların esasen istinaf aşamasında bölge idare mahkemelerince kesin olarak çözümlenmesini öngörmektedir. Önemli olduğu varsayılan ve kanunda sınırlı olarak sayılan bazı davalar ise temyize tabi tutulabilmektedir. Temyize tabi tutulabilecek davalar kanunda sayılırken konu itibarıyla belirtilen bazı davaların yanı sıra, konusu para olan idari davalar açısından da bir belirleme yapılmıştır. Buna göre, yeni sistemin yürürlüğe konulduğu 2016 yılı itibarıyla konusu yüz bin Türk Lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar, temyize tabi tutulabilecek nitelikte olan davalardır. Fakat kanunda düzenleme altına alınan bu parasal sınırın, enflasyon karşısında değerini kaybetmemesi amacıyla her yıl yeniden değerlendirilmesine göre artırılmasına yönelik bir düzenlemeye de kanunda ayrıca yer verilmiştir. Bu noktada, bu şekilde her yıl artırılan temyiz sınırının görülmekte olan idari davaları da etkileyip etkilemeyeceği konusu, önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Makalede bu soruya bir cevap aranmaktadır.

\* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof., Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Ankara, Turkey.

✉ yasin.soyler@asbu.edu.tr • ORCID 0000-0002-8833-9230

\*\* Danıştay Tetkik Hakimi, Ankara, Türkiye | Rapporteur Judge of the Turkish Council State, Ankara, Turkey.

✉ muhammetyilmaz@hotmail.de • ORCID 0000-0002-5711-8478

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: SÖYLER Yasin / YILMAZ Muhammet “Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2131-2168.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Temyiz • Parasal Sınır • Kanun Yolu • Hukuk Devleti • Hukuki Güvenlik

## THE EFFECT OF YEARLY INCREASING THE MONETARY LIMIT APPLIED IN LEGAL REMEDY ON THE PENDING ADMINISTRATIVE CASES

### Abstract

The new system on administrative trial procedure, which came into effect in 2016, foresees to substantially resolve administrative actions by regional administrative courts at the level of appellate. On the other hand, cases assumed to be vital and qualified in the law may also be subject to appeal. When enumerating the cases that can be subject to appeal, in addition to the cases specified in terms of their subjects, a determination has been made for administrative actions, whose subject is money. According to this, as of the date of entry into force of the new system in 2016, tax actions, full remedy actions and actions filed about the administrative procedures exceeding one hundred Turkish Liras may be appealed. However, to preclude the monetary erosion of this financial limit, a new regulation has been introduced in the law so as to increase it in accordance with the revaluation ratio. At this point, whether increasing each year the financial limits will have repercussions for administrative actions emerges as a vital problem. This essay is an attempt to address this problem.

### Key Words

Appeal • Financial Limitation • Legal Remedy • Rule of Law • Legal Security

## GİRİŞ

Türk idari yargılama usulünde davaları hızlı bir şekilde sonuçlandırabilmek ve yüksek mahkemelerin iş yükünü azaltarak onları tam anlamıyla içtihat mahkemesine dönüştürebilmek amacıyla, konusu para olan davalardan miktarı göreceli olarak düşük olanların temyize tabi tutulmaması yönünde bir hukuk siyaseti izlenmektedir. İdari Yargılama Usul Kanunu'nda bu anlayışı yansıtan hükümlere açıkça yer verilmiştir. Söz konusu kanunda, konusu para olan idari davalardan miktarı belirli bir düzeyi aşmayanlar temyize tabi tutulmamış, bölge idare mahkemesi kararlarıyla bu davaların kesinleşmesi kabul edilmiştir.

Öte yandan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda temyiz kanun yolu için öngörölmüş bu parasal sınırın, enflasyon karşısında değer kay-



betmemesi için Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca her yıl yayımlanan yeniden değerlendirme oranına göre artırılması yönünde bir esas da benimsenmiştir. Bu düzenleme karşısında anılan kanunda öngörülen temyiz sınırı her yıl artırılmakta ve temyiz kanun yoluna başvuru tarihine göre bu sınırın uygulanması durumu söz konusu olmaktadır.

Fakat bununla birlikte uygulamada, her yıl artan temyiz sınırının görülmekte olan davaları da etkileyeceği kabul edilmekte, Danıştay içtihatları bu şekilde bir gelişim göstermektedir. Bir diğer deyişle açıldığı tarihte temyize tabi olan bir dava, temyiz sınırındaki artıştan dolayı temyize başvurulduğu tarihte bu kanun yoluna tabi olmaktan çıkabilmektedir. Bu nedenle de kişiler davalarını açtıkları vakit, bu davanın ileride temyize tabi olup olamayacağını tam olarak kestirememektedirler.

Bu uygulamanın pozitif hukukta, yani İdari Yargılama Usul Kanunu'nda bir karşılığının bulunup bulunmadığı ve ayrıca hukuk devleti ilkesi ile eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı gerçekten incelenmeye değer bir konudur. Makalemizde bu sorulara yanıt aranmaya çalışılmıştır.

## I. PARASAL SINIRA DAYALI İDARİ YARGILAMA USULÜ

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki Türk idari yargılama usulünde parasal sınırlar, konusu para olan davalar açısından kabul edilmiştir. Keza parasal sınıra dayalı yargılama usulü, dava açma hakkının kullanılmasına ilişkin bir sınırlandırma olarak değil, aksine idari davalar açıldıktan sonra bunların tek hâkim ya da kurul halinde görülmesi, duruşma yapılmasına gerek olup olmaması ve özellikle istinaf ve kanun yollarına başvuru hakkının bulunup bulunmamasında belirleyici bir ölçüt olarak uygulanmaktadır. Bu nedenle Türk idari yargılama usulünde, konusu para olan idari davaların dava miktarı ne olursa olsun, miktara dayalı bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın kişilerin dava açma hakkı bulunmaktadır. İdari yargılama usul kanunlarında zorunlu idari başvurunun öngörüldüğü hallerde bile bu zorunluluk, uyuşmazlıkların parasal miktarının esas alınmasından kaynaklanmamakta, yine idari davaların çözümünde arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kabul edilmediğinden, uyuşmazlık miktarına göre bu tür yöntemle-

re başvurulmasını zorunlu kılan kurallar bulunmamaktadır. Açılan davaların kaybedilmesi halinde vekâlet ücreti de dâhil olmak üzere yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılması ise bundan farklı olarak dava açma hakkının kullanılmasını doğrudan sınırlandıran bir husus değildir.

Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere idari yargılama usulünde kabul edilen parasal sınırlara göz atıldığında, bu parasal sınırların, dava miktarı göreceli olarak düşük olmasından dolayı daha az önem taşıdığı varsayılan davaların hızlı bir şekilde sonuçlandırılması ve mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi amacıyla getirildiği görülmektedir<sup>1</sup>. Miktarı düşük olan davaların tek hâkimle karara bağlanması ve bunlar için duruşma zorunluluğunun öngörülmemesi bu davaların hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasını amaçlarken, istinaf ve temyize ilişkin parasal sınırların<sup>2</sup> öngörülmesi ise bununla birlikte ayrıca bölge idare mahkemeleri ile Danıştay'ın iş yükünün hafifletilmesi amacını taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi, yargılama usulüne ilişkin bu tür parasal sınırların ölçülü ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması kaydıyla Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığına karar vermektedir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Medeni yargılama usulü açısından aynı yönde bkz. ÖZBAY, İbrahim, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar", İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 424.

<sup>2</sup> Bundan sonra "istinafa ilişkin parasal sınır" deyimini "istinaf sınırı", "temyize ilişkin parasal sınır" deyimini ise "temyiz sınırı" olarak ifade edilecektir.

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre, "31. Hukuk yargılamasında, sonuçları dikkate alındığında bazı dava türleri ve değerine göre bazı davalar için (ceza yargılamasında olduğu gibi) 'az önemli davalar' kriteri altında temyiz sınırı öngörülmesinin ve kanunda belirlenen sınırların, adalet duygusunu rencide edecek veya hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açacak boyutta bulunmaması durumunda anayasal hakları ihlal etmeyeceği açıktır (AYM, E. 2006/65, K. 2009/114, 23/7/2009). 32. Bu kapsamda gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmeksizin uyumazlıkların makul sürede bitirebilmesi (bitirilebilmesi olacak) amacıyla bir kısım mahkeme kararına karşı temyiz yolunun kapalı tutulmasının anayasal hakları ihlal ettiği söylenemez." AYM, Abdurrahman Şanda Başvurusu, B. No. 2014/3907, 7.12.2016, & 27. Aynı yönde bkz. AYM, Emine Halaç ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2017/38981, 15.9.2020, & 32. AYM, E. 1985/23, K. 1986/2, 20.1.1986. AYM, E. 2001/232, K. 2001/89, 23.5.2001. AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 1.10.2020, & 30-37. Bununla birlikte doktrinde, istinaf ve temyize ilişkin bu şekilde parasal sınırlar belirlenerek bazı davalar bakımından kişilere kanun yoluna başvuru yolunun kapatılmasının, hak arama özgürlüğüne ve bu bağlamda mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturacağını sa-

vunan yazarlar da vardır. Bu çerçevede özellikle temyiz sınırına ilişkin bu yöndeki bir görüş için bkz. YILMAZ, Ejder, “Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 1, 1988, s. 149-151. İdari yargılama usulünde istinaf ve/veya temyiz sınırına ilişkin aynı yönde bkz. AYDINOĞLU, Zeynep Nihal, “İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 9, Sayı 34, Nisan 2018, s. 401-402. BOZ, Selman Sacit/TETİK, Ahmet Talha/BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan/NACAK, Mehmet, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, 1. Baskı, Ed. BOZ, Selman Sacit, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 45, dipnot no. 125. AKYILDIZ, Ali, “İstinafa İksel Bakmak”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Ankara, Mayıs 2015, s. 24. Kanaatimizce ölçülü olmak kaydıyla hukuk sistemimizde, tam yargı davaları bakımından istinaf ve temyiz konusunda parasal bir sınır belirlenmesine engel oluşturan anayasal bir hüküm bulunmamaktadır. Genel olarak idari davalara ilişkin aynı yönde bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdarî Yargılama Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2020, s. 762. SEVİNÇ, Ekin, “İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 437. Medeni yargılama usulü açısından aynı yönde bkz. ALANGOYA, Yavuz, “Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı”, TBB 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 55, Ankara, 2004, s. 40. İptal davaları açısından ise bunlardan konusu para olanları, parasal sınıra dayalı bir değerlendirmeye istinaf ya da temyize tabi tutup tutmamanın isabetli bir yaklaşım olduğu söylenemez. Konusu para olan iptal davaları arasında, dava konusu parasal miktara dayalı olarak miktarı yüksek olan davaları daha önemli, düşük olan davaları ise daha önemsiz addetmenin mantıklı bir izahı yoktur. Benzer yönde bkz. AKYILDIZ, s. 30. Bu davalar arasında istinaf ya da temyize tabi olmak açısından bir ayırım yapılacaksa eğer, bu ayırım dava konusu parasal miktara göre değil bizatihi davanın konusuna göre yapılmalıdır. Zira konusu para olan iptal davalarında, hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla tespit edilen idari bir işlem ya da sözleşmenin hukuk âleminde silinmesi, parasal miktar düzeyine bakılmaksızın bu tür davaların tamamı açısından önemlidir ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Aynı yönde bkz. AYDINOĞLU, s. 402. Bu nedenle ölçülülük ilkesine uygun olması kaydıyla, daha önemsiz olduğu varsayılan bazı iptal davalarının istinaf ya da temyiz denetiminden muaf tutulması mümkün olabilmeli, parasal sınıra dayalı bir yaklaşımdan ise uzak durulmalıdır. Ayrıca ülkemizde özellikle, aşağıda ayrıca belirtileceği üzere idari yargılama usulünde temyiz sınırı 2021 yılında 192.000 TL miktarına ulaştığından, bu miktarı temyiz kanun yoluna başvuru açısından ölçülü olarak değerlendirmek de mümkün değildir. Örneğin ortalama bir devlet memurunun özlük haklarından kaynaklanan çoğu davanın ya da sıradan kabahat oluşturan çoğu idari ihlal karşısında uygulanan idari para cezasının, bu temyiz sınırı karşısında temyize tabi bir dava olması mümkün olmayacaktır. Bu durum, devlet memurları ile söz konusu idari para cezalarına muhatap kişilerin mahkemeye erişim hakları ile hüküm denetlenmesini talep haklarının sınırlandırılmasında ölçüsüz bir müdahale ortaya çıkardığı gibi *sosyal devlet ilkesi* ile *eşitlik ilkesinin* uygulanması açısından da so-

Ayrıca idari yargılama usulünde yer verilen bu parasal sınırların, genel itibarıyla *kamu düzenine* ilişkin olduğu da kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Aslında bu parasal sınırlar belirli bir ölçüde mahkemelerin görev alanlarıyla da ilgili olduğundan ve idari yargılama usulünde görev konusu kamu düzeninden kabul edildiğinden, bunun doğal bir sonucu olarak da parasal sınırların kamu düzenine ilişkin olduğu söylenebilir. Parasal sınırların kamu düzeninden kabul edilmesi; bu sınırların kanun yolu aşamaları da dâhil olmak üzere yargılamanın her aşamasında gözetilmesini ve tarafların bir itirazı olmasa bile mahkemelerce re'sen dikkate alınmasını zorunlu kılar<sup>5</sup>.

### A. Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınır

2014 yılında yürürlüğe konulan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la<sup>6</sup> idari yargılama usulünde önemli değişiklikler yapılmış, bu çerçevede istinaf kanun yolu ilk kez hukuk sistemimize dâhil edilmiş ve bunun bir sonucu olarak temyiz kanun yolu yeniden düzenleme altına alınmıştır<sup>7</sup>. Üç dereceli bir

---

runlara neden olmaktadır. Konunun sosyal devlet ilkesiyle ilişkisi ve istinaf sınırı hakkında benzer yöndeki bir görüş için bkz. SEVİNÇ, s. 437, 440-441. BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 92. Medeni yargılama usulünde uygulanan istinaf ve temyiz sınırı hakkında aynı yönde bkz. PEKCANITEZ, Hakan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 133, 2017, s. 245. Öte yandan doktrinde, İYUK'ta öngörülen temyiz sınırının düşük olduğu, bunun yükseltilmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır. Bu yönde bkz. TOKLU, Esat, "İdari Yargının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay Başkanlığı 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 2018, Danıştay Yayınları No. 99, Ankara, 2018, s. 144-145. Yukarıda belirtilen gerekçelerle bu tür görüşlerin isabetli olduğu söylenemez.

<sup>4</sup> Bu yöndeki bir karar için bkz. D.3.D., 5.3.2019, E. 2019/808, K. 2019/1570.

<sup>5</sup> İdari yargılama usulünde *kamu düzeni* kavramının bu anlamı için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Eylül 2020, s. 132. ÇAĞLAYAN, İdarî Yargılama Hukuku, s. 123.

<sup>6</sup> RG: 28.6.2014, 29044.

<sup>7</sup> Bölge idare mahkemelerinin istinaf sistemine uygun bir şekilde göreve başlayacakları tarihe ilişkin olarak ise 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un geçici 20. maddesine, "Adalet Bakanlığı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde, Kanunun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesinde öngörülen bölge idare mahkemelerini kurar. Bölge idare mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttta göreve başlayacakları tarih, Resmî Gazete'de ilan edilir. Mevcut bölge idare mahkemeleri, yeni kurulan bölge idare mahkemelerinin göreve başlayacakları tarihe kadar faaliyetlerine devam ederler."

sistem olarak öngörülen yeni yapılanmada<sup>8</sup> kural olarak, konusu beş bin Türk lirasını<sup>9</sup> geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hariç olmak üzere idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlara karşı bölge idare mahkemelerine istinaf başvurusunda bulunulabileceği<sup>10</sup>; bölge idare mahkemeleri tarafından bu çerçevede verilen kararların ise İYUK'un 46. maddesinde açıkça sayılan davalar hariç olmak üzere kesin nitelik taşıyacağı belirtilmiştir (md. 45/6). Bu düzenleme ile idare ve vergi mahkemelerince verilen kararların kural olarak istinaf aşamasında kesin nitelikte çözüme kavuşturulması, istisnai olarak ise daha önemli olduğu varsayılan ve tahdidi olarak sayılan bazı davaların istinaf incelemesinden sonra ayrıca temyiz dene-timine tabi tutulması amaçlanmıştır<sup>11</sup>. Bu yaklaşımda, Danıştay'ın iş

---

şeklinde bir hüküm konulmuş; bu hükmün gereği olarak söz konusu mahkemelerin, 20 Temmuz 2016 yılında tüm yurttta göreve başlayacakları Adalet Bakanlığı tarafından Resmî Gazete'de yayımlanan bir karar ile duyurulmuştur. Bu karar için bkz. RG: 7.11.2015, 29525.

- <sup>8</sup> AVCI, Mustafa, "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (96), 2011, s. 180. DEMİRKOL, Selami, "İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü-Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Rolü'nün Güçlendirilmesi", 148. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu, Ankara, Mayıs 2016, s. 116.
- <sup>9</sup> Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca belirlenen yeniden değerlendirme oranına göre bu sınır, 2021 yılında 7.000 TL olarak uygulanmaktadır.
- <sup>10</sup> İstisnai olarak İYUK'un 20/A ve 20/B maddelerinde düzenlenen *ivedi yargılama usulü* ile *merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde* ise idare mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı bölge idare mahkemelerinde istinaf yoluna değil doğrudan Danıştay'da temyiz kanun yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür.
- <sup>11</sup> BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 48. AYDINOĞLU, s. 394-395. AKYILDIZ, s. 25. SANCAKDAR, Oğuz, "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Ankara, Mayıs 2016, s. 41. Bu arada belirtmek gerekir ki İYUK'un 46. maddesinin birinci fıkrasında "*Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir: ...*" şeklinde bir hükme yer verilmiş olduğundan, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından verilen kararların tamamı, parasal bir sınır değerlendirmesi yapılmaksızın temyize tabi tutulabilecektir. Benzer yönde bir düzenleme HMK'nın 362. maddesinde yer almasına rağmen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aksi yönde bir karar vererek, bölge adliye mahkemelerinin kararları açısından getirilmiş olan temyiz sınırının ilk derece mahkemesi olarak bakılan davalarda Yargıtay kararları açısından da geçerli olacağına hükmetmiştir. Bu karar ve bu kararın eleştirisi için bkz. KONURALP, Orhan Emre, "Hâkimlerin ve Bilirkişilerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Verilen

yükünün hafifletilerek dosyaların bu mahkemede uzun yıllar bekleme-sinin önüne geçilmesi ve Danıştay'ın tam anlamıyla bir içtihat mahke-mesine dönüştürülmesine yönelik bir hedef de bulunmaktadır<sup>12</sup>. Nite-kim 6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde bu hususa yönelik bir açık-lamaya da yer verilmiştir<sup>13</sup>.

İYUK'un 46. maddesinde tahdidi olarak (*numerus clauses*) sayılan davalara bakıldığında ise bu davaların büyük kısmının konu itibarıyla belirlendiği, sadece bir durumda ise konusu para olan davalar bakımın-dan parasal sınıra dayalı bir belirleme yapıldığı görülmektedir. Konu itibarıyla yapılan belirlemelerde, işlem ya da mevzuat türüne göre bir ayırım yapılmış<sup>14</sup>, parasal sınıra dayalı belirlemede ise vergi davaları,

---

Mahkeme Kararları İçin Uygulanacak Kanun Yoluna Başvuru Sınırı Üzerine Bir Hukuk Genel Kurulu Kararının Düşündürdükleri", Hacettepe HFD, 9 (2), 2019, s. 540-545. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Danıştay'ın bu yönde bir kararı bulunma-maktadır. Öte yandan açık HMK hükümleri karşısında Yargıtay'ın bu kararında isabet bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir.

<sup>12</sup> BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 90. AKYILDIZ, s. 16. YILDIRIM, Ramazan, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Ankara, Mayıs 2015, s. 35. ASLAN, Zehreddin ve di-ğerleri, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil), Ed. ASLAN, Zehreddin, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 376.

<sup>13</sup> Bu açıklama şu şekildedir: "2577 sayılı Kanununun 46 ncı maddesinde yapılan değişiklikle, istinaf mahkemelerince karara bağlanacak konulardan hangisinin temyiz yolu ile Danıştay'a gideceği belirlenmekte olup, bu maddede tahdidi olarak sayılan bu konular dışındaki davalar-ın bölge idare mahkemelerinde istinaf incelemesi neticesinde kesinleşmesi öngörülmektedir. Böylece Danıştay'ın temyizen karara bağladığı iş yükünün yaklaşık yüzde seksen oranında azaltılarak Danıştay'ın içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesi amaçlanmaktadır." Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>, Erişim Tarihi: 7.1.2021.

<sup>14</sup> Örneğin "düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları" ya da "belirli bir meslek-ten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran iş-lemelere karşı açılan iptal davaları" şeklinde yapılan belirlemeler işlem türüne dayılı iken "maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar" ya da "6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından do-ğan davalar" şeklinde yapılan belirlemeler ise mevzuat türüne dayalıdır. Bu ayrırı-mın sonucu olarak mezkûr maddede öngörülen işlemler ve mevzuat türlerinden kaynaklanan iptal ve tam yargı davalarının, parasal sınıra ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın doğrudan Danıştay'da temyiz edilebilecek davalar olduğunun kabu-lü gerekir. Bu yönde verilmiş yakın tarihli Danıştay kararları bulunmaktadır. Bkz. D8D, 6.11.2020, E. 2020/4791, K. 2020/4978. D13D, 1.4.2019, E. 2019/1087, K. 2019/996. Fakat aksi yönde daha eski tarihli Danıştay kararları da vardır. Örneğin bir kararında Danıştay, maden mevzuatının uygulanmasından kaynaklı 76.010,00

tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılacak iptal davaları açısından dava konusunun 100.000 TL'yi aşması<sup>15</sup> bir kriter olarak ortaya konulmuştur. Bu durumda, parasal sınır kriteri uygulanmaksızın 46. maddede konu itibarıyla sayılan davalarla bunun dışında kalan ve konusu 100.000 Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan iptal davaları, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi<sup>16</sup> Danıştay'da temyiz edilebilecektir.

TL miktarındaki paranın iadesi amacıyla açılan bir davada -İYUK'un 46. maddesine göre maden mevzuatının uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar temyiz edilebilir niteliktedir-, dava konusu miktarın temyiz sınırının altında kaldığı gerekçesiyle temyiz istemlerini incelenmeksizin reddetmiştir. Bkz. D.8.D., 24.12.2018, E. 2018/6768, K. 2018/8939. Maden mevzuatının uygulanması konusunda aynı yöndeki diğer bazı Danıştay kararları için bkz. D.8.D., 10.12.2018, E. 2018/6508, K. 2018/8137. D.8.D., 14.2.2019, E. 2017/5537, K. 2019/1058. D.8.D., 21.2.2019, E. 2017/5628, K. 2019/1235. D.8.D., 14.1.2019, E. 2019/89, K. 2019/20. D.8.D., 10.12.2018, E. 2018/6605, K. 2018/8135. Bu yöndeki kararlar kanaatimizce isabetli değildir. İYUK'un 46. maddesinde işlem ya da mevzuat türü belirtilerek yer verilen davalar, bunların konusunun para olmasından bağımsız olarak temyize tabi tutulabilecek davalar olarak sayılmıştır. Bu görüşe, anılan Danıştay kararlarında karşı oy olarak yer verilmiş olduğunu da ayrıca belirtmemizde fayda var. Nitekim bu esastan hareketle Danıştay 8. Dairesi, aksi yöndeki içtihadını sonradan bu şekilde değiştirmiştir.

<sup>15</sup> İdari yargılama usulü ile medeni yargılama usulünde kabul edilen temyiz sınırı birbirinden farklıdır. İdari yargılama usulündeki temyiz sınırı 100.000 TL iken medeni yargılama usulündeki temyiz sınırı 40.000 TL'dir. Yeniden değerlendirme oranlarına göre yapılan artışlarla bu sınırlar, 2021 yılında sırasıyla 192.000 TL ve 78.630 TL'ye çıkmıştır. Ayrıca idari yargılama usulünde temyiz sınırı, alacağın tamamının dava edilmiş olup olmadığından bağımsız olarak dava dilekçesindeki talep miktarına göre belirlenirken, medeni yargılama usulünde alacağın tamamı esas alınarak mahkemece reddedilen miktara göre belirlenmektedir. Bu farklılıklardan dolayı örneğin 100.000 TL tazminat istemli bir davanın sırf adli ya da idari yargı mercilerinde görülmesine göre, verilen bölge idare ya da bölge adliye mahkemesi kararlarının temyize tabi olması ya da olmaması durumu söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce bu farklılığı haklı kılan hiçbir neden bulunmamaktadır. Hatta idari yargılama usulündeki temyiz sınırının medeni yargılama usulüne göre çok daha yüksek tutulması ve alacağın tamamının dava edilmediği hallerde alacak miktarının tamamına göre değil de dava dilekçesinde belirtilen miktara göre davanın temyize tabi tutulup tutulmayacağına karar verilmesi, idari davalarda kişiler karşısında idareye haksız bir üstünlük sağlamaktadır. Bu durumun, idari davaların görülmesinde eşitlik ilkesi ile adil yargılama hakkına aykırılık oluşturduğu söylenebilir.

<sup>16</sup> İYUK'un 46. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi" ibaresi, bu ibareyi de bünyesinde barındıran 46. madde değişikliğinin yürürlüğe girdiği 2014 tarihinden önce diğer kanunlarda yer

Öte yandan İYUK'da, konusu 100.000 TL'yi aşan davalar açısından bu miktarın değer kaybının önüne geçilmesi amacıyla her yıl yeniden değerlendirme oranları esas alınarak bir artış yapılacağı öngörülmüştür. Buna göre, bu Kanunda öngörülen parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanacak ve bu şekilde belirlenen sınırların 1.000 TL'yi aşmayan kısımları dikkate alınmayacaktır (Ek madde 1)<sup>17</sup>. Ek 1. maddede yer verilen bu hüküm, İYUK'da yer alan tüm parasal sınırlara uygulanabilir nitelikte olduğundan, temyiz sınırı olan 100.000 TL'nin de her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılması söz konusu olmaktadır. İstinaf sisteminin uygulanmaya başlandığı 2016 yılında 100.000 TL olarak belirlenmiş olan bu sınır, bu tarihten sonra uygulanan yeniden değerlendirme oranlarının sonucu olarak 2017 yılında 103.000 TL, 2018 yılında 117.000 TL, 2019 yılında

---

alan aksi yöndeki hükümler bakımından uygulanabilir niteliktedir. Bu tarihten sonra yürürlüğe konulan kanunlarla aksi yönde hükümlerin getirilmesi halinde, *sonraki tarihli hükmün önceliği ilkesi* gereğince elbette bu sonraki tarihli kanun hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır.

<sup>17</sup> İYUK'taki hükme benzer şekilde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılmasına yönelik bir uygulamanın, hukuki belirliliği ortadan kaldırdığı ve bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğunu düşünen yazarlar da vardır. Bu yönde bkz. PEKCANITEZ, Hakan, "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, 144, 2019, s. 417-418. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 150, 2020, s. 256, dipnot no. 9. İdari yargılama usulü açısından aynı yönde bkz. BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 92. Kanaatimizce bu yöndeki bir uygulama, doğrudan hukuki belirsizlik oluşturmaz. Tam aksine kanunlarda öngörülen parasal sınırların enflasyon karşısında tabiri caizse eriyip gitmesini engeller. Öte yandan her yıl yeniden değerlendirme oranına göre oluşan parasal sınırların bir tebliğle Resmî Gazete'de yayımlanmaması ve yeni miktarların Cumhurbaşkanlığı tarafından yayımlanan Mevzuat Bilgi Sistemi'ne işlenmemesinin ise bir hukuki belirsizlik oluşturacağı söylenebilir. Benzer yönde bkz. TAŞPINAR AYVAZ, Sema, "İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, s. 164-165. ÖZBAY, s. 425-426.



144.000 TL, 2020 yılında 176.000 TL olarak uygulanmış<sup>18</sup>, 2021 yılında ise 192.000 TL olarak uygulanmaya devam etmektedir.

Bu noktada karşımıza şu şekilde önemli bir sorun çıkmaktadır: İYUK'da temyiz sınırına ilişkin yer verilen bu miktarlarda her yıl yapılan değişiklikler, daha önce açılmış olan idari davaları etkileyecek midir?<sup>19</sup> Somutlaştırmak adına bir örnek üzerinden sorunu ele alırsak, örneğin bir kişi hakkında verilmiş olan 110.000 TL miktarındaki idari para cezasına karşı 2016 yılında açılan bir davada verilen ret kararı üzerine yapılan istinaf başvurusunda, bölge idare mahkemesince de 2019 yılında ret kararı verildiğini varsaydığımızda, bölge idare mahkemesince verilen bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunulabilecek midir? Bu durumda ya kişinin 110.000 TL miktarındaki idari para cezasına karşı dava açtığı 2016 yılı esas alınarak bu yılda temyiz sınırı 100.000 TL olduğu için, bölge idare mahkemesince verilen karar 2019 yılına ilişkin olsa bile bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunulabileceği ya da bunun tam aksine bölge idare mahkemesinin kararı 2019 yılına ilişkin olduğundan, bu yılda geçerli olan 144.000 TL miktarındaki parasal sınır esas alınarak temyiz başvurusunda bulunulamayacağı ileri sürülebilir. Hemen belirtmek gerekir ki Danıştay içtihadı, istikrarlı bir şekilde ikinci görüşten yana olmuştur. Bir alt bölümde Danıştay'ın bu içtihadını, aynı konu hakkında geliştirilmiş benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarıyla birlikte ele alarak, ondan sonraki bölümde Danıştay'ın bu içtihadının hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri açısından oldukça sakıncalı sonuçlar doğurmaya müsait olduğunu ifade etmeye çalışacağız.

Makalemizin inceleme konusu temyiz sınırının her yıl yeniden değerlendirilmesine göre artırılmasının görülmekte olan idari davaları ne şekilde etkileyeceğine ilişkin olmakla birlikte, bu inceleme sonunda ulaştığımız bazı yargıların, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

<sup>18</sup> [https://www.turmob.org.tr/arsiv/mbs/pratikBilgiler/vergi\\_davalarinda\\_parasal\\_sinirlar\\_2020-C.pdf](https://www.turmob.org.tr/arsiv/mbs/pratikBilgiler/vergi_davalarinda_parasal_sinirlar_2020-C.pdf), Erişim Tarihi: 11.2.2021.

<sup>19</sup> Aynı sorunun vergi davaları açısından tartışıldığı bir çalışma için bkz. BALCI, Mustafa, "Vergi Yargısında Parasal Tutar Olarak Kesin Kararlar ve Kanuni Hâkim Yönünden Bazı Sakıncalı Durumlar", <https://vergialgi.net/vergi-yargisinda-parasal-tutar-olarak-kesin-kararlar-ve-kanuni-hakim-yonunden-bazi-sakincali-duruml>, s. 2, Erişim Tarihi: 9.4.2021.

(İYUK)'nda parasal sınıra yer verilen diğer bazı konularla da ilişkili olabileceğini düşündüğümüzden, bütünleşik ve mukayeseye dayalı bir yaklaşım ortaya koyabilmek adına bu konulara da bu başlık altında ayrıca yer vermekte fayda görüyoruz.

## B. İstinaf Kanun Yoluna Tabi Davaların Belirlenmesinde

### Parasal Sınır

İYUK'un 45. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörül-müş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.*" Görüldüğü üzere konusu para olan idari davalarda istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi için dava konusunun beş bin Türk Lirasını aşması gerekir. Kanunda öngörülen bu sınır, her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre artırıldığından en son 2021 yılında 7.000 TL miktarına gelmiştir. Konusu para olmayan davalarda ise haliyle bu sınır geçerli olmayacaktır. Bu nedenle bu nitelikteki davaların tamamı, istinaf kanun yolu denetimine tabi tutulabilir.

Yukarıda belirtildiği üzere aynen temyiz sınırının belirlenmesinde olduğu gibi istinaf sınırının belirlenmesinde de davanın açıldığı tarihte mi yoksa ilk derece mahkemesinin karar verdiği tarihte mi geçerli olan parasal sınırın esas alınacağına ilişkin İYUK'ta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca yayımlanan yeniden değerlendirilme oranlarına göre istinaf sınırı her yıl artırıldığından, *doğrudan uygulama ilkesi* gereğince bölge idare mahkemeleri, ilk derece mahkemelerinin karar verdiği tarihte geçerli olan istinaf sınırını esas almaktadırlar<sup>20</sup>. Bölge idare mahkemelerinin bu yaklaşımı, aşağıda ayrıntılı bir şe-

<sup>20</sup> İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6. İdari Dava Dairesi, 25.1.2021, E. 2020/1015, K. 2021/198. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 6. İdari Dava Dairesi, 3.2.2021, E. 2020/1241, K. 2021/274. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Birinci İdari Dava Dairesi, 30.11.2020, E. 2020/1405, K. 2020/594. Bu son kararın künyesine BALCI'nın makalesinden ulaşılmıştır. Bkz. BALCI, s. 8. Bölge idare mahkemelerinin bu çerçevede vermiş olduğu kararlara karşı yapılan temyiz başvurularında Danıştay da bölge

kilde inceleneceği üzere temyiz sınırı ile ilgili Danıştay yaklaşımı ile aynı yöndedir. Fakat parasal olarak, temyiz kanun yoluna göre istinaf sınırının hem düşük olması hem de bundan kaynaklı olarak yeniden değerlendirilme oranlarına göre bu sınırdaki yapılan değişikliklerin her yıl yüksek miktarlarda artmamasından dolayı, burada ele almaya çalıştığımız sorunun bölge idare mahkemesi kararlarına yansıyan çok fazla bir yönü bulunmamaktadır. Buna rağmen biz temyiz sınırında yapılan artışların görülmekte olan idari davaları etkilememesi gerektiğine ilişkin görüşümüzün, üçüncü bölümde belirtilen aynı gerekçelerle istinaf sınırındaki artışlar bakımından da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

### C. Tek Hâkimle Bakılabilecek Davaların Belirlenmesinde

#### Parasal Sınır

İlk derecede Danıştay'da görülecek davalar bir tarafa bırakılırsa kural olarak idari davalar, idare ve vergi mahkemelerinde açılır. Bölge idare mahkemeleriyle birlikte idare ve vergi mahkemelerinin kuruluş ve görevlerini düzenleyen 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre ise idare ve vergi mahkemelerinde birer başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme kurulları başkan ile iki üyeden oluşur (md. 4). Fakat istisnai olarak idare ve vergi mahkemelerinde açılan bazı davalar, kurul halinde değil tek hâkimle çözümlenebilmektedir. Bu husus hakkında anılan Kanunun 7. maddesinde özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre,

*"1. Uyuşmazlık miktarı yirmibeşbin Türk Lirasını aşmayan;*

*a) Konusu belli parayı içeren idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları,*

*b) Tam yargı davaları,*

*İdare mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir.*

2. 6 ncı maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri yirmibeşbin Türk Lirasını aşmayan davalar, vergi mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir." Görüldüğü üzere bu hükümle, konusu para olan idari davaların idare ve vergi mahkemelerinde

---

idare mahkemeleriyle aynı yönde kararlar vermektedir. Bkz. D.15.D., 1.11.2017, E. 2017/2697, K. 2017/6233. D.9.D., 15.10.2019, E. 2019/6243, K. 2019/4719. D.12.D., 16.8.2017, E. 2017/2052, K. 2017/3594. D.2.D., 26.9.2017, E. 2017/2081, K. 2017/5647.

görülmesinde, uyuşmazlık miktarının belli bir düzeyi aşmasına göre davaların tek hâkimle veya kurul halinde görülmesine ilişkin bir esas benimsenmiştir. Aynı Kanunun ek 1. maddesinde, burada öngörülen 25.000 TL miktarındaki parasal sınırın değer kaybına uğramaması amacıyla, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca belirlenen yeniden değerlendirme oranına göre artırılacağı da belirtilmiştir<sup>21</sup>. Bu çerçevede ilan edilen yeniden değerlendirme oranlarına göre burada yer verilen 25.000 TL miktarındaki parasal sınır, 2021 yılı için 57.000 TL olarak uygulanmaktadır<sup>22</sup>.

Öte yandan 2576 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinde, makalemizde ulaşıcağımız sonuçlar açısından oldukça önem taşıyan konu ile ilgili bir hükme daha yer verilmiştir. Ek 1. maddenin ikinci fıkrasına göre, *"Yukarıdaki fıkra uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere uygulanan parasal sınırların artışı, artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce idare ve vergi mahkemelerince nihaî olarak karara bağlanmış davalar ile Danıştayın bozma*

<sup>21</sup> 2576 sayılı Kanun'da yer verilen bu hükmün aynısına istinaf ve temyiz sınırları ile duruşma sınırı bakımından İYUK'un ek 1. maddesinde de yer verilmiştir. Bu çerçevede söz konusu kanunlarda yer alan parasal sınırlar, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından her yıl bir tebliğle Resmî Gazete'de yayımlanan yeniden değerlendirme oranına göre artmakta ve fakat yeniden değerlendirme oranındaki artışların, bu kanunlarda yer alan parasal sınırları hangi miktara getirdiğine ilişkin bir hesaplama yapılarak yeni yılda uygulanacak parasal sınırlar ayrıca ilan edilmemektedir. Hâlbuki diğer bazı kanunlarda yer alan parasal sınırlar açısından bu sınırların yeniden değerlendirme oranlarına göre hangi miktara kadar yükseldiği, her takvim yılı öncesinde yürürlüğe konulan tebliğlerle ilan edilmektedir. Örneğin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68. maddesinde, belirli bir miktarın altında bulunan uyuşmazlıklara karşı hakem heyetlerine başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümler getirilmiş, bunların her yıl yeniden değerlendirme oranlarına göre artırılması hüküm altına alınmış ve bu çerçevede her takvim yılı öncesinde yeniden değerlendirme oranlarına göre söz konusu kanunda yer alan bu parasal sınırların hangi miktara gelmiş olduğu belirlenerek Resmî Gazete'de bir tebliğle yayımlanmıştır. Bu çerçevede söz konusu parasal sınırların 2021 yılında hangi miktara gelmiş olduğunu ilan eden tebliğ için bkz. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırları Artırılmasına İlişkin Tebliğ*, RG: 26.12.2020, 31346. Kanaatimizce *hukuki belirlilik ilkesi* gereğince, aynı yöntemin idari yargılama usulünde kabul edilmiş olan parasal sınır artışları açısından da uygulanmasına yönelik bir zorunluluk getirilmelidir.

<sup>22</sup> 28.11.2020 tarihli ve 31318 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 521) ile yeniden değerlendirme oranı 2020 yılı için % 9,11 olarak tespit edilmiştir.

*kararı üzerine bozulan mahkemece yeniden bakılan davalarda uygulanmaz.”* Bu hükmün mefhum-u muhalifinden anlaşılmaktadır ki idari davaların tek hâkimle çözümlenmesine ilişkin parasal sınırdaki artışlar, görülmekte olan idari davaları etkileyecek ve yeni yılda yürürlüğe konulan artırılmış parasal sınırlara göre, davaların yeniden tek hâkimle mi yoksa kurul halinde mi bakılması gerektiğine karar verilmesi gerekecektir<sup>23</sup>. Fakat artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce idare ve vergi mahkemelerince nihai olarak karara bağlanmış davalar ile Danıştay’ın bozma kararı üzerine yeniden bakılan davalarda bu hüküm uygulanmayacaktır<sup>24</sup>. Bizi ilgilendiren boyutuyla konuyu bir örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse tek hâkimle çözülecek davalarda parasal sınırın 44.000 TL olduğu 2019 yılında 50.000 TL tazminat istemiyle açılan bir dava<sup>25</sup>, 2019 yılı içerisinde idare mahkemesinde kurul halinde görülecek ve fakat bu davada 2021 yılında karar verilmesi durumu söz konusu olduğunda bu yıldaki parasal sınır 55.000 TL olduğundan, dolayısıyla 50.000 TL tazminat istemini içeren dava bu yıl için geçerli olan parasal sınırın altında kaldığından bu davanın tek hâkimle sonuçlandırılması gerekecektir<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> “Olayda, iptali istenilen davalı idare işleminin konusu(nu) oluşturan hacizlerin dayanağı kamu alacağıın miktarının karar tarihi itibarıyla anılan kanunda tek hâkimle çözümlenecek davalar için öngörülen 36.000,00 TL sınırının üstünde olması nedeniyle davanın mahkeme kurulunca karara bağlanması gerekirken, tek hâkim tarafından görülüp çözümlenmesi yargılama hukukuna uygun düşmemiştir.” D.3.D., 5.3.2019, E. 2019/808, K. 2019/1570. (Alt çizgi, konunun vurgulanması amacıyla tarafımızca konulmuştur.)

<sup>24</sup> Bu yönde bkz. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi, 27.10.2016, E. 2016/943, K. 2016/126. Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 23.3.2017, E. 2017/270, K. 2017/292.

<sup>25</sup> Medeni yargılama usulünden farklı olarak idari yargılama usulünde istinaf ve temyiz sınırları, dava dilekçesinde gösterilen miktara göre ya da iptal davalarında idari işlemin para olan konusuna göre belirlenmektedir. Bkz. CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1087. Bu uygulamaya Danıştay içtihatlarıyla gelişmiştir.

<sup>26</sup> Bölge idare mahkemeleri, tek hâkimle verilecek kararlarda parasal sınırı genellikle ilk derece mahkemelerince karar verildiği tarihe göre belirlemektedir. Örnek bir karar için bkz. “... konusu belirli bir miktar paraya ilişkin olan işlemlerin iptali istemiyle açılan ‘iptal davaları’ ile bu nitelikteki işlemler üzerine birlikte açılan ‘iptal ve tam yargı davaları’nda, Mahkemenin (ilk derece mahkemesi kastediliyor) karar verdiği tarih itibarıyla 2576 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesinde belirtilen değerlendirme oranına göre, o yıl için belirlenen parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıkların tek hâkim tarafından çözümlenmesi gerekmektedir.” Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 25.1.2018, E. 2017/2119, K. 2018/146. Fakat aksi yönde, tek hâkimle verilecek kararlarda parasal

Bu düzenlemenin neden olabileceği mağduriyetleri ve hak ihlallerini şimdilik bir tarafa bırakarak, konumuz açısından önem taşıması nedeniyle burada tek hâkimle çözülecek davalarda parasal sınıra ilişkin artışların görülmekte olan idari davalara etkisi hakkında açık bir düzenlemeye yer verilmiş olduğu hususuna işaret etmemiz gerekir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere temyiz sınırını düzenleyen İYUK'ta, her yıl gerçekleşen artışların görülmekte olan idari davaları bu şekilde etkileyeceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İYUK'ta bu şekilde açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının bir anlamı bulunmadığı, buna rağmen her yıl artırılan temyiz sınırının görülmekte olan idari davaları yine de *derhal uygulama ilkesinin gereği* olarak etkileyeceği savunulabilirse de –ki biz bu düşüncede olmadığımızı aşağıda ayrıntılı bir şekilde izah etmeye çalışacağız– 2576 sayılı Kanun'da açıkça yer alan söz konusu hükümden hareketle geliştirilen bir uygulamanın, temyiz sınırı konusuna teşmil ettirilemeyeceği de şüphesizdir.

#### D. Duruşmalı İşlerde Parasal Sınır

İYUK'un 17 ilâ 19. maddelerinde, idari davaların görülmesinde duruşma usulü düzenlenmiş ve burada da bazı davaların duruşmalı görülebilmesi açısından parasal sınırlar öngörülmüştür. Fakat İYUK'ta yer alan parasal sınıra ilişkin diğer düzenlemelerden farklı olarak 17. maddede, iptal davalarının görülmesinde taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılma zorunluluğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yani iptal davasının konusunu paranın oluşturup oluşturması önem arz etmeksizin, bu davalarda taraflardan birinin isteği varsa

---

sınırı davanın açıldığı tarihe göre belirleyen bölge idare mahkemesi kararları da vardır. Örnek bir karar için bkz. Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Davası Dairesi, 16.1.2020, E. 2019/609, K. 2020/53. Bu yöndeki kararlar aşağıda görüleceği üzere aslında bizim savunduğumuz ilkelere daha uygun olmakla birlikte, 2576 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Yukarıdaki fıkra uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere uygulanan parasal sınırların artışı, artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce idare ve vergi mahkemelerince nihâi olarak karara bağlanmış davalar ile Danıştayın bozma kararı üzerine bozulan mahkemeye yeniden bakılan davalarda uygulanmaz.*" hükmüne uygun değildir. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç, tek hâkimle verilecek kararlardaki parasal sınırın, davanın açıldığı tarih değil ilk derecede karara bağlandığı tarihe göre belirlenmesidir. Böyle bir hüküm İYUK'ta yer almadığı için, burada söylenenlerin elbette istinaf ve temyiz sınırı hakkında da uygulanması gibi bir sonuç ortaya çıkmayacaktır.

idari mahkemeler duruşma yapmak zorundadırlar<sup>27</sup>. Aynı hükümde, tam yargı davalarının görülmesinde –madde hükmü vergi davalarını da kapsamına alacak bir içerik taşımaktadır- duruşma usulüne başvurulabilmesinin ise dava konusunun 25.000 TL’yi aşması gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Yeniden değerlendirme oranına göre bu sınır 2021 yılında 57.000 TL miktarına ulaşmıştır. Şu halde idari mahkemelerde açılan ve konusu para olan *tam yargı davalarında* duruşma yapılabilmesi için talep edilen tazminat miktarının 2021 yılı için 57.000 TL’yi aşması gerekecektir. Aksi durumda taraflar bir talepte bulunsa bile duruşma yapılması mümkün olmayabilecektir<sup>28</sup>.

Fakat burada da duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırın hangi tarih esas alınarak belirleneceğine ilişkin açık bir hükme İYUK’ta yer verilmemiştir. Duruşma talebinin yerine getirilmesi açısından dava tarihinde geçerli olan parasal sınır mı, yoksa duruşmanın yapılacağı tarihteki parasal sınır mı esas alınacaktır? Danıştay’ın temyiz sınırı hakkında dava tarihinin değil de bölge idare mahkemesince karar verildiği tarihin esas alınacağı yönündeki içtihadını esas alırsak, burada da duruşmanın yapılacağı tarihe göre duruşma yapıp yapmama konusunda bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Yani kişinin açmış olduğu tam yargı davasında, dava tarihi itibarıyla tazminat talebinin duruşma sınırının üstünde olması halinde bu davanın; duruşmalı bir şekilde görülebilmesi mümkün iken, ilerleyen süreçte duruşma sınırının yeniden değerlendirme oranına göre artması karşısında duruşma talep edilemeyecek bir davaya dönüşmesi söz konusu olabilecektir. Kanaatimizce böyle bir uygulama üçüncü bölümde belirtilen gerekçelerle hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi, açılmış bir tam yargı davasının bir dönem duruşma yapılabilen, bir dönem ise duruşma yapmaya müsait olmayan bir dava halini alması nedeniyle garip bir sonuç da ortaya çıkaracaktır.

<sup>27</sup> Fakat İYUK’un 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır.*”

<sup>28</sup> İYUK’un 17. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, idari davalarda Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafların talebi olmasa da re’sen duruşma yapabilme yetkisine sahiptir. Bu nedenle iptal ve tam yargı davalarında dava konusu miktar önem arz etmeksizin, mahkeme kendiliğinden duruşma yapma kararı alabilir.

## II. TEMYİZ SINIRININ HER YIL ARTIRILMASININ GÖRÜLMEKTE OLAN DAVALARA ETKİSİNE İLİŞKİN MAHKEME İÇTİHATLARI

Temyiz sınırının her yıl artırılmasının görülmekte olan davalara etkisi hakkında Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay'ın aynı yönde ve fakat farklı gerekçelere dayandırarak geliştirmiş olduğu içtihatlar vardır. Bu başlık altında söz konusu içtihatları tespit ederek bunların, usul kanunlarında yer alan düzenlemelere ne derece uygunluk gösterdiğini tartışacağız. Burada tespit edeceğimiz Danıştay içtihadının, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine uygunluğunu ise üçüncü bölümde ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz.

### A. Danıştay İctihadı

İYUK'a göre, temyiz başvurusunun kesin bir karar hakkında olması halinde kararı veren merciin temyiz isteminin reddine karar vermesi gerekir (md. 48/6). Buna göre bölge idare mahkemesince verilen bir kararın temyiz edilmiş olması halinde, bu mahkeme temyiz başvurusunun kesin bir karar hakkında olup olmadığını inceleyecek ve başvurunun kesin bir karar hakkında olduğuna kanaat getirdiği takdirde istemi reddedecektir. Aynı fıkrada, ilgili merciin bu kararlarına karşı, tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 7 gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği de belirtildiğinden bölge idare mahkemelerinin temyiz sınırı gerekçesiyle vermiş oldukları temyiz isteminin reddi kararlarına karşı Danıştay'a temyiz başvurusu yapılabilmektedir<sup>29</sup>. Öte yandan Danıştay, İYUK'un 48. maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde, bölge idare mahkemelerince temyiz yolu açık olmak üzere verilen kararların temyiz

<sup>29</sup> Bu kapsamda yapılmış bir temyiz başvurusu üzerine Danıştay 8. Dairesi'nce verilen bir karara ilişkin bkz. D.8.D., 30.6.2020, E. 2020/3346, K. 2020/2917. Öte yandan bölge idare mahkemelerinin kesin nitelikte vermiş oldukları kararlara karşı yine bu mahkemeler nezdinde "itirazın düzeltme" başvurusunda bulunulamaz. İYUK'ta böyle bir kanun yolu öngörülmemiştir. İYUK'un 30. maddesinde yer verilmiş olan "yanlışlıkların düzeltilmesi" hükmü de bu tür başvurular hakkında karar verilmesine imkân tanıyan bir düzenleme olarak değerlendirilemez. Buna rağmen bölge idare mahkemeleri bazen bu şekilde yapılan başvuruları incelemekte ve fakat burada belirtmiş olduğumuz gerekçeyi göz ardı ederek karar verebilmektedirler. Bu yönde verilmiş bir karar için bkz. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesi, 10.7.2019. E. 2019/1264, K. 2019/1302.



edilmesi üzerine, aslında bu kararların temyize tabi tutulamayacak kararlar olduğundan bahisle de temyiz başvurularını incelenmeksizin reddedebilmektedir. Zira söz konusu hükme göre, temyiz başvurusunun kesin bir karar hakkında olduğunun temyiz aşamasında anlaşılması halinde, ilgili Danıştay dairesinin temyiz isteminin reddine kesin olarak karar vermesi gerekir. Danıştay bu çerçevede konuya ilişkin kararlarında genellikle örneğin, “2577 sayılı Kanununun 46. maddesi uyarınca temyize tabi olmayan söz konusu karar hakkında, İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesince temyiz yolu açık olmak üzere karar verilmiş olmasının, 2577 sayılı Kanununun 46. maddesi uyarınca temyiz yolu öngörülmeyen karara, kanun yolu ile öngörülmeyen temyiz kanun yolu incelemesi yapılması hakkı kazandırmayacağı da açıktır.” şeklinde açıklamalara da yer verme gereği hissetmektedir<sup>30</sup>. Bu çerçevede her ne şekilde olursa olsun nihayetinde idari yargılama usulünde temyiz sınırının belirlenmesi, büyük ölçüde Danıştay içtihatlarıyla şekillenmektedir.

Danıştay, temyiz sınırının belirlenmesinde istikrarlı bir şekilde bölge idare mahkemesi karar tarihinin esas alınması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Yani Danıştay’a göre, temyiz sınırının belirlenmesinde davanın açılmış olduğu tarih esas alınmaz; tam aksine bölge idare mahkemelerince karar verildiği tarih esas alınmalıdır. Örneğin Danıştay bir kararında, başkasına ait taşınmaz üzerinde ruhsatsız inşaat yapıldığından bahisle İmar Kanunu gereğince verilen 110.937 TL idari para cezasına karşı 2015 yılında iptal davası açılmış olmasına rağmen –2015 yılında söz konusu miktar temyiz sınırının üzerinde kalmaktadır-, istinaf incelemesinde bölge idare mahkemesince 2018 yılında karar verildiği ve bu yılda yeniden değerlendirme oranına göre temyiz sınırının 117.000 TL olduğu gerekçesiyle davacının temyiz istemini incelenmeksizin reddetmiştir<sup>31</sup>. Yine bir başka kararında Danıştay, 2017 yılında temyiz sınırı 103.000 TL olmasına rağmen, 120.000 TL miktarındaki idari para cezası-

<sup>30</sup> Bu yönde bir örnek karar için bkz. D.14.D., 17.10.2018, E. 2018/4601, K. 2018/6204.

<sup>31</sup> Bkz. “Anılan Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, 46. maddede belirlenen temyize tabi uyumsuzluk miktarının her yıl yeniden değerlendirilmesinde, davaya konu uyumsuzluk miktarının istinaf mahkemelerince kararın verildiği tarihte geçerli olan, 46. maddede belirlenen temyize tabi miktarın üzerinde olması halinde kararın temyiz edilebileceği anlaşılmaktadır.” D.14.D., 17.10.2018, E. 2018/4601, K. 2018/6204.

na ilişkin düzenlenen ödeme emrine karşı 2017 yılında açılan davanın istinaf incelemesinde bölge idare mahkemesince 2019 yılında karar verilmiş olması ve bu yılda yeniden değerlendirme oranına göre temyiz sınırının 144.000 TL olmasından hareketle temyiz istemini incelenmeksizin reddetmiştir<sup>32</sup>.

Danıştay yukarıda yer verilen kararlarında genellikle gerekçe olarak, İYUK'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve bu bentte yer alan parasal miktarın her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılmasına ilişkin aynı kanunun ek 1. maddesindeki hükme yer vermekte ve ayrıca bazı kararlarında İYUK'un 46. maddesinde değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesindeki; Danıştay'ın iş yükünün azaltılması ve gerçek anlamda bir içtihat mahkemesine dönüştürülmesi gerektiğine ilişkin açıklamalara atıf yapmaktadır<sup>33</sup>. Bir diğer deyişle Danıştay'a göre temyiz sınırında bölge idare mahkemelerinin karar verdiği tarihin esas alınması, İYUK'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve bu bentte yer alan parasal miktarın her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılmasına ilişkin aynı kanunun ek 1. maddesinde yer alan hüküm ile 6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Danıştay tarafından bu yönde verilen kararlar arasında, daireler arası bir içtihat birliğinden de bahsedilebilir. Zira birbirinden farklı daireler, bu konu hakkında aynı yönde kararlar vermektedirler.

<sup>32</sup> Bkz. "Konusu para ile ölçülebilen davalara ilişkin olarak idare mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine, bölge idare mahkemelerince verilen kararların temyize tabi olup olmadığı, istemde bulunulan parasal tutarın bölge idare mahkemelerince karar verildiği tarihteki temyiz sınırının altında olup olmadığına göre belirlenmesi gerekmektedir." D.13.D., 2.10.2019, E. 2019/3365, K. 2019/2915.

<sup>33</sup> Danıştay'ın bazı kararlarında bu her iki gerekçeye birlikte yer verilirken diğer bazı kararlarında ise bunlardan sadece ilkinde yer verilmektedir. Her iki gerekçeye birlikte dayanılarak verilen bazı kararlar için bkz. D.3.D., 26.11.2019, E. 2019/7006, K. 2019/6587. D.4.D., 4.10.2018, E. 2018/7388, K. 2018/8614. D.7.D., 4.10.2019, E. 2019/3475, K. 2019/5248. Sadece birinci gerekçeye dayanılarak aynı yönde verilen bazı kararlar için bkz. D.14.D., 17.10.2018, E. 2018/4601, K. 2018/6204. D.6.D., 19.9.2019, E. 2019/16208, K. 2019/7717. D.9.D., 20.11.2019, E. 2019/6812, K. 2019/6040. D.10.D., 21.10.2019, E. 2019/10499, K. 2019/6955. D.13.D., 2.10.2019, E. 2019/3365, K. 2019/2915. D.8.D., 30.6.2020, E. 2020/3346, K. 2020/2917. D.15.D., 6.12.2017, E. 2017/3440, K. 2017/7231. D.15.D., 3.4.2018, E. 2018/748, K. 2018/3303. D.10.D., 28.5.2020, E. 2020/1370, K. 2020/1413.

Danıştay'ın burada bahsedilen gerekçelerden hareketle temyiz sınırında bölge idare mahkemelerince karar verildiği tarihin esas alınması gerektiği sonucuna ulaşması, kanaatimizce isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Öncelikle belirtmek gerekir ki İYUK'un 46. maddesinde değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ile madde gerekçelerinde, temyiz sınırının belirlenmesinde bölge idare mahkemelerince karar verildiği tarihin esas alınması gerektiğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Söz konusu kanunun genel gerekçesinde yer alan, Danıştay'ın iş yükünün hafifletilmesi ve gerçek anlamda bir içtihat mahkemesine dönüştürülmesi amacıyla bu kanunun hazırlandığına yönelik açıklama, anılan kanunla getirilen düzenlemelerin genel amacını oluşturmakta, temyiz sınırının ne şekilde uygulanacağına yönelik bir içerik taşımamaktadır. Bu genel amaçtan hareketle, temyiz sınırı hakkında bölge idare mahkemeleri tarafından verilen kararların karar tarihinin esas alınacağı ve böylece Danıştay'ın iş yükünün hafifletileceği şeklinde bir sonuca ulaşılması mümkün değildir.

Danıştay'ın mezkûr kararlarında esas aldığı diğer gerekçe de verilen kararların haklılığını ortaya koymaya yeterli değildir. Zira İYUK'un 46. maddesinde, konusu 100.000 TL'yi aşan idari davaların Danıştay'da temyiz denetimine tabi tutulacağı öngörülürken, yukarıda belirtildiği üzere 2576 sayılı Kanun ile bir alt başlıkta belirtileceği üzere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda yer verilen hükümlerin aksine, bu miktarın bölge idare mahkemelerince karar verildiği tarih esas alınarak belirleneceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hatta kanaatimizce bunun tam aksine lafzi olarak 46. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, "*Konusu yüz bin Türk Lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar*" hükmüne yer verilirken "*açılan davalar*"dan bahsedilmiş olması nedeniyle, bu kapsamda yer alan davaların açıldığı tarihe vurgu yapılmış olduğu da söylenebilir<sup>34</sup>. Yani söz konusu hükümden lafzi olarak, temyiz sınırının böl-

<sup>34</sup> Bu düzenlemenin önemine işaret eden bir görüş için bkz. BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 92-93. Adı geçen yazarlar, ayrıca İYUK'un 46. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde bölge idare mahkemeleri tarafından "verilen kararlar"ın temyizinden bahsediliyor olması nedeniyle, bu mahkemelerce karar verilen tarihin de temyize esas alınabileceğini, yani bu hükmün bu şekilde de yorumlanmaya müsait olduğunu belirtmektedirler. Aynı yerde, s. 92-93. Kanaati-

ge idare mahkemelerince verilen kararların tarihlerine göre değil de idari davaların açılmış olduğu tarihlere göre belirleneceği yönünde bir anlam çıkarmak mümkündür. Danıştay 10. Dairesi'nce verilen bir kararın karşı oy yazısında bu hususa oldukça isabetli bir şekilde işaret edilmiştir. Anılan karşı oy yazısına göre "2577 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan maddelerinde (yukarıda 46/1-b ve ek 1. madde aktarıyor), konusu belli bir para olan tam yargı davalarında verilen kararlardan hangisinin, 2577 sayılı Kanun'un 46/1-(b) maddesi uyarınca temyiz tabii olup olmadığı; 'verilen karara göre' değil, açılan davalardaki parasal miktara göre yapılacağı hükmüne bağlandığından; bu husustaki değerlendirmenin dava açma tarihinde yürürlükte bulunan temyiz parasal sınırının esas alınarak yapılması gerekmektedir. Aksi uygulamanın, 2577 sayılı Kanun'da belirtilen parasal sınırlar yıl itibariyle yeniden değerlendirilmesinde arttırıldığından, davanın açılmasından sonraki yargılama sürecine göre kararın temyiz edilebilme durumunun değişmesi nedeniyle, kanun yollarına başvurma açısından, kanuni açıklığın bulunmadığı sonucunun (sonucunu olacak) doğuracağı açıktır."<sup>35</sup> Öte yandan İYUK'un ek 1. maddesinde yer alan, bu kanunda öngörülmesi olan parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirilmesine göre arttırılacağına ilişkin hüküm ise her ne kadar lafzen temyiz sınırını da kapsayacak şekilde bu kanunda öngörülen tüm parasal sınırların her yıl arttırılması sonucunu doğuracak olsa da, üçüncü bölümde ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere bu artışların görülmekte olan davalara bir etkisinin olamaması gerekir.

### B. Yargıtay İçtihadı

Temyiz sınırına ilişkin kurallara HMK'da da yer verilmiş ve Yargıtay içtihatları da buna göre şekillenmiştir. Fakat HMK'da yer alan bu kurallara bakıldığında, bunların İYUK'da yer alanlardan oldukça farklılıklar içerdiği görülmektedir. Söz konusu kanuna göre, miktar veya değeri kırk bin Türk Lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin bölge adliye mahkemelerinin kararları hakkında temyiz yoluna başvuru-

---

mizce söz konusu hüküm bu şekilde yorumlanamaz. Bu hükümde, lafzi olarak temyize esas olmak bakımından bölge idare mahkemelerinin karar verdiği tarihin esas alınacağına yönelik bir vurgu bulunmamaktadır. Burada, sadece cümlenin akışı içerisinde bölge idare mahkemelerinin karar vermesinden bahsedilmiştir.

<sup>35</sup> D.10.D., 12.10.2020, E. 2020/4748, K. 2020/3610. Bu kararın künyesine BALCI'nın makalesinden ulaşılmıştır. Bkz. BALCI, s. 8.

rulamaz (md. 362/1, a). Ayrıca HMK'nın 362. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bölge adliye mahkemelerinin bu kararlarında alacağı bir kısmının dava edilmiş olması durumunda söz konusu parasal kesinlik sınırı alacağına tamamına göre belirlenmekte, alacağına tamamının dava edilmiş olması hâlinde ise kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü kırk bin Türk Lirasını geçmeyen tarafın temyiz hakkı bulunmamakta, ancak karşı tarafın temyiz yoluna başvurması halinde, diğer tarafın da düzenleyeceği cevap dilekçesiyle kararı temyiz etmesi mümkün bulunmaktadır<sup>36</sup>. Aynı kanunun ek 1. maddesine göre ise bu kanunda öngörülen diğer parasal sınırlarla birlikte temyiz sınırı da her takvim yılı başından geçerli olmak üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca belirlenen yeniden değerlendirme oranına göre artırılmaktadır. Bu çerçevede en son 2021 yılında yayımlanan yeniden değerlendirme oranına göre kanunda yer alan bu sınır, 78.630 TL olmuştur<sup>37</sup>.

Fakat yine İYUK'tan farklı olarak HMK'nın ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde bir hükme daha yer verilmiştir: *"200 üncü ve 201 inci maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hukuki işlemin yapıldığı, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınır."* Bu hükme göre, medeni yargılama usulünde temyiz sınırı HMK'nın 362. maddesinde düzenlendiğinden, bu alanda söz konusu parasal sınırın uygulanmasında bölge adliye mahkemelerince hükmün verildiği tarihteki miktarın esas alınması söz konusu olacaktır. Görüldüğü üzere bu zorunluluk, doğrudan HMK'nın ek 1. maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanmaktadır. Yuka-

<sup>36</sup> Bu konular hakkında bu şekilde açık düzenlemelere İYUK'ta yer verilmemiştir. Fakat yukarıda belirtildiği üzere Danıştay içtihatlarıyla idari yargılama usulünde kabul edilmiş olunan parasal sınır uygulamasında –teyiz sınırı da dâhil olmak üzere-, bölge idare mahkemelerince karar verilen miktarların değil davacılar tarafından dava dilekçesinde talep edilen miktarların esas alınması gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte doktrinde, HMK'da yer alan düzenlemelere benzer şekilde bir uygulamanın geliştirilmesinin daha doğru olacağını savunan yazarlar da vardır. Bu yöndeki görüşler için bkz. ÇAĞLAYAN, İdarî Yargılama Hukuku, s. 764-766. ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdarî Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), 1. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2017, s. 312. KAPLAN, Gürsel, İdarî Yargılama Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2019, s. 542-543.

<sup>37</sup> MERİÇ, Nedim, "HMK ve İİK'da Yer Alan Parasal Sınırlar", <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 11.2.2021.

rıda belirtildiği üzere idari yargılama usulünde buna benzer bir düzenlemeye, tek hâkimle karar verilmesinde parasal sınırı düzenleyen 2576 sayılı Kanun'da da yer verilmiş; fakat bu yönde açık bir düzenlemeye, istinaf ve temyiz sınırı hakkında yer verilmemiştir. Bu nedenle ilke bazında, konuya ilişkin gelişen Yargıtay içtihatları da isabetli bir şekilde Danıştay içtihatlarından farklılık göstermektedir.

Bu çerçevede Yargıtay, HMK'da yer alan söz konusu düzenlemelere uygun olarak temyiz başvurularında, bölge adliye mahkemelerince karar verilen tarih ve değeri esas alarak bir temyiz sınırı değerlendirmesi yapmakta ve buna göre karar vermektedir<sup>38</sup>.

### C. Anayasa Mahkemesi'nin İçtihadı

Temyiz sınırında yapılan artışlardan dolayı açmış oldukları davaların temyiz yolu Yargıtay ve Danıştay tarafından kapatılan kişiler, mahkemelerce verilen bu kararların adil yargılanma haklarını ihlal ettiği ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurumaktadırlar. Anayasa Mahkemesi bu çerçevede yapılan başvuruları, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak değerlendirdiği mahkemeye erişim hakkı kapsamında ele almakta, fakat bu başvurulara konu mahkeme kararlarının söz konusu hakkı ihlal etmediği yönünde kararlar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda medeni ve idari yargılama usulüne ilişkin yaklaşımında da bir farklılık yoktur. Karar düzeltme talebi, kanunda öngörülen sınırın altında kaldığı gerekçesiyle Yargıtay'ca reddedilen kişinin yapmış olduğu başvuruda Anayasa Mahkemesi; temyiz kanun yolunu da aynı çerçeve içerisinde değerlendirerek Yargıtay'ın bu konuya ilişkin yukarıda belirtilen yerleşik içtihadına atıf yaparak kişinin karar düzeltme talebinin reddedilmesinin açık bir takdir

<sup>38</sup> Y.10.HD., 15.12.2020, E. 2020/6944, K. 2020/7214. Y.10.HD., 15.12.2020, E. 2020/6955, K. 2020/7216. Y.10.HD., 15.12.2020, E. 2020/6970, K. 2020/7207. Y.10.HD., 16.12.2020, E. 2020/8477, K. 2020/7307. Y.1.HD., 17.12.2020, E. 2019/4182, K. 2020/6821. Y.1.HD., 17.12.2020, E. 2019/3348, K. 2020/6822. Y.15.HD., 19.11.2020, E. 2020/222, K. 2020/3041. Y.15.HD., 23.11.2020, E. 2020/1762, K. 2020/3060. YHGK., 23.11.2011, E. 2011/10-643, K. 2011/707.

hatası ya da keyfilikten kaynaklanmadığına, bu nedenle söz konusu Yargıtay kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir<sup>39</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan davaları da etkileyeceğine ilişkin HMK hükümleri karşısında oldukça isabetlidir. Zira yasa koyucu HMK'da bu husus hakkında açık bir düzenlemeye yer vermiştir ve kanunda bu şekilde açıkça yer verilen bir düzenlemeye rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda farklı yönde bir karar vermesi mümkün değildir. HMK'da bu şekilde yer verilen hükümlerin hukuk devleti ve eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı ise bundan farklı bir konudur. Bu hükümlerin söz konusu anayasal ilkelere aykırılık oluşturduğu iddiasıyla ancak Anayasa Mahkemesi'ne, norm denetimine ilişkin bir başvuru yapılabilir. Bu nitelikteki başvurular, bireysel başvuru yolunun konusunu ise oluşturamaz. Kanatımızca temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan adli davaları da etkileyeceğine ilişkin HMK hükümleri, üçüncü bölümde belirteceğimiz gerekçelerle hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan idari yargılama usulüne ilişkin olarak ise Anayasa Mahkemesi bir kararında, vermiş olduğu karar bir başka hususa ilişkin olmakla birlikte, temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan idari davalarda da uygulanması gerektiğini İYUK'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ek 1. maddesinin bir gereği olarak görmüş ve temyiz sınırının bölge idare mahkemesince karar verildiği tarihe göre belirleneceğini belirtmiştir<sup>40</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ise eleştiriye oldukça açıktır. Zira Anayasa Mahkemesi bu kararında, her ne kadar idari yargılama usulündeki temyiz sınırının artırılmasının görülmekte olan davaları da etkileyeceğine ilişkin bir yasal dayanak göstermiş de olsa İYUK'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ek 1. maddesi-, dikkat edilirse İYUK'ta yer alan söz konusu hükümlerde, HMK'daki düzenleme yaklaşımdan farklı olarak açıkça temyiz sınırının artırılmasının görülmekte olan davaları da etkileyeceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer veril-

<sup>39</sup> AYM, S. D. Başvurusu, B. No. 2013/8884, 13.4.2016, & 15-16, 33.

<sup>40</sup> AYM, Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, B. No. 2018/20215, 20.10.2020, & 32, 33.

memiştir. Anayasa Mahkemesi, idari yargılama usulüne özgü bu ayrımı mezkûr kararında gözden kaçırmıştır. Kanaatimizce bu ayrıntıdan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin, bir alt başlıkta ortaya koymaya çalışacağımız anayasal ilkelere dayanarak, idari yargılama usulünde temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan davaları etkilemeyeceği yönünde bir içtihat geliştirmesinin önünde hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır.

### III. DANIŞTAY İÇTİHADININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari yargılama usulünde temyiz sınırının her yıl artırılmasının görülmekte olan idari davalara etkisi hakkında yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız Danıştay içtihadı, hukuk devleti ve eşitlik ilkesi açısından ciddi sorunları bünyesinde barındırmaktadır.

Şöyle ki hukuk devleti ilkesi, birçok gerekliliği bünyesinde barındırmakla birlikte öz bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin anayasal düzeyde güvence altına alındığı, devletin her türlü faaliyetinin buna göre hukuk kuralları ile düzenlendiği ve devletin de buna uymasını sağlamaya yönelik güvencelerin getirildiği bir devlet sistemini ifade eder. Bu gereklilikler içerisinde hukuk devleti; kişilere, toplum içerisinde ve özellikle devlet karşısında hukuki güvenlik sağlar ve herkesin kurallara uymasını zorunlu kılarak adil bir devlet yönetimini garanti eder. Bu açıdan hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birini hukuki güvenlik ilkesi oluşturur. Bu ilke ise devlet tarafından yürürlüğe konulan hukuk kuralları ile uygulamanın ve hatta mahkeme içtihatlarının düzenli, belirli, öngörülebilir ve istikrarlı olmasını gerektirir. Belirli bir düzeyde açıklık oluşturmayan ve geleceğe yönelik uygulaması hakkında bir öngörülebilirlik ortaya koymayan hukuk kurallarının ve mahkeme içtihatlarının, kişilerin hukuki bir güven içerisinde yaşamalarını sağlaması mümkün değildir. Yukarıda yer verilen Danıştay içtihadına bu açıdan yaklaşıldığında, bu içtihadın kişilere hukuki güvenlik sağlamadığı rahatlıkla söylenebilir. Zira bu içtihadı ile Danıştay, konusu para olan idari davalar açılırken aslında davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan kurallara göre ileride temyize tabi tutulması mümkün olan davaları, öngörülemez bir şekilde her yıl yürürlüğe konulan yeniden değerlendirme oranlarına göre temyize tabi olmaktan çıkarmaktadır. Elbette bir idari dava açıldıktan sonra yargılama usulüne ilişkin kurallarda değişiklikler yapılabilir ve *derhal uygulama ilkesinin gereği* olarak bu kuralların görülmekte olan



davalar hakkında da uygulanması söz konusu olabilir. Fakat idari yargı-lama usulündeki parasal sınırların her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre artırılmasının görülmekte olan idari davaları da etkileyeceğinin kabul edilmesi halinde, kişiler açısından öngörülebilir bir dava sürecinin gerçekleştirilmesi söz konusu olamamakta ve hukuk kurallarının belirli-liği ciddi mahiyette aşınmaktadır. Bu uygulama yüzünden kişiler dava-larını açarken, açmış oldukları bu dava hakkında verilen ilk derece mahkemesi kararına karşı ileride temyiz hakkına sahip olup olamaya-caklarını bilememekte ve dava tarihindeki hukuk düzeninin güvencele-rine güvenememektedirler. Hatta belki de kişilerin, ileride temyiz dene-timine tabi tutulması mümkün bir dava olduğu düşüncesiyle dava aç-maya karar vermeleri durumu dahi söz konusu olabileceğinden, bu uy-gulama dava açma hakkını da olumsuz etkilemektedir<sup>41</sup>.

Öte yandan hukuk devleti ilkesinin gereklerinden bir diğeri ise adil yargılanma hakkının güvence altına alınmış olmasıdır. Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sure-tiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş; ayrıca bu hakka, tarafı olduğumuz AİHS'nin 6. maddesinde de yer verilmiştir. Adil yar-gılanma hakkı, kaideten usule ilişkin bir hak olarak bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yapılan yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesini konu alır. Yargılama sonunda verilen hükmün adil olup olmaması, kural ola-rak adil yargılanma hakkı ile ilgili bir konu değildir<sup>42</sup>. Adil yargılanma hakkı doktrinde ve mahkeme içtihatlarında bazı unsurlara ayrılarak incelenmekte, bu çerçevede makul sürede yargılanma hakkı, mahkeme-ye erişim hakkı, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, gerekçeli karar hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı gibi bazı haklar bu

<sup>41</sup> Aynı görüşte bkz. BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 93-94. Temyiz sınırında yeniden değerlendirilme oranına göre artış yapılacağına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümlerin de burada belirttiğimiz aynı gerekçelerle hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu hakkında bkz. PEKCANITEZ, Yargıtay Yönünden, s. 418. PEKCANITEZ, Hukuk Muhakemeleri, s. 213-214. TAŞPINAR AY-VAZ, s. 164-165.

<sup>42</sup> AYM, Barış Erdem Gürbüz Başvurusu, B. No. 2016/2270, 26.2.2020, & 27, 33. AYM, Abdurrahman Şanda Başvurusu, B. No. 2014/3907, 7.12.2016, & 36.

hak kapsamında değerlendirilmektedir<sup>43</sup>. Temyiz sınırı uygulaması ise mahkemeye erişim hakkı ve hükmün denetlenmesini talep etme hakkıyla ilgili bir konu olarak ele alınmaktadır<sup>44</sup>.

Mahkemeye erişim hakkı, demokratik bir toplumda kabulü mümkün olmayan bir engelle karşılaşmaksızın kişilerin dava açabilmelerini ve açtıkları davaların bağımsız ve tarafsız mahkemelerce etkin bir şekilde sonuçlandırılmasını ifade eder<sup>45</sup>. Bu hak, sadece ilk derecede dava açılmasını değil bununla birlikte kanun yolları aşmasını da güvence altına alır. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkının getirmiş olduğu güvencelerden kişilerin; istinaf, temyiz ve yargılamanın yenilenmesi gibi kanun yolu başvurularında da yararlandırılması gerekir<sup>46</sup>. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatları da bu yöndedir<sup>47</sup>.

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ise mahkemeye erişim hakkının özel bir görünümü olarak ilk derece mahkemelerince verilmiş olan hükümlerin, üst derece mahkemelerince denetlenmesini talep etmeyi konu alır. Mahkeme kararlarının hatalı olabilme ihtimali, nihai mahkeme kararlarının daha tecrübeli hâkimlerin denetiminden geçirilmesine duyulan ihtiyaç, mahkeme kararlarına karşı adalet duygusunu

<sup>43</sup> AYDIN, Bihter, "Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl. 4, Sayı. 15, Ekim 2013, s. 274. EKİNCİ, Ahmet, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Sa. 3-4, 2014, s. 825. ÇİFTÇİ, Erhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı", Danıştay Dergisi, Yıl. 33, Sayı. 106, 2003, s. 86 vd.

<sup>44</sup> AYM, Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, B. No. 2018/20215, 20.10.2020, & 26. AYM, Emine Halaç ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2017/38981, 15.9.2020, & 30. AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 1.10.2020, & 26.

<sup>45</sup> AYDIN, s. 272. ÇAYAN, Gökhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 28, Ekim 2016, s. 238. Aynı yönde bkz. AYM, Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, B. No. 2018/20215, 20.10.2020, & 24. AYM, Aladdin Özdemir Başvurusu, B. No. 2018/36426, 21.10.2020, & 24. DİDDK, 27.11.2019, E. 2019/975, K. 2019/6006. AYM, Abdurrahman Şanda Başvurusu, B. No. 2014/3907, 7.12.2016, & 26.

<sup>46</sup> YILMAZ, (Ejder), s. 142. AYDINOĞLU, s. 393. ÇAYAN, s. 240. SANCAKDAR, s. 41.

<sup>47</sup> AYM, Marka Madeni Yağ Sanayi Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, B. No. 2018/20215, 20.10.2020, & 25, 26. AYM, Abdurrahman Şanda Başvurusu, B. No. 2014/3907, 7.12.2016, & 27. AYM, Ayhan Şaşar Başvurusu, B. No. 2016/15514, 23.10. 2019, & 19. D4D, 6.10.2020, E. 2020/2183, K. 2020/3476.

bu kararları bir kez daha denetimden geçirerek tesis etme düşüncesi ve içtihatların birleştirilmesinde yüksek mahkemelerin oynayacağı önemli rol gözetilerek, AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında hükmün denetlenmesini talep etmek ayrı bir hak olarak gelişim göstermiştir<sup>48</sup>.

Bu çerçevede temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan davaların etkilemesine yönelik bir uygulamanın, mahkemeye erişim hakkı ile hükmün denetlenmesini talep etme hakkını da ihlal ettiği kanaatindeyiz. Elbette temyize parasal sınır getirilmesi ve bu sınırın enflasyon karşısında her yıl artırılacağına ilişkin bir yasal düzenleme yapılması, doğrudan söz konusu hakların ihlali sonucunu doğurmaz. Bu tür düzenlemeler ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı, söz konusu hakların özüne dokunduğu ya da bu hakları ölçsüz bir biçimde sınırlandırdığı durumlarda bir hak ihlali gerçekleşmiş olur. Kanaatimizce işte burada temyiz sınırı artışlarının görülmekte olan davaları da etkilemesine yönelik bir uygulamanın, hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği ortadan kaldırıyor olması nedeniyle birlikte mahkemeye erişim hakkı ile hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kullanılmasını, bu hakların özüne dokunacak ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmayacak şekilde sınırlandırdığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkı ile ilgili vermiş olduğu bazı kararlarında konuya ilişkin AİHM kararlarını da esas alarak şu şekilde bir değerlendirme yapmaktadır: *“Mahkemeye etkili erişim hakkı; mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını, dava açmak veya kanun yoluna başvurmak isteyen kişilerin ilgili mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirmektedir. Özellikle hukuki belirsizlikler ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilmektedir.”*<sup>49</sup> Bu değerlendirmeyi esas aldığımızda aslında Anayasa Mahkemesi'nin, idari yargılama usulünde temyiz sınırındaki artışların görülmekte

<sup>48</sup> Fakat Anayasa Mahkemesi'nin; idari davalardan medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olmayanların, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı kapsamında güvence göremeyeceğine ilişkin bireysel başvuru üzerine verilmiş birçok kararının bulunduğu da ayrıca belirtmek gerekir. Bu yönde verilmiş bazı kararlar için bkz. AYM, İhsan Murat Düz Başvurusu, Başvuru No. 2018/26178, 14.10.2020, & 19-21. AYM, Cemal Emre Gürsoy Başvurusu, Başvuru No. 2016/7760, 3.6.2020, & 23 vd. AYM, Engin Çolak Başvurusu, Başvuru No. 2019/2490, 3.12.2020, & 38-40.

<sup>49</sup> AYM, Ayhan Şaşar Başvurusu, B. No. 2016/15514, 23.10. 2019, & 21.

olan idari davaları etkilememesi gerektiği hakkında bizim burada ifade etmeye çalıştığımız görüş doğrultusunda bir içtihadı da ortaya koyması gerekirdi. Fakat yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, konu hakkında aksi yönde bir içtihat geliştirmiştir.

Nihayet hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bu uygulama, *tabii hâkim ilkesini* de ihlal eder<sup>50</sup>. Zira bu ilkeye göre bir hukuki uyuşmazlığın hangi mahkemede ve ne şekilde görüleceği, henüz söz konusu hukuki uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce kanunen belli olmalıdır<sup>51</sup>. Temyiz sınırının artırılmasının görülmekte olan davaları etkileyeceğinin kabul edilmesi halinde kişiler, dava açarken açmış oldukları davanın temyize tabi olup olamayacağını kesin olarak bilememektedirler.

Burada ortaya koymaya çalıştığımız ilke ve kuralların önemi çok nadiren de olsa bazı Danıştay kararlarında karşı oy olarak kendine yer bulabilmektedir. Örneğin bir Danıştay kararında kullanılan karşı oy gerekçesine göre, *“Uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi değeri parayla ölçülen davaların temyiz sınırı Dairemiz çoğunluğuna göre Bölge İdare Mahkemesinin karar tarihine göre belirlenmekte iken, kanaatimizce davacının davasını açtığı tarihe göre temyiz sınırının tespit edilmesi gerekmekte olup, aksi durumun hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik, hak arama hürriyeti ve tabii hakim ilkelerine aykırı olacağı açıktır.”*<sup>52</sup>

Eşitlik ilkesi açısından konuyu ele aldığımız zaman ise davanın ilk derece mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerince karara bağlanma süresine göre, kişiler açısından davalarının temyize tabi olması ya da olmaması gibi farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır<sup>53</sup>. Örneğin (A) ve (B)'nin birbirinden ayrı olarak 2018 yılında 170.000 TL maddi ve manevi tazminat istemli birer tam yargı davası açmış olduklarını düşünelim. Davanın açılmış olduğu bu yıl içerisinde temyiz sınırı 117.000 TL olduğundan, bu tarih itibarıyla her iki davanın da temyize tabi tutulması

<sup>50</sup> BALCI, s. 3.

<sup>51</sup> AYM, E. 2017/32, K. 2018/81, 11.7.2018, & 45. AYM, E. 2014/92, K. 2016/6, 28.1.2016, & 58. AYM, Barış Erdem Gürbüz Başvurusu, B. No. 2016/2270, 26.2.2020, & 49-50.

<sup>52</sup> D8D, 30.6.2020, E. 2020/3346, K. 2020/2917. Danıştay 10. Dairesi kararlarında da benzer yönde karşı oy yazılarına yer verildiği bilgisi için bkz. BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 94, dipnot no. 53.

<sup>53</sup> BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 93.

mümkünken (A)'nın açmış olduğu davanın 2019 yılında, (B)'nin açmış olduğu davanın ise 2021 yılında bölge idare mahkemesi kararlarıyla sonuçlandığını varsaydığımızda; (A)'nın bu kararı temyiz etmesi mümkün olabileceken (B)'nin temyiz etmesi ise mümkün olamayacaktır. Çünkü 2019 yılında temyiz sınırı 144.000 TL'dir ve (A)'nın davası hakkında bölge idare mahkemesi bu yıl içerisinde nihai kararını verdiği için bu karar temyize tabidir. 2021 yılındaki parasal sınır ise 192.000 TL'dir ve (B)'nin davası hakkında bölge idare mahkemesi nihai kararını bu yıl içerisinde verdiği için bu karar temyize tabi değildir. Görüldüğü üzere 2018 yılında açıldıkları tarih itibarıyla her ikisi de ileride temyize tabi tutulabilecek davaların ilk derece mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinde görülme sürelerine göre, bu davaların temyize tabi olması ya da olmaması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu ayrımı haklı kılabiliriz hiçbir neden yoktur<sup>54</sup>. Bu uygulama, aynı hukuki statü içerisinde bulunan kişilere mahkemelerin hiçbir haklı nedene dayanmaksızın farklı işlemler tesis etmelerine neden olmakta ve bu nedenle eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Kişiler nazarından konuyu ele aldığımızda ise kendi davasıyla aynı yıl ve aynı hukuki koşullar içerisinde açılan bir davanın temyize tabi tutulabildiğini ve fakat kendi davasının temyize kapatıldığını gören kişinin, adalete ve mahkemelere olan güveninde de ciddi bir sarsıntının söz konusu olacağı söylenebilir.

Öte yandan idari yargılama usulünde görev kurallarının kamu düzeninden kabul edilmesinin bir sonucu olarak bu kurallar kazanılmış hak oluşturmamaktadır<sup>55</sup>. Bu nedenle görev kurallarında meydana gelen değişiklikler, görülmekte olan davaları da doğrudan etkilemekte ve bu davalar yeni görev kurallarına tabi olarak çözümlenmektedir. Bu durum karşısında, yukarıda belirtildiği üzere temyiz sınırı aynı zamanda mahkemelerin görevi ile ilgili bir konu olduğundan, bütün bu anlatılanlara rağmen bu sınıra ilişkin her yıl parasal sınırlarda yapılan artışların görülmekte olan davaları da etkileyeceği ve bir kazanılmış hak durumundan söz edilemeyeceği ileri sürülebilir mi? Aynı soru, yargılama hukukunda geçerlilik bulan *derhal uygulama ilkesi* kapsamında bir değerlendiril-

<sup>54</sup> BOZ/TETİK/BÖLÜKBAŞI/NACAK, s. 93.

<sup>55</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayinevi, Eylül 2020, s. 132.

dirme yapmayı da zorunlu kılmaktadır<sup>56</sup>. Zira bu ilkeye göre yargılama usulüne ilişkin kurallar, yürürlüğe girdikleri andan itibaren görülmekte olan davalar da dâhil olmak üzere onlar üzerinde uygulanma kabiliyeti kazanırlar<sup>57</sup>. Bir yargılama usul kuralı olarak temyiz sınırı da her yıl kanun hükmü gereğince artırıldığından, bunların da derhal uygulama ilkesi gereğince görülmekte olan davalarda uygulanması gerekecek midir?

Kanaatimizce istinaf ve temyiz sınırının görülmekte olan davalara etkisi bakımından karşı karşıya gelen hukuki güvenlik ilkesiyle görev kurallarının kamu düzeninden kabul edilmesi ve derhal uygulama ilkesi arasındaki denge, ancak hukuki güvenlik ilkesine üstünlük tanınarak çözümlenebilir. Zira diğer iki ilkenin var oluş amacı, yeni usul kurallarının kişiler bakımından daha fazla güvence sağlayıcı nitelikte olduklarına ilişkin bir varsayıma dayanır<sup>58</sup>. İstinaf ve temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan davaları da etkilemesinin kabul edilmesi halinde ise bunun tam aksine kişiler bakımından daha güvencesiz bir hukuki ortam ortaya çıkacaktır. Bu nedenle istinaf ve temyiz sınırındaki artışlar görülmekte olan davaları etkileyememelidir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Bu ilke, yargılama usul kurallarının yürürlük kazandıkları tarihten itibaren tamamlanmamış usul işlemlerini kapsayacak şekilde görülmekte olan davalarda da, lehe ya da aleyhe olması fark etmeksizin uygulanmasını ifade eder. Bu ilke hakkında bkz. ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 63-65. HAFIZOĞULLARI, Zeki/AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi/KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 510-511, <http://hukuk2.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/1.zekihaf%C4%B1zo%C4%9Fullar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi: 1.6.2021. YILMAZ, Halil, "Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından)", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl. 6, Sayı. 58, Haziran 2011, s. 64-65.

<sup>57</sup> ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 63-65.

<sup>58</sup> ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 63. HAFIZOĞULLARI/AYGÜN EŞİTLİ/KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 511.

<sup>59</sup> Doğrudan bu konuyla ilgili olmamakla birlikte, ceza muhakemesi hukuku kurallarının doğrudan uygulanması ilkesinin yorumlanmasında bizimle benzer nitelikte ileri sürülen bir görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI/AYGÜN EŞİTLİ/KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 513-514. Hukuk muhakemesi kurallarının doğrudan uygulanması bakımından yine benzer yönde bkz. YILMAZ, (Halil), s. 65.

Sonuç olarak yukarıda belirtildiği üzere temyiz sınırının görül-  
mekte olan idari davaları da etkilemesine ilişkin açık bir düzenlemeye  
İYUK'ta yer verilmemiştir. Kanaatimizce böylesine açık bir düzenleme-  
ye İYUK'ta yer verilmemiş olmasını da gözeterek hukuk devleti ilkesi-  
nin birer unsuru olan hukuki güvenlik ilkesi, adil yargılanma hakkı ve  
tabii hâkim ilkesi ile eşitlik ilkesi gereğince temyiz sınırındaki artışların  
görülmemesi gerekir.

## SONUÇ

Konusu para olan idari davalarda uygulanmakta olan temyiz sınırı-  
nın, bölge idare mahkemelerince karar verildiği tarihte geçerli olan  
temyiz sınırına göre belirleneceğine ilişkin açık bir düzenlemeye  
İYUK'ta ve diğer kanunlarda yer verilmemiştir. Tam aksine İYUK'un 46.  
maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde "*Konusu yüz bin Türk lirasını  
aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan daval-*  
*lar*"ın temyize tabi olacağı belirtilirken davaların açıldığı tarihe vurgu  
yapıldığından, temyiz sınırı hakkında bölge idare mahkemesi kararının  
değil davanın açıldığı tarihin esas alınması gerekir. Bu noktada, hukuk  
yargılamasının aksi yöndeki gelişimine ilişkin Yargıtay içtihatları da  
idari yargılamaya esas alınamaz. Zira hukuk yargılamasında, temyiz  
sınırında yeniden değerlendirme oranında gerçekleşen artışların görülmekte  
olan davaları etkileyeceğine ilişkin açık bir hükme, HMK'nın ek 1. mad-  
desinde yer verilmiştir.

İYUK'un bu şekilde yorumlanabilecek 46. madde düzenlemesinin  
ötesinde, temyiz sınırındaki artışların görülmekte olan idari davaları  
etkilememesi gerektiği düşüncesi, hukuk devleti ile eşitlik ilkelerinin bir  
gereği olarak da karşımıza çıkmaktadır. Zira hukuk devleti ilkesi, huku-  
ki belirlilik ve öngörülebilirlik ile adil bir yargılamanın gerçekleştirilme-  
sini zorunlu kıldığı gibi, tabii hâkim ilkesinin gözetilmesini de zorunlu  
kılar. İdari davaların açıldığı tarih itibarıyla temyize tabi tutulabilecekle-  
ri mümkün iken sonradan yeniden değerlendirme oranları esas alınarak ger-  
çekleştirilen temyiz sınırındaki artışlar ile bu davaların temyize tabi ol-  
maktan çıkarılması, bu ilkelerin açık bir şekilde ihlali sonucunu doğu-  
rur. Benzer şekilde bu yöndeki bir uygulama, aynı sebep ve konuyu  
içermesine rağmen kişilerin açmış oldukları farklı davaların, sırf ilk de-  
rece mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin yapmış olduğu yargı-

lamanın uzunluğuna göre temyize tabi olması ya da olmaması gibi bir sonuç ortaya çıkarır. Böyle bir sonuç ise kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal eder.

Bu nedenle konu hakkında Danıştay'ın vermiş olduğu kararların isabetli olmadığı, bir içtihat değişikliğiyle bu sorunun giderilebileceği söylenebilir. Fakat bunu beklemek yerine, bu konuda İYUK'ta açık bir düzenlemeye yer verilerek sorunun daha hızlı bir şekilde giderilmesi de düşünülebilir. Hukuk yargılaması açısından ise HMK'nın ek 1. maddesinde yer verilmiş olunan aksi yöndeki düzenlemelerde bir değişiklik yapılması gerektiği önerilebilir. Ayrıca burada getirilen önerilerin, sadece idari yargılama usulünde geçerli olan temyiz sınırı bakımından değil daha bütüncül bir yaklaşımla bu alanda öngörülen istinaf ve duruşma sınırı gibi diğer parasal sınır uygulamalarında gözetilmesinde de büyük fayda bulunmaktadır. Parasal sınıra dayalı her türlü idari yargılama açısından, davanın açıldığı tarihte geçerli olan sınırlar esas alınmalı, bu sınırlarda sonradan gerçekleştirilen artışlar görülmekte olan idari davaları etkileyememelidir.



## KAYNAKLAR

- AKYILDIZ, Ali, "İstinafa İlksel Bakmak", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Ankara, Mayıs 2015, s. 11-32.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Eylül 2020.
- ALANGOYA, Yavuz, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükümü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", TBB 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 55, Ankara, 2004, s. 17-48.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Se-ma/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ASLAN, Zehreddin ve diğerleri, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil), Ed. ASLAN, Zehreddin, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- AVCI, Mustafa "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (96), 2011, s. 179-204.
- AYDIN, Bihter, "Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl. 4, Sayı. 15, Ekim 2013, s. 271-296.
- AYDINOĞLU, Zeynep Nihal, "İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 9, Sayı 34, Nisan 2018, s. 387-423.
- BALCI, Mustafa, "Vergi Yargısında Parasal Tutar Olarak Kesin Kararlar ve Kanuni Hâkim Yönünden Bazı Sakıncalı Durumlar", <https://vergialgi.net/vergi-yargisinda-parasal-tutar-olarak-kesin-kararlar-ve-kanuni-hakim-yonunden-bazi-sakincali-duruml>, s. 1-13, Erişim Tarihi: 9.4.2021.
- BOZ, Selman Sacit/TETİK, Ahmet Talha/BÖLÜKBAŞI, Mustafa Oğuzhan/NACAĞ, Mehmet, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, 1. Baskı, Ed. BOZ, Selman Sacit, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdarî Yargılama Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2020.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdarî Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), 1. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2017.
- CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÇAYAN, Gökhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 28, Ekim 2016, s. 235-271.
- ÇİFTÇİ, Erhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı”, Danıştay Dergisi, Yıl 33, Sayı 106, 2003, s. 77-97.
- DEMİRKOL, Selami, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü-Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolü’nün Güçlendirilmesi”, 148. Yıl Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu, Ankara, Mayıs 2016, s. 115-140.
- EKİNCİ, Ahmet, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Sa. 3-4, 2014, s. 821-848.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi/KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 505-519, <http://hukuk2.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/1.zekihaf%C4%B1zo%C4%9Fullar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi: 1.6.2021.
- KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2019.
- KONURALP, Orhan Emre, “Hâkimlerin ve Bilirkişilerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Verilen Mahkeme Kararları İçin Uygulanacak Kanun Yoluna Başvuru Sınırı Üzerine Bir Hukuk Genel Kurulu Kararının Düşündürdükleri”, Hacettepe HFD, 9 (2), 2019, s. 533-552.

- MERİÇ, Nedim, "HMK ve İİK'da Yer Alan Parasal Sınırlar", <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 11.2.2021.
- ÖZBAY, İbrahim, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar", İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 411-438.
- PEKCANİTEZ, Hakan, "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, 144, 2019, s. 383-419.
- PEKCANİTEZ, Hakan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 133, 2017, s. 211-260.
- PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 150, 2020, s. 247-299.
- SANCAKDAR, Oğuz, "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Ankara, Mayıs 2016, s. 29-113.
- SEVİNÇ, Ekin, "İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 421-445.
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema, "İstinaftan Sonraki Temyiz İncelemesi ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, s. 151-207.
- TOKLU, Esat, "İdari Yargının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay Başkanlığı 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 2018, Danıştay Yayınları No. 99, Ankara, 2018, s. 135-145.
- YILDIRIM, Ramazan, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Ankara, Mayıs 2015, s. 33-53.

YILMAZ, Ejder, “Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 1, 1988, s. 131-155.

YILMAZ, Halil, “Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Açısından)”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl. 6, Sayı. 58, Haziran 2011, s. 64-67.

#### İnternet Siteleri

<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>, Erişim Tarihi: 7.1.2021.

[https://www.turmob.org.tr/arsiv/mbs/pratikBilgiler/vergi\\_davalarinda\\_parasal\\_sinirlar\\_2020-C.pdf](https://www.turmob.org.tr/arsiv/mbs/pratikBilgiler/vergi_davalarinda_parasal_sinirlar_2020-C.pdf), Erişim Tarihi: 11.2.2021.

## TERÖR SUÇLARIYLA MÜCADELEDE YENİ KONSEPT: ÖNALAN SUÇLARI - BGH KARARLARI IŞIĞINDA ALMANYA ÖRNEĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Fatih YURTLU\*

### Öz

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için belirli bir nitelik ve niceliğe ulaşması gerekir. Bu bakımdan, bir suçun hazırlık hareketi evresi kural olarak ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez. Buna karşılık, bazı hazırlık hareketleri müstakil suçlar olarak düzenlenerek cezalandırılması amaçlanmaktadır. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme, üye olma, yardım etme fiilleri de esasında işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından birer hazırlık hareketi niteliğindedir. Ancak korudukları hukuki değer göz önüne alınarak ilgili fiiller, hem Alman hem de Türk kanun koyucular tarafından müstakil birer suç olarak düzenlenmiştir. Böylece esasında hazırlık hareketi niteliğindeki söz konusu fiillerin cezalandırılması mümkün olmaktadır. Bu çalışmada, “önalın suçları” olarak ifade edilen ve özellikle terör (örgüt) suçları bakımından “hazırlık hareketi” oluşturan bazı fiillerin cezalandırılmasına yönelik devam eden eğilim, konuya ilişkin BGH kararları ışığında suç genel teorisi ve ceza hukuku temel ilkeleri bakımından incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Önalın Suçları • Hazırlık Hareketi • Terör Suçları • Örgütlü Suçlar • Teşebbüs

\* Dr. Öğr. Üyesi, Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Antalya, Türkiye | Asst. Prof., Alanya Alaaddin Keykubat University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Trade, Antalya, Turkey.

✉ fatihyurtlu@gmail.com • ORCID 0000-0003-2905-7900

📄 **Atıf Şekli** | **Cite As:** YURTLU, Fatih “Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları-BGH Kararları Işığında Almanya Örneği”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2169-2208.

📄 **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## NEUES KONZEPT IN DER BEKÄMPFUNG DES TERRORISMUS: VORFELDSDELİKTE - BEISPIELE AUS DEUTSCHLAND UNTER BERÜCKSICHTIGUNG EINIGER BGH -ENTSCHEIDUNGEN

### Zusammenfassung

Eine Tat ist dann strafbar, wenn sie eine bestimmte Qualifikation erlangt hat. In diesem Zusammenhang wird angenommen, dass die Vorbereitungshandlungen keiner Strafbarkeit bedürfen. Allerdings sind einige Vorbereitungshandlungen strafbar, wenn sie als eigenständige Straftaten gesetzlich vorgesehen sind. Gründung einer Vereinigung, deren Zweck in der Begehung von Straftaten liegt, das Mitgliedwerden in dieser sowie deren Unterstützung sind insofern Vorbereitungshandlungen als es um die Begehung von bezweckten Straftaten geht. Sowohl in Deutschland als auch in der Türkei sind sie jedoch mit der Begründung unter Strafdrohung gestellt, dass Schutz von einschlägigen Rechtsgüter dies erfordere. Dabei wird dem ansonsten angenommen Grundsatz, dass Vorbereitungshandlungen nicht strafbar sind, eine Ausnahme gemacht. Im vorliegenden Beitrag wird die Tendenz, weitere Vorbereitungshandlungen insbesondere im Bereich der Terrorismusbekämpfung als sog. Vorfelddelikte unter Strafe zu stellen, unter Berücksichtigung einiger BGH-Entscheidungen vor dem Hintergrund der Verbrechenslehre und der Strafgerechtigkeit untersucht.

### Stichwörter:

Vorfelddelikte • Vorbereitungshandlung • Terrorismusdelikte • Vereinigungsdelikte • Versuchsstrafbarkeit

### GİRİŞ

Örgütlü suçlar, tarihin eski dönemlerine uzanan bir suçluluk metodu olarak karşımıza çıkmasına rağmen “suç örgütleri” özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren uluslararası düzeyde fenomen haline gelmiş ve toplumlara; siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuki açıdan derinden etkilemeye başlamıştır. Bu etki, 20. yüzyılın başlarından ortasına kadar “çıkarcı amaçlı suç örgütleri”<sup>1</sup> ekseninde yaşanırken, 20. yüzyılın ortasından

---

<sup>1</sup> Suç örgütleri ve örgütlü suçluluk, kriminolojik anlamda çok farklı tasnife tabi tutulabilir. Bununla beraber, doktrinde en çok tercih edilen ve meri hukuki düzenlemelerine yansıyan temel yaklaşım, suç örgütlerinin “çıkarcı amaçlı suç örgütleri” ve “terör örgütleri” olarak ikiye ayrılmasıdır. NISCO, Attilio, “Organized Crime In Italian Criminal Law and Practice: An Overview of Some Current Problems”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, s. 445.

günümüze kadarki süreçte ise kendini daha çok “terör örgütleri” ekşininde hissettirmiştir. Önceleri, buldukları coğrafyanın kendine has sosyo-kültürel yapısıyla özdeşleşen ve daha çok bölgesel faaliyet gösteren suç örgütü yapılanmaları, özellikle gelişen iletişim/ulaşım olanakları sayesinde öncelikle ulusal, akabinde uluslararası “organizasyonlar” halini almışlardır<sup>2</sup>.

Gelişen iletişim ve ulaşım olanaklarından azami ölçüde faydalanan suç örgütleri günümüzde, içinde buldukları toplumların karşı karşıya kaldıkları siyasi/ekonomik krizleri de kullanarak önemli birer “güç merkezi - figür” haline dönüşmüştür. Suç örgütleri; zamanla, yasa dışı yollardan müşterilerine mal ve hizmet sağlayan büyük firmalar halini almıştır<sup>3</sup>. Özellikle “uyuşturucu madde imal ve ticareti, silah ve akaryakıt kaçakçılığı, rüşvet, zimmet, irtikâp, ihaleye fesat karıştırma, fuhuş, yasadışı kumar ve bahis” gibi ekonomik çıkar amaçlı suçlar, günümüzde çok büyük oranda suç örgütlerinin faaliyetleri kapsamında işlenmektedir<sup>4</sup>. Hakeza, ekonomik çıkar amacıyla işlenen bu tip suçlardan elde edilen yüksek miktardaki maddi kazancın sanki meşru yollardan elde edilmiş gibi çeşitli vasıtalar kullanılarak meşru ekonomik sisteme dâhil edilmesi,

---

Kısaca “mafya” da denilen “çıkar amaçlı suç örgütleri” ile “terör örgütleri” arasındaki temel fark ise şudur: Terör örgütleri, hedefledikleri siyasal amaçlara ulaşmak için şiddet temelinde suç işlerken; mafya tipi suç örgütleri ise ekonomik çıkar elde etmek amacıyla suç işlemektedir. DÖNMEZER, Sulhi, “Organize Suçlulukla Mücadele”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ocak 2002, sa. 1, y.1, s. 6.

Suç örgütlerinin kriminolojik yönden farklı görünüş biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EVİK, Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 36- 45. YURTLU, Fatih, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013, s. 28 v.d.

<sup>2</sup> Hatta daha da ileri gidilerek suç örgütlerinin günümüzdeki faaliyetlerini ifade etmek için “transnational” yani “sınır aşan” kavramı kullanılmaktadır. RAHMDEL, Mansour, “Organized Crimes and Organized Criminal Groups In the Iranian Criminal Law”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, s. 583 - 584. NISCO, s. 445 - 446.

<sup>3</sup> FIORENTINI, Gianluca / PELTZMAN, Sam, The Economics of Organised Crime, Cambridge University Press, 2005, s. 3. NISCO, s. 445.

<sup>4</sup> ÖZGENÇ, İzzet, Suç Örgütleri, 13. Bası, Ankara 2020, s. 145.

yani suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması da başka sosyolojik/ekonomik sorunlara neden olmaktadır<sup>5</sup>.

Günümüzde, suç örgütlerinin gerçekleştirdikleri yasa dışı faaliyetlerden elde ettikleri gelirlerin gelişmiş ülkelerin bütçeleri ile eşdeğer olduğu ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Bu denli büyük bir ekonomik güce hükmeden suç örgütleri, şiddeti de bir yöntem olarak kullanmak suretiyle meşru hukuki otoritelere baskı yapabilmektedir. Ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlardan elde edilen malvarlığı değerleri, küresel terör örgütlerinin birincil ilgi alanına girmektedir. Amaçladıkları siyasi hedefe ulaşmak için şiddeti bir yöntem olarak seçen terör örgütleri, çoğu zaman bu amaçlarına ulaşmak için ihtiyaçları olan mali kaynağı, işledikleri suçlardan temin etmektedir<sup>7</sup>. Dolayısıyla, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması ile terörizmin finansmanı da çoğu zaman birbiriyle sıkı ilişki içerisinde görülmektedir<sup>8</sup>.

Suç örgütleri; amaçlarına ulaşmak için devlet aygıtının içine sızarak, devlet erklerini kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirebilmekte ve hatta bu aygıtı doğrudan kullanabilmektedir. Bürokrasi içinde etkin olabilmek için kontrol ettikleri devasa ekonomik gücü kullanan suç örgütleri, belirli bir güç elde ettikten sonra ise tam tersine bir yaklaşımla, bürokrasideki güçlerini kullanarak daha fazla ekonomik çıkar elde etmeyi hedeflemektedir. Bu durum, bir kısır döngü şeklinde devam etmekte ve kartopu etkisi yaratmaktadır.

Tüm bu gerekçelerle, ister az ister çok gelişmiş olsun, tüm devletler bakımından suç örgütleriyle mücadele önemli bir mecburiyet halini

<sup>5</sup> ÖZGENÇ, İzzet / YURTLU, Fatih, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme", 5. Türk - Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Editörler: İzzet ÖZGENÇ / Cumhur ŞAHİN / Faruk TURHAN, Ankara 2020, C. I, s. 449.

<sup>6</sup> KÖROĞLU, Hasan, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak, Ankara 2001, s. 21.

<sup>7</sup> ÖZGENÇ / YURTLU, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme", s. 449.

<sup>8</sup> KÜLÇÜR, İzzet Erdem, "Avrupa Konseyi Bünyesinde Oluşturulan Terörizmin Bastırılması Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemeler", Dr. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara 2018, s. 379 v.d.



almıştır. Toplum barışını ve hukukun üstünlüğünü devam ettirme yükümlülüğü altında olan hukuki otoriteler; bir taraftan toplum barışını tüm yönleriyle sarsan suç örgütleriyle etkili mücadele etmek, diğer taraftan ise bu mücadele sırasında kullanacağı enstrümanların temel hak ve özgürlüklere orantısız müdahalesini engellemekle yükümlüdür<sup>9</sup>. Bu durum, özellikle terör örgütlerinin gerçekleştirdiği sansasyonel ve kanlı eylemlerden sonra “güvenlik-özgürlük dengesi” olarak gündeme gelmektedir.

Bu bakımdan, hukuk devleti olma iddiasındaki meşru otoritelerin ceza hukuku sorumluluğunun başlangıcını ve kapsamını oldukça dikkatli bir biçimde belirlemeleri gerekir. Bu gerekliliğe paralel olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da, suç ihdas ederken ve cezai sorumluluğun sınırlarını belirlerken bireysel/kamusal değerlerin korunması bakımından bir denge arayışı içinde görünmektedir. TCK m. 1’in gerekçesinde; ceza kanunun amacının bireysel ve kamusal hukuki değerlerin korunması olduğu açıkça vurgulanmış ve demokratik bir devlet olmanın gereği olarak Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin bireysel hukuki değerlerden oluştuğu belirtilmiştir. Bu bakımdan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu; bir taraftan bireysel temel hak ve özgürlükleri suç ve ceza normlarıyla korumayı amaçlarken, diğer taraftan da bu korumanın aynı zamanda ilgili temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması anlamına geldiğini göz önünde bulundurmıştır. Bu husus, teşebbüs sorumluluğunun düzenlendiği m. 35’in gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır<sup>10</sup>. Türk Kanun Koyucu; TCK m. 35’in gerekçesinde, icra hareketlerinin teşebbüs aşamasına vardığını belirlemek için “sübjektif” bir kıstasın (failin kastını şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketler) yerine “objektif” bir kıstas kullanılmasının daha isabetli olduğunu belirtmiş ve tercihini açıkça “objektif” kıstastan yana kullanmıştır. Çünkü Türk Kanun Koyucu’ya göre; teşebbüsün başlangıcını belirlemek, cezalandırılabilir eylemi

<sup>9</sup> YURTLU, Fatih, “Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. xx, sa. 3, y. 2016 (Temmuz), s. 431.

<sup>10</sup> Teşebbüsün cezalandırılma sebeplerine ilişkin ayrıntılı teorik açıklamalar için bkz. KAZAKER, Gözde, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Ankara 2019, s. 122 v.d.

ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun başlangıcını belirlemek demektir<sup>11</sup>. Bu da “kişi hak ve özgürlüklerin korunmasıyla yakından ilgilidir”. Başka bir ifadeyle, cezalandırılabilir teşebbüsün başlangıcı ne kadar öne çekilirse, kişi hak ve özgürlüklerine o kadar müdahale edilmiş ve özgürlüklerin alanı daraltılmış olur. Bu felsefeye göre; cezalandırmanın kapsamından çıkarılmış hazırlık hareketleri aşaması, temel hak ve özgürlüklerinin korunması için bir gerekliliğin ötesinde aynı zamanda bir zorunluluktur. Halbuki kanunlaşmayan “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, 5237 sayılı TCK’dan farklı olarak hazırlık hareketleri aşamasını “sübjektif” bir ölçüt-le belirlemeye çalışmıştır<sup>12</sup>. Kanunlaşmayan tasarı ile kanunlaşan metnin teknik farklılıkları bir kenarı bırakılacak olsa dahi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususundaki bu önemli felsefi farkın gözden kaçırılmaması gerekir. Kanaatimizce de; teşebbüs sorumluluğunun baş-

<sup>11</sup> Suçun teşebbüs halinde kalması halinde cezalandırılabilmesini sağlayan hükümler ceza sorumluluğunun alanını genişletici mahiyet ihtiva etmektedir. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2020, s. 501.

<sup>12</sup> Hükümet tarafından meclise ilk sunulan ancak kanunlaşmayan tasarı metninin teşebbüs hükümlerini düzenleyen 37. ve 38. maddeleri şu şekildedir:

#### **Eksik Teşebbüs**

**Madde 37:** “Bir kimse, işlemeyi kastettiği bir cürmü, elverişli vasıta ile ve kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlayıp da elinde olmayan engelden dolayı icra hareketlerini tamamlayamamış ise, kanunda ayrı hüküm bulunmayan hâllerde, fiil ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onüç yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde temel cezanın üçte ikisinden, beşte dördüne kadari indirilir. Ancak, verilecek ceza dokuz yıl hapis cezasından fazla olamaz.

Fail, cürmün icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiği ve fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”.

#### **Tam teşebbüs**

**Madde 38:** “Bir kimse, kastettiği cürmün icra hareketlerini bitirmiş fakat elinde olmayan engelden dolayı cürmün neticesi meydana gelmemiş ise, kanunda ayrı hüküm bulunmayan hâllerde, fiil, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, onaltı yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onüç yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde temel cezanın yarısından beşte üçüne kadari indirilir; ancak, verilecek ceza onüç yıl hapis cezasından fazla olamaz”. **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, T.B.M.M. (S. Sayısı: 664).

Bu hükümler de açıkça göstermektedir ki kanunlaşmayan tasarı, teşebbüs ve dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunun başlangıcını tespit noktasında “sübjektif” kısmı benimsemiştir.

langıcının belirlenmesi açısından “*objektif sistemin*” benimsenmesi daha isabetli olmuştur.

Görüldüğü gibi 5237 sayılı TCK; temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla, cezalandırılmayan hazırlık hareketleri alanından çıkıldığını “*objektif*” bir kıstasla belirlemiş ve böylece “*toplumsal genel menfaatlerin korunmasıyla temel hak ve özgürlüklerin korunması arasında makul bir denge*” kurmaya çalışmıştır. TCK, ceza kanunlarıyla bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunması adı altında bu özgürlüklerin ilgasına veya orantısız sınırlandırılmasına yol açacak hükümler ihdas etmemeye özen göstermiştir. Çünkü özgürlükçü bir ceza kanunu, bireysel temel hak ve özgürlükleri suç ve ceza ihdas ederek korumaya çalışırken aynı zamanda bizatihi ilgili suç normlarıyla söz konusu temel hak ve özgürlüklerin orantısız bir biçimde sınırlandırılmasını da önlemek zorundadır. Bu nedenle öyle bir ceza hukuku sistemi oluşturulmalıdır ki; bireysel temel hak ve özgürlükler hem üçüncü kişiler tarafından gelecek müdahalelere karşı, hem de bizatihi suç normu ihdas edip bunun takibatını yapan devlet erkinden gelecek orantısız müdahalelere karşı korunabilmiş olsun.

İş bu çalışmada, kısaca “*güvenlik - özgürlük dengesi*” olarak ifade edilen bu husus, özellikle terör suçlarına yönelik bazı hazırlık hareketlerinin müstakil suçlar olarak düzenlenmesi (önelen suçları) özelinde ele alınacaktır. Bu kapsamda; son dönemlerde gelişmiş batı demokrasilerinde yapılan kanuni düzenlemelere de yansıyan “*ceza sorumluluğunun başlangıç anını öne çeken*” örnekler üzerinde durulacaktır. Konuya ilişkin değerlendirmelerde, hem Türk ceza mevzuatıyla benzerlik içermesi hem de gelişmiş bir batı demokrasisi örneği olması nedeniyle Alman mevzuatı ve uygulaması incelenecektir. Söz konusu düzenlemeler incelenirken, Alman uygulamasının konuya ilişkin çeşitli kararlarına yer verilerek konunun salt teorik yönü değil uygulama yönü de değerlendirilmiş olacaktır.

## **I. SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN CEZA SORUMLULUĞUNUN BAŞLANGIÇ ANININ TESPİTİ**

Suç; “*toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık veya bilinçli bir ihlali ya da en azından, bu değerleri korumaya*

*yönelik kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları*" şeklinde tanımlanabilir<sup>13</sup>. Bununla beraber, bir davranışın suç olarak nitelendirilebilmesi ve ceza hukuku sorumluluğuna neden olabilmesi için bazı özellikleri taşıması gerekir. Bir davranışın ceza sorumluluğuna esas teşkil edebilmesi, yani "*fil*" olarak telakki edilebilmesi için; insan kaynaklı, insanın yönlendirici iradesinin ürünü ve dış dünyaya yansımış olması gerekir<sup>14</sup>.

Bu genel yaklaşımın bir sonucu olarak, davranış normlarına aykırılık teşkil eden bir fiilin haksızlık olarak kabul edilebilmesi ve hukukun konusunu oluşturabilmesi için mutlaka "*dış dünyaya yansımış olması*" gerekir. Bir fiil şekline bürünmemiş kastın, maksadın hukukun ilgi alanına girmeyeceği birçok hukuk düzeninde kabul gören oldukça eski bir ilkedir. Örneğin Roma hukukunda, bir kimsenin düşüncesinden dolayı cezalandırılmayacağı genel bir ilke olarak kabul edilmekteydi<sup>15</sup>.

Belirli özelliklere sahip insan davranışının dış dünyaya yansımış olması, ceza sorumluluğunun doğması bakımından gerekli ancak yeterli değildir. Modern suç teorileri, bir fiilin cezalandırmaya konu teşkil edebilmesi için dış dünyaya yansımış olmasının yanında, belirli bir aşamaya varmasını da şart koşmaktadır<sup>16</sup>. Kanunlarla suç olarak düzenlenen haksızlığın başlamasından tamamlanmasına kadarki evrelere "*suç yolu (iter criminis)*" denilmektedir<sup>17</sup>. Suç yolu olarak adlandırılan bu süreç; "*karar aşaması*", "*hazırlık hareketleri*", "*icra hareketleri*" ve "*netice*" olmak üzere dört temel evreden oluşur<sup>18</sup>.

Salt düşünme eylemi, her ne kadar bir suça yönelik olsa dahi dış dünyaya yansımadığından "*fil*" olarak telakki edilemez ve ceza hukukunun konusunu oluşturamaz. Dahası, suç işlemeye yönelik bir irade ortaya konulmuş, yani suç işleme kararı verilmiş ve bu kararının icrası kapsamında birtakım hazırlık hareketlerine başlanmış da olabilir. "*Ha-*

<sup>13</sup> ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 174.

<sup>14</sup> KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 100. v.d. YURTLU, Fatih, İhmalî Suçlar. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ekim 2020, s. 54.

<sup>15</sup> "*Cogitationis poenam nemo patitur*". Ulpian D 48, 19, 18.

<sup>16</sup> ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 501.

<sup>17</sup> SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 157.

<sup>18</sup> KOCA ve ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 416.

*zırlık hareketleri*” olarak ifade edilen bu fiiller de kural olarak cezalandırılabilir mahiyette değildir<sup>19</sup>. Söz konusu hazırlık hareketlerinin ceza hukukunun konusunu oluşturması, ancak bu hareketlerin kanun koyucu tarafından müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmesi halinde mümkündür<sup>20</sup>. Bu bakımdan, “suç işlemek amacıyla (terör) örgüt kurma, yönetme veya üye olma fiilleri”, işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından birer **hazırlık hareketi** niteliğinde olmasına rağmen korudukları hukuki değer göz önüne alınmak suretiyle birçok ülkenin ceza kanununda müstakil suçlar olarak düzenlenmiştir<sup>21</sup>.

İşte tam bu noktada, zaten işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından birer hazırlık hareketi niteliğinde olan örgüt/terör suçlarında, cezalandırmanın bir miktar daha öne çekilmesinin suç teorilerinin genel ilkeleleriyle çelişip çelişmediği ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri ölçüsüz bir biçimde kısıtlayıp kısıtlamadığı tartışmaları gündeme gelmektedir. Bu tartışmalar; ulusal bazda “anayasalara aykırılık”, uluslararası bazda ise “taraf olunan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırılık (örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi)” ekseninde yürütülmektedir. Bunun yanında, kusur sorumluluğu esasına dayanan modern ceza hukuku yaklaşımlarının git gide önleme amacına yönelerek bir “polisistihbarat hukuku” sistemine dönüşme tehlikesi de önemli ve güncel bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özellikle terör suçları bakımından cezai sorumluluk alanının diğer suçlara nazaran erkene çekilmesi eğilimi, 11 Eylül 1999 tarihinde ABD’de düzenlenen terör saldırılarıyla birlikte batı demokrasilerinin

<sup>19</sup> ORAL, Mehmet, “Teşebbüs”, *Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, İstanbul 1997 (26 - 27 Mart), s. 203. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 501.

<sup>20</sup> Bu genel kuralın üç temel istisnası vardır. Bunlar; bazı hazırlık hareketlerinin ceza kanunlarında müstakil birer suç olarak düzenlenmesi, hazırlık hareketi olan fiillerin işlenen suçun icrası bakımından şeriklik (yardım etme) niteliği taşıması ve bazı suç tiplerinde hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasıdır. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 506.

<sup>21</sup> ARSLAN, Mehmet, *Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri*, Ankara 2020, s. 17; Türk Ceza Hukuku için bkz. ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, s. 14 - 15. YURTLU, “Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansımaları”, s. 412.

gündemine girmiş ve bu eğilim birçok ülkede (Almanya<sup>22</sup> da dahil olmak üzere) mevzuata yansımıştır. Örneğin; gelişmiş bir “batı demokrasisi” olarak gösterilen İngiltere, 2005 yılında Londra Metro’suna düzenlenen terör saldırıları sonrası mevzuat değişiklikleri yaparak oldukça tartışmalı hukuki ve fiili önlemlere başvurmuştur<sup>23</sup>. Daha yakın tarihlerde ise, Suriye iç çatışmasında taraf olan DAESH terör örgütünün, internet yardımıyla Avrupa ülkelerinden militan devşirmesi nedeniyle birçok Avrupa ülkesinde benzer yaklaşımlar ve tartışmalar gündeme gelmiştir.

## II. ALMAN MEVZUATINDA SUÇ ÖRGÜTLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, ceza hukuku sorumluluğunun gündeme gelmesi, suç fiilinin belirli bir aşamaya varmasına bağlıdır. Bu bakımdan, salt olarak suç işleme düşüncesi/kararı, ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli değildir. Hatta suç işleme kararının icrası kapsamında, suçun işlenmesi için birtakım “hazırlık hareketleri” dahi yapılmış olabilir. Örneğin; işlenecek suçta kullanılacak suç aletleri temin edilmiş, ayrıntılı suç planı yapılmış olabilir. “Hazırlık hareketi” olarak ifade edilen bu fiiller, kural olarak ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez.

Modern suç teorilerine hâkim bu genel ilkeler, teşebbüs sorumluluğunun düzenlendiği Alman CK 22. ve 23. maddeleri bakımından da geçerlidir<sup>24</sup>. Bununla beraber hazırlık hareketleri, kanun koyucu tarafından müstakil birer suç olarak düzenlenmişse ceza sorumluluğu gündeme gelmektedir. İşte tam bu noktada, en çok tartışılan konuların başında “örgüt suçları” ve bunlarla bağlantılı olarak karşımıza çıkan “propaganda suçları” gelmektedir. Bu iki başlıktan daha tartışmalı ve daha güncel olan üçüncü bir başlık ise “önelen suçları” olarak da ifade edilen, hazırlık

<sup>22</sup> Bkz. RADTKE, Henning / STEINSIEK, Mark, “Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (Referentenentwurf des BMJ vom 21.4.2008)”, ZIS 9/2008, s. 383 v.d.

<sup>23</sup> YURTLU, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma, s. 34.

<sup>24</sup> MOSENHEUER, Andreas, Urteilsanmerkung BGH, Urt. v. 14.6.2005 - 1 StR 503/04, ZIS 2/2006, s. 101.

hareketlerinin daha erken dönemde cezalandırılmasını öngören düzenlemelerdir.

Söz konusu bu üçlü ayırım, Alman mevzuatında suç örgütlerine ilişkin düzenlemeler bakımından da rahatlıkla yapılabilir<sup>25</sup>:

1. Suç Örgütlerine İlişkin Temel Düzenlemeler (**Örgüt Suçları**)
2. Devletin Güvenliğine Yönelik Ağır Suçlara İlişkin Bazı Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılmasına Yönelik Düzenlemeler (**Önalın Suçları**)<sup>26</sup>
3. Doğrudan Suç Örgütlerine İlişkin Olmamakla Beraber, Bu Örgütler Bağlamında Gündeme Gelebilecek Propaganda Suçlarına İlişkin Düzenlemeler (**Propaganda Suçları**)

### A. Örgüt Suçları<sup>27</sup>

Kısaca “örgüt suçları” olarak ifade edebileceğimiz birinci kategoriyi; “suç örgütü oluşturma (Alman CK m. 129)”<sup>28</sup>, “terör örgütü oluşturma (Alman CK m. 129a)” ve “yurt dışında bir terör örgütü oluşturma (Alman CK m. 129b)” gibi temel düzenlemeler oluşturmaktadır<sup>29</sup>. Tıpkı 5237 sayılı TCK’da olduğu gibi Alman CK’da da, örgüt kurma veya örgüte iştirak etme fiilleri birer hazırlık hareketi niteliğinde olmasına rağmen Kanun Koyucu tarafından müstakil suçlar olarak düzenlenmiştir<sup>30</sup>. Bununla beraber 2017 yılında, Avrupa Birliği hukukuna uyum kapsamında Al-

<sup>25</sup> ARSLAN, Mehmet, “Recent Developments in Law of Intelligence and Crime Control with regard to Terrorism in Germany”, Allahmeh Tabataba’i University Tehran, 05.03.2018, <https://www.mpicc.de/de/home/arслан.html>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

<sup>26</sup> ARSLAN, Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, s. 95 v.d.

<sup>27</sup> “Vereinigungsdelikte”.

<sup>28</sup> **Alman CK Madde 129: Suç Örgütlerinin Oluşturulması**

“Üst sınırı en az iki yıl hapis cezasını gerektiren suçların işlenmesine yönelik faaliyeti veya amacı olan bir örgütü kuran veya bu örgüte üye olarak iştirak eden kişi, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Böyle bir örgüte yardım eden veya onun için üye veya yardım eden (üye) kazandırmak için propaganda yapan kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılır”.

<sup>29</sup> ARSLAN, Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, s. 16 v.d.

<sup>30</sup> WEIßER, Bettina, “Der “Kampf gegen den Terrorismus” - Prävention durch Strafrecht?”, JZ 2008, s. 390.

man CK'da örgüt tanımına yönelik bazı değişiklikler yapılmış ve böylece örgüt kavramının biraz daha genişletilmesi amaçlanmıştır<sup>31</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, Alman CK'da suç örgütlerine ilişkin temel düzenlemelerin Türk ceza mevzuatındaki düzenlemelerle benzerlik arz ettiğini söylemek mümkündür. Türk Ceza Kanunu m. 220'de "suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçları", m. 314'te "suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçları" ve nihayetinde 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) m. 7'de "terör örgütü kurma, yönetme ve üye olma suçları" düzenlenmiştir.

Alman CK'nın suç örgütlerine ilişkin hazırlık eylemlerinin cezalandırma kapsamına alması ve bu suçun soyut bir tehlike suçu olarak düzenlenmesi, tipik suç fiilini oluşturan eylemlerin gündelik eylemlerden ayırt edilmesinde bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Konuya ilişkin olarak BGH kararına konu bir olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Bir internet sitesinde yer alan forum kısmında, El Kaide terör örgütünün Irak'ta çekilen ve örgüt militanlarının bir kişinin başını keserek insanları "cihada" çağırmasına ilişkin bir video yayınlanmıştır. Alman istinaf mahkemesi (OLG); söz konusu fiili gerçekleştiren sanıkları, "terör örgütü oluşturma (Alman CK m. 129a)" suçunun seçimlik hareketlerinden "örgüte üye veya yardım edecek kişi kazandırmak için propaganda yapmak (Alman CK m. 129a-5)" bağlamında sorumlu tutmuştur. Alman Yüksek Mahkemesi BGH (Bundesgerichtshof) ise özetle; ilgili videoların yayınlandığı foruma sadece kayıtlı üyelerin girebildiğini, bu videodaki propagandanın örgüte doğrudan üye kazandırma ya da destek olma sonucunu doğurmayacağını, Alman CK m. 129a'daki hükümlerin uygulanabilmesi için soyut olarak bir sempati ya da örgütün amacının övülmesinin yeterli olmayacağı ifade etmiştir. Sonuç olarak nihai kararında BGH, söz konusu videonun internet üzerinde ilgili forumda yayınlanmasının Alman CK m. 129a bakımından mahkûmiyet için yeterli olmayacağına hükmetmiştir<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> 2017 yılında yapılan bu değişiklikler sonrası örgüt suçunun unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, s. 20 v.d.

<sup>32</sup> BGH - 3 StR 314/12, 20.09.2012, <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3/12/3-314-12.php>. Siteye erişim tarihi: 13.01.2021.



Konuya ilişkin olarak yapılan bir diğer teknik tartışma ise, terör örgütlerinin “salt olarak propagandasının yapılmasının ya da örgütün amacının övülmesinin” Alman CK m. 129a bağlamında cezalandırılabilir olup olmadığıdır. Alman ceza mevzuatında 2002-2003 yıllarında yapılan değişikliklerden sonra, salt olarak bir terör örgütünün amacının övülmesi veya propagandasının yapılması artık cezalandırılmamaktadır<sup>33</sup>. Bu bakımdan 2002 ve 2003 yıllarında yürürlüğe giren kanuni değişikliklerle birlikte şu an için, salt olarak terör örgütünün propagandasına yönelik fiillerin Alman CK m. 129a kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda özellikle DAEŞ terör örgütüne ilişkin bazı kararlarda istinaf mahkemeleri Alman CK m. 129a’ya dayanarak mahkûmiyet hükmü kurmuşlar ise de temyiz mercii BGH, söz konusu mahkûmiyet hükümlerinin hemen hepsini bozmuştur. Konuya ilişkin bozma kararlarında BGH; terör örgütüne sempati duymak veya salt olarak örgütün amacını övmek şeklindeki fiillerin ceza hukuku sorumluluğu gerektirmeyeceğini vurgulamaktadır. BGH’ya göre; Alman CK m. 129a’daki suç tipinden dolayı failleri sorumlu tutabilmek için, örgüte somut bir şekilde üye kazandırılması veya fiili olarak (somut bir suçla bağlantılı olarak) örgüte destek verilmesi gerekir. Dolayısıyla, “salt olarak örgütün amacının ya da kendisinin propagandasının yapılmasında”, örgüte doğrudan üye kazandırmak ya da somut bir suçla bağlantılı olarak destek vermeye yönelik kesin bir sonuç çıkarılamayacağından, ilgili fiiller bakımından Alman CK m. 129a hükümlerince faillerin cezai sorumluluğuna gidilememesi gerekir. Meri mevzuat ve uygulama bu şekilde olmakla beraber; son yıllarda 2002 değişikliklerinden önce olduğu gibi, salt propaganda fiillerinin cezalandırılmasına yönelik birtakım girişimlerin olduğu da kamuoyuna yansımaktadır<sup>34</sup>. Fakat söz konusu girişimlerden herhangi biri şu an için kanunlaşmış değildir<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Süddeutsche Zeitung (online), 17.05.2010, “Allgemeine Aufrufe zum Dschihad nicht mehr strafbar”, <https://www.sueddeutsche.de/politik/bgh-allgemeine-aufrufe-zum-dschihad-nicht-mehr-strafbar-1.318482>. Siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

<sup>34</sup> Bkz. Frankfurter Allgemeine (online), 14.4.2016, “Koalition verständigt sich auf Integrationsgesetz und Sicherheitspakt”, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/koalitionsgipfel-zu-fluechtlingen-anti-terror-kampf-14177429.html>. Siteye erişim tarihi: 12.01.2021. Welt (online), 10.09.2014. “Offene Sympathie für Terror soll strafbar werden”, von Martin Lutz,

BGH, Alman CK m. 129b'de yer alan suç tipindeki “*örgüte destek vermek veya üye kazandırma*” fiilleri yönünden yurt dışında faaliyet gösteren terör örgütleri ile Avrupa Birliği sınırları içerisinde faaliyet gösteren terör örgütleri arasında net bir ayırım da yapmaktadır. Çünkü Alman CK m. 129b'deki hüküm; yabancı ülkedeki terör örgütleri bakımından yargılama yapılabilmesi için fail ya da mağdurun Alman vatandaşı olması ve Alman Adalet Bakanlığı'nın izni şartlarını aramaktadır<sup>36</sup>. Görüldüğü üzere Alman CK m. 129b'de soruşturma iznine ilişkin bir düzenleme de mevcuttur. Bu düzenlemeye göre; bu tip fiiller bakımından yargılama izni somut bir olaya ilişkin olarak verilebileceği gibi, belirli bir örgütle bağlantılı olarak, sonradan işlenecek suçlar bakımından genel (bir izin) olarak da verilebilir. Örneğin; Alman Federal Adalet Bakanlığı bir kararla, DAEŞ terör örgütü bakımından yurt dışında işlenen tüm terör eylemleri için yargılama izni verebilecektir.

1976 yılında yürürlüğe giren Alman CK m. 129a hükmü, terör örgütleri bakımından salt olarak propaganda yapmayı suç olarak tanımlanmışken; 2002-2003 değişiklikleriyle birlikte (Kırmızı Yeşil Koalisyonu - SDP ve Yeşiller Partisi tarafından yapıldığı için Rot-Grün olarak ifade edilmektedir) “*werbung*” ifadesi suç tanımından çıkarılmıştır. 1976 yılında yürürlüğe konulan bu hüküm esas olarak, radikal sol terör örgütü “RAF” ile mücadele için getirilmiştir<sup>37</sup>. O dönemde, RAF sempatanlarının bir evin duvarına boyalarla “RAF” yazması cezalandırılmış, bu da özellikle düşünce özgürlüğü bakımından Alman kamuoyunda ciddi

<https://www.welt.de/politik/deutschland/article132063910/Offene-Sympathie-fuer-Terror-soll-straftbar-werden.html>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

<sup>35</sup> Bazı eyalet hükümetlerinin terör faaliyetlerine yönelik önleyici mekanizmalar için hazırlık yaptığı da ifade edilmektedir. Welt (online), 16.02.2018. “*NRW bringt neues Sicherheitspaket gegen Terror auf den Weg*”, <https://www.welt.de/regionales/nrw/article173664358/NRW-bringt-neues-Sicherheitspaket-gegen-Terror-auf-den-Weg.html>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

<sup>36</sup> Her ne kadar tutuklama koruma tedbirinin yerindeliğine ilişkin bir karar olsa da, özellikle yurt dışındaki terör faaliyetleri bakımından failin Alman vatandaşı olması durumunda Alman CK m. 129a hükmünün “*büyük olasılıkla uygulanacağına*” yönelik değerlendirmeler içeren karar için bkz. BGH- AK 18/11, Beschluss vom 15. November 2011, <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/2/11/ak-18-11.php>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

<sup>37</sup> “*Werbung für Terrororganisationen: Muss Sympathie strafbar sein?*”, 30.09.2014, von Christian Rath, <http://www.taz.de/!5032135/>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

tartışmalara yol açmıştır. Bununla beraber 1999 yılında gerçekleşen 11 Eylül saldırılarına tepki olarak 2002 yılında, “*yabancı*” terörist grupları da kapsayan ceza kanununun 129b paragrafı yürürlüğe sokulmuştur. Alman CK m. 129b hükmü yürürlüğe konulurken, bir taraftan da m. 129a paragrafındaki hükümler hafifçe liberalleştirilmiştir. Bu değişikliklerle beraber artık, “*salt sempati içerikli propaganda filleri*” cezalandırılmakta; ancak örgütlere “*doğrudan üye veya destekçi kazandırmaya yönelik propaganda*” faaliyetleri cezalandırılmaktadır<sup>38</sup>. Bu değişikliklerden sonra; özellikle etkili bir propaganda işlemi olan şiddet içerikli (kafa kesme) video ve fotoğrafları paylaşmak “*unterstützen*”(129a/5) - *destek olma*” fiili olarak kabul edilip cezalandırabiliyorken, yukarıda paylaştığımız son BGH kararları göstermektedir ki; artık salt bu tip videoların paylaşılması bu kapsamda değerlendirilmemekte ve cezalandırılmamaktadır. Bu bakımdan konuya ilişkin olarak BGH’nın önemli bir içtihat değişikliğine gittiğini söylemek mümkündür.

Alman mevzuatında suç örgütlerine ilişkin temel düzenlemelere ilişkin uygulamalar çalışmamızın doğrudan konusunu oluşturmadığından, bu aşamada daha fazla ayrıntılarına girmiyoruz. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin orantısız bir biçimde kısıtlanması çerçevesinde temel tartışma konuları, örgüt suçlarına ilişkin temel düzenlemelerden daha çok ikinci ve üçüncü kategoriyi oluşturan “*önanan suçları*” ve “*propaganda suçlarıdır*”.

## B. Önanan Suçları<sup>39</sup>

Kısaca “*önanan suçları*” olarak ifade edilen ve çalışmamızın da esasını oluşturan bu kategoriyi, 30.07.2009 tarihinde Alman CK’ya eklenen ve 2015 yılında kapsamı oldukça genişletilen düzenlemeler oluşturmak-

<sup>38</sup> Bu değişiklikler, dönemin “*Terörist Avcısı*” olarak nitelendirilen Federal Başsavcısı Rainer Griesbaum tarafından dahi olumlu karşılanmıştır. Başsavcıya göre; “*bu değişikliklerle beraber ceza hukuku gereksiz ve geniş bir alandan kurtarılmıştır. Böylece uygulama, gerçek terör faaliyetleriyle mücadeleye odaklanma imkânı bulmuştur*”. “*Interview Bundesanwalt Rainer Griesbaum / Dschihad-Werbung ist strafbar*”, 24.02.2009, von Christian Rath, <http://www.taz.de/!5167298/>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

<sup>39</sup> “*Vorfelddelikte*”.

tadır<sup>40</sup>. Bu düzenlemelerin ihdas edilmesinin arkasında yatan temel gerekçe; suç örgütlerinin artık sadece kurmak, üye olmak, üye-yardımcı kazandırma veya yardım etme şeklindeki seçimlik hareketlerden oluşan (suç örgütü oluşturma - Alman CK m. 129 ve terör örgütü oluşturma - Alman CK m. 129a) faaliyetlerle sınırlı kalmadığı, salt olarak bunlara indirgenemeyeceği düşüncesidir. Bu yaklaşıma göre; değişen ve gelişen örgütlü suçluluk metotlarına karşı ceza hukukundaki klasik suç örgütü düzenlemeleriyle mücadele edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, özellikle devlet/toplum güvenliğine karşı ağır tehdit oluşturan örgüt suçlarıyla bağlantılı bazı hazırlık hareketlerinin müstakil suçlar olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Alman CK'da yer alan ve "önelen suçları" olarak nitelendirilebileceğimiz suç tipleri ise şunlardır:

- Devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçuna hazırlık yapma (m. 89a)
- Devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçunu işlemek için bağlantı/ilişki kurma (m. 89b)
- Terörizmin finansmanı (m. 89c)
- Devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçunu işlemek için yönlendirme (m. 91)

Söz konusu kanuni düzenlemelerin çoğunda "terör" ibaresi doğrudan yer almasa da, ilgili düzenlemelerin genelinden ve kanunlaştırma süreçlerinden bu suç tiplerinin temel olarak terör örgütleri ve faaliyetlerine yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu kanuni düzenlemeler, özellikle Alman CK m. 129a ve 129b'de tanımlanan örgüt suçlarının kapsamı dışında kalabilecek ancak örgütle bağlantılı birtakım fiilleri cezalandırmayı amaçlamaktadır. Daha önce de vurguladığımız üzere, bu yeni düzenlemelerin arkasında yatan temel felsefe; terör örgütlerinin geliştirdikleri yeni suç işleme metotları karşısında klasik ceza hukuku düzenlemeleri-

<sup>40</sup> BUTZLER, Volker, Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung. Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten. Baden-Baden 2017, s. 245 v.d. 2008 yılında başlayan kanunlaştırma ve hazırlık süreçleri için bkz. RADTKE / STEINSIEK, "Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen?", s. 383 v.d.

nin yetersiz kaldığına yönelik kabuldür. Bu düzenlemeler sayesinde, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen ancak çeşitli hukuki veya fiili nedenlerle cezalandırılmayan fiiller bakımından oluşan hukuki boşluklar giderilmiş olacaktır<sup>41</sup>.

Yukarıda saydığımız ve önalın suçları kapsamında kalan düzenlemelerden “devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçuna hazırlık yapma (m. 89a)<sup>42</sup> ve bu suçları işlemek için bağlantı kurma (m. 89b)”<sup>43</sup>, ceza sorumluluğunun erkene çekilmesi konusunda daha net

<sup>41</sup> ARSLAN, Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, s. 95 - 96.

<sup>42</sup> **Alman CK m. 89a: Devleti Ağır Bir Şekilde Tehlikeye Düşüren Bir Şiddet Fiilini Hazırlamak**

“(1) Her kim devleti ağır bir şekilde tehlikeye düşüren bir şiddet fiilini hazırlarsa altı aydan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Devleti ağır şekilde tehlikeye düşüren bir şiddet fiilinden; m. 211 veya m. 212 anlamında hayata karşı veya m. 239a veya 239b anlamında kişi özgürlüğüne karşı, duruma göre bir devletin veya uluslararası bir organizasyonun varlığı veya güvenliğini zedelemeye veya Federal Alman Cumhuriyetinin anayasal esaslarını bertaraf etmeye veya sarsmaya yönelik belirlenmiş veya buna elverişli bir suç anlaşılır.

(2) Birinci fıkra, failin devleti tehlikeye düşüren ağır şiddet eylemini, sadece, şu şekillerde hazırlaması halinde uygulanır;

1. Birinci fıkrada belirtilen suçların işlenmesine hizmet eden, ilgili fiillerin icrası için gereken özel düzeneklerin veya başkaca becerilerin; başka birine veya kendisine ateşli silahların, patlayıcı maddelerin veya patlayıcı veya yanıcı düzeneklerin, nükleer yakıt veya başkaca radyo aktif maddelerin, zehir içeren veya ortaya çıkarabilen maddelerin üretilmesi veya bunlarla muamele edilmesi bakımından ders vermesi veya kendine ders verdirtmesi ile edinmesi,

2. 1. numarada tasvir edilen cinsten silahların, maddelerin veya düzeneklerin üretilmesi, kendine veya başka birisine sağlanması, muhafaza edilmesi veya başka birine bırakılması veya

3. 1. numarada tasvir edilen cinsten silahların, maddelerin veya düzeneklerin üretilmesi için esaslı olan şeyleri veya maddeleri kendine sağlanması veya muhafaza edilmesi.

(2a) Birinci fıkra, failin devleti tehlikeye düşüren ağır şiddet eylemini, bu eylemi veya ikinci fıkranın birinci numarasındaki eylemleri işlemek amacıyla Federal Almanya Cumhuriyeti’nden, ikinci fıkranın birinci numarasındaki derslerin gerçekleşeceği bir devlete gitmek için çıkış yapmaya teşebbüs etmesi halinde de uygulanır.

(3) 1. fıkra hazırlığın yurt dışında işlenmesi halinde de geçerlidir. Hazırlığın Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin dışında işlenmesi halinde, bu husus, sadece hazırlığın bir Alman taraftan veya yaşamını yurt içinde idame ettiren bir yabancı taraftan veya hazırlanan devleti tehlikeye düşürecek ağır şiddet eyleminin yurt içinde veya bir Alman taraftan veya bir Almanya karşı işlenecek olması halinde geçerlidir”.

<sup>43</sup> **Alman CK Madde 89b: Devleti Tehlikeye Düşürecek Ağır Bir Şiddet Eylemini İşlemek İçin Bağlantı Kurma**

örneklerdir. Her iki suç tipi bakımından da, güvenliği ağır bir tehlikeye düşürülecek devletin Alman Devleti olması şart değildir. Bir başka ifadeyle, yabancı bir devletin güvenliğini tehlikeye düşürmek amacıyla bu kapsama giren fiillerin işlenmesi halinde de ilgili suç tipleri oluşacaktır<sup>44</sup>. Bu bağlamda, “patlayıcı madde yapımı konusunda eğitim vermek, eğitim almak, bunların üretimini sağlamak, depolamak veya bu kapsamda eğitim almak için yurt dışına gitmeye teşebbüs etmek” gibi fiiller Alman CK m. 89a kapsamında değerlendirilecek iken; örgütle herhangi bir hiyerarşik ilişkisi olmayan ve hatta örgüte doğrudan yardım etme amacı dahi olmayan kimselerin bazı suçları işlemek için üçüncü kişilerle bağlantı kurması ise Alman CK m. 89b kapsamında mütalaa edilecektir<sup>45</sup>.

Alman CK m. 89a ve 89b düzenlemeleri, kural olarak yabancı devletlere karşı işlenen fiilleri de kapsamaktadır. Ancak çalışmamızda da bir kısmına yer verdiğimiz yargı kararlarında, Alman Yüksek Mahkemesi BHG’nın özellikle yabancı ülkeler söz konusu olduğunda ilgili düzenlemeleri dar yorumlama eğiliminde olduğu görülmektedir. BGH’ya göre; söz konusu hükümlerin ihdas edilme amacı, yabancı devletlerin iç güvenliğini sağlamak değildir. Bu nedenle, özellikle Avrupa Birliği dışında kalan ülkelerde devam etmekte olan iç çatışmalar bakımından, söz konusu kanuni düzenlemelerin uygulanmasında çok daha dikkatli olmak gerekir. Buna karşılık, ilgili maddelerde tanımlanan suç fiillerinin

“(1) m. 89a f. 2 Nr. 1 anlamında devleti tehlikeye düşürecek ağır bir şiddet eylemini işlemek için ders almak maksadıyla, m. 129a anlamında bir örgütle (m. 129b bağlamında da) ilişki kuran veya bu ilişkiyi sürdüren kişi üç yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır.

(2) Birinci fıkra hükmü, eylemlerin münhasıran hukuka uygun mesleki ve görevsel yükümlülüklerin yerine getirilmesine hizmet etmesi halinde, geçerli değildir.

(3) Birinci fıkra, bağlantı kurmanın veya sürdürmenin yurt dışında gerçekleşmesi halinde de geçerlidir. Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin dışında ise, sadece, bağlantı kurmanın veya ilişkiyi sürdürmenin bir Alman tarafından veya yaşamını yurt içinde idame ettiren bir yabancı tarafından işlenmesi halinde geçerlidir”.

<sup>44</sup> Alman Yüksek Mahkemesi BGH birçok kararında, özellikle DAEŞ örgütüne katkı niteliğindeki fiiller bakımından ilgililer hakkında, Suriye Devleti’nin güvenliğini ağır bir biçimde tehlikeye düşürdüklerinden bahisle Alman CK m. 89a ve 89b uyarınca mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Bkz. BGH - StB 13/19, Beschluss v. 13.06.2019 OLG (Celle), HRRS 2019 nr. 819, kn. 37, <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/2/19/stb-13-19.php>, siteye erişim tarihi: 14.01.2021.

<sup>45</sup> ARSLAN, Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, s. 97 - 98.

Almanya veya Avrupa Birliği sınırlarına somut bir yansıması olduğunda, bu hükümlerin uygulanması daha olasıdır<sup>46</sup>.

2009 yılındaki “Güvenlik Paketiyle” yürürlüğe giren ACK m. “89a (devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçuna hazırlık yapma)”, “m. 89b (devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçunu işlemek için bağlantı/ilişki kurma)” ve “m. 91 (devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçunu işlemek için yönlendirme)” düzenlemeleri, bir suç işleme yöntemi veya yönlendirmesi içeren faaliyetleri cezalandırmaktadır. Söz konusu maddelerdeki düzenlemeler, propaganda suçlarına benzese de burada cezalandırılan somut bir övme değil, “m. 89a’da ifade edilen ağır suçların işlenmesi bakımından yöntem gösterme ya da doğrudan yönlendirme” fiilleridir. Dolayısıyla, salt propaganda niteliğindeki fiiller bu maddeler uyarınca cezalandırılmayacaktır. Bu düzenlemelerle aslında, devlet güvenliğini ağır tehlikeye düşürecek suçlara yönelik “yardım” fiillerinin cezalandırılması amaçlanmış görülmektedir.

Buna karşılık, söz konusu düzenlemeler bakımından tartışma yaratan temel husus; zaten birer hazırlık hareketi niteliğinde olan örgüt suçlarında ceza sorumluluğu başlangıç anının daha da erkene çekilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bir başka ifadeyle, söz konusu bu kanuni düzenlemelerle, bir nevi “hazırlık hareketlerinin hazırlığını oluşturan fiillerin” cezalandırılıyor olmasının, ceza hukukunun temel ilkeleri ve hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığıdır.

Örneğin; Alman CK m. 89a/2a hükmü bir kimsenin, şiddet eylemini gerçekleştirmeye yönelik bomba yapımı gibi fiilleri öğrenmek amacıyla Federal Almanya Cumhuriyeti’nden eğitimin gerçekleşeceği bir devlete “gitmek için çıkış yapmaya teşebbüs etmesi” halinde de cezalandırılmasını mümkün kılmaktadır. Bu bakımdan söz konusu düzenlemeler ile “zaten hazırlık hareketi olan örgüt suçuna ilişkin yardım fiillerine teşebbü-

<sup>46</sup> BGH başka bir kararında, benzer şekilde Alman CK m. 129a bakımından da Avrupa Birliği sınırlarının dikkate alınması gerektiğini, AB topraklarına yansımayan eylemler içinse bu hükmün daha dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Buna karşılık BGH, Alman CK m. 129b’nin yurtdışında icra edilen terör faaliyetleri hakkında da rahatlıkla uygulanabileceği kanaatindedir. BGH - AK 52/16, Beschluss vom 6. 10. 2016, <https://lexetius.com/2016,3316> , siteye erişim tarihi: 13.01.2021.

*sün*” cezalandırıldığı rahatlıkla söylenebilir. Böyle bir olayda failin cezalandırılan fiili, “*yurt dışına çıkmaya teşebbüs etmekten*” ibarettir. Alman CK m. 89a/2a’daki hükümle; zaten birer “*hazırlık hareketi olan suç örgütü fiillerine yönelik hazırlık hareketlerine*” teşebbüs cezalandırılarak, cezalandırmanın alanı üç derece daha erkene çekilmektedir. Buradaki yurt dışına çıkış amacı her ne kadar gayri meşru da olsa, bu gayri meşru amacın somut bir fiile dönüşüp suçun konusu bakımından bir zarar ya da en azından zarar tehlikesi yarattığını söylemek çoğu zaman mümkün değildir. Bu yüzden, böyle bir durumdaki kişinin cezalandırılması, fiil ve kusur sorumluluğu esasını benimsemiş demokratik hukuk sistemleriyle bağdaşmamaktadır. Burada tabiri caiz ise daha kişinin yalnızca tasavvurunda bulunan “*suç işleme düşüncesi*” cezalandırılmaktadır.

Karşıt yönde görüşler olmakla birlikte Alman doktrininde de, “*güvenlik*” adına da olsa ceza sorumluluğunu bu şekilde oldukça öne çeken düzenlemelerin Alman ceza hukuku dogmatığı ve temel hak ve özgürlükler bakımından öngörülen güvenceler bakımından ciddi anlamda sorunlu olduğu ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Hakeza, önalın suçlarına ilişkin söz konusu düzenlemelerle Alman ceza hukukun kusur temeline dayanan “*fiil ceza hukuku sorumluluğu (Tatstrafrecht)*” anlayışından uzaklaşarak, failin tehlikeliliği esasında dayanan ve daha çok suçun önlenmesini hedefleyen “*önleyici ceza hukuku (Präventionsstrafrecht)*” anlayışına kayıldığı ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Bu gerekçelerle, yeni ihdas edilen bu suç tiplerinin Alman Anayasasına aykırı olduğu ileri sürülmektedir<sup>49</sup>.

Konunun bir bütün olarak değerlendirilebilmesi için, Alman uygulamasının konuya ilişkin yaklaşımına da kısaca değinmek gerekir. BGH önüne gelen olay özetle şu şekilde vuku bulmuştur: Almanya’da eşinden boşanan ve sonradan Müslüman olan bir kadın, iki çocuğunu da yanına alarak internet üzerinden tanıştığı ve DAES’e yakın olduğu

<sup>47</sup> BUTZLER, Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung, s. 246.

<sup>48</sup> WEIßER, Bettina, “*Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungen*”. ZStW 121/2009, s.153. Ceza hukukunda “*güvenlikçi*” anlayışlara ne kadar yer verilebileceğine ilişkin bir değerlendirme için bkz. HASSEMER, Winfried, “*Sicherheit durch Strafrecht*”, HRRS 4/2006, s. 130 vd.

<sup>49</sup> ZWEIGLE, Thiemo Alexander. Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung. Eine Untersuchung zu § 89a Abs. 2a StGB. Baden - Baden 2020, s. 447 v.d.



bilinen bir adamın yanına Suriye'ye gitmiştir. Bu yolculuk sırasında Türkiye topraklarından da geçiş yapan kadın, Suriye'de DAESH sempatisanları arasına karışarak bölgede silahlı eğitim almıştır. Durumun Alman makamları tarafından tespit edilmesinden sonra, kadın fail hakkında "devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçuna hazırlık yapma (Alman CK m. 89a)" suçu kapsamında dava açılarak yargılama yapılmıştır. Yapılan yargılama neticesinde BGH, birazdan ifade edeceğimiz gerekçelerle sanık kadın hakkında Alman CK m. 89a hükümlerince ceza verilmesini isabetsiz bulmuştur. BGH'ya göre, Alman CK m. 89a hükmü kural olarak yabancı devletlere yönelen ağır tehlikeler bakımından da uygulanabilir. Ancak bu değerlendirmenin her somut olay bakımından ayrıca yapılması gerekir. Somut olayda sanığın her ne kadar Suriye Ordusu'yla silahlı bir çatışmaya hazır olduğu kabul edilebilirse de fiilen herhangi bir çatışmaya girmediği, silah eğitimini kendisini ve çocuklarını savunmak için almış olabileceği imkan dahilindedir. Hatta sanığın fiili çatışmalardan kaçınmak için Suriye içinde sürekli yer değiştirdiği ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet hükmünde de açıkça ifade edilmiştir. Tüm bu gerekçelerle BGH'ya göre, somut olayda Alman CK m. 89a hükümlerinin uygulanması isabetli değildir<sup>50</sup>.

BGH'nın yaklaşımına göre; Alman CK m. 89a hükmünün ihdas edilme amacı, Alman CK m. 129a'daki aşamaya ulaşmayan ancak devletlerin iç ve dış güvenliği bakımından "ciddi" anlamda sorun oluşturabilecek fiilleri cezalandırmaktır. Alman Kanun Koyucu, küresel anlamda ciddi boyutlara ulaşan terörist eylemlerle daha etkin mücadele etmek amacıyla bu hükümleri ihdas etmiştir. Yine söz konusu kararında BGH; Alman CK m. 89a hükmünün kural olarak Almanya'daki toplulukların barış içerisinde ve bir arada yaşamalarını amaçladığını, yabancı devletlerin iç güvenliğini sağlamak amacıyla kanun yapılmasının uluslararası hukuk bakımından mümkün olmadığını da vurgulamıştır. BGH; özellikle Suriye'deki iç savaş da göz önüne alındığında, Alman CK'daki bu düzenlemelerin, Avrupa Birliği dışında kalan bir ülkede var olan silahlı

<sup>50</sup> BGH - 3 StR 218/15, 27.10.2015 Urteil (LG München I), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/15/3-218-15.php>, siteye erişim tarihi: 10.01.2021.

grupların kendilerini savunma haklarını elinden alacak bir biçimde yorumlanamayacağıının da altını çizmiştir<sup>51</sup>.

İhdas edilen yeni önalan suçlarının ortaya çıkardığı bir diğer problem ise kendini usul hukuku açısından göstermektedir. Bu düzenlemeler, soruşturma makamlarının oldukça sıradan, dıştan bakıldığında herhangi bir risk ve anormallik oluşturmayan gündelik bazı hareketler bakımından temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerine başvurabilmesinin de önünü açmaktadır. Örneğin; bazı kimyevi/elektronik materyaller alan veya bulunduran, yurt dışına çıkan ya da üçüncü bir kişiyle herhangi bir amaçla iletişime geçen kimseler bakımından kolaylıkla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi ya da bilgisayar kütüklerinin aranması gibi koruma tedbirlerine başvurulması mümkün olacaktır. Hakeza saydığımız bu basit fiillerin birçok olayda Alman CK m. 89a ve 89b'deki suçların işlenmiş veya işleniyor olmasından şüphe etmek için yeterli olduğu, manevi unsur bakımından çokta kapsamlı olmayan belirlemelere dayanılarak kabul edilmesinin de önü açılacaktır. Üstelik söz konusu fiillerin işlenmesinin öncesinde, önleyici kolluk ve istihbari faaliyetlerde bulunulması da mümkündür. Tüm bunlar birlikte düşünüldüğünde, ihdas edilen bu hükümler üzerinden oldukça geniş kapsamlı alanların, katmanlı bir şekilde gözetim ve denetim altına alındığı görülmektedir ki; bu durum da temel hak ve özgürlüklerin orantısız bir biçimde sınırlandırılmasının önünü açmaktadır<sup>52</sup>.

### C. Propaganda Suçları<sup>53</sup>

İtalyancadan dilimize geçen bir sözcük olan propaganda; *“bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz, yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma, yaymaca”* anlamlarına gelmek-

<sup>51</sup> BGH - 3 StR 218/15, 27.10.2015 Urteil (LG München I), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/15/3-218-15.php>, siteye erişim tarihi: 10.01.2021.

<sup>52</sup> SIEBER, Ulrich, *“Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht in: Tiedemann/Sieber/Burchard/Brodowski (Hrsg.)”*, Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden 2016, s. 356. ENGELHART, Marc / ARSLAN, Mehmet, Security Architecture in Germany, Freiburg 2019, s. 52.

<sup>53</sup> *“Propagandadelikte”*.

tedir<sup>54</sup>. Türk Yargıtay'ı ise bir kararında “*propagandayı*” şu şekilde tanımlamıştır: “*Belli bir görüşün toplum içinde yayılmasını, fikir ve kanaatlerin kökleşmesini sağlamak için bu amacın gerçekleşmesine yönelik olarak her türlü maddi ve manevi araca başvurarak telkin, teşvik ve etkide bulunmak*”<sup>55</sup>.

Propaganda; belli bir amaca matuf olarak seçilen bilgilerin, çoğu zaman kaynak belirtilmeksizin yoğun bir şekilde aktarımı suretiyle belirli bir görüş veya eyleme yönelik olarak hedef grubun ikna edilmesidir<sup>56</sup>. Fakat bu ikna, tartışma ve objektiflikten uzak bir şekilde yapılır<sup>57</sup>. Propaganda; bir şahsın veya grubun başka şahıs veya grupların tutumlarını değiştirmek, denetlemek ve onların tepkilerini kendi amaçlarına uygun tepkilere dönüştürmek amacıyla, gerektiğinde kitle iletişim araçlarını da kullanarak giriştikleri bir etkinlik olarak da tanımlanmaktadır<sup>58</sup>. Bu bakımdan internet ve sosyal medya araçlarının çok yaygın bir şekilde kullanıldığı günümüzde, bir suç ya da suç örgütünün propagandasının yapılması oldukça kolay hale gelmiştir. Bu bakımdan devletler, söz konusu vasıtalarla yapılan suç/örgüt propagandalarıyla çok daha etkili bir şekilde mücadele etme zorunluluğu ile karşı karşıyadır. Ancak devletler bu tür propaganda faaliyetleri ile mücadele ederken aynı zamanda düşünce ve düşüncüyü yayma hürriyetine de orantısız bir şekilde müdahale etmemekle de yükümlüdür. Dolayısıyla bu tip durumlarda ilgili hukuki otoriteler iki taraflı bir yükümlülük arasında makul bir denge kurmak durumundadır.

Alman Ceza Kanunu’nda, “*propaganda suçları*” kategorisinde değerlendirilebilecek temel düzenlemeler ise şunlardır:

- Anayasaya aykırı örgütlerin propaganda araçlarının dağıtılması (m. 86)

<sup>54</sup> Türk Dil Kurumu (Online) Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, siteye erişim tarihi: 07.12.2020.

<sup>55</sup> YCGK, E. 1999/9-33, K. 1998/38, T. 16.3.1999. Kazancı İçtihat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, siteye erişim tarihi: 07.12.2020.

<sup>56</sup> YURTLU, “*Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansımaları*”, s. 415.

<sup>57</sup> ÇAKMUT, Özlem Yenerer, “*Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü*”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999, s. 138.

<sup>58</sup> GÖKCEN, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara, 2001, s. 21.

- Anayasaya aykırı örgütlerin tanıtım işaretlerinin (sembollerinin) kullanılması (m. 86a)
- Suç işlemeye alenen çağrı (m. 111)
- Kamu barışını bozma (m. 125, 125a)
- Suç işleme tehdidiyle kamu barışını bozma (m. 126)
- Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme (m. 130)
- Suç işlemek için yol gösterme (m. 130a)
- Cebir tasviri (m. 131)
- İşlenen bir suçu övme veya meşru gösterme (m. 140)<sup>59</sup>

Propaganda suçları kapsamında değerlendirilebilecek ilgili suç tipleri, esasında salt örgüt suçlarına özgü değildir. Buna karşılık söz konusu suç tiplerinin özellikle “*terör örgütleriyle*” bağlantılı bir şekilde işlenmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Propaganda suçlarına ilişkin düzenlemeler arasında, özellikle Alman CK m. 86, 86a, 130 ve 140’da tanımlanan suç tipleri ön plana çıkmaktadır. Söz konusu kanuni düzenlemeler, terör örgütlerinin propagandası bağlamında sıklıkla gündeme gelmekte ve yargı kararlarına yansımaktadır.

Konuya ilişkin olarak Alman Yüksek Mahkemesi BGH önüne gelen olay, özetle şu şekilde gerçekleşmiştir: Antika eşya ve eski kitap satışı yapan bir kişi, üzerinde Nazilerin sembolü olan gamalı haç işareti ve Adolf Hitler’in resminin bulunduğu “*Mein Kampf (Kavgam)*” adlı kitabın eski bir basısını satışa sunmuştur. Olayın tespit edilmesi üzerine, kitap satıcısı hakkında kamu davası açılmış ve yargılamayı yapan ilk derece mahkemesi satıcıyı, “*anayasaya aykırı örgütlerin propaganda araçlarının dağıtılması (m. 86) ve anayasaya aykırı örgütlerin tanıtım işaretlerinin (sembollerinin) kullanılması (m. 86a)*” suçlarından mahkûm etmiştir. İlk derece mahkemesi mahkûmiyet kararında; kitabın bizatihi kendisinin bir propaganda aracı olması nedeniyle Alman CK m. 86’daki suç kapsamında, kitap kapağında bulunan gamalı haç işaretini ise Alman CK m. 86a (anayasaya aykırı örgütlerin sembolünü kullanma) kapsamında değerlendirmiştir. Kanun yolu incelemesinde ilk derece mahkemesinin kararını değerlendiren BGH ise; “*iddia olunan fiilin failin mesleki faaliyeti çerç-*

<sup>59</sup> ARSLAN, Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, s. 98 - 99.

*vesinde işlendiğine” vurgu yaparak mahkûmiyet hükmünü bozmuştur. BGH’ya göre söz konusu olayda, failin ilgili suç tiplerinden cezalandırılabilmesi için gerekli olan “sosyal yeterlilik (Sozialadäquanzklausel)” oluşmamıştır ve bu nedenle sanığın beraat etmesi gerekir<sup>60</sup>.*

Propaganda suçlarına ilişkin bir diğer BGH kararında ise<sup>61</sup>; iki kişi, dünyanın farklı bölgelerinde değişik şekillerde örgütlenen ve Almanya’da (yetkili mercilerin kararıyla) yasaklı bulunan motorcu çetesinin<sup>62</sup> logo ve işaretlerini taşıyan kıyafetleri giymiştir. Bunun üzerine yapılan yargılamalarda, söz konusu kıyafetleri giyen iki kişi bakımından Alman CK m. 86a hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Somut olayda BGH; Anayasal düzene karşı tehdit oluşturmayan suç örgütlerinin işaretlerini taşımanın, Alman CK m. 86a bağlamında değerlendirilmesine mesafeli durmuştur. BGH’ya göre; *“Alman CK m. 86a’daki hükmün getiriliş amacına uygun bir biçimde değerlendirme yapmak, düşünce ve ifade özgürlüğünü sınırlandıran bu hükümler bakımından bir zorunluluktur”*. Bu sebeple, söz konusu kanuni düzenlemeleri yorumlarken, yargılamaya konu somut fiillerin oluşturduğu etki ve *“sosyal yeterlilik (Sozialadäquanzklausel)”* şartına azami ölçüde dikkat edilmesi gerekir.

Örgüt propagandasına ilişkin yargı makamları önüne gelen bir diğer olay ise şu şekilde cereyan etmiştir: Şarkıcı K, 1996 yılının Eylül

<sup>60</sup> BGH - 3 StR 182/79 (S), Urt. v. 25.07.1979, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/c6c8d84a-e74a-474f-83fd-19a39170a751> , siteye erişim tarihi: 07.12.2020.

<sup>61</sup> BGH - 3 StR 33/15, 09.07.2015 Urteil (LG Bochum), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/15/3-33-15.php>, siteye erişim tarihi: 06.12.2020.

<sup>62</sup> Yargı kararına konu olan grubun adı *“Bandidos, Fat Mexican”* dır. Bu topluluk, batı dünyasında motor kullanan kişiler tarafından kurulan ve daha çok maddi çıkar elde etmek amacıyla suç işleyen bir yapılanmadır. Bu oluşum, farklı coğrafyalarda farklı isimlerle örgütlenmiştir. Yapılanma, Almanya içinde de birçok bölgede farklı şekilde faaliyet yürütmektedir. Bu farklı yapılanmalardan bir kısmı suç organizasyonu niteliği taşımasına rağmen, bazılarının çıkar amaçlı suç örgütüne dönüştüğü bilinmektedir. Bu gerekçeyle ilgili oluşumun ana fraksiyonu faaliyetleri Almanya’da yasaklanmıştır. Söz konusu örgütün farklı fraksiyonları tarafından giyilen yelek, şapka gibi kıyafetlerin üzerinde örgütü simgeleyen işaretler bulunmaktadır. Diğer gruplara ait işaretler, yasaklanan ana fraksiyonun işaretlerine benzerle beraber bazı farklılıklar barındırmaktadır. Söz konusu bu farklı simgelerin ACK 86a maddesi bakımından nasıl değerlendirileceği hususu BGH kararında ayrıntılı olarak tartışılmıştır. BGH - 3 StR 33/15, 09.07.2015 Urteil (LG Bochum), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/15/3-33-15.php>, siteye erişim tarihi: 06.12.2020.

ayında, bir restoranda organize edilen etkinliğe “özel konuk” olarak davet edilir. Şarkıcı K sahnede; göçmen ve Yahudi karşıtlığı içeren şarkılar söyler, Yahudi katliamını reddeder ve bu fiilleri onaylar. Bunlara ek olarak, sahnede Nazi sloganları atar, Adolf Hitler’i selamlar ve seyircileri de bu tür aktiviteler yapmaları yönünde coşturur<sup>63</sup>. Olayın yargı mercilerinin önüne gelmesi sonucunda BGH; Nazi cinayetlerinin onaylanmasını içeren söz konusu fiillerin Alman CK m. 130<sup>64</sup> bağlamında mı yoksa Alman CK m. 140<sup>65</sup> bağlamında mı değerlendirilmesi gerektiğini tartışmıştır. BGH’ya göre; bu tür suçlar için aranması gereken “sosyal yeterlilik (Sozialadäquanzklausel)” şartı somut olay bakımından oluşmuştur. Ancak somut olayda mahkûmiyet hükmü “işlenen bir suçu övme veya meşru gösterme (Alman CK m. 140)” bağlamında değil, “halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme (Alman CK m. 130/3)” bağlamında kurulmalıdır. Çünkü Alman CK m. 130/3 hükmü, Alman CK m. 140/2 hükmüne nazaran “özel norm” niteliğindedir<sup>66, 67</sup>.

<sup>63</sup> BGH - 3 StR 613/98, 26.02.1999 Urteil (LG Bochum), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/98/3-613-98.php3> . Siteye erişim tarihi: 10.12.2020.

<sup>64</sup> **Alman CK m. 130/3:**

“Nasyonal Sosyalist iktidar altında işlenen ve Devletler Ceza Kanununun altıncı maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan bir hareketi, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde, alenen veya bir toplantı sırasında onaylayan, inkâr eden veya zararsız gibi gösteren kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır”. YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN Gottfried, Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 226.

<sup>65</sup> **Alman CK m. 140:**

“Her kim 138. maddenin birinci fıkrasının 1 ila 4 numaralı bentlerinde ve 126. maddenin birinci fıkrasında adı geçen hukuka aykırı fiillerden biri veya m. 176 fıkra 3, m. 176a ve 176b, m. 177 ve 178 veya 179 fıkra 3, 5 ve 6’da düzenlenen hukuka aykırı bir fiili, bu fiil işlendikten veya cezalandırılabilir bir şekilde işlenmeğe teşebbüs edildikten sonra,

1. İşleyeni mükaflatlandırır veya

2. Kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde alenen, bir toplantıda veya yazı (m. 11 fıkra 3) yayarak bu suçu onaylarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır”. YENİSEY / PLAGEMANN Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), s. 239 - 240.

<sup>66</sup> BGH - 3 StR 613/98, 26.02.1999 Urteil (LG Bochum), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/98/3-613-98.php3> , siteye erişim tarihi: 10.12.2020.

<sup>67</sup> Alman CK m. 86, m. 111 ve m. 130’daki suçlara yönelik değerlendirmeler içeren farklı bir karar için bkz. BGH - 3 StR 602/14, 14.04.2005 (LG Berlin), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/14/3-602-14.php> , siteye erişim tarihi: 10.12.2020.

Uygulamada Alman CK 86 ve 86a maddelerinin, genellikle Nasional Sosyalizme yönelik propaganda fiilleri ve Nazi işaretleri (gamalı haç gibi) bakımından uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Bununla beraber ilgili düzenlemeler özelinde, düşünce ve ifade özgürlüğünün kısıtlanması bakımından yargı organlarının somut olay bazlı tartışmalar yaptığı görülmektedir<sup>68</sup>. Bu suçlar bakımından BGH'nın kararlarında ısrarla bahsettiği “*sosyal yeterlilik (Sozialadäquanzklausel)*” şartıyla cezalandırılma alanı daraltılmaktadır. Bu uygulama ile BGH'nın kanuni düzenlemelerin düşünce ve ifade özgürlüğünü orantısız bir biçimde kısıtlama tehlikesini dengelemeye çalıştığı söylenebilir.

Alman CK m. 86 hükmü, ilgili makamlarca daha önceden yasaklanmış parti veya örgütlere yönelik fiiller bakımından da uygulanmaya müsaittir. Alman CK m. 86 ve 86a hükümlerinin yalnızca Alman mercileri tarafından yasaklanan örgüt veya dernekler hakkında uygulanacağı ifade edilmektedir<sup>69</sup>. Bununla beraber, örneğin PKK<sup>70</sup> terör örgütünün işaretleri ya da sözde liderinin resimleri mevzu bahis olduğunda durum biraz daha karmaşık bir hal almaktadır. Bu tip fiiller bakımından Alman soruşturma makamlarının kasıtlı olarak pasif kaldığını söylemek mümkündür. Bu nedenle söz konusu fiiller bakımından ciddi bir takip problemi olduğu göze çarpmaktadır. Bununla beraber, soruşturmaya konu

<sup>68</sup> Alman CK m. 86 ve 86a hükümleri bakımından yapılan bazı hukuki tartışmalar için bkz: BGH - 3 StR 495/01, 31. 07. 2002 (KG Berlin) <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3/01/3-495-01.php3> , siteye erişim tarihi: 10.12.2020.

Yurtdışında bulunan bir kimse tarafından internet üzerinden Nazi propagandası yapma fiiline ilişkin bir başka karar: BGH - 3 StR 88/14 = HRRS 2014 Nr. 1113, <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/archiv/15-11/index.php?sz=7> , Siteye erişim tarihi: 10.12.2020.

<sup>69</sup> ZIMMERMANN, Frank. “*NS-Propaganda im Internet, § 86a StGB und deutsches Strafanwendungsrecht*”, <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/archiv/15-11/index.php?sz=7> , siteye erişim tarihi: 10.12.2020.

<sup>70</sup> PKK'nın suç örgütü olduğuna yönelik olarak Alman yargısı tarafından da verilmiş birçok karar mevcuttur. Bkz. BGH - 3 StR 265/13, Beschluss vom 6. Mai 2014 (OLG Hamburg), <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3/13/3-265-13.php> , siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

BGH - 3 StR 407/13, Beschluss vom 6. Mai 2014 (KG Berlin), <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3/13/3-407-13.php> , siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

BGH - AK 3/18, Beschluss v. 8. Februar 2018, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=AK%203/18&nr=81294> , siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

edilip ceza mahkemelerinin önüne gelen az sayıdaki olayda, yerel mahkemelerin aksine BGH'nın "cezalandırmama" yönünde bir eğiliminin olduğu da açıkça görülmektedir<sup>71</sup>.

Alman kamuoyunda benzer şekilde, özellikle El Kaide lideri Usame Bin Laden'in fotoğraflarını taşıyan ve popüler kültürün bir yansıması olarak görülen tişörtlerin giyilmesinin ceza sorumluluğu doğurup doğurmayacağı da tartışılmıştır. Şu an için genel kanı ve uygulama, bu tip fiillerin de ceza hukuku sorumluluğu gerektirmediği yönündedir<sup>72</sup>.

### DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Gelişen teknolojik imkânlardan faydalanma noktasında her zaman hukuki otoritelerin birkaç adım önünde olan suç örgütleri, günün şartlarına çok hızlı adapte olmuş ve uluslararası boyutta faaliyet gösteren devasa organizasyonlara dönüşmüştür. Suç örgütlerinin yasadışı faaliyetlerden elde ettikleri gelirleri çeşitli vasıtalarla legal ekonomik sistemin içerisine kolayca dahil etmeleri, meşru ekonomik sistemler bakımından da ciddi sorunlara neden olmaktadır. Hakeza suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin bu şekilde legal ekonomik sistemlere dahil edilmesi, çoğu zaman işlenen suçların takibini ve ceza muhakemesine konu olmasını da engellemektedir. Özellikle terör örgütleri tarafından gerçekleştirilen ve her türlü insani değerden yoksun şiddet içerikli eylemler, toplumların barış ve güven duygularını da derinden sarsmaktadır.

Görülmektedir ki; suç örgütlerinin hukuk toplumları bakımından oluşturduğu tehlike, hem çok boyutlu hem de oldukça şiddetlidir. Bu nedenle, batı demokrasileri olarak ifade edilen toplumlarda dahi, örgütlü suçlulukla mücadele kapsamında klasik ceza hukuku enstrümanlarının yetersiz kaldığı inancı günümüzde güçlenmektedir. Suç örgütleriyle mücadele noktasında oluşan bu toplumsal talepten güç olan yeni eğilim, suç örgütleriyle mücadelede yeni bir konsepte ihtiyaç olduğunu savunmaktadır. Özellikle terör örgütleri tarafından gerçekleştirilen sansasyo-

<sup>71</sup> Aynı yönde karar için bkz. BGH - 3 StR 109/13, 28.07.2013 Urteil (LG Berlin), <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3/13/3-109-13.php> , siteye erişim tarihi: 10.12.2020.

<sup>72</sup> "Interview Bundesanwalt Rainer Griesbaum / Dschihad-Werbung ist strafbar", 24.02.2009, von Christian Rath, <http://www.taz.de/!5167298/>, siteye erişim tarihi: 11.12.2020.



nel eylemlerden sonra toplumlarda oluşan güçlü güvenlik talepleri, birçok batı ülkesinde kanunlaştırma çalışmasına doğrudan yansımıştır. Bu yansımaların bir sonucu olarak birçok demokratik hukuk devleti, suç örgütleriyle bağlantılı bazı hazırlık hareketlerini müstakil yeni suç tipleri olarak düzenlemiş ve cezalandırılmasının yolunu açmıştır.

Buna karşılık, toplumun ekseriyetinde oluşan bu *güvenlik talebini* karşılamak adına yapılan kanunlaştırma çalışmalarının, anayasalar ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler bakımından ortaya yeni problemler çıkardığı görülmektedir. Gerçekten de toplumda oluşan güvenlik talebini tatmin etme amacıyla yapılan kanunlaştırma çalışmalarıyla temel hak ve özgürlüklere orantısız bir şekilde müdahale edilmektedir. En azından hukuk devleti olma iddiasının bir gereği olarak, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin ölçütlerini net bir biçimde saptama zorunluluğu, örgütlü suçlulukla mücadeleyi daha sıkıntılı bir hale getirmektedir<sup>73</sup>.

Bu bağlamda Almanya'da 2009 yılında "*Yeni Terörle Mücadele Konsepti*" kapsamında Alman Ceza Kanunu'na yeni düzenlemeler eklenmiştir. Bu düzenlemelerin kapsamı 2015 yılında daha da genişletilmiştir. Söz konusu düzenlemelerle; "*devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçuna hazırlık yapma (m. 89a) ve bu suçları işlemek için bağlantı kurma (m. 89b)*" gibi fiiller, birer müstakil suç haline getirilmiştir. Kanunlaşan bu düzenlemeler; devletin güvenliğine yönelik ağır suçlar bakımından yapılan hazırlık hareketlerini cezalandırarak suç örgütlerinin geliştirdikleri yeni metotlarla mücadele etmeyi amaçlamaktadır.

Söz konusu bu düzenlemelere iki temel gerekçeyle ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir: Birincisi; Alman CK m. 89a ve 89b düzenlemeleri sayesinde, Alman CK m. 129a veya 129b kapsamına girmeyen bazı

<sup>73</sup> SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 140.

Hakeza bu durum 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. "*Bir yandan Anayasanın tanıdığı temel hak ve hürriyetlere saygısı olmayan, şiddeti vasıta edinmiş terörizmle mücadele ederken, diğer taraftan çağdaş demokratik toplum düzenine ulaşmak için, şiddeti vasıta kılmayan düşünceleri ifade etme hürriyeti ile şiddeti benimsemeyen düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı hükümlerde de iyileştirici düzenlemeler yapmak gerekmektedir*". T.B.M.M. Terörle Mücadele Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM, Dönem: 18, Yasama Yılı 4, sa. 554.

hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesine duyulan ihtiyaçtır. İkinci- si; özellikle DAESH ve El Kaide gibi küresel terör örgütlerinin Avrupa topraklarında uyguladıkları yeni stratejilerle mücadele etmektir. Çünkü terör örgütleri, Avrupa’da yaşayan ve “*Alone Wolf (Yalnız Kurt)*” olarak ifade edilen kişilerle irtibata geçerek, bu kişilerin örgütün stratejilerine yönelik suç işlemesini sağlamaktadır. “*Yalnız Kurt*” olarak ifade edilen bu kimselerin çoğu zaman söz konusu örgütlerle aralarında hiçbir hiyerarşik ilişki de bulunmamaktadır. Bu kimseler, örgüt adına genellikle bir ya da bir kaç suç işledikleri için örgüte sürekli olarak destek sağladıkları (yardım ettikleri) da söylenemez. Hakeza, bu kimseler söz konusu kanlı eylemlerini gerçekleştirirken çoğu zaman ilgili terör örgütlerinin amaçları doğrultusunda değil, şahsi yönelim/eğilimleri ile hareket etmektedir. Dolayısıyla “*yalnız kurt*” olarak ifade edilen bu kişilerin, klasik örgüt suçlarına yönelik hükümler uyarınca cezalandırılması (Alman CK m. 129b) çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Dahası, özellikle Ortadoğu’nun belirli bölgelerde oluşan siyasal krizlerden faydalanarak belirli bir ekonomik ve siyasi güce ulaşan bazı terör örgütleri (örneğin DAESH), internet üzerinden iletişime geçtikleri Avrupa vatandaşlarının örgütlerine katılması yönünde ikna faaliyetleri yürütmektedir. Bu kapsamda binlerce Avrupa vatandaşının çok çeşitli gerekçelerle ülkelerinden ayrılarak söz konusu terör örgütlerine katılmak için Ortadoğu’ya yolculuk yaptığı bilinmektedir. İşte hem “*yalnız kurt*” olarak ifade edilen bu kişilerin cezalandırılması noktasındaki hukuki boşlukları gidermek, hem de terör örgütlerine katılmak için ülkelere ayrılan Avrupa vatandaşlarının sayısını azaltmak amacıyla yeni “*önanan suçları*” ihdas edilmiştir. Sonuç olarak; söz konusu bu yeni düzenlemelerin amacı, küresel terör örgütleri ve bunların yeni suç işleme/örgüt üyesi kazanma stratejileriyle etkili bir mücadele vermektir.

Bu şekilde önanan suçları ihdas edilerek ceza hukuku sorumluluğunun oldukça erken bir ana çekilmesinin, ceza hukuku dogmatığı ve temel hak ve özgürlükler bakımından ciddi bir tehlike oluşturduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Bu kapsamdaki hukuki tartışmaların ise farklı eksenlerde yürütüldüğü görülmektedir. İlk olarak, zaten hazırlık hareketi niteliğinde olan bazı fiillerin cezalandırılmasının biraz daha öne çekilmesinin ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşp bağdaşmadığı

tartışılmaktadır. İkinci olarak, söz konusu düzenlemelerle, özellikle propaganda suçlarına ilişkin fiillerin cezalandırılmasında aşırıya gidilerek düşünce ve kanaat hürriyetinin ölçüsüz bir biçimde kısıtlanması tartışma konusu yapılmaktadır.

Kanaatimizce, bu düzenlemeler özelinde hukuk toplumlarını bekleyen en büyük tehlike; ceza sorumluk alanının bu şekilde oldukça erkene çekilmesiyle birlikte *“fiil ve kusur sorumluluğu”* üzerine inşa edilen modern ceza hukuku sistemlerinin yerini, kişilerin tehlikelilik halini esas alan *“önleyici ceza hukuku - güvenlik hukukunun”* alması ihtimalidir. Bu yaklaşımın salt olarak *“tehlikelilik”* haline odaklanması, orta ve hatta kısa vadede fiil ve kusur sorumluluğunu esas alan modern ceza hukuku dogmatikini bir *“polis - istihbarat hukuku”* haline getirebilir<sup>74</sup>. Bu durum ise, temel hak ve özgürlüklere bizzat *“meşru otoriteler”* tarafından orantısız müdahale imkânının kapısını açacaktır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme veya üye olma fiilleri işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından birer *“hazırlık hareketi”* niteliğindedir. Modern suç teorilerinde, kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Vele ki bu hazırlık hareketleri başlı başına bir suç tipi olarak düzenlenmiş olmasın. İşte tam bu noktada, *“önalan suçları”* olarak ifade edilen ve genellikle suç örgütleriyle bağlantılı olan yeni suç tiplerinin ihdası, kusur sorumluluğuna dayanan modern ceza hukuku anlayışlarını birer *“güvenlik hukuku”* anlayışına dönüştürdüğü gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Zaten birer hazırlık hareketi niteliğinde olan örgüt suçlarıyla bağlantılı olarak sorumluluk alanının daha da öne çekilmesi, kaçınılmaz olarak temel hak ve özgürlüklerin ölçüsüz bir biçimde kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Hakeza yeni ihdas edilen önalan suçlarıyla bağlantılı olarak yürütülecek soruşturmalar dahilinde kolayca başvurulabilecek ceza muhakemesi tedbirleri de, temel hak ve özgürlüklere orantısız müdahale alanını daha da genişletmiş olacaktır. Koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin olarak yakın zaman içinde

<sup>74</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı tartışmalar ve görüşler için bkz. BOZBAYINDIR, Ali Emrah, *“The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?”*, Criminal Law Forum 29, s. 25 – 62 (2018).

oldukça kötü bir tecrübe edinen Türk Toplumunun, bu konuda çok daha dikkatli olması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>75</sup>.

Kanaatimizce, söz konusu hazırlık hareketlerinin “tehlükeli” olması noktasında kolluk ve istihbarat faaliyetleri yürütülebilir. Bu noktada, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamak kaydıyla bazı “önleyici kolluk tedbirlerine” başvurulması da makul görülebilir. Örneğin; terör örgütüne katılmak için örgüt üyeleriyle irtibata geçip bu amaçla yurt dışına çıkacağı tespit edilen kişinin yurt dışına çıkması idari bir kararla ya da önleyici kolluk faaliyetleri kapsamında engellenebilir. Yine bir terör örgütüyle irtibata geçip patlayıcı veya bomba yapımı konusunda “eğitim alan” kişinin iletişim araçları “istihbari amaçla ya da önleyici kolluk tedbirleri kapsamında” dinlenebilir. Zaten birçok ülkenin hali hazırdaki polis ve istihbarat mevzuatı bu tip dinlemelerin yapılmasına cevaz vermektedir.

Yine örgütlü suçlulukla mücadele kapsamında, temel hak ve özgürlüklere orantısız müdahale içermemek ve özlerine dokunmamak kaydıyla birtakım özel koruma tedbirlerine de (örneğin; telefon dinleme, gizli soruşturmacı görevlendirme gibi) yer verilebilir<sup>76</sup>. Buna ek olarak, örgütlü suç soruşturmaları söz konusu olduğunda bazı koruma tedbirlerinin süresi de uzatılabilir (örneğin; gözaltı süresinin uzatılması, tutuklama sürelerinin uzatılması, dinleme süresinin uzatılması gibi). Hakeza örgütlü suçlara ilişkin soruşturmaların gizlilik içerisinde yürütülmesi ve delil toplamada karşılaşılan zorlukları aşmak için birtakım özel soruşturma usulleri, delil toplama yöntemleri de kanunlarla düzenlenebilir<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Fetullahçı Terör Örgütü'nün (FETÖ) kolluk ve yargı camiasına hâkim olduğu dönemlerde, örgütlü suçluluğu her kapıyı açan bir anahtar olarak kullandığını, toplumun her kesiminden kişilerin koruma tedbirleri uygulanmak suretiyle sindirilmeye çalışıldığını hatırlatmakla yetinelim.

<sup>76</sup> Örneğin, İtalya'da Anti-Mafya Kanunu ile mafya tipi suç örgütleri ile mücadele noktasında bazı özel önleyici tedbirlere (koruma tedbirlerine) ayrıntılı olarak yer verilmiştir. NISCO, s. 454 v.d.

<sup>77</sup> “Önalan” ifadesinin ceza hukuku literatürüne ilk olarak muhakeme hukuku bakımından girdiği görülmektedir: “Önalan Soruşturmaları”. Bu ifade ile vurgulanmak istenen, örgütlü suçluluk gibi bazı özel durumlarda kolluğa ceza muhakemesindeki genel soruşturmadan önce bir hazırlık aşaması yetkisinin verilmesi gerektiğine yönelik düşüncedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK, Veli Özer, “Organize Suçlulukla

İfade ettiğimiz tüm bu özel idari/önleyici kolluk ve ceza muhakemesi düzenlemeleri, örgütlü suçlulukla mücadelede karşılaşılan zorluklar nedeniyle makul karşılanabilir. Fakat bunların ötesine geçilerek, sırf örgütlü suçlulukla mücadele adına suçun konusu bakımından herhangi bir somut tehlike dahi yaratmayan hazırlık hareketlerinin müstakil suçlar olarak düzenlenmesi ve doğrudan ceza hukukunun konusu haline getirilmesi kanaatimizce isabetli değildir. Bu yaklaşım; temel amacı kişi hak ve özgürlüklerini korumak olan maddi ceza hukukunun, söz konusu hak ve özgürlükleri bizzat kendisinin orantısız bir şekilde sınırlandırmasına yol açacaktır.

Dahası bu yaklaşımın kabul edilmesiyle birlikte, yalnızca maddi ceza hukuku açısından değil ceza muhakemesi açısından da önemli sorunlar gündeme gelecektir. Aslında basit birer hazırlık hareketi niteliğinde olan bazı fiillerin doğrudan suç olarak düzenlenmesiyle, yalnızca önleyici kolluk veya istihbarat faaliyetlerinin konusu olabilecek birtakım ağır tedbirler artık doğrudan ceza muhakemesinin konusu haline gelecektir. Bu durum da, ceza yargılaması sırasında kullanılacak delillerin hukuka uygun elde edilmesi zorunluluğuna yönelik birçok kanuni güvenceyi bertaraf etmiş olacaktır. Böylece ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile önleyici kolluk - istihbarat hukuku (faaliyetleri) arasındaki kırmızı çizgiler tamamen ortadan kalkacaktır. Önalın suçlarına ilişkin söz konusu düzenlemeler olmadığı dönemlerde dahi bu kırmızı çizgiler hususunda çok da özverili olmayan kolluğun, bu düzenlemelerden sonra ne şekilde hareket edeceğini de göz önünde bulundurmamak gerekir.

Tüm bu tartışmalar ışığında vardığımız temel sonuç şu şekildedir: “Güvenlikçi paradigmanın” etkisiyle, suçun konusu ile doğrudan temas etmeyen bazı hazırlık hareketlerinin soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi, ceza hukukunda kusur sorumluluğu yerine tehlikelilik halini ve dolayısıyla önleme amacını ön plana çıkarmaktadır. Bu bakımdan, ceza hukukunun “güvenlikçi paradigmanın” etkisi altında kalarak münhasıran “önleme” amacına odaklanması, suç politikasını ve ceza hukuku enstrümanlarını iç güvenliği sağlamanın en kolay ve kullanışlı aracı ha-

line getirebilir. Çalışmamızda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere Almanya gibi gelişmiş bir batı demokrasisinde dahi kolaylıkla değiştirilebilen kanuni düzenlemeler göstermektedir ki; ceza hukuku yerini gelecekte “*polis ve istihbarat hukukuna*” bırakabilir.

Halbuki ceza hukukunun temel amacı hiçbir zaman salt olarak “*önlemeye*” indirgenemez. Çünkü önleme, kavramsal olarak ucu oldukça açık ve sınırlandırılması mümkün olmayan bir konsepttir. Modern ceza hukuku anlayışlarında ise, bu şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan uçsuz bucaksız kavramlara ve konseptlere yer yoktur. Konuya ilişkin esas trajik nokta ise şudur: Tarihsel süreçte ceza hukukunun önleme fonksiyonunun ön plana çıkması, aydınlanma çağıyla birlikte gelişen akılcılıkla olmuştur. Buna karşın günümüzdeki “*önleme konsepti*”, tam tersi bir yaklaşımla duygusallığın ve toplumsal güvenlik kaygılarının oluşturduğu taleple gündeme gelmektedir. Hakeza tarihsel süreçte birey odaklı ve temel haklar noktasında güvence sağlamayı amaçlayan ceza hukukunun temel felsefesi, yeni paradigmayla birlikte toplum odaklı ve güvenlik gayesiyle temel haklara yönelik güvenceleri bertaraf edebilecek niteliğe doğru evrilmektedir. Bu bakımdan, söz konusu düzenlemelere hakim olan yaklaşımın, modern suç teorileri ve ceza adaleti sistemleri bakımından oldukça tehlikeli olduğu kanaatindeyiz.

## KAYNAKLAR

- ARSLAN, Mehmet, Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, Ankara 2020.
- ARSLAN, Mehmet, "Recent Developments in Law of Intelligence and Crime Control with regard to Terrorism in Germany", Allahmeh Tabataba'î University Tehran, 05.03.2018, <https://www.mpicc.de/de/home/arslan.html>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah, "The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?", Criminal Law Forum 29, s. 25 – 62 (2018).
- BUTZLER, Volker, Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung. Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, Baden - Baden 2017.
- ÇAKMUT, Özlem Yenerer, "Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Organize Suçlulukla Mücadele", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kemal Oğuzman'a Armağan, Ocak 2002, sa. 1, y.1, s. 3 - 10.
- ENGELHART, Marc / ARSLAN, Mehmet, Security Architecture in Germany, Freiburg 2019.
- EVİK, Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, 1. Bası, İstanbul 2004.
- FIORENTINI, Gianluca / PELTZMAN, Sam, The Economics of Organised Crime, Cambridge University Press, 2005.
- GÖKCEN, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara 2001.
- HASSEMER, Winfried, "Sicherheit durch Strafrecht", HRRS 4/2006, s. 130 - 143.
- KAZAKER, Gözde, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Ankara 2019.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 13. Baskı, Ankara 2020.
- KÖROĞLU, Hasan, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak. Ankara 2001.

- KÜLÇÜR, İzzet Erdem, *“Avrupa Konseyi Bünyesinde Oluşturulan Terörizmin Bastırılması Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemeler”*, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, s. 361 - 386.
- MOSENHEUER, Andreas, *“Urteilsanmerkung BGH, Urt. v. 14.6.2005- 1 StR 503/04”*. ZIS 2/2006, s. 99 - 104.
- NISCO, Attilio, *“Organized Crime In Italian Criminal Law and Practice: An Overview of Some Current Problems”*, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, s. 445 - 458.
- ORAL, Mehmet, *“Teşebbüs”*, Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 1997 (26 - 27 Mart), s. 197 - 207.
- ÖZBEK, Veli Özer, *“Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları”*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sa. 4, y. 2002, s. 57 - 88.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Suç Örgütleri*, 13. Bası, Ankara 2020 (Suç Örgütleri).
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Ankara 2020 (Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler).
- ÖZGENÇ, İzzet / YURTLU, Fatih, *“Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkarılabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme”*. 5. Türk - Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Editörler: İzzet ÖZGENÇ / Cumhur ŞAHİN / Faruk TURHAN, Ankara 2020, c. I, s. 447 - 471.
- RADTKE, Henning / STEINSIEK Mark, *“Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? - Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (Referentenentwurf des BMJ vom 21.4.2008)”*, ZIS 9/2008, s. 383 - 396.
- RAHMDEL, Mansour, *“Organized Crimes and Organized Criminal Groups In the Iranian Criminal Law”*, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, s. 583 - 599.
- SANCAR, Türkan Yalçın, *Çok Failli Suçlar*. Ankara 1998.
- SIEBER, Ulrich, *“Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht in: Tiedemann/Sieber/Burchard/Brodowski (Hrsg.)”*, Die Ver-



fassung moderner Strafrechtspflege, Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden 2016, 349 - 372.

SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.

Terörle Mücadele Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM, Dönem: 18, Yasama Yılı 4, sa. 554.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, T.B.M.M. (S. Sayısı: 664).

WEIßER, Bettina, "Der "Kampf gegen den Terrorismus" - Prävention durch Strafrecht?", JZ 2008, s. 388 - 395.

WEIßER, Bettina, "Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungs-lagen", ZStW 121/2009, s. 131 - 161.

YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2005.

YURTLU, Fatih, İhmalî Suçlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ekim 2020.

YURTLU, Fatih, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013.

YURTLU, Fatih, "Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansımaları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. xx, sa. 3, y. 2016 (Temmuz), s. 411 - 435.

ZWEIGLE, Thimo Alexander, Gesetzgeber im Konflikt zwischen Rechtsstaatlichkeit und Terrorismusbekämpfung, Eine Untersuchung zu § 89a Abs. 2a StGB, Baden-Baden 2020.

#### Yararlanılan İnternet Kaynakları

Frankfurter Allgemeine (online), 14.4.2016, "Koalition verständigt sich auf Integrationsgesetz und Sicherheitspakt", <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/koalitions-gipfel-zu-fluechtlingen-anti-terror-kampf-14177429.html>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

“Interview Bundesanwalt Rainer Griesbaum / Dschihad-Werbung ist strafbar”,  
24.02.2009, von Christian Rath, <http://www.taz.de/!5167298/>,  
siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

Süddeutsche Zeitung (Online), “Allgemeine Aufrufe zum Dschihad nicht  
mehr strafbar”, 17.05.2010,  
[https://www.sueddeutsche.de/politik/bgh-allgemeine-aufrufe-  
zum-dschihad-nicht-mehr-straftbar-1.318482](https://www.sueddeutsche.de/politik/bgh-allgemeine-aufrufe-zum-dschihad-nicht-mehr-straftbar-1.318482), siteye erişim tari-  
hi: 12.01.2021.

Türk Dil Kurumu (Online) Güncel Türkçe Sözlük ,  
<https://sozluk.gov.tr/>, siteye erişim tarihi: 07.12.2020.

Welt (online), 10.09.2014, “Offene Sympathie für Terror soll strafbar wer-  
den”, von Martin Lutz,  
[https://www.welt.de/politik/deutschland/article132063910/Offe-  
ne-Sympathie-fuer-Terror-soll-straftbar-werden.html](https://www.welt.de/politik/deutschland/article132063910/Offene-Sympathie-fuer-Terror-soll-straftbar-werden.html), siteye  
erişim tarihi: 12.01.2020.

Welt (online), 16.02.2018, “NRW bringt neues Sicherheitspaket gegen Terror  
auf den Weg”,  
[https://www.welt.de/regionales/nrw/article173664358/NRW-  
bringt-neues-Sicherheitspaket-gegen-Terror-auf-den-Weg.html](https://www.welt.de/regionales/nrw/article173664358/NRW-bringt-neues-Sicherheitspaket-gegen-Terror-auf-den-Weg.html),  
siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

“Werbung für Terrororganisationen: Muss Sympathie strafbar sein?“,  
30.09.2014, von Christian Rath, <http://www.taz.de/!5032135/>,  
siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

YCGK, E. 1999/9-33, K. 1998/38, T. 16.3.1999, Kazancı İçtihat Bankası,  
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, siteye erişim tari-  
hi: 07.12.2020.

ZIMMERMANN, Frank, “NS-Propaganda im Internet, § 86a StGB und  
deutsches Strafanwendungsrecht”, [https://www.hrr-  
strafrecht.de/hrr/archiv/15-11/index.php?sz=7](https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/15-11/index.php?sz=7), siteye erişim ta-  
rihi: 10.12.2020.

#### Yararlanılan BGH Kararları

BGH -3 StR 182/79 (S), Urt. v. 25.07.1979, [https://research.wolterskluwer-  
online.de/document/c6c8d84a-e74a-474f-83fd-19a39170a751](https://research.wolterskluwer-online.de/document/c6c8d84a-e74a-474f-83fd-19a39170a751), si-  
teye erişim tarihi: 07.12.2020.

- BGH -3 StR 613/98, 26.02.1999 Urteil (LG Bochum), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/98/3-613-98.php3>, siteye erişim tarihi: 10.12.2020.
- BGH -3 StR 495/01 - 31. 07. 2002 (KG Berlin), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/01/3-495-01.php3>, siteye erişim tarihi: 10.12.2020.
- BGH -3 StR 602/14, 14.04.2005 (LG Berlin), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/14/3-602-14.php>, siteye erişim tarihi: 10.12.2020.
- BGH - AK 18/11, Beschluss vom 15. November 2011, <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/11/ak-18-11.php>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.
- BGH - 3 StR 314/12, 20.09.2012, <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/12/3-314-12.php>, siteye erişim tarihi: 13.01.2021.
- BGH -3 StR 109/13, 28.07.2013 Urteil (LG Berlin), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/13/3-109-13.php>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.
- BGH -3 StR 265/13, Beschluss vom 6. Mai 2014 (OLG Hamburg), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/13/3-265-13.php>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.
- BGH -3 StR 407/13, Beschluss vom 6. Mai 2014 (KG Berlin), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/13/3-407-13.php>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.
- BGH -3 StR 33/15, 09.07.2015 Urteil (LG Bochum), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/15/3-33-15.php>, siteye erişim tarihi: 06.12.2020.
- BGH -3 StR 218/15, 27.10.2015 Urteil (LG München I), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/15/3-218-15.php>, siteye erişim tarihi: 10.01.2021.
- BGH -AK 52/16, Beschluss vom 6. 10. 2016, <https://lexetius.com/2016,3316>, siteye erişim tarihi: 13.01.2021.
- BGH -AK 3/18, Beschluss v. 8. Februar 2018, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=A K%203/18&nr=81294>, siteye erişim tarihi: 12.01.2021.

BGH - StB 13/19, Beschluss v. 13.06.2019 OLG (Celle), HRRS 2019 nr. 819, kn. 37. <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/2/19/stb-13-19.php> , siteye erişim tarihi: 14.01.2021.

BGH -3 StR 88/14, HRRS 2014 Nr. 1113, <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/archiv/15-11/index.php?sz=7> , siteye erişim tarihi: 10.12.2020.



## DUTIES AND RESPONSIBILITIES OF DIRECTORS OF JOINT STOCK COMPANIES ON CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: AN EVALUATION WITH RESPECT TO TURKISH COMPANY LAW

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra KANDEMİR\*

### Abstract

Company law regulations establish the responsibility of directors towards the company and its shareholders (and to creditors in case of insolvency). The interests of stakeholder groups, including the interests of employees, the environment and the society considered as irrelevant in terms of company law. Because directors' responsibilities defined by company law disregard social responsibilities, board of directors and managers cannot enjoy a complete discretion in respect to Environmental-Social-Governance (ESG)-related issues. In the literature, the subject of companies engaging socially responsible conduct mainly addressed by the virtue of business ethics and many of the discussion disregarded the role of company law on the matter. This paper is aimed to identify the roles and responsibilities of directors under Turkish Commercial Code with respect to corporate social responsibility and specify the conditions for the validity of their decisions on socially responsible conduct.

### Key Words

Corporate Entity Theories • Corporate Social Responsibility • Turkish Commercial Code • Business Judgment Rule • Environmental-Social-Governance (ESG)

\* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye | Assist. Prof., İzmir Katip Celebi University, Business Administration Department, Commercial Law Sub-division, İzmir, Turkey.

✉ haticekubra.kandemir@ikc.edu.tr • ORCID 0000-0001-9722-1798

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KANDEMİR Hatice Kübra, "Duties and Responsibilities of Directors of Joint Stock Companies on Corporate Social Responsibility: An Evaluation with Respect to Turkish Company Law", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2209-2233.

📄 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## ANONİM ŞİRKET YÖNETİCİLERİNİN KURUMSAL SOSYAL SORUMLULUK İLE İLGİLİ GÖREV VE SORUMLULUKLARI: TÜRK ŞİRKETLER HUKUKU AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

### Öz

Şirketler hukuku mevzuatı, yöneticilerin sorumluluğunu şirkete ve pay sahiplerine (ve iflas durumunda alacaklılara) karşı düzenlemiştir. Çalışanların, çevrenin ve toplumun çıkarları dahil olmak üzere diğer menfaat sahibi grupların çıkarlarının şirketler hukuku açısından konu dışı olduğu düşünülmektedir. Yöneticilerin şirketler hukukunda tanımlanan yasal yükümlülükleri, diğer sosyal sorumlulukları göz ardı ettiğinden, yönetim kurulunun ve yöneticilerin Çevre-Sosyal-Kurumsal Yönetim (ÇSY) ile ilgili konulardaki takdir yetkileri sınırsız değildir. Literatürde, sosyal açıdan sorumlu davranışlara dahil olan şirketler, daha çok iş etiği kapsamında ele alınmış ve tartışmaların çoğu bu konuda şirketler hukukunun rolünü göz ardı etmiştir. Bu makale, yöneticilerin Türk Ticaret Kanunu kapsamında kurumsal sosyal sorumluluğa ilişkin rol ve sorumluluklarının sınırlarını belirlemeyi ve sosyal sorumlu davranışa ilişkin kararlarının geçerlilik koşullarını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Şirket Teorileri • Kurumsal Sosyal Sorumluluk • Türk Ticaret Kanunu • Ticari Takdir İlkesi • Çevresel-Sosyal-Kurumsal Yönetim (ÇSY)

### INTRODUCTION

In 2012, following the conference on Sustainable Development in Rio, the United Nations called upon “...the private sector to engage in responsible business practices...” and such an “...active participation of the private sector can contribute to the achievement of sustainable development”.<sup>1</sup> As promoted by the United Nations Global Compact, responsible business practices include but not limited to supporting and respecting internationally accepted human rights, elimination of discrimination of labor, supporting initiatives to overcome environmental challenges through the development of environmentally friendly technologies.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012 A/RES/66/288. The Future We Want, para. 46. [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E) Accessed 27.01.2021.

<sup>2</sup> Ten Principles of the UN Global Compact available at <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> Accessed 27.01.2021.

Under one-tier corporate governance system, the board of directors is the single body entitled to govern and represent the company in all matters related to the management of the company, except for the roles and duties reserved to the general assembly. According to the Turkish Commercial Code (hereafter, TCC) the board of directors is authorized to make decisions on any actions and transactions required in order to conduct the business subject-matter of the company (TCC, art. 374). The roles of the management of the company at the highest level and giving instructions about these policies are assigned by law to the board of directors (TCC, art. 375). The management of the company at highest level is one of the non-transferable and indispensable duties of the board (TCC, art. 345). The board of directors is also responsible for the disclosure of corporate governance report.

Turkish company law has established the legal responsibility of managers towards the company and its shareholders, and to creditors in case of insolvency (TCC, art. 553/1).<sup>3</sup> On this ground, directors and managers are legally obliged to pursue the best interests of the company. Regarding the social responsibility of companies, the law has not issued any duty or responsibility for managers. Under the Turkish company law there are no specific provisions with respect to the duties and responsibilities of companies towards the interests of non-shareholder stakeholders, including the society and the environment. External laws and regulations, such as Labor Law No. 4857 governs the protection of the company's employees at the workplace. Similarly, the protection of environment (including biological, physical, social, economic, and cultural) is ensured by the Environmental Law No. 2872 in line with the principles of sustainable

---

<sup>3</sup> Within the scope of article 553 of the TCC, managers include persons who make decisions on behalf of the company and execute it, thus fulfilling the duties assigned to them for the realization of the company's field of activity. In this paper, "director" and "manager" are used interchangeably and they refer to the persons within the scope of article 553 but with different titles such as general manager, assistant general managers, senior managers, third parties appointed with management such as CEOs (under art. 369), executive committee or general coordinator. For description of the concept of 'directors', see YANLI, Veliye, "Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında "Yönetici" Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliği Sorunu", *Tezrazi Hukuk Dergisi*, 14 (151), 2019, 46-57, p. 53.

development. As for company law, the two main duties imposed by law on the members of the board and third parties assigned with managerial responsibilities are the duty of care and the duty of loyalty.

The aim of this paper is to identify the role of directors for socially responsible business conduct. For that purpose, this paper firstly questions the roles and responsibilities of directors imposed by Turkish company law. This part will demonstrate directors' role for socially responsible companies in the light of the long-standing debate on the duty of directors towards shareholders versus larger stakeholders. Secondly, it discusses the legal capacity of directors in terms of considering ESG-related issues. Lastly, this paper will conclude by specifying the conditions to the validity of directors' discretion on socially responsible conduct under the business judgement rule.

### **I. STATUTORY DUTIES OF DIRECTORS TO THE COMPANY**

According to the Turkish company law, the members of the board and other third parties appointed with management are required to perform their duties with the care of a cautious manager and while fulfilling their duties they have to consider the best interests of the company (TCC, art. 369). Board members and managers are expected to follow general principles of law, i.e., acting in good faith (*bona fide*) while making business decisions. In other words, managerial decisions will be reviewed on an objective standard whether the company benefit is pursued in good faith while the manager performing his/her duties. When assessing the director's duty of care and the duty of loyalty the prominent question is whether a benefit was pursued in the interest of the company. A reasonable belief based on appropriate information that the directors were acting in the best interest of the company will set the standards.

At this point, unsurprisingly more questions arise. What does define (or should define) a company's interests? And who to determine those interests? The answers to these questions would differ according to the two predominant views put forward on the theories of the corporate



entity. One of those theories views the corporation as a “nexus of contracts”<sup>4</sup> and treats shareholders as the owners of the corporation.<sup>5</sup> Under this theory, the corporation is recognized as a “legal fiction” that is a separate legal entity independent from its founders. Even though the corporation has its own rights and properties under this separate legal personality, this theory still argues that the shareholders’ interests should be centered because they invest their capital in the company to pursue particular economic interests.<sup>6</sup> Under this phenomenon the corporation is not seen fully independent from its owners especially in terms of its economic purpose. For that reason, the “nexus of contracts theory” accepts that the corporation is obliged to serve the interests of its shareholders.<sup>7</sup> This theory largely reflects the shareholder primacy view in which the corporate performance and shareholder value maximization are the substance for the purpose of the corporation.<sup>8</sup> The other predominant view on the theory of the corporation views the corporation as a concession from the state.<sup>9</sup> This group also sees the corporation as a legal fiction and an independent entity itself. According to this view, it is argued that the state grants corporations the legal entity status as a concession and thus the state should have a right to control over corporations and be able to define their purpose.<sup>10</sup> The advocates of this group accept non-shareholder groups as the

---

<sup>4</sup> EASTERBROOK, Frank H. / FISCHER, Daniel R., “The Corporate Contract”, *Columbia Law Review* 89 (7), 1989, 1416-1448, p. 1418.

<sup>5</sup> JENSEN, Michael C. / MECKLING, William H., “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, 3, 1976, 305-360, p. 308-309.

<sup>6</sup> ATTENBOROUGH, Daniel, “Giving Purpose to the Corporate Purpose Debate: An Equitable Maximization and Viability Principle”, *Legal Studies*, 32 (1), 2012, 4-34.

<sup>7</sup> MILLON, David, “Theories of the Corporation”, *Duke Law Journal*, 1990, 201-262, p. 229-231; BRATTON, William W., “The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History”, *Stanford Law Review* 41, 1989, 1471-1527.

<sup>8</sup> SMITH, D. Gordon, “The Shareholder Primacy Norm”, *The Journal of Corporation Law* 23, 1998, 277-323.

<sup>9</sup> MILLON (1990) p. 227.

<sup>10</sup> BRATTON (1989) p.1502–1508.

legitimate contributors to the corporation and refer them as “stakeholders”.<sup>11</sup>

Today, many businesses are organized under a corporate entity, so that they can channel small capitals to use them for the purposes of the business, and they have only been able to do this because of their legal personality status granted by the state. The law, in particular company law grants companies a legal personality to fulfill a specific economic purpose.<sup>12</sup> The capacity to have rights and obligations of joint stock companies includes all rights and obligations except for those based on human qualities such as gender, age, and kinship (TTC, art. 125).<sup>13</sup> Under this legal entity, a company can take legal action on its own, acquire or sell properties. The distinguishing feature of companies is that they have a separate and independent personality from their founders.<sup>14</sup> Companies exist independently of their founders, that is to say even if the founders or shareholders die or sell their shares to others, the continuity of the company will not be affected.<sup>15</sup> Although the shareholder value approach accepts shareholders as the owners of the company, the fact that the company has a separate and independent legal personality from the founders

---

<sup>11</sup> FREEMAN, R. Edward, *Stakeholder Management: A Stakeholder Approach*, Pitman/Ballinger, Boston, 1984.

<sup>12</sup> POROY, R. / TEKİNALP, Ü. / ÇAMOĞLU, E., *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Ed., İstanbul, 2019, p. 309-311.

<sup>13</sup> The principle of ultra vires that limits the legal capacity of companies to their stated objectives has been abolished by the Turkish Commercial Code enacted in 2012. See TTC Justification of art. 125, p. 42.

<sup>14</sup> The fact that the continuation of legal personality does not depend on the personality of its partners also creates constituency for the company. See POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU (2019) p. 309.

<sup>15</sup> PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Ed., Adalet, Ankara, 2017, p. 307.

suggests that the company cannot be owned.<sup>16</sup> For this reason, no company law system focusses solely on maximizing shareholders' return while defining the purpose of the company.<sup>17</sup>

As to Turkish law, there is no specific definition on company's interest, but the law emphasizes that company's interests must be protected, and this can be done through the hands of the board of directors. The board of directors is the single responsible organ with the management and the representation of the company (TCC, art. 365) can carry out all kinds of business and legal transactions on behalf of the company that fall within the company's purpose and the business subject-matter (TCC, art. 371). Under art. 369/1 of the TCC, the provision of "*the duty to act in the company's best interest in good faith*" draws a boundary to the decisions of directors so that personal interests of directors (or others') do not override the interests of the company.<sup>18</sup> In this vein, the duty to act in the company's best interest (i.e., the duty of loyalty) provides a protection of company's interests against of others, such as; directors, controlling shareholders or relatives of controlling shareholders, and other third parties.

It should be noted that the concept of "company interest" is a much broader concept than economic gain.<sup>19</sup> Transactions may be accepted as beneficial for the company even in cases when there is a likelihood positive impact considered or a potential benefit expected to arise in the future.<sup>20</sup> In an ideal world, the interests of the controlling shareholder(s) and the interests of the company are aligned. Yet, there are cases when the conflict between the interests of the company and the shareholders may arise. First, there might be cases when providing particular information to shareholders may potentially harm the company. In such cases, the law

---

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 568-570.

<sup>17</sup> Sjaafjell describes the concept of shareholders as the owners of the company as a "legal myth". SJAFFJELL, Beate, "Beyond Climate Risk: Integrating Sustainability into the Duties of the Corporate Board", *Deakin Law Review*, 23, 2018, 1-22, p. 49-50.

<sup>18</sup> TCC Justification of art. 369/1, p. 111.

<sup>19</sup> KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇEVİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku C. 1*, Ankara, 2013, p. 57.

<sup>20</sup> SERDER, Selen, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun İşletme Dışında Kalan İşlemler Nedeniyle Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 14, 2019, 93-111, p.100.

made it possible for directors to refuse to provide information to shareholders on the grounds of protecting the company's interests. According to the TCC, directors may refuse to provide such information to shareholders if providing the requested information would reveal company secrets or endanger other company interests that need to be protected (art. 437/3). Here, the damage to the company's interest should not be measured only in terms of the loss of tangible assets. The definition of the loss of company interest may include any kinds of risks that may endanger the interests of the company, such as the loss of business opportunities, loss of affiliated companies, loss of customer environment, loss of distribution channels and business relations. Second, there is a risk of seizure of company's assets by the controlling shareholder (i.e., through tunneling) who has a direct control over the finance and a large influence on the board, consequently on company's decision-making on how to use of company's assets. This type of problem is the prevailing corporate governance issue in Turkish companies.<sup>21</sup> Due to the controlling shareholder's influence over the board, the law aimed to place directors under a commitment of loyalty towards the company.<sup>22</sup> In cases where the conflict of interest arises between the company and the controlling shareholder, under the duty of loyalty, directors must take the necessary precautions so that the interests of the controlling shareholders (or their relatives') are not favored instead of the company's.

## **II. DIRECTORS' ROLE FOR SOCIALLY RESPONSIBLE COMPANIES UNDER THE BUSINESS JUDGEMENT RULE**

Companies, in particular companies with limited liability, accounted for their economic benefit rather than their social values brought by into societies.<sup>23</sup> As the previous section illuminated, the law defined the statutory duties of directors towards the company and kept silent for

---

<sup>21</sup> YURTOĞLU, Burçin, B., "Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms", *Empirica*, 27, 2000, 193-222.

<sup>22</sup> The duty of loyalty also detains directors from self-dealing and insider-trading practices. See TCC Justification of art. 369/1, p. 111.

<sup>23</sup> SJAFJELL, Beate, "How Company Law has failed Human Rights – And What to Do About It", University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2020-07.

broader social responsibilities. In this section, directors' role for socially responsible companies will be questioned under the business judgement rule.

Much of the academic discussion on the responsible business addressed by the virtue of business ethics<sup>24</sup> and many of the discussion disregarded the role of company law on the matter. As social and environmental concerns have become more salient nowadays, legal compliance<sup>25</sup> as a moral duty is deemed insufficient. Not only with the effects of the global crisis becoming more visible but also with the emergence of the Covid-19 virus epidemic at the global scale, a greater attention has been placed recently on stakeholder interests and the social responsibility of corporations. Nevertheless, it is an uneasy task for directors to embrace social and environmental responsibilities while making sure that they are fulfilling the statutory duties. Moreover, neither the Turkish Commercial Code nor corporate governance guidelines specify the roles and duties of directors for socially responsible business. Concerning broader stakeholder interests, the company law does not clarify any duty on the board. Similarly, the Turkish Corporate Governance Principles narrowly views the social responsibility of a company. Under the section of "relations with stakeholders", it submits that the company should be responsive to its social responsibilities and comply with laws and regulations, and ethical standards (CG Principles, art. 3.5.2). Companies are formed of various corporate constituencies and all stakeholders, including shareholders, employees, customers, suppliers, creditors, communities, and the public at large are critical to the success of businesses. According to the stakeholder governance, beyond shareholders, other stakeholders also contribute to the company and hence their interests should be considered.<sup>26</sup> From

---

<sup>24</sup> GIBSON, Kevin, "The Moral Basis of Stakeholder Theory", *Journal of Business Ethics*, 26, 2000, 245-257.

<sup>25</sup> PULAŞLI, Hasan, "Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35(2), 2019, 27-59. See also, YAŞAR, Tuğçe N., "Şirketler Hukuku Açısından 'Compliance' Kavramı ve Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Uygulanması", *Doktora Tezi*, Ankara 2018.

<sup>26</sup> FREEMAN (1984). See also MAYER, Colin, *Prosperity: Better Business Makes the Greater Good*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

this point of view, companies should take into account the interests of non-shareholder stakeholders and consider ESG factors when determining their business strategy. Without any doubt neither every company competes in the same regulatory environment, operates in the same industry nor is subject to the harmonious interests and expectations of various stakeholder groups. Thus, the issue of how a company deals with ESG issues in its operations to drive long-term value creation and how to balance the competing interests of various stakeholders requires a company-specific approach which should be vested to directors' discretionary authority.

### **A. Business Judgement Rule**

Directors can constantly access valuable inside information and make managerial decisions that will affect the future outlook and the sustainable development of a company. The duties of care and loyalty requires that company directors and managers to act in the company's best interests and perform their duties and responsibilities as defined by law and the articles of association.<sup>27</sup> While performing their duties and responsibilities, company boards enjoy a discretionary authority. The issues of considering ESG factors when developing investment strategies or promoting for a corporate culture that gives high priority to ethical standards and human rights may rest with the board of directors' business judgement as long as it fulfills the conditions.

The business judgement rule was originally developed through case law in Anglo-Saxon law and eventually recognized by the continental European legal systems. In its essence, the concept of business judgement accepts directors as irresponsible for the business decisions that require discretion.<sup>28</sup> The business judgement rule is also acknowledged by the

---

<sup>27</sup> See section I above.

<sup>28</sup> GÖKTÜRK Kürşat, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2), 2011, 207- 246, p. 237.

Turkish company law under article 369 of the TCC. Accordingly, directors' business judgement will not be questioned by courts<sup>29</sup> as long as directors act in good faith and not in self-interested way and they should reach out their decisions after careful considerations and investigations made by receiving necessary information.<sup>30</sup> The business judgement rule also enables directors to take business decisions independently and absent from any influence of particular shareholders, such as shareholders with controlling power.<sup>31</sup> Thus, under the business judgment rule, directors will be freed from the liability cases brought by disappointed shareholders.

Directors and managers are not entirely irresponsible when making managerial decisions on matters requiring discretion. The conditions for applying the business judgement rule in Turkish company law are detailed in the doctrine.<sup>32</sup> For a successful business judgement rule defense, directors must act in disinterested and independent manner when taking business decisions. For example, if there is a conflict of interest between the company and board members or their relatives, in such cases, business decisions should be taken according to the "arms' length" principle so that the interests of the company are protected.<sup>33</sup> In other words, if there is personal benefit involved in the business decisions of directors then the business judgement rule would not be applicable. With the condition of disinterested directors, it is ensured that directors who are in conflict with company's interests are not actively involving in the formation of the decision. Other condition for the business judgement rule to be relevant is

---

<sup>29</sup> KIRCA, İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu", *Batider*, 22 (3), 2004, 85, p. 87-88.

<sup>30</sup> TCC Justification of art. 369, p. 111-112.

<sup>31</sup> In case of group of companies, where the parent company directly or indirectly owns all of the voting rights and shares of the subsidiary, directors of the subsidiary are required to follow the decisions of the parent company (TCC, art. 203). The directors of the affiliated company cannot be held liable to the company and its shareholders due to their compliance with these instructions (TCC, art 205). The directors of the subsidiary can only refuse to implement the decision if this will lead to insolvency or liquidity.

<sup>32</sup> PULAŞLI (2017) p. 482-486; GÖKTÜRK (2011) p. 238.

<sup>33</sup> PULAŞLI (2017) p. 485.

that directors must obtain sufficient information before making business decisions, and if necessary, consult with experts or committees on the subject matter.<sup>34</sup> Lastly, directors must seek the best interest of the company and act in good faith while making business decisions. This condition must be understood as directors' effort in good faith in realizing the company's interests. Under these conditions, the business judgement rule does not oblige directors to achieve a particular economic or business result, as long as they act in good faith to realize the company's interests.

Depending on different perspectives on the corporate entity status,<sup>35</sup> the business judgement rule may be interpreted either narrowly or broadly by the courts. For example, the advocates of shareholder value principle would argue that directors should not decide the corporation to act to benefit employees or the environment unless the decision is in line with shareholder maximization goal. On the contrary, others who see the corporation from a stakeholder approach tend to rewrite the business judgement rule to held corporations accountable to act in a more socially responsible way. From this point, as directly linked to this paper's theme, one may ask to what extent the business judgement rule is applicable to business decisions on ESG-related matters.

### **B. Limits Of Directors' Duties For Socially Responsible Business Conduct**

Discretionary power of directors on ESG factors is necessary because not every companies' impact on environmental or social issues are identical. Many ESG issues are industry- or company-specific. For example, environmental issues are very much relevant for companies operating in the energy sector than for companies in the service sector. For this reason, a company-based strategic approach is necessary on ESG matters. Depending on the industry and regulatory environment, each corporation needs to adopt a different approach for defining and fulfilling ESG objectives. Determining company specific ESG objectives will serve as a guidance for situations where managers can act at their discretion.

---

<sup>34</sup> *ibid.*

<sup>35</sup> See section I above.



Making social contributions is one of the areas under the purview of discretionary power of directors and managers. There is no specific rule on the appropriate (or socially responsible) business conduct. What are the fundamental elements to determine a socially responsible practice for a company? The answer to this question can be highly subjective. Especially for some cases, the question of which behavior is involved in socially responsible conduct can raise controversy. For example, a company decided that it would be irresponsible to provide health insurance that includes anti-abortion drugs.<sup>36</sup> It is difficult to reach a full consensus on what is responsible business conduct on such controversial issues. In spite of that it is usually the case that business conduct aiming to increase public welfare and education as well as practices engaged for philanthropic purposes deemed as appropriate business conduct. For that matters, the questions of who decides for the company to get involved in such activities and whether managers free to devote a reasonable amount of company resources to such purposes can be asked.

First and foremost, it should be noted that for philanthropic activities involving aids and donations, board of directors cannot enjoy a complete discretion. Especially for donations directed to company employees and workers, there are specific provisions for joint-stock companies to abide under Turkish company law. Accordingly, directors of joint-stock companies can set aside a certain portion of the net profit as a donation fund in the articles of association for the establishment or maintenance of aid organizations for the company's employees and workers (TCC, art. 522/1).<sup>37</sup> It is also possible this reserve fund to be given for public legal entities or otherwise the company should establish a foundation or a cooperative for the same purpose (TCC, art. 522/2). Even if there is no provision stipulated in the articles of association, the law permits the general

---

<sup>36</sup> *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682, 711-712 (2014). See also HAZEN, Thomas Lee, "Corporate and Securities Law Impact on Social Responsibility and Corporate Purpose" available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3542833](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3542833) Accessed 20.01.2021 p. 2.

<sup>37</sup> Article 521 of the TCC regulates the certain portion of the company revenues to be kept aside as obligatory reserve fund. This article also admits companies to make such reservations by the articles of association.

assembly to set aside reserves from the net profit in order to establish or maintain aid funds and other aid organizations for the company's employees or to serve for other kind of aids and purposes for charity (TCC, art. 523/3). From these regulations, it is understood that the law permits directors to consider aids and donations only for the company's employees and workers through establishing a foundation or making these donations to a public legal entity. Other than that, the decision of the general assembly is required for making donations and involving other philanthropic activities including the establishment of a foundation for these purposes.<sup>38</sup>

There are contradictory arguments put forward in the literature with regards to directors' capacity for socially responsible activities to be carried out for interest groups that are not bound to the company by a contract. According to some scholars, directors are unauthorized to consider ESG-related issues.<sup>39</sup> They argue that the general assembly's decision is essential for companies to be involved in socially responsible activities. According to this view, only legal transactions made by directors that deemed reasonable to the financial situation of the company, such as donations for cultural purposes, can be accepted as legal.<sup>40</sup> On the contrary, others hold that directors' decisions on the company's social contributions in the form of donations can be considered as valid if the interests of the company are protected, even if there is no provision stipulated in the articles of association.<sup>41</sup> In the same manner, the Court of Cassation (*Yargıtay*) established that donations that are not within the scope of the

---

<sup>38</sup> ADIGÜZEL, Burak, "Anonim Şirketlerde Bağış ve Yöneticilerin Sorumluluğu", *Terrazi Hukuk Dergisi*, 14, 2019, 58-67, p. 60.

<sup>39</sup> KARAYALÇIN, Yaşar, *Ticaret Hukuku Dersleri, Şirketler Hukuku*, Ankara, 1965, p.132 in ADIGÜZEL (2019) p. 61; ÇEVİK, Nuri Osman, "Ticaret Şirketlerinin Bağışta Bulunabilme Ehliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, 1991, p. 560 in ADIGÜZEL (2019) p. 61.

<sup>40</sup> İMREGÜN, Oğuz, *Anonim Ortaklıklar*, İstanbul, 1989, p. 40 in ADIGÜZEL (2019) p. 61; YILDIZ, Burçak, "Şirketlerin Ehliyetine İlişkin Olarak Özellik Arz Eden Bazı Hukuki İşlem ve Sözleşmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, C.2, 2006, p. 75-76 in ADIGÜZEL (2019) p. 61.

<sup>41</sup> POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 11. Ed., İstanbul, 2009, p. 101 in ADIGÜZEL (2019) p. 61.

business subject matter and not protecting the interests of the company are deemed as void.<sup>42</sup>

In the light of these, it can be concluded that the discretionary authority of directors on ESG-related issues is bound with the limits of the business subject matter of the company.<sup>43</sup> As a matter of fact, the law determined the business subject matter of the company as the legal limit of the representation authority for directors (TCC, art. 371/1).<sup>44</sup> Accordingly, the board of directors may be able to consider economic contributions in the areas related to social or environmental issues on the grounds that these transactions are within the scope of the business subject matter of the company.<sup>45</sup> Within these limits, directors are able to make donations without the approval of the general assembly.<sup>46</sup> If the internal directive does not require a decision of the board of directors, the decision for a donation can be reached with double signature (TCC, art. 370/1).<sup>47</sup>

It is believed that donations to be used for scientific purposes can be considered as legal because the society expect these considerations

---

<sup>42</sup> Court of Cassation (*Yargıtay*) overruled a company's donation to a political party by recognizing this as not in the subject matter of the company. See Y. HGK. T. 29.11.1969 1966/T-1396 E. 1969/847 K. in ADIGÜZEL (2019) p. 61.

<sup>43</sup> The scope of the business subject matter of the company is stipulated in the articles of association. However, this concept should be interpreted broadly and apart from the areas stipulated in the articles of association, other fields of operation that produced by doing business should also be considered within the scope of the business subject matter. See POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU (2019) p. 241.

<sup>44</sup> Those authorized to represent the company are directors, general managers and third parties who have been given the authority to represent the company (TCC, art. 370/2). Since the *ultra vires* rule has been abandoned, transactions other than the company's purpose and the business subject matter also bind the company, however, the company may request recourse against directors who exceed the legal limit of their representative authorities. See TCC Justification of art. 371, p. 113.

<sup>45</sup> ADIGÜZEL (2019) p. 62-63.

<sup>46</sup> Before deciding the nature and the size of the donation, the board of directors should consider the size and the financial situation of the company. In this respect, in line with the art. 408/2/f of the TCC, it is not possible for the board of directors to donate a significant amount of the company's assets without the approval of the general assembly. See *ibid*, p. 63.

<sup>47</sup> A decision of the board of directors might be required as necessary for considerations that are materially important for the company and employed doubts with regards to company's interests. See *ibid*, p. 62.

from companies as a requirement for a moral obligation.<sup>48</sup> Under this moral obligation, directors are able to consider donations for improving the general welfare of the society, including the protection of the environment or the elimination of diseases such as the whole world experienced in the case of the global pandemic resulted by the Covid-19 virus.<sup>49</sup> It is important to note that these kind of donations should be made within reasonable limits according to the size, net profits and financial situation of the company.<sup>50</sup> Otherwise, these social contributions may be considered as against the interests of the company and therefore, the liability of directors may arise.<sup>51</sup>

For directors of publicly held joint-stock companies, the discretion of considering social contributions is more restrictive. According to the Turkish Capital Markets Law, the conditions for making donations must be stipulated in the articles of association (art. 19/5). In this respect, the upper limit of donations is determined either by the articles of association or by a decision of the general assembly; and the board of directors are not allowed to decide to make a donation in excess of this upper limit.<sup>52</sup> A decision making such aid or donation requires the approval of the general assembly. Also, the board of directors should inform shareholders at

---

<sup>48</sup> TEKİNALP, Ünal, *Anonim Şirketlerin Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Bası, İstanbul, 1979, p. 368 in ADIGÜZEL (2019) p. 63.

<sup>49</sup> For the case examples of companies involving socially responsible activities during the Covid-19 crisis see KANDEMİR, Hatice Kübra, "Covid-19 Measures Adopted by the Provisional Article 13 of the Turkish Commercial Code on the Limitation of Companies' Dividend Distribution Decisions: The Corporate Objective Debate Revisited" in *Covid-19 & The Society: Socio-Economic Perspectives on the Impact, Implications, and Challenges*, Polat, M., / Burmaoğlu, S. / Sarıtaş, O. (eds), Springer *forthcoming* 2021.

<sup>50</sup> ADIGÜZEL (2019) p. 64.

<sup>51</sup> The business judgment principle will not be applicable for the cases where a decision is taken against the law and the articles of association, thus a liability lawsuit may be filed against the board of directors. See PULAŞLI, Hasan, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 36(4), 2020, 5-37, p. 28.

<sup>52</sup> Communique on Dividends Series (II-19.1), 23.01.2014, Official Gazette No: 28891, art. 6.

the general assembly about the amount and beneficiaries of all donations and aids made (CG Principles, art. 1.3.10).

Further it can be asked whether directors free to consider ESG-related conduct even though such practices would result in loss in profits? If directors adopt a strategy based on ESG issues on the detriment of shareholders,<sup>53</sup> it is expected that this will be most likely result in replacing directors by the shareholders' votes at the general assembly and shareholders asking for damages. The following example demonstrated a different course. In 2014, directors at CVS Health (CVS Caremark)<sup>54</sup> decided that the company to stop selling tobacco products in its pharmacies. Following this decision, it was estimated that the company would lose about \$2 billion in revenues.<sup>55</sup> As a health care company, directors at CVS made a business decision considering the future growth of the company through ceasing selling tobaccos and declared this decision as "*the right thing to do*".<sup>56</sup> Even though at the time this decision resulted lost in revenues thereby reduction in shareholders' dividends, it was welcomed by many for helping the creation of a healthier future for the society.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> It is argued that corporate social responsibility often conflicts with the interests of shareholders, since the transfer of assets to social responsibility activities will eventually result in a loss of the shareholders' share of profit. See PULAŞLI (2020) p. 25.

<sup>54</sup> CVS Caremark changed its corporate name as CVS Health. The company is one of the largest pharmacy retailers in America with around 7.600 stores by October 2014. See CSR Health website <https://www.cvshealth.com/about/facts-and-company-information> Accessed 20.02.2021.

<sup>55</sup> George ANDERSON, "Can CVS Justify Its No-Tobacco Decision Beyond the Great PR?" February 5, 2014 Forbes <https://www.forbes.com/sites/retailwire/2014/02/05/can-cvs-justify-its-no-tobacco-decision-beyond-the-great-pr/?sh=5dd81bd13fe0> Accessed 20.01.2021.

<sup>56</sup> In an official statement, the CEO, Larry Merlo stated that the sale of tobaccos is inconsistent with the purpose of the company. <https://www.cvshealth.com/thought-leadership/message-from-larry-merlo-president-and-ceo#> Accessed 20.01.2021.

<sup>57</sup> The company is still run by the same CEO. As of today, the company has more than 9.900 retail stores in 49 states in the United States, in Columbia and in Porto Rico. See CSR Health website <https://www.cvshealth.com/about/facts-and-company-information> Accessed 20.01.2021.

The above case illustrates a broader interpretation of the business judgement rule for the sake of directors' discretion. As the business judgement rule establishes, it is at director's discretion how to serve company's interests. The board of directors' role is to determine a business strategy<sup>58</sup> in order to realize the purpose of the company. This business strategy could be in the form of maximizing shareholders' wealth and as long as they act in good faith, directors should be able to determine what it means to maximize shareholder wealth and their method should not be questioned.<sup>59</sup> On the contrary, under a different business strategy, the board of directors could decide to pursue long-term stability for societal benefits and harvesting profits in the long run. Either ways, under the business judgement rule, the legitimacy of directors' judgement should not be questioned by courts or controlling shareholders. Directors should be able to have discretion whether to seek short-term profits for shareholders who expect regular dividends, or long-term stability for societal benefits.<sup>60</sup> Therefore, the means of such practice can be left to directors' discretionary powers under the business judgment rule.

Another area left to the discretion of directors is reporting on non-financial information. Public disclosure plays an important role in acquiring non-financial information, including environmental, social, and human rights-related issues. In Turkey, according to the regulations of the Capital Markets Board (CMB), listed companies must publish a compliance report, as separately attached in the annual report of the company, disclosing their compliance and the reasons for non-compliance with the

---

<sup>58</sup> The management of the company is among the indispensable and unassignable authorities of the board of directors (TCC, art. 345). This managerial duty includes adopting the company's managerial strategies. See POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU (2019) p. 364.

<sup>59</sup> FERSHEE, Joshua Paul, "This, I Believe: A New Look at Corporate Purpose, Director Primacy and the Business Judgment Rule", *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, 21, 2020, 301-310, available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3689236](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3689236) Accessed 27.01.2021.

<sup>60</sup> *ibid*, p. 303.

Corporate Governance Principles.<sup>61</sup> In terms of disclosure on environmental and social issues, public companies are required to disclose their corporate-social-responsibility (CSR) policies and report accordingly their activities in the corporate governance compliance report. Accordingly, companies must disclose the information in annual reports about the social rights of employees, professional training and other corporate social responsibility issues related to the activities of the company that have social and environmental impact.<sup>62</sup> However, the CSR reporting is not compulsory for companies instead it is based on comply or explain principle; meaning that companies are accepted to comply with the rule and explain the reasons for any departure. Article 3.5.2 of the CG Principles states a similar approach on board's responsibility on this matter by stipulating the responsibility to act in accordance with the law and ethics. The provisions related to sustainability and social responsibility of companies are not mandatory to comply for public companies. Public companies only have to make a statement in their annual reports about non-compliance and explain the general policy on these matters. It is usually the case that companies provide statements that rather vague and almost identical with other firms' explanations.

More recently, On October 2, 2020, the CMB issued an amendment to the Corporate Governance Communique and introduced a new requirement for public companies under the "Sustainability Principles Compliance Framework" to provide information on Environmental, Social and Governance (ESG) activities.<sup>63</sup> Under this new framework, in their annual reports public companies are required to explain on a voluntary basis whether they applied the sustainability principles and if not, to

---

<sup>61</sup> Corporate Governance Communiqué Series (II-17.1), 03.01.2014, Official Gazette No: 28871, art. 8 (1).

<sup>62</sup> CG Principles, art. 2.2.2(g).

<sup>63</sup> Communication (II-17.1. a) regarding the amendments to the Corporate Governance Communique (II-17.1), 02.10.2020, Official Gazette No:31262.

provide an explanation on risk management of the impacts of environmental and social impacts of not complying the principles.<sup>64</sup> At the EU level, the requirements of non-financial reporting are regulated by the Directive 2014/95/EU (amending Directive 2013/34/EU) making non-financial reporting compulsory for certain large undertakings, i.e., companies that have employees more than 500 to disclose ESG reporting.<sup>65</sup> In terms of the reporting standards to comply, the Directive leave discretion to companies to choose from different versions of ESG reporting. The Directive only refers to “material” information to be included in the reporting and it allows companies to determine what is “material”. Similarly, the CMB of Turkey recognizes different international standards on non-financial reporting issued by different organizations, such as Global Reporting Initiative (GRI), International Integrated Reporting Council (IIRC), and Sustainability Accounting Standards Board (SASB), and makes room for companies to choose their method of reporting. This flexibility attributes directors and managers a vital role in determining and disclosing the material information in sustainable reporting.

In practice, reporting on social and environmental issues to a large extent based on voluntary action and companies usually viewed it as a way of marketing activity.<sup>66</sup> So far, reporting on social responsibility activities of companies largely remain limited to the purpose of marketing or at best increasing reputation as a form of public relations.

## CONCLUSION

This paper illustrated the limits of the role and responsibilities of directors of joint stock companies on corporate social responsibility within the scope of Turkish company law. In this context, it is seen that

---

<sup>64</sup> Sustainability Principles Compliance Framework, A. General Principles, A.1 Strategies, Policies and Goals <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1332> Accessed 17.01.2021.

<sup>65</sup> Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 Amending Directive 2013/34/EU as Regards Disclosure of Non-Financial and Diversity Information by Certain Large Undertakings and Groups, OJ L330/1. 15.11.2014.

<sup>66</sup> CETINDAMAR, Dilek, “Corporate Social Responsibility Practices and Environmentally Responsible Behavior: The Case of The United Nations Global Compact”, *Journal of Business Ethics*, 76, 2007, 163-176.



while company law regulations determine the statutory duties of directors towards the company and its shareholders, there are no rules stipulated on social and environmental responsibilities.

In case of engaging socially responsible activities, within the scope of article 523/3 of the TCC, members of board of directors and managers of joint-stock companies are able to consider donations with regards to those who are bound by a contract to the company, i.e., the company's employees and workers. However, the law does not grant authority to directors to consider charitable activities or by reserving reserves for this purpose, unless it is decided at the general assembly. Similarly, for public joint stock companies, only donations that subject to an upper limit determined by the general assembly can be made on the condition that there is a provision in the articles of association.

Apart from these regulations, as this paper submitted, it is possible for directors using their discretionary authority on ESG-related issues under the business judgement rule. For the validity of these decisions certain conditions can be determined. When making decisions regarding socially responsible business conduct, first of all members of the board of directors and managers are bound to act as a cautious manager, to pursue the best interest of the company and act in good faith under art. 369 of the TCC. Subject to these statutory duties, directors and managers of a company can take decisions on social and environmental issues in accordance with the business judgment rule, provided that these deeds are within the scope of the company's subject matter and the long-term interests of the company are prioritized. The validity of these decisions will depend on directors acting independently of their personal interests.

If a certain amount of company resources decided to be devoted for socially responsible business conduct, for example investing in production methods to reduce the company's negative environmental impact in the field of production, it would be appropriate to determine this amount by taking into account the size and financial status of the company at the time. Although the term of the business subject matter is said to be interpreted broadly, directors' responsibilities may arise for decisions falling out of the scope of the business subject matter; if demonstrated that the

conditions of the business judgment rule has not been met and directors have failed to fulfill the duty of care.

**BIBLIOGRAPHY**

- ADIGÜZEL, Burak, "Anonim Şirketlerde Bağış ve Yöneticilerin Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 14, 2019, 58-67.
- ANDERSON, George, "Can CVS Justify Its No-Tobacco Decision Beyond the Great PR?", February 5, 2014 *Forbes* <https://www.forbes.com/sites/retailwire/2014/02/05/can-cvs-justify-its-no-tobacco-decision-beyond-the-great-pr/?sh=5dd81bd13fe0>.
- ATTENBOROUGH, Daniel, "Giving Purpose to the Corporate Purpose Debate: An Equitable Maximization and Viability Principle", *Legal Studies*, 32 (1), 2012, 4-34.
- BRATTON, William W., "The New Economic Theory of the Firm: Critical Perspectives from History", *Stanford Law Review*, 41, 1989, 1471-1527.
- CETINDAMAR, Dilek, "Corporate Social Responsibility Practices and Environmentally Responsible Behavior: The Case of The United Nations Global Compact", *Journal of Business Ethics*, 76, 2007, 163-176.
- ÇEVİK, Nuri Osman, "Ticaret Şirketlerinin Bağışta Bulunabilme Ehliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, 1991.
- EASTERBROOK, Frank H. / FISCHER, Daniel R., "The Corporate Contract", *Columbia Law Review*, 89 (7), 1989, 1416-1448.
- FERSHEE, Joshua Paul, "This, I Believe: A New Look at Corporate Purpose, Director Primacy and the Business Judgment Rule", *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, 21, 2020, 301-310.
- FREEMAN, R. Edward, *Stakeholder Management: A Stakeholder Approach*, Pitman/Ballinger, Boston, 1984.
- GIBSON, Kevin, "The Moral Basis of Stakeholder Theory", *Journal of Business Ethics*, 26, 2000, 245-257.
- GÖKTÜRK Kürşat, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), 2011, 207- 246.

- HAZEN, Thomas Lee, "Corporate and Securities Law Impact on Social Responsibility and Corporate Purpose" available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3542833](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3542833).
- İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989.
- JENSEN, Michael C. / MECKLING, William H., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", Journal of Financial Economics, 3, 1976, 305-360.
- KANDEMİR, Hatice Kübra, "Covid-19 Measures Adopted by the Provisional Article 13 of the Turkish Commercial Code on the Limitation of Companies' Dividend Distribution Decisions: The Corporate Objective Debate Revisited" in Covid-19 & The Society: Socio-Economic Perspectives on the Impact, Implications, and Challenges, Polat, M., / Burmaoğlu, S. / Sarıtaş, O. (eds), Springer, *forthcoming* 2021.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, Şirketler Hukuku, Ankara, 1965.
- KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇEVİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2013.
- KIRCA, İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu", Batider, 22 (3), 2004, 85.
- MAYER, Colin, Prosperity: Better Business Makes the Greater Good, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- MILLON, David, "Theories of Corporation", Duke Law Journal, 1990, 201-262.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku, C. I, 14. Bası, İstanbul, 2019.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2009.
- PULAŞLI, Hasan, "Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35 (2), 2019, 27-59.

- PULAŞLI, Hasan, "Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 36 (4), 2020, 5-37.
- PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.
- SERDER, Selen, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun İşletme Dışında Kalan İşlemler Nedeniyle Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 14, 2019, 93-111.
- SJAFJELL, Beate, "Beyond Climate Risk: Integrating Sustainability into the Duties of the Corporate Board", *Deakin Law Review*, 23, 2018, 1-22.
- SJAFJELL, Beate, "How Company Law has failed Human Rights – And What to Do About It", *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2020-07*.
- SMITH, D. Gordon, "The Shareholder Primacy Norm", *The Journal of Corporation Law*, 23, 1998, 277-323.
- TEKİNALP, Ünal, *Anonim Şirketlerin Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Bası, İstanbul, 1979.
- YANLI, Veliye, "Şirkete Verilen Zarar Sebebiyle Sorumluluk Bağlamında "Yönetici" Kavramı ve Genel Kurul Kararı Gerekliliği Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 14 (151), 2019, 46-57.
- YAŞAR, Tuğçe N., "Şirketler Hukuku Açısından 'Compliance' Kavramı ve Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Uygulanması", Ankara 2018, Doktora Tezi.
- YILDIZ, Burçak, "Şirketlerin Ehliyetine İlişkin Olarak Özellik Arz Eden Bazı Hukuki İşlem ve Sözleşmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 2, 2006.
- YURTOĞLU, Burçin B., "Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms", *Empirica*, 27, 2000, 193-222.





## ORTAK YARARDAN KAMU YARARINA

Dr. Öğr. Üyesi Gülden ÇAMURCUOĞLU\*

### Öz

İlkçağ Yunan filozofları ve özellikle Aristoteles'in siyaset teorisinin merkezinde ortak yarar kavramı bulunmaktaydı. Filozoflara göre devlet içerisinde yurttaşları bir arada tutan bağ ortak iyiliğe ilişkindi. Bu anlayış Ortaçağ Hristiyan teologlarınca da geliştirilmiştir. Ancak monarşilerin güçlenmesiyle ulusun çıkarıyla tacın çıkarları özdeşleştirilmiştir. Fransız Devrimiyle siyasi iktidarın kaynağı ulusa dayandırılarak ulusun sözünün genel iradeyle ortaya konacağı ilan edildi. Bundan sonra genel iradenin ifadesinin yasa olacağı açıklanmış ve yasanın kamu yararı taşıdığı kabul edilmiştir. Böylelikle kamu yararı bir veri haline geldi. Ortak yarar kavramı ise bundan daha kapsamlı bir değeri ifade eder. Normatif bir unsur olmasının yanında ideal anlama sahiptir. Toplumun bütününe yararına olana işaret eder. Bu çalışmada, kavramın tarihi izlerine değinilerek Yeniçağ'da geçirdiği dönüşüm ve kavramın günümüzdeki çağrışımları anlatılmıştır. Ortak yarar kapsamındaki değerler, siyasal toplumun üzerine kurulduğu zemini gösterir.

### Anahtar Kelimeler

Ortak Yarar • Kamu Yararı • Genel İrade • Cumhuriyetçi Gelenek • Bireycilik

\* Dr. Öğr. Üyesi, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of General Public Law, Ankara, Turkey.

✉ gulden.camurcuoglu@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0001-7404-4661

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÇAMURCUOĞLU Gülden, "Ortak Yarardan Kamu Yararına", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2235-2265.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## FROM COMMON GOOD TO PUBLIC INTEREST

### Abstract

One There was the concept of common good in the center of political theory of Ancient Greek philosophers and Aristotle, especially. According to philosophers, the tie which holds citizens together was related to common favor in the state. But with the strengthening of monarchies, national interests were identified with crown's interests. With the French Revolution, it was admitted that the act embodied public interest. In that way public interest became a data. However, the concept of common good expresses a more comprehensive value. Besides being a normative element, it has ideal meaning. It refers to the benefit of society as a whole. In this study, being referred to historical marks of the concept, the transformation of the concept in modern ages and its current connotations were represented. The values within the common good show the ground political society is established on.

### Key Words

Common Good • Public Interest • General Will • Republicanism • Individualism

## GİRİŞ

Kamu yararı kavramının temelinde ortak yarar veya ortak iyilik yer alır. Bu kavram ve kavrama yüklenen anlamlar İlkçağ ve Ortaçağdan mirastır. İçinde bulunulan zamanın koşulları kavramlara yüklenen anlamların farklı olmasında doğal olarak etkilidir. Bununla birlikte bu çalışmayla toplum yararı düşüncesinin ne kadar köklü olduğuna değinilmiştir. Yalnızca köklü olduğunu vurgulamak da yeterli değildir. Zira siyasal toplum var olduğu sürece ortak yararın ne olduğu sorusu da varlığını devam ettirir. Başka bir ifadeyle bu husus siyasal toplumun amacını gösterir.

Çalışmanın ilk bölümünde İlkçağ ve Ortaçağ düşünürlerinin ortak yarar kapsamındaki anlatılarına ve ayrıca farklı ideolojilerce kavrama nasıl yaklaşıldığına yer verilmiştir. Bu bölümde özellikle genelin yararını ifade eden ortak yarar ve kamu yararı kavramları aynı anlamda kullanılmıştır. Çünkü kamu yararı kavramının temelinde ortak iyiliğe ilişkin bu düşünsel birikim yer almaktadır. Monarşilerin yükselişinden itibaren kamu yararı ile ortak yarar arasında anlam farkı ortaya çıkmaya başlar. Bu nedenle makalede bu konunun anlatıldığı ikinci bölümden



İtibaren ortak yarar ve kamu yararı kavramları çalışmanın vurgulamak istediği düşünce çerçevesinde ayrı kullanılmıştır. Bununla birlikte ortak yarar, ortak iyilik, toplumsal yarar gibi kavramlar aynı anlama gelmekte ve birbirinin yerine kullanılabilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarımızda da “toplumsal yarar” kavramıyla konuya yer verildiği görülür.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ortak yarar veya ortak iyilik kavramıyla kamu yararı kavramı arasındaki fark anlatılmıştır. Dördüncü ve son bölümde ise kamu yararı kavramıyla arasındaki fark bazı uygulamalar üzerinden anlatılmaya çalışılarak kavramın güncel algılanışındaki yorumlara yer verilmiştir. Hem ortak yarar hem kamu yararı kavramları normatif bir değerlendirme kriteri ve hukuk ile devletin amaçları arasında yer almakla birlikte ortak yarar (ortak iyi, toplumsal yarar) bir idealdir ve kamu yararına göre daha kapsayıcı olanı gösterir.

## I. KAMU YARARININ İLK İZLERİ

### A. Antik Yunan’dan Ortaçağ Avrupa’sına

Kamu yararı kavramının teorik kaynaklarından bahsetmek için İlkçağ’a kadar geri gidilmelidir. Sosyal bilimler alanlarında birçok konuda olduğu gibi kamu yararı konusunda da İlkçağ’ın ünlü filozofları Platon ve Aristo’nun yazıları ilk kaynaklardan sayılmaktadır. Platon’un metinlerinde özel bir ortak yarar kavramı bulunmaz; fakat Platon siyaset ve toplumda var olan belli bir ortak amaca inanır. Platon’a göre en iyi siyasi düzen, ortak iyiden yararlanan ve ortak iyiye katkı yapan farklı sosyal gruplar arasında işbirliği ve dostluk çerçevesinde sosyal barışın geliştirildiği düzendir.<sup>1</sup>

Kamu yararının temeli diyebileceğimiz ortak yarar kavramını ilk defa kendi siyaset teorisinin merkezi bir konusu yapan Aristoteles’tir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> SIMM Kadri, “The Concepts of Common Good and Public Interest: From Plato to Biobanking”, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, C. 20, S. 4, 2011, s. 5, file:///C:/Users/user/Desktop/Theconceptsofcommongoodandpublicinterest.Simm\_fi nal.pdf, erişim: 19.06.2020; SOYOCAK ÖZALP Sevinç, “Yönetim Tartışmalarında Kamu Yararından Kamu Tercihine ve Kamu Değerine”, Akademik Hassasiyetler, C. 7, S. 13, 2020, s. 245-246.

<sup>2</sup> JAEDE Maximilian, “The Concept of the Common Good”, <https://www.thebritishacademy.ac.uk/sites/default/files/Jaede.pdf>, Erişim Tarihi: 01.05.2020, s. 2.

Aristo'ya göre yalnızlık içinde iyi bir yaşam mümkün değildir, diğerleriyle, büyük bir toplumla birleşme gerekir. Ancak bu şekilde mutluluğu aramak ve dolu bir yaşam mümkün olabilir. Her bitki, hayvan ve insan hayatta bir amaca sahiptir ve bu amacı aramak kendileri için doğru ve doğal olan şeydir. Bu teolojik dünya görüşünde ortak yarar doğanın kesin ve objektif bir kuralı olarak kabul edilir.<sup>3</sup>

Aristo'nun Politika kitabında söylediği gibi, kent devleti, toplumun özel bir tipidir ve diğer toplum ve yönetim biçimleri gibi bazı olumlu yanlara sahiptir. Ona göre kent devletinin iyiliği, bütün diğer iyiliklerin üstünde en güvenilir iyiliktir. Aristo'ya göre siyasi toplumların amacı sadece yaşam şartlarını güvenceye almak değildir, fakat iyi yaşamı sağlamaktır. Politika kitabında kent devletinin iyiliğini ifade için *koinon agathon* (common good/ortak iyilik) veya *koinêi sumpheron* (mutual advantage, karşılıklı yarar) şeklinde farklı kavramlar kullanmıştır.<sup>4</sup>

Aristo'ya göre yarar, her şeyde amaçlanandır; arzu, istek, heves veya yatkinlığın sonudur veya bunları tatmin edendir. Ortak yarar ise polis (kent) iyiliğidir, bireysel yararlardan daha iyi ve kutsaldır.<sup>5</sup> Ona göre adalet veya ortak fayda, politikanın amacı veya iyisidir.<sup>6</sup> Ortak fayda, Aristo'nun kuramında nihai amaç haline ulaşmaktadır.

Aristo'nun ortak faydaya yüklediği mana, onun mutluluğa ilişkin kavrayışıyla da ilgilidir. Kullandığı "*eudaimonia*" kavramı çoğunlukla mutluluk<sup>7</sup> olarak tercüme edilse de, bu kavramın salt haz ve zevke dayanan bir mutluluk olarak anlaşılacağı yönünde karşı çıkışlar bulunmaktadır. Kimi yazarlarca bu kelime salt mutluluk olarak kabul edilirken kimi yazarlar *eudaimonia* kavramının ve onun mutluluk şeklindeki tercümesinin gelişme veya mükemmellik olarak anlaşılması kanaatin-

<sup>3</sup> SİMM, s. 5.

<sup>4</sup> JAEDE, s. 2.

<sup>5</sup> SISON Alejo José G./ FONTRONDONA Joan, "The Common Good of the Firm in the Aristotelian-Thomistic Tradition", *Business Ethics Quarterly*, C. 22, S. 2, Nisan 2012, s. 213.

<sup>6</sup> Aristoteles, "Üçüncü Kitap", *Politika*, 2. Baskı, Çev. Özgüç Orhan, Pinhan Yayınları, İstanbul, 2020, s. 287.

<sup>7</sup> BASUT Lale Levin, "Mutluluk Bir *Energeia* mı Yoksa Bir *Entelekheia* mı?", *Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, S. 24, Bahar 2015, s. 32; dn.2.

dedir.<sup>8</sup> Aristoteles, Bentham, Hobbes veya Kant gibi filozofların mutluluğa yükledikleri anlam doğal olarak birbirinden farklıdır. Aristoteles'in mutluluk kavrayışında gelişen bir yaşam, eksiksiz olma veya kendi kendine yeten olma anlamları vardır. Aristo'nun düşüncesinde bu kendi kendine yeterlilik izole bir yaşamı ifade etmez; polisteki aile, arkadaşlar ve yurttaşlarla, bütünle iyi bir yaşamı paylaşmadır. Ancak bu birleşme her poliste mevcut değildi. Birleşmenin gerçekleştiği polislerin ortak yararı olan *eudaimonia* (mutluluk), insanın en üstün iyiliğidir.<sup>9</sup> Bu nedenle insan en yüksek mutluluğa polis sayesinde erişir.

Aristo'nun önerdiği ortak yarar somut, muhtemel ve bir polise özgüdür, Platonik iyilik ideali değildir.<sup>10</sup> Onun düşüncesinde insan, siyasi bir hayvan olduğundan siyaset yapmadığı, kamusal alana dahil olmadığı veya ortak yarara katılmadığı takdirde insanı hayvandan ayırmak zordur.<sup>11</sup> İnsanlar, birbirlerinin yardımına ihtiyaç duymasalar bile birlikte yaşamak ister. Aristo'ya göre, her birinin iyi (mutlu) yaşamına katkı yaptığı ölçüde ortak fayda insanları bir araya getirir.<sup>12</sup>

Polisteki bireyler yurttaşlık yoluyla ortak yararı paylaşırlar. Aristo'ya göre polis, kendi parçaları olan yurttaşlardan oluşan bir bütündür. Bir yurttaş, suçlarda ve adalette yönetimi paylaşandır. Bu nedenle yurttaşların önemli bir görevi poliste neyin iyi olduğuna karar vermektir. Her ne kadar bir poliste birçok insan ortak yararın belirlenmesine ve müzakeresine katılabilirse de sadece meşru hak sahibi yurttaşlar karar alımıyla bunu gerçekleştirebilir. Ortak yarar yurttaşların müşterek faaliyeti, kararı ve müzakeresinden kaynaklanır. Dolayısıyla insanın *eudaimaniyaya* katılımı meselesi yurttaşlık yoluyla.<sup>13</sup> Ona göre birçok re-

<sup>8</sup> HUTA Veronika, "Eudaimonia", Oxford Handbook of Happiness, Eds. Susan A. David, Ilona Boniwell, Amanda Conley Ayers, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 202.

<sup>9</sup> SİSON/FONTRODONA, s. 214.

<sup>10</sup> SİSON/FONTRODONA, s. 214.

<sup>11</sup> ZABCİ Filiz, "Kamu Yararı Üzerine Bir Değerlendirme", Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri I, Der. Yalçın Bürkeve vd., Nota Bene Yayınları, Ankara, 2011, s. 6.

<sup>12</sup> ARİSTOTELES, "Üçüncü Kitap", s. 270.

<sup>13</sup> SİSON/FONTRODONA, s. 214.

jim<sup>14</sup> ve bu rejimlere göre yurttaşın erdemi farklı olsa da yurttaşların işi, ortaklıklarının güvenliğidir. Ayrıca yurttaşların bu ortaklığı, rejimin kendisidir.<sup>15</sup>

Aristo, hem bir amaç hem insanları bir arada tutan bağ olarak nitelendirdiği ortak yararı aynı zamanda bir ölçüt olarak kullanmıştır. Aristo'nun iyi yönetimler-kötü yönetimler ayırımına dayanan yönetim sınıflandırmasında ortak yarar kavramı onun farklı rejim tiplerini değerlendirmesine imkan veren bir normatif standart oluşturmuştur.<sup>16</sup> Aristo'ya göre yönetimler; yönetenin faydasına yönelik olan despotik yönetim ve yönetilenin faydasına olan politik yönetim şeklinde ikiye ayrılır. Yöneticilerin kenti ortak menfaat için yönettiği rejimler doğru rejim, yalnızca kendi menfaatleri adına yönettikleri rejimler yanlış (kötü) rejimdir.<sup>17</sup>

İlk defa Aristo'nun siyaset felsefesinde temel bir yer işgal eden ortak yarar veya müşterek iyilik kavramı daha sonra birçok konuda olduğu gibi bu konuda da Aristo'nun takip edilmesiyle kullanılmaya devam etmiştir.

Roma yazarı ve devlet adamı Cicero da Kanunlar Üzerine isimli kitabında halkın iyiliğinin, devletin en yüksek iyiliği olduğunu söylemiştir. Cicero ortak yararı insanların güvenliği anlamına gelen *salus populi* kavramıyla ifade eder. Özel bir kamu yararı kavramına cumhuriyetleri (veya genel olarak devletleri) diğer insan birliktelikleri türlerinden ayırmak için başvurur. Cicero'ya göre cumhuriyetlerde insanlar sadece kendi karşılıklı yararlarının peşinden koşmaz, aynı zamanda karşılıklı ilişkilerini düzenleyen adalet ilkeleri üzerinde anlaşmayla da birleşirler.<sup>18</sup>

Platon ve özellikle Aristoteles'in yazılarında yansıtılan ortak yarar geleneği Hristiyan düşüncesinde de başvurulan kavramlardan biri olmuş ve inancın merkezinde tutulmuştur.<sup>19</sup> Hristiyan teologlar ortak ya-

<sup>14</sup> Aristo'ya göre rejim; bir kentin yönetim makamlarının ve egemen makamı düzenleyendir. Aristoteles, "Üçüncü Kitap", s. 269.

<sup>15</sup> ARİSTOTELES, "Üçüncü Kitap", s. 261.

<sup>16</sup> JAEDE, s. 3.

<sup>17</sup> ARİSTOTELES, "Üçüncü Kitap", s. 269.

<sup>18</sup> JAEDE, s. 3.

<sup>19</sup> SİMM, s. 5.

rarı Antik Yunan ve Roma geleneklerinden yararlanırken keşfetmiştir.<sup>20</sup> Teologlarca ortak yarar, objektif ve normatif bir değer olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle bir tartışma konusu yapılmamış ve doğanın bir kanunu olarak kabul edilmiştir. Doğanın bir kuralı olduğu için icat edilen bir kavram değildir, keşfedilir. Ortak yarar, siyaset ve toplum için doğal veya tanrı vergisi bir amaç, dolayısıyla ulaşılması gerektir. Bireysel ve ortak yarar arasında temel bir zıtlık görülmez. Hristiyan teologlara göre bütün bireysel yararlar bir ortak yarar içindedir. Bir bireysel yararın ortak yararla çeliştiği durumda ortak yarara öncelik verilecektir. Ortak yararın ne olduğunun bilgisi iyi yöneticilerde bulunur. Ortak yarara gerçek tehdit yalnızca yöneticiler kendi çıkarlarına göre davrandığında ortaya çıkar.<sup>21</sup> Hristiyan dünyayı bir bütün olarak kabul eden düşünce, yöneticinin yönetimde kendi çıkarına hizmet etmesini doğal olarak bütün için bir tehdit şeklinde yorumlamıştır. Çünkü artık bireysel çıkar bütünü genel çıkarı içinde eritememektedir.

Hristiyan teologlar arasında ortak yarar veya kamu yararı konusunda düşüncelerini açığa çıkarmış bir isim, Ortaçağ Hristiyan dünyasında büyük etkiye sahip olan Thomas Aquinas'tır. Hem Aristo'nun hem Cicero'nun fikirlerinden yararlanan Aquinas, kamu yararı konusunda en etkili Hristiyan düşüncesini geliştirmiş kişidir. Aquinas'a göre; kişisel çıkarın takibi, yönetimin sapkın bir türüne neden olur; *"Tirani bir yönetim; yönetimin sadece kamu yararına göre yapılmamasından değil, aynı zamanda yönetici kişisel yararına göre yönettiği içindir"*. Bununla birlikte Antik Yunan ve Roma düşünürlerinin aksine Aquinas, kamu yararını Tanrı ile tanımlar. Aquinas'a göre kamu yararı bilgisi Hristiyan inananlar için aydınlanma yoluyla ulaşılabilir; *"Bütün evrenin iyiliği her şeyin yaratıcısı ve yöneticisi olan Tanrı tarafından ele geçirilmiştir"*.<sup>22</sup>

Aquinas'ın amacı, Aristocu ortak yarar kavramına Tanrıyı sokmaktır. Aquinas'a göre bütünü ortak yararı, herkesin mutluluğunu

<sup>20</sup> ETZIONI Amitai, "The Common Good", The Encyclopedia of Political Thought, Birinci Baskı, Ed. Michael T. Gibbons, John Wiley & Sons, 2015, s. 1, <https://icps.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs1736/f/downloads/Common%20Good.Etzioni.pdf>, Erişim Tarihi: 23.04.2021.

<sup>21</sup> SİMM, s. 5-6.

<sup>22</sup> JAEDE, s. 3.

yaratılan Tanrının ta kendisidir. Ona göre en yüksek olan Tanrı, sadece her insan evladının ve bütün türlerin ortak sonu değildir, aynı zamanda her iyiliğin nihai sebebidir.<sup>23</sup> Bu düşünceyle Aquinas, ortak yararı Hristiyan toplumun ulaşması gereken amaç haline çıkarmaktadır.

Antik Yunan'dan bu yana kullanılan bir kavram olan ortak iyilik, Hristiyan teologlar tarafından ilgi görmüş; Reformasyon ve Aydınlanma Dönemlerinde de gelişmesini sürdürmüştür. Ortak iyiliğin seküler kavranışı Batı düşüncesinde geliştirilmekle birlikte Hristiyan düşünürlerin kavrama yükledikleri anlamlar da başvuru kaynağı olarak değerlendirilmiştir. Çünkü Hristiyan teologlar da ortak iyiliğe ilişkin Hristiyan kavrayışının çoğulcu bir toplumda uygulanabilir olmasını önermektedir.<sup>24</sup>

Alejo J.G. Sison ve Joan Fontrodona'ya göre ortak yararın bir diğer kaynağı Katolik sosyal öğretisidir. Yazarlara göre bu öğretinin ortak yarara en büyük katkısı tarihi farkındalıktır. Öğretiye göre; sosyal yaşamın gelişimiyle ortaya çıkan aileden, derneklere, devletlere veya uluslara kadar her topluluğun önemini açıklayan bir unsur ve varlığının gerçek sebebi olan kendi ortak yararı vardır. Daha küçük topluluğun bu yararı daha büyük olanınkine doğru yönlendirilmiştir. Bu öğretide ortak yarar Aristoteles'te olduğu gibi evrensel bir Platonik idea değildir, zaman ve yere göre değişen somut bir gerçekliktir. Ortak yarar zaman ve yere bağımlı olduğundan bir defa veya herkes için belirlenememektedir.<sup>25</sup>

Düşünür veya öğretiler tarafından referans alınan ortak yarara eski zaman düşünürlerinin yüklediği anlamların ortak bazı noktalarının olduğu söylenebilir.

Bruce Douglass ortak yarara ilişkin bakış açısının genel özelliklerini sıralamaya çalışmıştır. Buna göre Aquinas ve Suarez'de olduğu gibi geleneksel tanımlamada ortak yarar bir siyasi ideal anlamını taşır. Bu çerçevede ortak yarar devletin amacı olarak sunulmuştur. Devlet ortak yarara hizmetten başka bir amaç taşımamaktaydı. Bununla birlikte ortak

<sup>23</sup> SİSON/FONTRODONA, s. 214-215.

<sup>24</sup> JAEDE, s. 7.

<sup>25</sup> SİSON/FONTRODONA, s. 216-217.

yararın içeriği siyasi değildi. Ortak yarar genel insan iyiliğini desteklemeyi ifade eden barış, düzen, refah, adalet ve ortaklık gibi bazı özel amaçları içinde barındırmaktaydı. Yönetim, sadece kendi esenliğine değil, toplumun tamamının esenliğine katkıda bulunduğu etkin bir şekilde ortak yarara hizmet ederdi. Bu nedenle yönetim, doğrudan ortak yarar anlamına gelmemekte; ancak ona ulaşılmasında bir araç olarak görülmekteydi.<sup>26</sup>

Düşünürlerce ortak yarar toplumun bütününe ilişkin olarak kabul edilmiştir. Buna göre toplumun sadece bir kısmının yararına olan ortak yarar değildir. Ortak yarar toplumun tümünün faydasıdır. Eski zamanda ortak yararın takibi sonucu ulaşılabilecek faydalar ile sadece maddi refah ya da maddi sonuç kastedilmemekteydi. Ahlaki, akli ve ruhi olarak da insanın gelişimine katkıda bulunduğu inanılmaktaydı.<sup>27</sup> Başka bir anlatımla yarar ile kastedilen yalnızca maddi kazançlar değildi. Özellikle Aristoteles'in insanın kendini gerçekleştirme idealinden hareketle yarar ile daha çok ahlaki kazançlar ifade edilmekteydi.

Buna göre ortak yarar, bireysel yararların toplamından fazlasıydı. Ortak yararın bireylerin iyiliğine katkı yaptığı düşünülmemekte; ancak tek tek bireysel veya özel yararlar indirgenememekteydi. Toplumda diğer insanların da gönüllü katılımı olmadan barış, düzen, refah, adalet, ortaklık mevcut olamayacağından her insanın diğer yurttaşlara bağlı olduğu söylenmekteydi.<sup>28</sup> Böylelikle ortak yarar İlkçağ'dan itibaren insanın birlikteliğini sağlayacak unsurlardan biri olarak kabul edilmekteydi.

Ortak yararı bu şekilde açıklayan Ortaçağ yazarları toplumu bir organizma olarak tasavvur etmişti. Bu organizmanın her bir parçası sadece karşılıklı olarak diğerinin iyiliğine katkıda bulunmamaktaydı, bütünü devamlılığına katkı yapmaktaydı.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> DOUGLASS Bruce, "The Common Good and the Public Interest", *Political Theory*, C. 8, S. 1, Şubat 1980, s. 104.

<sup>27</sup> DOUGLASS, s. 104-105.

<sup>28</sup> DOUGLASS, s. 105.

<sup>29</sup> DOUGLASS, s. 105.

## B. İdeolojiler Çerçevesinde Konuya Yaklaşım

İlkçağ'dan Ortaçağ'a taşınan ortak yarar veya ortak iyi kavramının siyasal toplum açısından önemine vurgu konusunda modern ideolojiler de farklı yaklaşımlar öne sürmüşlerdir.

Marx ve Engels'a göre yönetici sınıflar, çıkarlarını bütün toplum üyelerinin ortak menfaati olarak sunarak kendi çıkarlarını güvence altına almışlardır.<sup>30</sup> Marksizme göre kapitalist devletteki yarar, yalnızca bir sınıfın yararındır. Kamu yararı ancak proleterya devriminin ve ideal sosyalist toplumun oluşması ile sağlanabilir.<sup>31</sup> Kapitalizmin hakimiyeti, kamunun topluluk oluşturucu işlevinde gerilemelere yol açmıştır.<sup>32</sup> Sol ideoloji taraftarlarına göre ise ortak yarar kavramı siyasi güç ve ekonomik çıkarlardaki sınıf farklılıklarının gizlenmesine hizmet eder.<sup>33</sup>

Ortak yarar kavramının bir kısım liberal ideoloji taraftarlarının üzerinde durulan bir konu olduğu söylenemez. Zira bireysel hakları ihlal ettiği veya çok kültürlü evrensel bir toplumda böyle evrensel bir ilkenin savunulamayacağından bahisle reddedilebilmektedir.<sup>34</sup> Liberal düşünürler açısından bir başka yoruma göre ise, bir toplumun ortak yararı bütün üyelerinin eşit haklarından oluşur. Bireysel haklar ve eşitlik ortak yararı siyaseten gerçekleştirilmede etkilidir.<sup>35</sup> Her bireyin kendi kişisel çıkarı olduğundan ve bu kişisel çıkarlar mükemmeliyet taşımadıklarından yarar olarak nitelendirilmemekte, kişisel çıkarlar ile sadece arzuların veya heveslerin tatmininin amaçlandığı iddia edilmektedir. Liberallere göre ortak yarar konusunda siyaset, sadece dağıtıcı adaleti arar.<sup>36</sup>

Neoklasik iktisatta ise ortak yarar ayırđedilen ve aranan objektif bir amaç olarak nitelendirilmemiş; bireysel yararların toplamı olarak

<sup>30</sup> JAEDE, s. 4-5.

<sup>31</sup> ÇAKMAK N. Münci, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 179.

<sup>32</sup> DİK Esra, "Kamu Yararı Anlayışında Değişim Baskısı", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2, S. 4, 2005, s. 5.

<sup>33</sup> ETZİONİ, s. 6.

<sup>34</sup> SİSON/FONTRODONA, s. 218.

<sup>35</sup> JAEDE, s. 13.

<sup>36</sup> SİSON/FONTRODONA, s. 219.



kabul edilmiştir. Bu düşünce ilk defa Adam Smith tarafından dile getirilmiştir. Bu bakış açısına göre ortak yarar, bireyin refahıyla birleşir. Bütün özel yararların toplamı olan ortak yarar doğal olarak pazardan ortaya çıkar ve gelişmesi için hiçbir devlet müdahalesine ihtiyaç duyulmaz. Burada da piyasanın görünmez eli bireysel çıkarların ortak yararı artırmasına yol gösterecektir.<sup>37</sup> Daha kısa bir ifadeyle bireysel yararın takibi kendiliğinden toplumun ortak yararının oluşumuna katkı yapacaktır.

Çoğulcu gelenekte yer alan siyaset bilimciler ise güçlü bir kamu yararı düşüncesi üzerinde pek durmamakta ve Amitai Etzioni'ye göre bazı durumlarda kamu yararını dolaylı bir şekilde antidemokratik olarak nitelendirerek kamu yararı ve ortak yarar kavramlarını prosedürel demokrasi<sup>38</sup> adına otoriterliğe davet ettiği için eleştirmektedirler.<sup>39</sup> Başka bir anlatımla kamu yararı gerekçesiyle hakların sınırlandırılabilmesi otoriter uygulamalara kapı aralamaktadır. Bir başka eleştiriye göre ise şayet ortak yarar bir toplumun değerleri ve iyi yaşam kavramı üzerinden tanımlanırsa evrensel insan haklarıyla çatışma söz konusu olabilir.<sup>40</sup>

Ortak yarar hakkında benzer fikirler Batı dışı coğrafya ve kültürlerde de geliştirilmiştir. Bununla birlikte kimi yazarlar kamusal ve özel menfaatler arasındaki ilişki üzerine benzer tartışmalar bulunmakla birlikte Batı düşüncesinde var olan ortak yarar kavramına birebir eşdeğer bir kavramın başka dillerde (ve dolayısıyla düşünce sistematığında) bulunmadığını iddia etmektedir. Örneğin Çince'de ortak yarar kavramına eş bir kavramın bulunmaması bu iddialardan biridir. Bununla birlikte İslam siyasal düşüncesinde kamusal menfaat veya ortak yarar kavramlarıyla örtüşen farklı ifadeler mevcuttur. Maslahat kavramı bunlar-

<sup>37</sup> ETZİONİ, s. 2.

<sup>38</sup> Bir tür demokrasi yaklaşımıdır. Bu yaklaşımda demokratik yönetim biçimini tanımlarken asgari (minimal) şartlara dayanılmaktadır. Demokrasiyi özgür seçimlere indirme gibi tek boyutta ele alan bir yaklaşımdır. AFŞAR Önder A., "Nitelikli Demokrasi Bağlamında Demokrasi ve E-Demokrasi İlişkisi", Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, C. 15, S. 4, 2019, s. 1104; ÖZALP Osman Nuri, "Türkiye Demokrasilerin Neresinde? Demokrasi Tiplerini Işığında Türkiye Örneğine Yeni Bir Bakış Denemesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, S. 2, 2008, s. 136.

<sup>39</sup> ETZİONİ, s. 4.

<sup>40</sup> JAEDE, s. 13.

dan biridir.<sup>41</sup> Maslahat, sözlük anlamıyla menfaat ve fayda demektir.<sup>42</sup> Maslahat-ı âmme (genel maslahat, kamu yararı) ise, faydası bütün toplumu veya toplumun önemli bir kısmını ilgilendiren maslahata denir.<sup>43</sup> Özel maslahat ile genel maslahat çatıştığında iki maslahatı birlikte elde etme imkanı yoksa –diğer bazı şartlara uyması suretiyle- özel maslahat genel olana feda edilir.<sup>44</sup>

Ortak yarar kavramı büyük tarihi geçmişe sahip bir kavramken birçok kamu hukuku ilke, kurum ve kavramlarının ortaya çıktığı 17. ve 18. Yüzyıllarda özellikle kısmi mana değişikliğine uğramış, bundan sonra da kamu yararı şeklinde kullanılırken özellikle geçmiş çağrışımları göz ardı edilebilmiştir.

## II. ORTAK YARAR KAVRAMININ KAMU YARARI KAVRAMINA DÖNÜŞÜMÜ

Antik Yunan'dan gelen ortak yarar anlayışındaki ilk değişim mutlak monarşiler devrinde ortaya çıkar. Ortaçağ feodalizminin çöküşü ve milli monarşilerin yükselmesiyle ortak yarar uluslararası siyasette ulusun gücü ve saygınlığı ve tacın menfaatleriyle tanımlanmaya başlandı. Ortak yararın monarşi taraflı bu yorumu geleneksel doktrinden bir sapmayı teşkil etmekteydi.<sup>45</sup> Kadri Simm'in aktardığına göre ortak yarar argümanı giderek monarşilerin bencil, ataerkil, adaletsiz ve sıklıkla faydasız talepleri ile ilişkilendirilmişti ve bu değişim özellikle 17. Yüzyıl ortası İngilteresinde başlamıştı.<sup>46</sup> Bundan sonra mutlak monarşiler ortak çıkarın simgesi olarak görülmeye başlanmış ve monarşilerin ulusun çıkarına hizmet ettiği varsayılmaya başlanmıştır.<sup>47</sup> İngiltere'de Ortaçağ feodalizminin çöküşü ve ulusal monarşinin yükselişi zamanında 17.

<sup>41</sup> JAEDE, s. 7.

<sup>42</sup> TELKENAROĞLU M. Rahmi, "Makâsîd İctihadına Dayanan Külli Kaideler", Usul İslam Araştırmaları, C. 10, S. 10, 2008, s. 40.

<sup>43</sup> TELKENAROĞLU, s. 44.

<sup>44</sup> TELKENAROĞLU, s. 72-73.

<sup>45</sup> DOUGLASS, s. 106.

<sup>46</sup> SİMM, s. 7.

<sup>47</sup> ARENDT Hannah, Totalitarizmin Kaynakları 2: Emperyalizm, 6. Baskı, Çev. Bahadır Sina Şener, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 192.

Yüzyıl ortalarında kamu yararı-ortak yarar ayrımı iyice belirgin hale gelmiştir.<sup>48</sup>

Öncesinde bireysel menfaatlere vurgu yapılması ahlak dışı görülürken ve bireysel menfaatle ortak yarar arasında meşru bir ilişki imkansız iken Thomas Hobbes, insanın doğası gereği bencil olduğunu ve bunun ahlak dışı görülemeyeceğini iddia etmiştir. Hobbes teorisinin ortaya çıkmasından sonra bireysel çıkarlar meşruluk kazanmış ve daha önce olmadığı şekilde olumlu çağrışımlar elde etmiştir.<sup>49</sup> Bu nedenle Hobbes radikal olarak geleneksel ortak yarar doktrininin temellerinin altını oymuştur. İnsanlar arasında arzu nesnelere farklılaşır ve bu nedenle insan çatışır, dolayısıyla Hobbesçu bakışla insan için tarafsız bir iyilik olmaz.<sup>50</sup> Hobbes, insanın bencilliği ve arzuları arasındaki farka vurgu yaparak liberal bireyciliğin de temellerini atmıştır.

17. yüzyıldan itibaren yükselişe geçen liberal bireycilik anlayışı, ortak yarar veya kamu yararıyla kendisi arasında çatışma olabileceği tezini beraberinde getirmiştir. Bundan sonra temel hak ve özgürlükler ile kamu yararı arasında bir öncelik sorunu olduğu veya kamu yararı gereği bireysel hakların sınırlandırılabilmesi yargısı yerleşmiştir. Bu ikilem hâlen hukukun en temel problemlerinden biridir. Halbuki Antik Yunan Felsefesi ve onu miras alan cumhuriyetçi<sup>51</sup> gelenek böyle bir karşıtlığı öngörmemektedir.<sup>52</sup> Liberalizmin yükselmesiyle tartışılmaya başlanan bireycilik ve kamu yararı anlayışı, ortak iyi kavramından giderek

<sup>48</sup> ÇAKMAK, s. 128.

<sup>49</sup> SİMM, s. 7.

<sup>50</sup> DOUGLASS, s. 107.

<sup>51</sup> Cumhuriyetçilik, kökenleri Antik Yunan ve Roma İmparatorluğu Dönemine giden bir siyasal rejim ve ideolojik anlayış, siyasal düşünüş şeklidir. Fransız Devriminden sonra tekrar popüler olan bu anlayış, ulus devlet yapısı içinde halk egemenliğine vurgu yaparak erdemli yurttaşların ortak iyiye katkıda bulunulacağı ve ondan faydalanacakları anlayışına dayanır. AKSOY Batıkan, "Cumhuriyetçi ve Liberal Düşüncede Özgürlük Kavramı: Pettit ve Rawls Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 16; ÇELİK Fikret, "Modern Dönemde Cumhuriyetçi "Özgürlük" Anlayışı, Akademik İncelemeler Dergisi, C. 8, S. 1, 2013, s. 125; Giriş.

<sup>52</sup> ZABCI, s. 4.

uzaklaşmıştır. Bireylerin çıkarları vatandaş rolleri üzerinden temel haklarına dayandırılmıştır.<sup>53</sup>

Ortak yarar kavramına ilişkin anlayışta İngiltere’de başlayan değişim, 1789 Fransız Devrimiyle birlikte devam etmiştir. Bundan sonra ortak yarar kavramının yerine kamu yararı kavramı kullanılmaya başlanır. Kamu yararı kavramı, 1789 Devrimi sonucunda o zamana kadar hakim kavram olan ortak yarar (ortak iyilik) kavramına tepki olarak ortaya çıkmıştır. Ortak iyilik, sanayi toplumuna geçiş öncesi Avrupa toplumlarının siyasi tarihinde ortak olan bir kavramdı. Yunan Sitelerinden Roma’ya ve Ortaçağ’a aynı anlamı taşıyarak geçmiştir.<sup>54</sup> J.J. Rousseau’nun sosyal sözleşme ile oluştuğunu iddia ettiği ortak irade, 1789 İhtilalinden sonra millet iradesi (milli irade) ismini almıştır.<sup>55</sup> Akıllıoğlu’nun belirttiği üzere, 1789 siyasal düşüncesi, kamu yararı kavramını ortak yarar kavramına göre daha ussal ve gerçekçi olarak değerlendirmiş ve kamu yararının usdışı ve kökeni doğaötesi olan ortak iyilik kavramının yerini aldığı kabul edilmiştir.<sup>56</sup> Böylelikle ortak yarar kavramı tinsel yanından kısmen uzaklaştırılmış ve kamu yararı adı altında daha somut kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır.<sup>57</sup> Bundan sonra sıklıkla kamu yararı kavramı kullanılmaya başlanmıştır; ancak kavram, kamusal iyiliğin ne olduğu sorusunu açık bir şekilde cevaplayamadığından<sup>58</sup> ortak yarar kavramı gibi soyut kalmaya ve betimlenme ihtiyacı taşımaya devam etmiştir. Bununla birlikte ortak yarardan farklı olarak kamu yararının yasayla ilişkilendirilmesi içeriğinin doğaötesi olmadığı gibi bir anlayışı beraberinde getirmiştir.

1789’dan sonra Fransız Kamu Hukukunun temel kavramlarından biri haline gelen kamu yararı, daha sonra diğer modern hukuk sistemlerince de benimsenmiştir. Bundan sonra yasa, kamu yararının ifadesi

<sup>53</sup> SOYOCAK ÖZALP, s. 243.

<sup>54</sup> SARAÇ Osman, “Kamu Yararı Kavramı”, Maliye Dergisi, S. 139, Ocak-Nisan 2002, s. 16; AKILLIOĞLU Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 15.

<sup>55</sup> DAL Kemal, “Milli Egemenlik ve Temsili”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C. 2, S. 4, 1985, s. 98.

<sup>56</sup> AKILLIOĞLU, s. 15.

<sup>57</sup> ÇAKMAK, s. 143.

<sup>58</sup> ÇAKMAK, s. 128.

olarak görülmüş ve yasaların doğrudan kamu yararı taşıdığı anlayışına dayanılmıştır. Yine temel hakların (doğal haklar) da yalnız yasa ile ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi kuralı geliştirilmiştir.<sup>59</sup>

İlkçağ ve Ortaçağ'dan miras olarak gelen ortak yarar kavramını Devrimciler kamu yararı kavramı ile tanıyıp benimsediklerini göstermişlerdir. Liberal anlayışın vurguladığı bireysel hakların korunması yükümlülüğü artık devlete yüklenmiştir. Devlet aynı zamanda kamu yararını gerçekleştirecek olandır. Özel çıkar ise devrimciler tarafından dışlanmıştır. Kamusal alanda özel çıkarların yansımaları görülmemelidir. Bu düşünce aslında Rousseau'nun kuramında yer almıştı.<sup>60</sup> Rousseau'ya göre ortak yararı gösteren genel iradenin ortaya çıkabilmesi için özel iradelerin karar alımında bertaraf edilmesi gerekir. İnsan, genel iradenin oluşumuna yurttaş sıfatıyla katılır ve burada kendini bir bütünün parçası olarak tasavvur etmesi gerekir.

Fransız Devrimiyle devlete hem bireysel hakların garantörü olma hem de kamu yararını gerçekleştirme ödevi yüklenmiştir. Devlet aynı zamanda bireysel çıkarlar ile kamusal çıkar arasında denge sağlamakla yükümlü kılınmıştır.<sup>61</sup> Devrimle siyasal iktidar hem sınırlandırılmış hem yüceltilmiştir.

Hannah Arendt'e göre krallıkların kaldırılması ve halk egemenliğinin kurulmasıyla ortak yarar yerini sınıf çıkarları arasında kalıcı bir çatışmaya ve devlet mekanizmasının denetimi için verilen mücadeleye bırakmıştır. Yine Arendt'e göre monarşilerin ortadan kalkmasıyla ulus devletin yurttaşlarıyla arasında yegâne bağ ve ulus devletin yurttaşlarını bir arada tutan bağ milliyet bağı olmuştur. Ulus devlette hakim olan sınıf ve grup çıkarları mücadelesinde ulusun çıkarı, milliyetçilik ile ifade edilmeye başlanmıştır.<sup>62</sup> Dolayısıyla Arendt'e göre artık ortak yarar namına söylemler milliyetçilikle ilişkili hale gelmiştir.

<sup>59</sup> SARAÇ, s. 17.

<sup>60</sup> ZABCI, s. 11.

<sup>61</sup> ÇARIKÇI Çağrı, "İktisadın Hukuka Tercümesi: Türkiye'de Kamulaştırmanın Değişen Anlamı", Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, C. 53, S. 62, 2016, s. 66.

<sup>62</sup> ARENDT, s. 193.

Bir başka yorum tarzı ise modern dönemde özel menfaatlerin belirleyiciliği üzerinde durur. Buna göre Antik Çağ ve Orta Çağ'ın birleştirici teorileri özel menfaatleri ortak olanlarla tanımlamakta ve birleştirmekte, dolayısıyla özel menfaatleri genel menfaatin içinde eritmekteydi. Ancak modern zamanların gelmesiyle bu akım değişmiştir. Artık bireysel menfaatlerin ortak menfaatlere temel oluşturduğu ve ortak menfaatleri belirlediği düşünülmeye başlanmıştır.<sup>63</sup> Dolayısıyla liberal bireycilikle birey belirleyici hale gelmiştir.

Ortak yarar veya ortak iyilikten ayrı olarak kamu yararı kavramı, liberalizmin bir yeniliği olarak ortaya çıkmıştır.<sup>64</sup> Doğanay Ümit'in ifadesiyle kamu yararı kavramının yasalarda kullanılmaya başlaması, özel mülkiyetin güvenceye alındığı tarihle başlar. Kamu yararı, kurulu düzene uygunluğu belirten veya kurulu düzenin devamlılığını gözeten bir kavramdır. Ümit, kamu yararını, kurulu düzenin korunmasındaki çıkar olarak tanımlamaktadır. Kurulu düzen özel mülkiyete dayanıyorsa kamu yararı, özel mülkiyetin korunmasındaki çıkar anlamına gelmektedir. Ancak toplum yararı ülkede yaşayan herkesin ortak çıkarını ifade ettiğinden düzenin ortak yararı koruyucu niteliği mülkiyet anlayışına bağlıdır. Buna göre özel mülkiyetin salt bireysel olduğu bir ülkede düzen toplum yararına olamaz. Ancak böyle bir düzende dahi kamu yararı gereği sınırlamalar bulunur.<sup>65</sup> Ümit; kamu yararı, toplum yararı ve özel mülkiyet arasındaki ilişkiyi bir örnekle şu şekilde açıklamaktadır:

*“Örneğin, otopark yeri olarak bir yerin kamulaştırılması kamu yararı gereği sayılır. Fakat burada “toplum yararı” gereği bir işlem yoktur. Park yeri özel oto sahipleri için, özel mülkiyeti koruyucu bir olanaktır. Buna karşılık arsa üzerinde yapılacak yapının sosyal konut tipinde olmasını emreden bir yasa hükmü, toplum yararınıdır.”<sup>66</sup>*

<sup>63</sup> SİMM, s. 7.

<sup>64</sup> DOUGLASS, s. 103.

<sup>65</sup> ÜMİT Doğanay, “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları”, Mimarlık Dergisi, S. 7, Temmuz 1974, s. 5.

<sup>66</sup> ÜMİT, s. 6.

### III. ORTAK YARAR VE KAMU YARARI ARASINDAKİ NÜANS

Çoğunluğun yararı veya menfaatini ifade eden kamu yararı, sayıca az olanın menfaati ile çatışabilir.<sup>67</sup> Maximilian Jaede'ye göre "ortak yarar" ve "kamu yararı" kavramları sıklıkla birbirinin yerine hiçbir anlam farkı olmaksızın kullanılabilmesine rağmen ortak yarar kavramının belli başka yan anlamları olduğu söylenebilir. "Ortak" kavramı, belli bir grupta bütün bireyler arasındaki müşterekliği vurgularken kamu kelimesi genellikle kollektif eylemin konusu olan meselelerle ilgilidir. Yine ortak çıkar kavramı da kullanılabilir. Ancak "çıkâr" kavramı çoğu zaman maddi menfaatle de ilişkilendirilir. Ortak yararda ahlaki anlamda objektif olarak bir iyilik anlamı bulunur.<sup>68</sup> Devletsiz toplumlarda ortak yarar veya toplum yararı söz konusu olabilirken kamu yararı söz konusu olamaz. Ortak yarara kamusalılık bilinci katan ve ortak yararı kamu yararına dönüştüren devlettir. Dolayısıyla kamu yararının doğrudan ortak yarara karşılık geldiğinin söylenebilmesi kolay değildir. İlkçağ filozofları ve Hristiyan teologlar ortak yarara aynı zamanda bir ideal anlam yüklemişlerdi. Kamu yararı kavramında ise devletin eylem ve işlemlerinin gerekçesi ve amacı olma söz konusudur. Bu nedenle kamu yararı mutlak doğruluk değil; ancak pozitif hukuk açısından bir geçerlilik şartıdır.<sup>69</sup> Ortak yarar kavramı günümüzde kamu yararı adı altında teknik bir anlam kazanmıştır.<sup>70</sup> Bununla birlikte literatürde ortak yarar kavramının kullanılmasıyla olması gereken toplumsal fayda işaret edilebilir. Zira ortak yarar kavramı genellikle herkesin iyiliğinden daha fazlasını ifade ettiği şeklinde anlaşılmaktadır.<sup>71</sup>

Kamu yararı kavramının geçmişi uzak olmamasına rağmen ortak yarar kavramı yukarıda Antik Çağ düşünürlerinin kaynak gösterilmesinde olduğu gibi köklü bir geçmişe sahiptir. Münici Çakmak'a göre sanayi toplumu öncesi Avrupa ortak yarar (ortak iyi) anlayışında, devletin

<sup>67</sup> DOUGLASS, s. 110.

<sup>68</sup> JAEDE, s. 5-6.

<sup>69</sup> ÇAKMAK, s. 61-63.

<sup>70</sup> ÇAKMAK, s. 121.

<sup>71</sup> JAEDE, s. 6.

dışında bir toplum yararı anlayışı bulunmamaktaydı. Ancak, toplumsal ve siyasi yapıda kamusal yönünden bilinçleşmiş bir topluma, kamusal topluma geçiş yaşandığı için ortak iyiden kamu yararı kavramına geçiş olmuştur.<sup>72</sup>

Batı'da ortak yarar veya ortak iyi kavramıyla anlatılanın Türkçede "müşterek hayr"ı ifade ettiği yönünde özgün bir yaklaşım bulunmaktadır. Müşterek hayr kavramı, ortak yarar ile kamu yararı arasındaki farkı açıklamada yardımcıdır. Zabunoğlu'na göre "müşterek hayr" kavramı "common good" ve "le bien commun" kelimelerinin karşılığı olarak kullanılabilir. Buna göre "kamu yararı" kavramı "hayr"ın tinsel niteliğinden mahrumdur, o nedenle "common good" ile anlatılanı tam olarak karşılamaz. Ortak iyilik kavramı ise yine bu kavramı açıklamada yetersiz ve dar kapsamlıdır.<sup>73</sup>

Müşterek hayr (common good, ortak yarar), genellikle Aristocu bakış açısının sahip olduğu köklere sadık kalınarak ele alınmıştır. Bu kapsamda ortak yarar adalet ile bir tutulmakta ve hukukun ve devletin sonu veya genel iradenin amacı olarak yorumlanabilmektedir.<sup>74</sup> Çakmak'a göre kamu yararı ve ortak yarar aynı anlamda kullanılmamalıdır, çünkü kamu tektir; ancak toplumda ortak olan birçok değer vardır.<sup>75</sup> Kanaatimizce de kamu yararı ve ortak yarar aynı anlamda kullanılmamalıdır. Ancak bunun gerekçesi, ortak yararın daha tinsel bir anlam taşıması ve ideali ifade etmesindedir. Dolayısıyla kamu yararı ne kadar ortak yarara yaklaşırsa o kadar adalete uygun olacaktır.

Hukukumuzda kamu yararının ne olup olmadığı hakkında tanımlama yapma görevini üstlenmiş olan Anayasa Mahkemesi kararlarında da genel yarar veya toplum yararıyla kamu yararının çoğunlukla aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir.<sup>76</sup> Halbuki toplum yararı kavramının ilk kullanıldığı anayasamız olan 1961 Anayasasının 36. maddesinde özel mülkiyete ilişkin genel kural saptanırken (maddenin son fıkrasında)

<sup>72</sup> ÇAKMAK, s. 123.

<sup>73</sup> ÇAKMAK, s. 124.

<sup>74</sup> ÇAKMAK, s. 125-126.

<sup>75</sup> ÇAKMAK, s. 130.

<sup>76</sup> SARAÇ, s. 20-22.



“mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” denilmiştir. 1961 Anayasasında toplum yararı, özel mülkiyet kapsamındaki yetkilerin kullanılma amacını açıklamak için bir ölçü olarak belirlenmiştir (1961 Anayasası m. 36). Yine 1961 Anayasasında kamu yararı kavramı ise mülkiyet hakkının sınırlarını belirlemede ve hakka müdahalede bir ölçü olarak kullanılmıştır (1961 Anayasası m. 36, 38). Dolayısıyla 1961 Anayasasının bu iki kavram arasında fark gözetilerek kaleme alındığı söylenebilir. 1982 Anayasasının 35. maddesinde de mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Anayasada mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararı amacına bağlanması, devlete imar hukuku bakımından yeni olanaklar sağlamıştır. Böylelikle devletin, mülkiyet hakkı sahiplerini haklarını toplum yararına kullanmaya zorlamak imkanı doğmuştur. Bir başka durum, devletin çiftçiyi toprağını işlemeye zorlayabilmesidir. Tarım topraklarının boş durdurulmaması ve kent topraklarının da konut ihtiyacını giderecek şekilde düzenlenmesi mümkündür. Kentlerdeki toprak sahipleri imar planlarına uygun bir biçimde toplum yararına arsaları üzerinde konut inşası yapmaya zorlanabilir. Bunun yanında mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılması zorunluluğu, arsası üzerine konut ya da fabrika gibi yeni inşada bulunmak isteyen kişiyi imar planına veya başka sosyal ihtiyaçları gidermeye dönük inşaat izni verilmesini sağlayabilir.<sup>77</sup> Dolayısıyla Anayasada kamu yararı ve toplum yararı arasında fark gözetilmiş olması, sosyal politikaların oluşturulması ve uygulanmasında normatif gerekçe sağlamaktadır.

Kamu yararı ile toplum yararı arasında fark olduğunu iddia edenler bulunduğu gibi, iki kavram arasında fark bulunmadığını, her iki kavramın da toplumun ortak çıkarlarını yansıttığını iddia eden yazarlar bulunmaktadır. Akıllıoğlu'na göre kamu yararı, toplumsal yarar, genel yarar, ortak iyilik gibi kavramların ortak noktası bireysel çıkardan farklı olmasıdır. Bu nedenle gerçek ayırım kamu yararı ile toplum yararı arasında değildir, gerçek ayırım kamu yararı ile bireysel yarar arasındadır.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> ÜMİT, s. 5-6.

<sup>78</sup> AKILLIOĞLU, s. 14-15.

Ancak, ortak yararlarla kamu yararı arasındaki farka vurgu yapılması birine ideal anlam yüklenemediğinden<sup>79</sup> gereklidir.

#### IV. ORTAK YARARIN GÜNCEL KAVRANIŞI

Ortak yarar arayışında bu kavram karşısında yönetici veya yönetilen tüm vatandaşların Rousseau'nun önermesini hatırlatır şekilde kendini bütünüün parçası şeklinde tasavvur ederek içinde yaşadığı toplumun sorunlarına yaklaşması gerekir. Çünkü bireyin yurttaş rolüyle yer aldığı ve toplumun bütün üyelerinin ortak menfaatlerinin söz konusu olduğu kamunun yetki alanında bireyin rol çatışması mümkün olabilir. Burada bireyin özel çıkarları ile kamu çıkarı arasında sıklıkla zıtlık ortaya çıkar. Çünkü yurttaşlık rolü ile ilgili çıkar bireyin bir başka rolü ile örtüşmez. Diğer rol (veya özel rol) (ebeveyn, iş insanı, birlik üyesi gibi) bireye daha önemli ve yakın görünür. Bu nedenle insan özel menfaatinin taraftarı olmaya başlar ve kamu menfaati belli derecede kişinin iyiliğini içerse de kişi özel menfaati uğruna kamu menfaatinin gerçekleşmesini engellemek için uğraşabilir.<sup>80</sup> Bu kapsamda Rousseau'ya ilişkin okumada bireyin yurttaş sıfatını öne alarak oy hakkını kullanması gündeme gelir.

Temsili demokrasiye nazaran doğrudan demokraside toplumun herhangi bir ortak faydasının araması yapılmaz. Herkesin oy hakkına sahip olduğu doğrudan demokraside her birey kendi tercihlerinin garantörü olduğundan ve çoğunluğun arzuları direkt olarak kanunlaşabildiğinden herhangi bir objektif fayda aranmamaktadır. Fakat siyasal temsil söz konusu olduğunda veya ortak fayda aranmaya başlandığında, seçilmiş siyasetin görevi daha karmaşıklaşır ve artık diğerlerinin yararları aranacaktır. Demokrasi bu son şekliyle objektif faydalara ihtiyaç duyar çünkü Rousseau'nun fark ettiği gibi diğerlerinin refahını dikkate almak bütün vatandaşların sorumluluğu olmaya başlamıştır.<sup>81</sup> Bu

<sup>79</sup> BEERBOHM Eric, DAVIS Ryan W., "The Common Good: A Buck-Passing Account", *The Journal of Political Philosophy*, C. 25, S. 4, 2017, s. e60, [https://scholar.harvard.edu/files/beerbohm/files/beerbohm\\_et\\_al-2017-journal\\_of\\_political\\_philosophy.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/beerbohm/files/beerbohm_et_al-2017-journal_of_political_philosophy.pdf), erişim: 26.04.2021.

<sup>80</sup> DOUGLASS, s. 111.

<sup>81</sup> DOUGLASS, s. 113.

nedenle günümüz temsili demokrasilerinde bir ortak yarar anlayışı vardır.

Bu arayış cumhuriyetçi<sup>82</sup> ideolojide diğer akımlara göre daha fazladır. Ortak yarara liberal ve sivil cumhuriyetçi yaklaşımlarla doğal hukuk yaklaşımı farklıdır.<sup>83</sup> Sivil cumhuriyetçilikte ortak yarar üzerine odaklanılmış bir yurttaşlık siyaseti vardır. Bu görüş bireyin kendi yararını toplumun yararıyla ayrılmaz şekilde bağlı gördüğü, bireyi kendini toplumsal yarara adanmış vatandaşa dönüştürmeyi amaçlayan bir siyaset teorisi. Sivil cumhuriyetçilikte ortak yarar usuli bir unsur değildir, bu nedenle müzakerenin vazgeçilmez önemi vardır. Aynı zamanda aracı kurumlar ortak yarar siyasetini başarmada olmazsa olmazlardandır. Bu müzakereci siyasi yapıda yarar tartışması kendiliğinden siyasetin belirleyici özelliği haline gelmiştir.<sup>84</sup>

Kimi düşünürler ortak yararı eylemlerin nihai gerekçesi veya gerçek yarar olarak düşünmemektedirler. Bu düşünürlere göre ortak yarar meşru otoritenin belirlediği koşullar altında eylemlere gerekçe sağlayan normatif role sahip bir unsurdur. Bunun yanında ortak yarar; siyasal toplumda birliği sağlayan otoritenin rolünü meşrulaştıran normatif unsur, bir ideal ya da pozitif hukukun noksanlarını veya kabul edilebilirliğini gösteren bir kriter olarak değerlendirilebilmektedir. Geleneksel doğal hukukun bakış açısı ise ortak yararı, hukukun amacı ve işlevini açıklayan normatif bir gerekçe olarak görmektedir.<sup>85</sup> Ayrıca ortak yarar, müzakereci demokrasinin adaletle birlikte bir diğer amacı olarak da nitelendirilmektedir.<sup>86</sup> Rousseau'ya göre adalet, ortak yararın gözetilmesidir.<sup>87</sup> İdeal değer, amaç, meşruiyet sağlayan normatif unsur veya kriter olma gibi farklı işlevler yüklenebilen bu kavramın siyasal toplumu bir arada tutan bağ olarak görülmesi de mümkündür.

<sup>82</sup> Bkz. dipnot 56.

<sup>83</sup> DUKE George, "The Distinctive Common Good", *The Review of Politics*, C. 78, S. 2, Bahar 2016, s. 233.

<sup>84</sup> SİSON/FONTRODONA, s. 219.

<sup>85</sup> DUKE, s. 234-237.

<sup>86</sup> BEERBOHM, Davis, s. 1.

<sup>87</sup> ÇAMUR Ömer, "Kamu Yönetiminde Liyakatin Önemi: Adalet Temelinde Bir Değerlendirme", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 19, S. 2, 2020, s. 463.

Ortak yararın bir diğer işlevi daha bulunmaktadır. Kavramın savunulması, vatandaşların siyasal katılımını artırıcıdır. Çünkü ortak yararın varlığını iddia etmek, birlikte hareket etmek için gerekçeler olduğunu kabul etmektir.<sup>88</sup> Bu siyaseti takip etmek, anlaşmazlıklar üzerine düşünmek ve çözüm yolu bulmak için vatandaşların sorumluluk üstlenmesini sağlar. Aynı zamanda bu toplumsal sorumluluk, bireylerin birbirlerini tanınması ve birbirlerine saygı duymalarına yönelik bir temel oluşturur.<sup>89</sup>

Kamu yararı ve daha ideal formu olan ortak yarar ayrıca bir değerlendirme kriteri işlevi görmektedir. Antik Yunan ve Roma düşünürleri, en iyi yönetime ulaşılabilmesi ve siyasi iktidarın aşırılıklarının önüne geçilebilmesi için karma yönetimlere önem vermişlerdir. Modern demokratik rejimlerde ise siyasi iktidarların sınırlandırılması ve denetlenmesi hakların güvencesidir. Kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, anayasa mahkemelerinin mevcudiyeti ile bu sınırlandırma ve denetleme gerçekleştirilir. Modern demokrasinin bu unsurları aynı zamanda siyasi iktidarın kamu yararı veya toplumsal yarar açısından denetlenebilmesini sağlar.<sup>90</sup>

Ortak yarar, hukuk otoritesinin meşrulaştırılmasında normatif bir role sahiptir.<sup>91</sup> Fransız Devriminden sonra kamu yararı olarak anılmaya başlayan bu genel yarar, soyut, muğlak ve çok işlevli olmasından ötürü kavramın tanımının yapılmasından ziyade her olayda somut koşullara göre varlığı aranmaktadır. Akıllıoğlu'na göre kamu yararının bu özelliğinden dolayı biçimsel tanımı önem kazanmakta ve yasaların kamu yararına yönelik olduğu varsayımından hareket edilmektedir. Yine Akıllıoğlu'nun ifade ettiği şekilde kimi yazarlarca kavramın bilimsel analize dayanıklı olmaması ve akıl dışı olmasından dolayı çağdaş bir masal olarak nitelendirilmesi de söz konusudur. Yasama, yürütme ya da yargı organlarının yerine getirilen görevlerin ve kullanılan yetkilerin kamu

<sup>88</sup> BEERBOHM, Davis, s. 5.

<sup>89</sup> TOSUN Esad Kâmil, "Liberal Bireycilik, Cemaatçi Eleştiri ve Din: Ortak Yarar mı Hakkın İyiye Önceliği mi?", *Ekonomi, İşletme ve Yönetim Dergisi*, C. 3, S. 2, 2019, s. 229.

<sup>90</sup> ZABCI, s. 18.

<sup>91</sup> DUKE, s. 250.

yararı amacını taşıdığı kabulü, kamu yararının iktidar pekiştirme aracı olarak varlığını sürdürmesi<sup>92</sup>ne yol açmaktadır. Başka bir anlatımla egemenlik yetkisinin kullanıldığı alanlarda gerçekleşen faaliyetlerin kamu yararı taşıdığı kabulü, toplumsal yararın müzakeresinin kısıtlanmasına/daralmasına neden olmaktadır. Bu nedenle sadece iktidar faaliyetlerindeki unsur olma özelliğinden kurtarılarak aynı zamanda her daim aranılan bir değer olduğunun ortaya konulması gerekir.

Yasama, yürütme ve yargı organları görev ve yetkilerini yerine getirirken kamu yararının ne olduğunu belirlemektedir. Devletin bu üç erki aynı zamanda kanunlarla bağlıdır, kanun dairesinde yetkilerini kullanırlar. Kanun, seçilmiş temsilcilerce yasama organından çıkarılmakta, dolayısıyla kamu yararının ne olduğunu tespit etme yetkisi yasama organına ait olmaktadır. Bununla birlikte yasama organınca yasalaştırılan her kararın kamu yararı unsurunu taşıdığı pozitif hukuka göre iddia edilebilse dahi yasamanın her faaliyetinin kamuya yararlı olacağını iddia etmek<sup>93</sup> aynı zamanda otoriter bir bakışa neden olur.

Kamu yararının ölçülmesindeki zorluk ya da kamu yararı taşınıp taşınmadığını belirlemedeki zorluk bu unsurun var olup olmadığı üzerinde her zaman şüpheye yol açar. Kamusal karar alma daima kamu yararı adı altında gerçekleştirileceği için kamu yararı kimi zaman insanları özgürleştirme kimi zaman da boyunduruk altına alma işlevi üstlenecektir.<sup>94</sup>

Kamu yararı, çoğunluğun yararı olarak anlaşıldığı takdirde genel için yararlı olanla bireysel yarar çatıştığı zaman genel yarara üstünlük tanınacaktır. Bununla birlikte devletin burada yapmış olduğu tercihin maddi anlamda ve mutlak olarak doğru olduğu da iddia edilemez. Burada yapılan tercih kaçınılmazlığı ifade eder.<sup>95</sup> Örneğin bir görüşe göre özelleştirmenin artması ve kamu hizmeti anlayışını piyasa lehine değiştiren düzenlemeler kamu yararı anlayışından uzaklaşmasına neden

<sup>92</sup> AKILLIOĞLU, s. 11.

<sup>93</sup> ÇAKMAK, s. 66-67.

<sup>94</sup> ÇAKMAK, s. 85.

<sup>95</sup> ÇAKMAK, s. 111.

olur.<sup>96</sup> Bunun karşısında serbest girişimin önünü açan düzenlemelerin bireysel ve bunun devamında genel refahı artıracacağı savunulabilir.

Ortak yararı toplumun genelinin yararı olarak kabul edersek devlet organları tarafından tespit edilen kamu yararı ise bir açıdan siyasal tercihlerin tespiti.<sup>97</sup> Yasama organının çıkardığı kanunla korunan değer ve yargı organının kanuna uygunluk denetimiyle koruyacağı alan, ülkedeki hakim ideolojiyle ilgilidir. Bu nedenle kamu yararı, her ulus için ayrı olumlu özellikleri veya durumları içinde barındırır da bir ülkedeki kamu yararı o ülkenin resmî ideolojisinden bir yansıma olacaktır.<sup>98</sup> Ortak yarar ise bundan daha geniş bir kapsayıcılık sağlamalıdır. W. Arthur Galston'a göre örneğin, Amerikan Anayasasının Giriş Bölümünde belli bir toplum için ortak yararın belirgin bir tanımı yapılmıştır. Galston'a göre diğer toplumların aksine Amerikan ortak yararı açıkça dini doktrinleri ve erdem kurallarını içermez. Bu Giriş, ortak yararı genel terimlerle açıklar. Buna göre Amerika'da ortak yarar genel refahı artırmak ve adaleti tesis etmek, özgürlüğü korumak ve gelecek nesillere devretmek hedeflerinden oluşur. Galston'a göre Amerikan ortak yararını gösteren bu temel terimler zamanla yerini başka hedeflere bırakabilir. Ona göre Giriş Bölümü birliğin hedeflerini söylerken Anayasa metni, bunları başarmanın kurumsal araçlarını ortaya koyar. Bu araçlar anlaşmazlıkların barışçıl çözümünü sağlar. Birey veya grupların tiranlığı önlemek ve herkese bir ses olmak için tasarlanmıştır. Bu araçlar azınlıkları korurken çoğunluğu yetkilendirir. Ancak Galston'a göre ortak yarar sosyal ve siyasi uyumun garantisi değildir. Anayasal ortak yarar, hedeflerin bir çerçevesini ortaya koyar.<sup>99</sup>

Türk hukukunda ise kamu yararının tanımı için Anayasa Mahkemesi kararlarındaki açıklamalardan yararlanma eğilimi vardır. Toplumsal yarar veya genel yararın unsurlarını tespiti için de Anayasa Mahkemesi kararlarından hareket edilebilir. Örneğin Mahkemenin kararlarının

<sup>96</sup> DİK, s. 15; Sonuç.

<sup>97</sup> ÇAKMAK, s. 114.

<sup>98</sup> ÇAKMAK, s. 167.

<sup>99</sup> GALSTON William Arthur, "The Common Good: Theoretical Content, Practical Utility", *Daedalus: Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 142 (2), Spring 2013, s. 13.

da geçen; “Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken Yasa Koyucu kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır...”<sup>100</sup> ifadesinden hareketle toplumsal yararın birinci unsurunun adalet düşüncesi olduğu söylenebilir. Herkesin ortak yararına konu değerler, doğası gereği genel kavramlardan oluşmalıdır.

Ortak yarara konu hususlar genel değerleri ifade ederken 1789’dan bu yana yerleşik kamu yararı anlayışına konu unsurlar ise siyasi toplumun ideolojisinden kaynaklanır. Bir ülkede kamu yararının ne olduğuna egemen güç karar verecektir. Dolayısıyla egemen olanın siyasi görüşü ve yönetim tarzı kamu yararını etkiler. Egemen güç sert bir yönetim uygulamaktaysa kamu yararı bu sertliği pekiştirecek şekilde manipüle edilecektir, şayet demokratik bir yönetim söz konusu ise kamu yararıyla çoğulcu anlayış korunmaya çalışılacaktır.<sup>101</sup> Örneğin sosyalizmde kamu yararı planlanmış olarak hayata geçirilecektir ve neyin kamu yararı olduğuna entelektüeller, bürokratlar ve sosyal planlamacılar tarafından oluşan yönetici sınıf karar verecektir.<sup>102</sup> Belirtilmelidir ki otoriter ve totaliter rejimler söz konusu olduğunda ortak yarar-kamu yararı ayrımı işlevini yitirir. Totaliter rejimde totaliter ideolojinin yerleşmesi bir hedef olduğundan ortak yarar artık bir amaç değildir. Toplumsal yarar veya kamu yararı olarak görülenin totaliter ideolojiye –ve kanaat önderlerinde- için olduğu düşüncesi hakimdir. Örneğin, Arendt’in ifadesiyle İtalya’da kendini partiler üstü bir parti olarak nitelendiren faşist hareket, bir bütün olarak ulusun çıkarlarını temsil ettiği iddiasında bulunmuştur.

103

Dolayısıyla bu rejimde bir genel yarar anlayışının hiç olmadığı söylenemez. Ancak, herkes için yalnızca yönetici sınıftan çıkan bir yarar kabulü vardır. Kabul edilmesinin sebebi de sorgulanmaya açık olmasındandır. Totaliter bir rejimde kamu yararı, toplumu oluşturan bireylerin istek ve beklentilerinden bağımsızdır. Belirlenmiş kamu yararı,

<sup>100</sup> AKILLIOĞLU, s. 19; E. 1979/37, K. 1980/26, K.T.:29/04/1980, R.G.:23/08/1980.

<sup>101</sup> ÇAKMAK, s. 264.

<sup>102</sup> ÇAKMAK, s. 178.

<sup>103</sup> ARENDT, s. 240.

iktidar tarafından uygulanan güç ile harekete geçirilir.<sup>104</sup> Totaliter rejimde totaliter ideolojiyi bilen ve bu ideolojinin topluma benimsetilmesinden sorumlu olan, yönetici sınıftır. Neyin kamu yararı olduğunu da doğal olarak bu yönetici sınıf belirleyecektir. Demokraside de kamu yararı yine yönetici sınıf tarafından belirlenir ve iktidar gücüyle kamu yararına uygun görülen uygulanır. Aradaki fark, demokraside kamu yararı belirlenirken birey ve toplumun istek ve tercihlerinin dikkate alınmasıdır. Bireyin temel hakları ile genelin yararı çatıştığında değerlendirme yapılmasıdır. Totaliter rejimde kamu yararı belirlenirken birey ve toplumun istek ve tercihlerinin ideoloji karşısında bir önemi yoktur. Keza bireyin yararı veya temel hakkı ile belirlenmiş kamu yararı arasında bir çatışma görüldüğü zaman hangisinin tercih edileceği veya korunmaya çalışılacağı hakkında bir değerlendirme yapmaya ihtiyaç bulunmamakta, kamu yararı olarak görülenin doğrudan uygulanması söz konusu olmaktadır.

Gerçekte her yönetici ve yöneten grup yaptıklarının kamu yararı için ve kamu yararı adına olduğunu iddia eder.<sup>105</sup> Akıllıoğlu'na göre kamu yararının temel özelliği tartışılmaz olması değil, tartışılabilir olmasıdır. Kamu yararı şimdiye dek değer olmaktan çıkmış, veri haline gelmiştir. Bu nedenle Akıllıoğlu'na göre iktidarın, toplumun ve devletin dayandıkları değer kavramının yeniden gözden geçirilmesi önemlidir.<sup>106</sup> Toplumun, hukuk düzeninin ve devlet mekanizmasının temelinde yer alan değerlerin müzakeresi söz konusu olduğu takdirde devletin klasik tanımlarında geçen "ortak iyiliğin en yüksek görünümü"<sup>107</sup> ifadesinde olduğu gibi müşterek menfaat veya ortak yarar kavramı karşılaşılan ilk kavramlardandır. Bu nedenle ortak yararları oluşturan unsurlar toplumdaki topluma değişebilirse de arayış ortaktır.

Ortak yararın siyasal toplumun ve siyasetin temel ölçütü olmasını savunanlardan Michael Sandel, farklı adalet yaklaşımlarından erdem

<sup>104</sup> ÇAKMAK, s. 283.

<sup>105</sup> ÇAKMAK, s. 279.

<sup>106</sup> AKILLIOĞLU, s. 22; Sonuç.

<sup>107</sup> TOKU Neşet, "Klasik ve Modern Devlet", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 24. Kitap, Hz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 217.



geliştirilmesi ve ortak iyi hakkında muhakemeyi zorunlu kılan adalet yaklaşımını savunmaktadır. Ona göre adil bir toplum yaratmanın yolu, iyi yaşamın anlamı hakkında muhakeme ve herhalükarda mevcut olan anlaşmazlıklar karşısında hoşgörülü bir toplumsal kültür yaratmadan geçmektedir.<sup>108</sup>

Sandel'e göre, adil bir toplum ve güçlü toplum hissiyatı için vatandaşların ortak iyiye ilgisini ve adanmışlığını geliştirecek bir yol bulunmalıdır. Sandel, faydacı yaklaşımların ya da özgürlük temeline dayanan yaklaşımların aksine farklı kesimlerin kamusal hizmetlerden yararlanmada eşit derecede isteğe sahip olması gerekliliğini, bunun da ortaklığı kuvvetlendiren araçlara veya düzenleme ve girişimlere bağlı olduğunu savunur.<sup>109</sup>

## SONUÇ

1789 Fransız Devrimiyle yasanın genel iradenin ifadesi olduğu anlayışı yerleşmiştir. Buna göre siyasal toplumu kuran insanlar millet iradesi şeklinde açıkladıkları kendi emirlerine tâbi olmaya söz vermişlerdir. Devrimle ortaya çıkan bir diğer ilke, yasanın kamu yararı taşıdığıdır. Kamu yararı, çoğunluğun yararını ifade etmekle birlikte kamu yararının üzerinde uzlaşılan tek ve genel geçer bir tanımının yapılması zordur. Bu nedenle her somut vakiada kamu yararının olup olmadığı araştırılır. Bu muğlak terimin kökeni Devrimden çok öncesine dayanmaktadır. İlkçağ Yunan filozofları sitenin insanı en yüksek iyiliğe ulaştıracağından ve toplumun müşterek gayelerinin olduğundan söz etmekteydi. Özellikle Aristoteles, ortak yararı kendi siyaset teorisinin temel bir kavramı olarak kullanmıştı. Bu düşünce Roma hukukçuları ve Ortaçağ Hristiyan teologlarınca da benimsenmişti. Bu anlayıştaki değişim Hobbes'un insanın bencilliğini ve arzu nesnelерinin farklılığını sistematik bir şekilde açıklayarak kuramsal hale getirmesiyle ve monarşilerin ulusun çıkarını temsil ettikleri savının ortaya çıkmasıyla değişmiştir. Fransız Devrimiyle siyasi otoritenin kaynağı olduğu ilan edilen ulus artık ulusun çı-

<sup>108</sup> SANDEL Michael, *Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?*, 3. Baskı, Çev. Mehmet Kocaoğlu, BigBang Yayınları, Ankara, 2015, s. 352-353.

<sup>109</sup> SANDEL, s. 356, 361.

karlarını ilan etme ve buna uyan yasaları yürürlüğe koyma yetkisini temsilcilere devretmiştir.

Siyasal toplumun ortak menfaatine ilişkin anlayıştaki bu tarihi değişimden dolayı İngilizcede “common good” ve “public interest” kavramlarıyla ifade edilen ortak yarar (müşterek hayır, ortak iyilik) ve kamu yararı kavramları arasında bir fark bulunmaktadır. Makalede ortak iyilik, müşterek hayır veya genel yarar kavramlarıyla eş anlamda ama bu kavramlardan daha çok ortak yarar kavramı kullanılmıştır. Bu kavramların birbirinin yerine kullanılmasında bir beis görülmemekle beraber vurgulanmak istenen, bu kavramların kullanıldıkları yerde bütünü oluşturan herkesin hayrına ve yararına olanı ifade ettikleridir. Zira genel iradenin ifadesi olan yasanın kamu yararı unsurunu taşımakla birlikte her zaman bütünün hayrına olduğunun iddia edilebilmesi güçtür. Bu nedenle kamu yararı ve bireysel haklar arasında çatışma çıktığında değerlendirme yapılmakta, duruma göre ve çoğunlukla birine üstünlük tanınmaktadır. Ortak iyi veya ortak yararlar ifade edilen değerler ise adeta siyasal toplumun çatısını oluşturan değerlerdir. Bu nedenle daha iyi bir toplumsal yaşam vaadi geçmişte olduğu gibi günümüzde de ortak yarar kavramından bağımsız ifade edilemez.

## KAYNAKLAR

- AFŞAR, Önder A., “Nitelikli Demokrasi Bağlamında Demokrasi ve E-Demokrasi İlişkisi”, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, C. 15, S. 4, 2019, (1101-1118).
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 9, S. 1-3, 1988, (11-22).
- AKSOY, Batıkan, “Cumhuriyetçi ve Liberal Düşüncede Özgürlük Kavramı: Pettit ve Rawls Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- ARENDDT, Hannah, Totalitarizmin Kaynakları 2: Emperyalizm, Çev. Bahadır Sina Şener, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- ARİSTOTELES, Politika, Çev. Özgüç Orhan, Pinhan Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2020.
- BASUT, Lale Levin, “Mutluluk Bir *Energeia* mı Yoksa Bir *Entelekheia* mı?”, Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, S. 24, Bahar 2015, (31-40).
- BEERBOHM, Eric, DAVIS, Ryan W., “The Common Good: A Buck-Passing Account”, The Journal of Political Philosophy, C. 25, S. 4, 2017, [https://scholar.harvard.edu/files/beerbohm/files/beerbohm\\_et\\_al-2017-journal\\_of\\_political\\_philosophy.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/beerbohm/files/beerbohm_et_al-2017-journal_of_political_philosophy.pdf), erişim: 26.04.2021, (e60-e79).
- ÇAKMAK, N. Münci, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ÇAMUR, Ömer, “Kamu Yönetiminde Liyakatin Önemi: Adalet Temelinde Bir Değerlendirme”, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 19, S. 2, 2020, (459-474).
- ÇARIKÇI, Çağrı, “İktisadın Hukuka Tercümesi: Türkiye’de Kamulaştırmanın Değişen Anlamı”, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, C. 53, S. 62, 2016, (63-71).
- ÇELİK, Fikret, “Modern Dönemde Cumhuriyetçi “Özgürlük” Anlayışı”, Akademik İncelemeler Dergisi, C. 8, S. 1, 2013, (125-163).

- DAL, Kemal, "Milli Egemenlik ve Temsili", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C. 2, S. 4, 1985, (97-109).
- DİK, Esra, "Kamu Yararı Anlayışında Değişim Baskısı", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2, S. 4, 2005, (1-18).
- DOUGLASS, Bruce, "The Common Good and the Public Interest", Political Theory, C. 8, S. 1, Şubat 1980, (103-117).
- DUKE, George, "The Distinctive Common Good", The Review of Politics, C. 78, S. 2, Bahar 2016, (227-250).
- ETZIONI, Amitai, "The Common Good", The Encyclopedia of Political Thought, Birinci Baskı, Ed. Michael T. Gibbons, John Wiley & Sons, 2015, <https://icps.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs1736/f/downloads/Common%20Good.Etzioni.pdf>, erişim: 23.04.2021, (1-7).
- GALSTON, William Arthur, "The Common Good: Theoretical Content, Practical Utility", Daedalus: Journal of the American Academy of Arts & Sciences, 142 (2), Spring 2013, (9-14).
- HUTA, Veronika, "Eudaimonia", Oxford Handbook of Happiness, Eds. Susan A. David, Ilona Boniwell, Amanda Conley Ayers, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- JAEDE, Maximilian, "The Concept of the Common Good", <https://www.thebritishacademy.ac.uk/sites/default/files/Jaede.pdf>, erişim: 01.05.2020, (1-18).
- ÖZALP, Osman Nuri, "Türkiye Demokrasilerin Neresinde? Demokrasi Tiplerini Işığında Türkiye Örneğine Yeni Bir Bakış Denemesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, S. 2, 2008, (129-162).
- SANDEL, Michael, Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?, Çev. Mehmet Kocaoğlu, 3. Baskı, Bigbang Yayınları, Ankara, 2015.
- SARAÇ, Osman, "Kamu Yararı Kavramı", Maliye Dergisi, S. 139, Ocak-Nisan 2002, (16-26).
- SIMM, Kadri, "The Concepts of Common Good and Public Interest: From Plato to Biobanking", Cambridge Quarterly of Healthcare

Ethics, C. 20, S. 4, 2011, (554-562), file:///C:/Users/user/Desktop/Theconceptsofcommongooodandpublicinterest.Simm\_final.pdf, erişim: 19.06.2020.

SISON, Alejo José G., FONTRONDA, Joan, "The Common Good of the Firm in the Aristotelian-Thomistic Tradition", Business Ethics Quarterly, C. 22, S. 2, Nisan 2012, (211-246).

SOYOCAK ÖZALP, Sevinç, "Yönetim Tartışmalarında Kamu Yararından Kamu Tercihine ve Kamu Değerine", Akademik Hassasiyetler, C. 7, S. 13, 2020, (241-265).

TELKENAROĞLU, M. Rahmi, "Makâsıd İctihadına Dayanan Külli Kaideler", Usul İslam Araştırmaları, C. 10, S. 10, 2008, (37-76).

TOKU, Neşet, "Klasik ve Modern Devlet", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 24. Kitap, Hz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, (217-223).

TOSUN, Esad Kâmil, "Liberal Bireycilik, Cemaatçi Eleştiri ve Din: Ortak Yarar mı Hakkın İyiyeye Önceliği mi?", Ekonomi, İşletme ve Yönetim Dergisi", C. 3, S. 2, 2019, (208-233).

ÜMİT, Doğanay, "Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları", Mimarlık Dergisi, S. 7, Temmuz 1974, (5-6).

ZABCI, Filiz, "Kamu Yararı Üzerine Bir Değerlendirme", Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri I, Der. Yalçın Bürkevd., Nota Bene Yayınları, Ankara, 2011, (253-273).





## ACENTELİK VE DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNDE DENKLEŞTİRME ALACAĞININ HESAPLANMASI

Arş. Gör. M. Zahid DOĞANAY\*

### Öz

Denkleştirme talebinin nasıl hesaplanacağı hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda bir yöntem öngörülmediği için uygulamada farklı hesap yöntemleri kullanılmaktadır. Özellikle TTK'nın 122. maddesinin 2. fıkrasının, uygulayıcılar tarafından denkleştirme talebinin nasıl hesaplanacağını gösteren bir hüküm olduğu zannedilmekte ve ödenecek tutar çoğunlukla bu fıkraya göre tayin edilmektedir. Oysa anılan hükmün yalnızca denkleştirme talebinin üst sınırını belirlediği, bir hesap yöntemini içermediği açıktır. Bu çalışmada ise acentelik ve dağıtım sözleşmelerinde gündeme gelen denkleştirme alacağının hesaplanmasına ilişkin ilke ve yöntemlerin ortaya konulması ve böylece uygulayıcılara yol gösterilmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda, Alman hukukunda içtihatlarla geliştirilen hesap yöntemlerine ve öğretilere de yer verilerek denkleştirme talebinin hesaplanması konusu mukayeseli olarak ele alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Acentelik Sözleşmesi • Dağıtım Sözleşmesi • Denkleştirme Talebi • Hesap Yöntemi • Hakkaniyet

\* Arş. Gör, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye | Asst., Çukurova University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Adana, Turkey.

✉ zdoganay@cu.edu.tr • ORCID 0000-0001-9169-683X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: DOĞANAY M. Zahid, "Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2267-2308.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## CALCULATION OF INDEMNITY CLAIM IN COMMERCIAL AGENCY AND DISTRIBUTION CONTRACTS

### Abstract

Since there is no method foreseen in the Turkish Commercial Code regarding how to calculate the goodwill indemnity, different calculation methods are used in practice. Particularly, paragraph 2 of Article 122 of the TCC is thought to be a provision regulating how the indemnity will be calculated by the practitioners and the amount to be discharged is mostly determined according to this paragraph. However, it is clear that the aforementioned provision determines only the upper limit of the amount of indemnity and does not include a calculation method. The purpose of this study is to reveal the principles and methods for calculating the indemnity in commercial agency and distribution contracts and thus to guide the practitioners. In this direction, the calculation of the indemnity has been handled comparatively by referring to the calculation methods developed by the court practices and the opinions put forward in the doctrine in German law.

### Key Words

Commercial Agency Contract • Distribution Contract • Indemnity Claim • Calculation Method • Equity

## GİRİŞ

Denkleştirme talebi; acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra müvekkilin, acente tarafından bulunan müşteriler sayesinde menfaat elde etmeye devam etmesine karşın, acentenin bu müşterilerden faydalanma imkânının ortadan kalkması sebebiyle müvekkil tarafından belirli şartların<sup>1</sup> da varlığı hâlinde acenteye ödenmesi gereken bir karşılıktır.

---

<sup>1</sup> Denkleştirme talebinin şartları, şekli ve maddî şartlar olmak üzere ikili bir tasnife tâbi tutulmaktadır. Bu hususta bkz. BADAĞ AYBAR, Z., "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 24, 2013/2, s. 175 vd.; KARAMANLIOĞLU, A., "Acentenin Hastalık ve Yaşlılık Gereğiyle Acentelik Sözleşmesini Feshetmesi Halinde Denkleştirme İsteminin Durumu", İKÜHFD, C. 16, S. 2, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, 2017, s. 143; KARASU, R., "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi", AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 289 vd.; ŞAHİN, A., "Acentelik Sözleşmesinin Kısmi Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstem Hakkı", MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. III, 2016, s. 2535 vd. Şekli şartlar; sözleşme ilişkisinin denkleştirme talep edilebilecek şekilde sona ermesi (TTK m. 122/1), talebin bir yıl içerisinde ileri sürülmesi (TTK m. 122/4) ve acentelik dışındaki sözleşmeler açısından tekel hakkı-



6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122. maddesinde acentelik sözleşmesi dikkate alınarak düzenlenen bu hukukî kurum, tek satıcılık ve benzeri tekel hakkı ihtiva eden sürekli sözleşme ilişkilerine de doğrudan<sup>2</sup> uygulanmaktadır (TTK m. 122/5).

Denkleştirme talebi, her ne kadar 6102 sayılı TTK ile kanunî düzenlenmeye kavuşturulmuş olsa da<sup>3</sup> esasen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20.06.1996 tarihinde verdiği bir karar<sup>4</sup> ile bu hak acentelere içtihat yoluyla tanınmıştır. Dolayısıyla 1996 yılından bu yana denkleştirme talebine ilişkin uyuşmazlıklar Türk mahkemeleri tarafından görülmekte ve acenteye ödenecek tutarın belirlenmesi için hesaplamalar yapılmaktadır. Ancak 20 yılı aşan uygulama döneminde hesaplamaların nasıl yapılması gerektiği hususu uygulayıcılar tarafından tam olarak anlaşılmış değildir. Bunun en önemli sebeplerinden biri Yargıtay tarafından hesaplamaya ilişkin ilke ve esasları ortaya koyan bir kararın verilmemiş olması, diğeri ise denkleştirme talebi hakkında kaleme alınan eserlerde talebin hesabına ilişkin görüşlerin dağınık hâlde bulunmasıdır. Bu çalışmanın amacı, öğretideki görüşlerin derlenmesi suretiyle denkleştirme alacağı'nın hesaplanması konusuna bir açıklık getirmek ve bu hususta uygulamaya yol göstermektir.

Denkleştirme talebinin acentelik haricinde tek satıcılık ve benzeri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de gündeme gelmesi sebebiyle çalışma konumuz, bir üst kavram olarak dağıtım sözleşmelerini de ilgilendirmektedir. Özellikle, tek satıcılık sözleşmesinde ve tekel hakkı-

---

nın (TTK m. 122/5) bulunmasıdır. Maddî şartlar ise müvekkilin sözleşmenin sona ermesinden sonra acentenin kazandırdığı müşterilerden önemli menfaat sağlayacak olması (TTK m. 122/1-a), acentenin komisyon kaybına uğraması (TTK m. 122/1-b) ve talebin hakkaniyete uygun (TTK m. 122/1-c) düşmesidir.

- <sup>2</sup> Aksi yönde bkz. KOÇ, M., Türk ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Acentenin Denkleştirme İstemi, Ankara, 2020, s. 103 vd.
- <sup>3</sup> Sigorta acentelerine, 03.06.2007 tarih ve 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu ile denkleştirme talep etme imkânı kanunen tanınmıştır (m. 23/16).
- <sup>4</sup> Yargıtay 11. HD, T. 20.06.1996, E. 1996/2084 – K. 1996/4544 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu kararın tahlili için bkz. TEKİNALP, Ü., "Türk Hukukunda Acentanın "Portföy Akçası" Talebi", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE, 1998, s. 5 vd. Tek satıcılara denkleştirme talep hakkı ise ilk olarak Yargıtay 19. HD'nin 04.05.2000 tarihinde verdiği E. 1999/7724 – K. 2000/3470 sayılı kararı ile tanınmıştır (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

nın varlığı hâlinde franchise sözleşmesinde denkleştirme talep edilebilmektedir. Bu yüzden, çalışmada tek satıcılık sözleşmesinin tarafları olan “sağlayıcı-tek satıcı” ile franchise sözleşmesinin tarafları olan “franchise veren-franchise alan” kavramlarını birlikte ifade etmek üzere “sağlayıcı-dağıtıcı” deyimleri tercih edilmiştir.

## I. GENEL OLARAK

TTK’da denkleştirme talebinin nasıl hesaplanacağına dair bir yöntem öngörülmemiştir. Yalnızca TTK’nın 122. maddesinin 2. fıkrasında denkleştirme bedelinin üst sınırı belirlenmiş, hesaplama sonucu ulaşılan miktarın bu sınırı aşamayacağı düzenlenmiştir.

TTK m. 122/1’de şartların oluşması hâlinde acente tarafından uygun bir denkleştirme bedeli talep edilebileceği düzenlenmiştir. Ancak bedelin “uygun” olmasından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu bağlamda, denkleştirme alacağının hesaplanması hususunda kural içi (*intra legem*) bir boşluk söz konusudur. Dolayısıyla hâkim, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 4 hükmüne göre önüne gelen uyuşmazlıkta somut olayın özelliklerini de göz önünde bulundurarak ödenecek denkleştirme tutarını tayin etmelidir<sup>5</sup>.

Denkleştirme talebinin hesaplanması konusu, Türk hukuku uygulamasında sorunlu bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. KAYA’ya göre, hesaplama ile alakalı sorunların çoğu temel ilkelerin yerleşmemesi, bilgi ve belgelerin kayıt dışılık sebebiyle gerçek rakamları vermemesi, denkleştirme kurumunun bilirkişiler ve mahkemelerce doğru anlaşılması ve Yargıtay’ın bu konuda temel ilke ve esasları ortaya koyan bir kararının bulunmaması gibi olgulardan kaynaklanmaktadır<sup>6</sup>. Hâlbuki

<sup>5</sup> Alman hukukunda da hesap yöntemine ilişkin bu kural içi boşluğun hakkaniyet ilkesine göre doldurulması gerektiği ifade edilmektedir (von HOYNINGEN-HUENE, G., Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, München, 2016, §89b, Rn. 123). Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) yerleşik içtihatlarına göre, denkleştirme alacağının hesaplanmasına ilişkin yöntemin seçimi, üye ülkelerin takdirindedir (ABAD, T. 9.11.2000, C-381/98, Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc., par. 21; ABAD, T. 23.03.2006, C-465/04, Honyvem Informazioni Commerciali Srl v Mariella De Zotti, par. 35; ABAD, T. 26.03.2009, C-348/07, Turgay Semen v Deutsche Tamoil GmbH, par. 18).

<sup>6</sup> KAYA, A., “Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi”, Yürürlüğünün 6.

hesaplama işi Alman hukukunda da önemli bir sorun olarak görülmekte, ancak denkleştirme bedeli içtihatlarla belirlenen birtakım ilke ve esaslar dâhilinde hesaplanmaktadır<sup>7</sup>.

Acentenin denkleştirme talebi müvekkilden aldığı komisyon ücreti esas alınarak hesaplanmaktadır. Hâlbuki tek satıcı ve franchise alan sözleşmenin karşı tarafından bir ücret almamaktadır. Nitekim bunlar, gelirlerini acenteden farklı olarak sözleşmenin karşı tarafından aldıkları ürünleri tekrar satarak aradaki farktan elde etmektedir<sup>8a,b</sup>. Ancak bu sözleşmelerde dağıtıcılar, ürünleri kendi ad ve hesaplarına alıp tekrar sattıkları için dağıtım ve fiyatlarda yaşanabilecek dalgalanma riskleri ile

---

Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2018, s. 13 vd. Aynı yönde bkz. CANTÜRK, B. C., Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 141.

<sup>7</sup> KAYA, A., Denkleştirme, s. 14, 22.

<sup>8a</sup> Tek satıcılık sözleşmesi açısından bkz. ARKAN, S., Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 2018, s. 221; AYHAN, R. / ÇAĞLAR, H. / ÖZDAMAR, M., Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, Ankara, 2019, s. 537; BİLGİLİ, F., "Ticari Defterler – Cari Hesap – Acente", EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 80; DEMİR GÖKYAYLA, C., Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 2. Bası, İstanbul, 2013, s. 27; ERCAN, D., Denkleştirme Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2021, s. 50; İŞGÜZAR, H., Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 40; KAYA, A. (ÜLGEN, H. / HELVACI, M. / NÖMER ERTAN, N. F.), Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2019, s. 898; KAYA, M. İ., Acentelik Hukuku, Ankara, 2014, s. 57-58; KAYIHAN, Ş., Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 5. Baskı, Kocaeli, 2018, s. 74; SAK, B., Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122), İstanbul, 2020, s. 112; TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 6. Basım, İstanbul, 1990, s. 35; TANDOĞAN, H., "Tek Satıcılık Sözleşmesi", BATİDER, C. XI, S. 4, 1982, s. 9; TEKİL, F., Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1997, s. 210; YAĞCI, U., "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi", BFHD, C. 2, S. 5, 2013, s. 36; YEŞİLTEPE, S. Ö., "Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi", MÜHF-HAD, C. 13, S. 1-2, 2007, s. 175-176.

<sup>8b</sup> Franchise sözleşmesi açısından bkz. ARKAN, İşletme, s. 223; AYATA, Y., Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, İstanbul, 2015, s. 37; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 538; , BAHTİYAR, M., Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, İstanbul, 2018, s. 228; BİLGİLİ, s. 81; CANTÜRK, s. 159; DOĞANAY, M. Z., Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 51, 163; ERCAN, s. 51; KAYA, A., Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Acentelik, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul, 2016, s. 16, N. 07c; KAYA, M. İ., s. 62; KAYIHAN, s. 76; KIRCA, Ç., Franchise Sözleşmesi, Ankara, 1997, s. 25; SAK, s. 112; ŞİMŞEK, s. 115; TEKİL, s. 211; YAĞCI, s. 38.

depolama giderlerine katlanmak durumundadırlar<sup>9</sup>. Bu nedenle sağlayıcılar, dağıtıcılarına bir acenteye verilecek komisyon ücretinden daha fazla indirim sağlamaktadır<sup>10</sup>. Örneğin, faaliyet gösterilen iş kolunda bir acenteye akdedilen her sözleşme için %12 komisyon ücreti verilirken, yine aynı sektörde çalışan tek satıcıya ürünlerin %16 indirimle tedarik edilmesi gerekebilir. Aradaki yüzde 4'lük bu fark, dağıtıcının üstlendiği rizikonun ve yapmak zorunda olduğu giderlerin karşılığını oluşturmaktadır.

Öğretide savunulan bir görüşe göre<sup>11</sup>, tek satıcıya ödenecek denkleştirme miktarı hesaplanırken, aynı sektörde faaliyet gösteren bir acenteye verilen ortalama komisyon ücreti esas alınmalıdır. Böylece denkleştirme talebi yönünden tek satıcı ve acente arasında bir farklılık oluşmayacaktır. Bir başka görüşe göre<sup>12</sup>, alış-satış fiyatı arasındaki farkın tek satıcının brüt gelirini oluşturduğu, tek satıcının net gelirinin hesaplanması için satış masraflarına ilişkin kalemlerin düşülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Denkleştirme bedelinin hesaplanmasında ise tek satıcının brüt kazancının değil, net gelirinin baz alınması gerekmektedir.

Franchise sözleşmesi açısından da aynı durum geçerlidir. Nitekim franchise alan, franchise verenden ücret almamakta, aksine franchise verene giriş ücreti ve/veya dönemsel ücret ödemektedir. Bu yüzden, franchise alanın denkleştirme alacağıının hesaplanmasında tek satıcılık sözleşmesi için öğretilde öne sürülen görüşlerden birinin uygulanması gerekmektedir. Kanımızca denkleştirme talebinin aynı iş kolunda çalışan bir acenteye ödenecek komisyon ücretine göre belirlenmesi gerektiği görüşünün franchise sözleşmesine tatbiki, her zaman istenilen sonucu vermeyebilir. Zira nitelikleri gereği bazı iş kollarında sürümü yapılan

<sup>9</sup> DEMİR GÖKYAYLA, s. 273.

<sup>10</sup> DEMİR GÖKYAYLA, s. 273 ve dn. 1240.

<sup>11</sup> DEMİR GÖKYAYLA, s. 273-275; EMDE, R., Vertriebsrecht Kommentierung zu §§84 bis 92c HGB, Berlin, 2009, §89b, Rn. 306.

<sup>12</sup> ARKAN, İşletme, s. 244; DEMİR, K., "Tek Satıcının Denkleştirme Talebi", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul, 2019, s. 416; ERTABAK, Ü., Tek Satıcının Müşteri Tazminatı Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması, 2. Baskı, 2011, s. 97-98; ROTH, W., in Koller/Kindler/Roth/Drüen, Kommentar zum HGB, 9. Aufl., 2019, §89b, Rn. 9a; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 101. Aynı yönde bkz. OLG Köln, Urt. v. 26.09.1995- 22 U 13/95.

ürün veya hizmetlerin acentelik kurumu aracılığıyla tüketicilere sunulması mümkün olmayabilir. Gerçekten bir fast-food zinciri örneğinde, ürün ve hizmetin sunumu için, işin yapısı gereği acentelik yerine franchising sisteminin tercih edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, her iş kolu açısından aynı iş kolunda faaliyet gösteren bir acenteye verilecek komisyon ücretinin tespiti her zaman mümkün olmaz. Bu gerekçeyle, franchise alanın denkleştirme miktarının hesabında ikinci görüşe üstünlük tanınması gerektiği kanaatindeyiz<sup>13</sup>. O hâlde franchise alanın, ürün veya hizmetin satışı için yaptığı masraflar düşülerek net geliri hesaplanmalı ve denkleştirme talebinin hesabında bu rakam baz alınmalıdır.

Acentenin/dağıtıcının denkleştirme talebi üç adımda hesaplanmaktadır<sup>14a,b</sup>. İlk adımda müvekkilin/sağlayıcının muhtemel menfaati ve

<sup>13</sup> Öğretide *Emde*, bu hususta ilk görüşü savunmakla birlikte dağıtıcının faaliyet gösterdiği iş kolunun acentelik kurumuna elverişli olmaması veya aynı iş kolunda faaliyet gösteren bir acentenin bulunmaması durumlarında ikinci görüşün uygulanması gerektiğini düşünmektedir (EMDE, §89b, Rn. 306, 328).

<sup>14a</sup> AKIN, İ., "Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler", AÜHFD, C. 62, S. 3, 2013, s. 629; ARSLANDOĞAN, B., "Denkleştirme İstemi Belirsiz Alacak Davası Yolu ile İleri Sürülebilir mi?", BÜHFD, C. 11, S. 141-142, 2016, s. 108; AYAN, Ö., Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara, 2008, s. 194; BADAK AYBAR, s. 188; CANTÜRK, s. 143 vd.; DARI, A., "Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararı Değerlendirmesi", HKÜHFD, C. 9, S. 17, 2019, s. 382; GÜNDOĞDU, G. / CANTÜRK, B. C., "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122/5 Maddesi Uyarınca Marka Lisans Alanın Denkleştirme İstemi", BFHD, C. 8, S. 32, Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan 1. Cilt, 2019, s. 1514-1515; HATİPOĞLU, A. G., "Acentelerin Denkleştirme İsteminin Belirlenmesinde Gelirin Tespiti ve Muhasebeleştirme Sorunu: Çözüm Önerisi", FÜSBD, C. 22, S. 2, 2012, s. 181-182; KANIŞLI, E., "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi", LHD, C. 12, S. 138, 2014, s. 138; KARASU, s. 300; KAYA, A., Şerh, s. 265, N. 15a; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/NOMER ERTAN), s. 885; KAYA, A., Denkleştirme, s. 21; KAYA, M. İ., s. 383; KAYIHAN, s. 190; KOÇ, s. 87; LEHMANN, J., BeckOK HGB, Martin Häublein / Roland Hoffmann-Theinert (Hrsg.), 29. Ed., München, 2020, HGB §89b, Rn. 74.1; OETKER, H., Handelsrecht, Springer Verlag, 8. Aufl., 2019, §6, Rn. 57; ŞİMŞEK, B., Franchising Sözleşmesi, Ankara, 2016, s. 308-309; YAĞCI, s. 32; YILMAZ, H., Acentenin Denkleştirme İstemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 136. Karş. BUSCHE, J., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Ed. Hartmut Oetker, 6. Auflage, München, 2019, §89b, Rn. 25-30.

<sup>14b</sup> Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre, denkleştirme talebi dört adımda hesaplanmalıdır. Bu görüşe göre, saydığımız bu üç adımdan sonra çıkan sonucun ayrıca "uygunluk denetimine" tâbi tutulması gerektiği, bunun hakkaniyet denetiminden farklı bir denetim türü olduğu ileri sürülmektedir. Bu hususta bkz. BUSCHE, §89b, Rn. 29.

acentenin/dağıtıcının tahminî kaybı hesaplanır. Ulaşılan bu sonuç, acente/sağlayıcıya ödenecek denkleştirmenin ham karşılığını teşkil eder. İkinci adımda, hesaplanan ham karşılık hakkaniyet ölçütü çerçevesinde değerlendirilir. Üçüncü adımda ise TTK m. 122/2 hükmü uyarınca denkleştirmenin üst sınırı tespit edilir. Yapılan hesap sonucu elde edilen tutar bu sınırı aşıyorsa acente/sağlayıcıya ödenecek denkleştirme bedeli bu seviyeye çekilir.

Öte yandan, taraflar aralarında anlaşarak farklı bir hesap yöntemi de kararlaştırabilirler<sup>15</sup>. Ancak bu anlaşmanın sözleşmenin sona ermesinden önce yapılması hâlinde acentenin/dağıtıcının aleyhine sonuç doğurmaması gerekir. Aksi hâlde, TTK m. 122/4 hükmü uyarınca bu anlaşmanın geçersizliği gündeme gelebilir. Buna karşın, taraflarca hesap yöntemi sözleşmenin sona ermesinden sonra belirlenmiş ve herhangi bir irade sakatlığı da söz konusu değilse, bu yöntem acentenin/dağıtıcının aleyhine olsa bile geçerli kabul edilmelidir.

## II. BİRİNCİ ADIM: HAM KARŞILIĞIN HESAPLANMASI

Denkleştirme talebinin hesaplanması için ilk olarak ham karşılığın tespit edilmesi gerekmektedir. Ham karşılığa ise müvekkilin/sağlayıcının menfaati ve acentenin/dağıtıcının kaybının tahmin edilmesiyle ulaşılmaktadır. Dolayısıyla ham karşılık, esasen farazî bir miktar olup gerçeği tam olarak yansıtmayabilir.

### A. Müvekkilin/Sağlayıcının Menfaati

Ham karşılığın hesaplanması için öncelikle müvekkilin/sağlayıcının menfaatinin belirlenmesi gerekmektedir. Müvekkilin/sağlayıcının tahminî menfaati, sözleşmenin sona ermesinden sonra acentenin/sağlayıcının bulduğu müşterilerden ne ölçüde menfaat sağlayacağı, faaliyet gösterilen iş kolunun özellikleri, piyasa koşulları ve mevcut rekabet ortamı gibi sözleşmenin sona erdiği anda mevcut olan veya gerçekleşeceği öngörülen olgular ışığında tespit edilir<sup>16</sup>. Diğer bir

<sup>15</sup> AKIN, s. 628; AYAN, s. 193.

<sup>16</sup> AKIN, s. 629; AYAN, s. 195-196; EMDE, §89b, Rn. 95; LÖWISCH, G., in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handlungsgesetzbuch, 4. Aufl., München, 2020, §89b, Rn. 39-43; SEMLER, F., in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage, 2016, §22, Rn. 40; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 81; YILMAZ, s. 137.

ifadeyle, sözleşmenin sona ermesinden sonra ortaya çıkan durumlar sözleşmenin hitâmı anında öngörülemezse dikkate alınmaz. Bu bağlamda, örneğin sözleşmenin sona ermesi anına kadar iflâs ettiği bilinen müşteriler denkleştirme hesabında dikkate alınırken, sözleşmenin sona ermesinden sonra haklarında iflâs kararı verilen müşteriler göz ardı edilir<sup>17</sup>.

Tahmin aşamasında müvekkilin/sağlayıcının, dolaylı menfaatlere<sup>18</sup> de dâhil olmak üzere müşteri çevresinden sağlayacağı tüm kazanımlar dikkate alınmalıdır. Ancak müvekkilin/sağlayıcının gelecekte elde edeceği muhtemel kazanç hakkında tahminde bulunmak kolay değildir. Bu nedenle uygulamada, müvekkilin/sağlayıcının muhtemel menfaatinin en azından acentenin/dağıtıcının gelir kaybı kadar olacağı düşüncesi ile ilk olarak acentenin/dağıtıcının kaybı tespit edilmektedir<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> KARASU, s. 294.

<sup>18</sup> Müvekkilin/sağlayıcının işletmesini satması, kiraya vermesi, şirkete yeni ortak alması ya da işletme üzerinde rehin tesis etmesi gibi hâllerde müşteri çevresi sayesinde daha fazla yarar sağlaması dolaylı menfaate örnek olarak gösterilebilir. Bu hususta bkz. AKIN, s. 622 ve dn. 22; AYAN, s. 176; BADAK AYBAR, s. 184; BUSCHE, §89b, Rn. 14; GÜNDOĞDU/CANTÜRK, s. 1510-1511; KAYA, A., Şerh, s. 257, N. 12i; KAYA, M. İ., s. 367-368; KOÇ, s. 82-83; LÖWISCH, §89b, Rn. 140; SEMLER, §22, Rn. 33; ŞENOL, A. N., Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul, 2011, s. 270; von HOYNINGEN-HUENE, § 89b, Rn. 76-78.

<sup>19</sup> AYAN, s. 196; BADAK AYBAR, s. 189; BUSCHE, §89b, Rn. 25-26; CANTÜRK, s. 147; DARI, s. 382; HOPT, K. J.: in Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch, 39. Aufl. 2020, HGB §89b, Rn. 47; KAYIHAN, s. 191; LEHMANN, §89b, Rn. 71; LÖWISCH, §89b, Rn. 137; ROTH, §89b, Rn. 4; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 129a. Öte yandan, ABAD'ın 26.03.2009 tarihli *Semen* kararında, müvekkilin/sağlayıcının daha fazla menfaat sağlaması ihtimalinde dahi acentenin/dağıtıcının kaybının esas alınması 18.12.1986 tarihli ve 86/653/AET sayılı Yönerge'nin 17. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine aykırı olacağı ifade edilmiştir (ABAD, C-348/07, Turgay Semen v Deutsche Tamoil GmbH). Ancak Alman hukukunda pratik olduğu için hesaplama yapılırken hâlen acentenin/dağıtıcının kaybı esas alınmakta, buna karşın denkleştirme miktarının bununla sınırlı olmadığı ve müvekkilin/sağlayıcının daha yüksek bir menfaat elde edeceği öngörülüyorsa hakkaniyet ilkesi gereğince bedelde artırım yapılması gerektiği kabul edilmektedir (BUSCHE, §89b, Rn. 18,, 19, 25; HOPT, §89b, Rn. 26, 45; LEHMANN, §89b, Rn. 77; LÖWISCH, §89b, Rn. 137; SEMLER, §22, Rn. 46-47, 55; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 85, 92, 129a. Karş. ROTH, §89b, Rn. 12). Müvekkilin menfaatinden önce acentenin kaybının hesaplanmasının isabetli bir yöntem olmadığı yönünde bkz. YILMAZ, s. 139.

## B. Acentenin/Dağıtıcının Kaybı

Acentenin/dağıtıcının kaybının belirlenmesinde ilk olarak sözleşmenin sona ermesinden önceki 12 aylık süreçte elde edilen net kazanç esas alınmaktadır<sup>20</sup>. Böylece yıl içerisinde gelirden yaşanabilecek dalgalanmaların denkleştirme talebine etkisi asgarî seviyeye çekilmiş olur<sup>21</sup>. Ancak bu kural iki durumda uygulanmayabilir. İlk olarak, acentenin/dağıtıcının son bir yıldaki cirosu, önceki dönemlere kıyasla önemli ölçüde azalmışsa başka bir 12 aylık dönem veya daha uzun bir sözleşme dönemi de esas alınabilir<sup>22</sup>. İkincisi ise sürümü yapılan ürünün dayanıklı bir tüketim malı olması hâlinde müşteriler, acente/dağıtıcı ile ancak birkaç yıl sonra tekrar ticari ilişki kuracakları için bir yıldan daha uzun bir sözleşme döneminin esas alınması söz konusu olabilir<sup>23</sup>. Sözleşmenin bir yıldan daha kısa sürmesi hâlinde ise sözleşme süresi ay bazında bölünerek acentenin/dağıtıcının aylık ortalama kazancı belirlenir. Akabinde ulaşılan sonuç 12 ile çarpılarak sözleşme bir yıl sürse idi acentenin/dağıtıcının elde edeceği muhtemel kazanç hesaplanır<sup>24a,b</sup>. Bu uygu-

<sup>20</sup> AKIN, s. 630; ARSLANDOĞAN, s. 108-109; AYAN, s. 186; BADAK AYBAR, s. 186; BUSCHE, §89b, Rn. 26; DARI, s. 383; EMDE, §89b, Rn. 281; HATİPOĞLU, s. 182; HESSELINK, M. W. / RUTGERS, J. W. / DÍAZ, O. B. / SCOTTON, M. / VELDMAN, M., Principles of European Law Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, Vol. 2, Germany, 2006, s. 203; KANIŞLI, s. 136; KARASU, s. 298; KAYA, A., Şerh, s. 260-261, N. 13a ve s. 267, N. 15a; KAYA, M. İ., s. 374, 383-384; KAYIHAN, s. 191; LEHMANN, §89b, Rn. 80; ŞAHİN, s. 2541; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 131; WESTPHAL, B., "Die Berechnung des Ausgleichsanspruchs in der Praxis", Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Ingo Sanger / Reiner Schulze (Hrsg.), Baden-Baden, 2000, s. 35. Karş. HOFFMANN, G., Der Ausgleichsanspruch der Handelsvertreter, Wiesbaden, 1966, s. 73; YILMAZ, s. 138.

<sup>21</sup> von HOYNINGEN-HUENE, § 89b, Rn. 131; WESTPHAL, s. 35.

<sup>22</sup> AYAN, s. 186-187, 197; BUSCHE, §89b, Rn. 26; EMDE, §89b, Rn. 281; HOPT, §89b, Rn. 32; KARASU, s. 298-299; KAYA, A., Şerh, s. 260-261, N. 13a ve s. 267, N. 15a; KAYA, M. İ., s. 374, 384; LEHMANN, §89b, Rn. 80; LÖWISCH, §89b, Rn. 138, 159; SEMLER, §22, Rn. 70; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 131; WESTPHAL, s. 35. Aynı yönde bkz. BGH, Urt. v. 02.07.1987 - I ZR 188/85; BGH, Urt. v. 26.02.1997 - VIII ZR 272/95; BGH, Urt. v. 28.04.1999 - VIII ZR 354/97; BGH, Urt. v. 12.01.2000 - VIII ZR 19/99; BGH, Urt. v. 06.10.2010 - VIII ZR 209/07; BGH, Urt. v. 11.04.2013 - VII ZR 44/12.

<sup>23</sup> KARASU, s. 299; WESTPHAL, s. 35.

<sup>24a</sup> AYAN, s. 187, 197; EMDE, §89b, Rn. 281; WESTPHAL, s. 35.

<sup>24b</sup> Yargıtay bir kararında denkleştirme bedeli hesaplanırken 12 ile çarpılma nedeninin anlaşılmadığı gerekçesiyle bidayet mahkemesinin kararını bozmuştur: "Ayrıca da-



lamanın sebebi, tahmin dönemlerinin<sup>25</sup> de yıl bazında takdir ediliyor olmasıdır.

Acentenin/dağıtıcının son 12 aylık dönemde elde ettiği net geliri hesaplandıktan sonra bazı gelir kalemlerinin düşülmesi gerekir. Zira denkleştirme talebinin hesaplanmasında, yalnızca yeni ve sürekli müşterilerden elde edilen kazanç esas alınmaktadır. Dolayısıyla, yeni müşteri olarak değerlendirilemeyen veya yeni ancak geçici nitelikteki müşterilerden elde edilen gelirlerin hesaplama dâhil edilmemesi gerekir<sup>26</sup>. Diğer taraftan, varsa ürün veya hizmet satışı haricinde elde edilen diğer gelirler de çıkarılmalıdır<sup>27</sup>.

---

*vacı, portföy tazminatı talebinde bulunmuştur. Taraflar arasındaki sözleşmede ve sözleşmenin kurulup devam ettiği dönemde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'da buna dair bir hüküm bulunmamakla birlikte öğretide ve Yargıtay uygulamasında taraflar arasındaki ilişkinin devam ettiği süre ve ilişkinin ileriye dönük menfaat sağlayıp sağlamayacağı hususları nazara alınmak suretiyle hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yargılama sürecinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 122. maddesinde 'denkleştirme istemi' başlığı altında bir düzenleme yapılmıştır. Mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporunda anılan hususlardan ve 6102 sayılı TTK'nın 122. maddesi hükümünden bahsedilerek çalışılan dönemin ortalaması bulunup 12 ile çarpılmak suretiyle 138.760,44 TL portföy tazminatı hesaplanmıştır. Portföy tazminatı hesaplanırken sözleşmenin devam ettiği sürenin nazara alınmasında bir usulsüzlük bulunmamakla birlikte bu rakamın neden 12 ile çarpılarak sonuç rakama ulaşılmadığının sebebi anlaşılammıştır. Bu itibarla mahkemece, portföy tazminatına hükmedilirken bilirkişilere yaptırılacak inceleme sonucu davacının davalı tarafın müşteri portföyüne kattığı müşterilerle davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra da ticari ilişkisini devam ettirip ettirmediği, ettirdi ise hangi firmalarla, hangi süre ve oranda devam ettirdiği tespit ettirilerek, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulup devam ettiği süre, ilişkinin ileriye dönük menfaat sağlayıp sağlamadığı hususları nazara alınmak suretiyle hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmek gerekirken anılan ilkelere uygun düşmeyen hesap tarzına göre belirlenen portföy tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.", 11. HD, T. 09.10.2015, E. 2015/462 – K. 2015/10260 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

<sup>25</sup> Tahmin dönemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı II, C.

<sup>26</sup> AYAN, s. 184; EMDE, §89b, Rn. 281; KALENDER, s. 100; KAYA, A., Şerh, s. 259, N. 13; KOÇ, s. 84; LEHMANN, §89b, Rn. 81; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 133, 135; WESTPHAL, s. 36.

<sup>27</sup> Örneğin acente, TTK m. 113/2 hükmü uyarınca ücrete hak kazanmışsa veya TTK m. 133/4 hükmüne göre müvekkilden tahsil komisyonu almışsa bunlar hesaba dâhil edilmemelidir. Bu hususta bkz. AKIN, s. 625; AYAN, s. 185-186; KARASU, s. 298; KAYA, M. İ., s. 373-374; LEHMANN, §89b, Rn. 56, 81; SEMLER, §22, Rn. 14; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn.134; WESTPHAL, s. 35.

Acente/dağıtıcı tarafından sözleşmenin son yılında elde edilen kazanç hesaplanırken vergi öncesi kâr esas alınmalıdır<sup>28</sup>. Çünkü sözleşme sona ermeseydi acente/dağıtıcı ticarî faaliyeti sonucu elde edeceği gelir üzerinden vergisini ödeyecek ve elinde vergi sonrası kâr kalacaktı. Ancak sözleşme sona erdiği için artık sözleşmenin karşı tarafından uygun bir denkleştirme bedeli alacaktır. Denkleştirme talebi ise ticarî nitelikte arızî bir gelir olup vergiye tâbidir<sup>29</sup>. Dolayısıyla talebin hesabında vergi sonrası kâr esas alınırsa acenteye/dağıtıcıya ödenecek tutar daha düşük olacak, buna karşın acente/dağıtıcı elde ettiği denkleştirme bedeli için her hâlükârda vergi ödeyecektir. Bu durumda ise acente/dağıtıcı sözleşme ilişkisi devam edecek olsaydı elde edeceği gelirden daha düşük bir denkleştirme miktarına kavuşmuş olacaktır. Bu yüzden, hesap yapılırken vergi öncesi kârın esas alınması hükmün amacına daha uygun olur. Fakat hesaplanan vergi sonrası kâr üzerinden yapılması hâlinde sonuca acentenin/dağıtıcının ödeyeceği vergi tutarı da ilâve edilerek nihai denkleştirme bedeli belirlenmelidir<sup>30</sup>.

### C. Tahmin Dönemi

Müvekkilin/sağlayıcının olası menfaatinin tespit edilebilmesi için acente/dağıtıcı tarafından bulunan müşterilerle ticarî ilişkinin hangi süreyle devam ettirilebileceğinin ve bu müşterilerden elde edileceği düşünülen menfaatin ne kadar süre sonra gerçekleşeceğinin tahmin edilmesi gerekmektedir. Bu sürenin uzunluğu, somut olayın özelliğine göre farklılık gösterebilir. Alman içtihat hukukunda teamül olarak 2 ila 5 yıl ara-

<sup>28</sup> ERDEM, H. E., "Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi", Türk Ticaret Kanunu İle İlgili Makaleler (2009-2016), İstanbul, 2017, s. 21; ROTH, §89b, Rn. 10, 14b.

<sup>29</sup> 31.12.1960 Tarih ve 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 82.

<sup>30</sup> Karş. EMDE, §89b, Rn. 287.

sında bir tahmin dönemi belirlenmektedir<sup>31</sup>. Ancak daha uzun tahmin dönemlerinin öngörüldüğü kararlara da rastlanmaktadır<sup>32</sup>.

Özellikle faaliyet gösterilen iş kolu ve sürümü yapılan ürün ve hizmetin türü bu sürenin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır<sup>33</sup>. Örneğin; sürümü yapılan ürün, dayanıksız bir tüketim malı ise (*gıda, temizlik ürünü vb.*) 2 veya 3 yıllık, yarı dayanıklı bir tüketim malı ise (*kiyafet, kozmetik ürünü vb.*) 3 veya 4 yıllık, dayanıklı bir tüketim malı ise (*otomobil, beyaz eşya vb.*) 4 veya 5 yıllık bir tahmin dönemi kabul edilebilir. Sözleşmenin konusu yalnızca hizmet sunumu ise hizmetin türüne (*telekomünikasyon, sigortacılık, taşımacılık, konaklama vb.*) ve somut olayın özelliğine göre bir süre öngörülebilir.

Tahmin dönemlerinin sağlıklı bir şekilde belirlenebilmesi için ülkemizdeki tüketicilerin hangi tür ürün veya hizmeti ne sıklıkla satın aldıklarına ilişkin istatistiki verilerden yararlanılmalıdır. Örneğin Almanya’da müşterilerin otomobillerini yaklaşık 5 yıl sonra değiştirdikleri, bu sebeple Alman mahkemelerinin otomobil sektöründe faaliyet gösteren tek satıcıların/bayilerin denkleştirme talepleri hesaplanırken genellikle 5 yıllık bir tahmin dönemi kabul ettikleri görülmektedir<sup>34</sup>. Oysa ülkemizdeki kişiler otomobillerini daha kısa veya daha uzun aralıklarla değiştirme eğiliminde olabilecekleri için<sup>35</sup>, farklı bir tahmin döneminin öngörülmesi gerekebilir.

<sup>31</sup> von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 82; HOPT, §89b, Rn. 16; ARKAN, S., “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Acentenin Denkleştirme Talebinin Koşulları”, Prof. Dr. Gürgân Çelebican’a Armağan, Ankara, 2011, s. 400; OLG München, Urt. v. 14.05.2014 - 7 U 2586/13; OLG Celle, Urt. v. 16.02.2017 - 11 U 88/16. Karş. LEHMANN, §89b, Rn. 82.

<sup>32</sup> Tahmin döneminin 6 yıl olarak takdir edildiği bir karar için bkz. BGH, Urt. v. 28.04.1999 - VIII ZR 354-97. Bir forkliftin kullanım ömrünün yaklaşık 13 yıl olduğu gerekçesiyle 13 yıllık bir tahmin döneminin öngörüldüğü istisnai bir karar için bkz. BGH, Urt. v. 31.01.1991 - I ZR 142/89.

<sup>33</sup> BUSCHE, §89b, Rn. 26; EMDE, §89b, Rn. 94; HOFFMANN, s. 74; SEMLER, §22, Rn. 41.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 02.07.1987 - I ZR 188/85; BGH, Urt. v. 26.02.1997 - VIII ZR 272/95.

<sup>35</sup> Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı’nın 2018 yılında yayınladığı *Türkiye İsrâf Raporu*’na göre, otomobil sahibi olan kişilerin %38,6’sı aracını sekiz yıl ve daha uzun sürede, %17,2’si altı veya yedi yılda, %25,8’i dört veya beş yılda, %18,5’i ise iki veya üç yılda bir değiştirmektedir (Türkiye İsrâf Raporu, Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, Ankara, 2018, s. 62).

#### D. Müşteri Kayma Oranı

Acentenin/dağıtıcının gelir kaybı tahmin edilirken göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husus da bazı müşterilerin müvekkil/sağlayıcı ile ticarî ilişkilerini zamanla sonlandıracakları gerçeğidir. Nitekim bir müşteriden belirli bir işletmeyle ticarî ilişkisini sonsuza dek sürdürmesi beklenemez. Dolayısıyla sözleşme sürecindeki tecrübeler de dikkate alınarak her yıl bir miktar müşterinin işletmeden kopacağı ve rakip işletmelere kayacağı kabul edilir<sup>36</sup>. Önceki tecrübeler ve mevcut piyasa koşulları ışığında tespit edilen kayma oranı uygulanarak acentenin/dağıtıcının tahminî kaybı hesaplanmaya çalışılır.

Örneğin, bir tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcının yeni<sup>37</sup> ve sadık<sup>38</sup> müşterilerle yaptığı satış sözleşmelerinden elde ettiği net kazanç

<sup>36</sup> AYAN, s. 178; BADAĞ AYBAR, s. 188-189; BURKARD, P. H., "Termination Compensation to Distributors under German Law", *The International Lawyer*, Vol. 7, No. 1, 1973, s. 190; DARI, s. 383; EMDE, §89b, Rn. 283; HATIPOĞLU, s. 182; HESSELINK v.d., s. 142, 203, 204; HOFFMANN, s. 74-75; KARASU, s. 294; KAYA, A., Şerh, s. 257, N. 121; KAYA, M. İ., s. 369; KAYIHAN, s. 191; LEHMANN, §89b, Rn. 83; LÖWISCH, §89b, Rn. 197, 199; ROTH, §89b, Rn. 10; SEMLER, §22, Rn. 42; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 136; YILMAZ, s. 138.

<sup>37</sup> Yeni müşteri, acentenin/dağıtıcının faaliyetine başlamadan önce müvekkilin/sağlayıcının herhangi bir ürün veya hizmetini satın almayan kişidir. Bu hususta bkz. ARKAN, *Denkleştirme*, s. 399; ARKAN, *İşletme*, s. 240; AYAN, s. 168; BADAĞ AYBAR, s. 182-183; BURKARD, s. 187; DEMİR GÖKYAYLA, s. 268; ERCAN, s. 31; KARASU, s. 292; KAYA, A., Şerh, s. 252, N. 12a; KAYA, M. İ., s. 361; ROTH, §89b, Rn. 5a; SAK, s. 258; ŞENER, O. H., *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2016, s. 395; ŞENOL, s. 265; UZUNALLI, Sevilay, *Acentelik ve Giriş Bedeli*, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, 2013, s. 2976.

<sup>38</sup> Sadık müşteri, bir işletme tarafından sunulan ürün veya hizmeti sürekli satın alan ve başkalarına tavsiye etme eğiliminde olan kişidir. Bu hususta bkz. AKIN, s. 621; AYAN, s. 171; BADAĞ AYBAR, s. 183; DEMİR, s. 413; DEMİR GÖKYAYLA, s. 269; KALENDER, E., "Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m. 122'nin Marka Lisansı Alana Uygulanıp Uygulanamayacağı", *İNÜHFD*, C. 8, S. 1, 2017, s. 99; KARASU, s. 293; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/ NÖMER ERTAN), s. 881; LAM, S. Y. / SHANKAR, V. /ERRAMILLI, M. K. / MURTHY, B., "Customer Value, Satisfaction, Loyalty, and Switching Costs: An Illustration From a Business-to-Business Service Context", *Journal of The Academy of Marketing Science*, Vol. 32, No. 3, s. 294-295; UZUNALLI, *Giriş Bedeli*, s. 2975. Ancak hemen belirtelim ki, bir müşterinin denkleştirme alacağının hesaplanmasında dikkate alınabilmesi için ürün veya hizmeti devamlı surette satın alması yeterli olup işletmeyi ağızdan ağıza iletişim yoluyla başkalarına tavsiye etmesine gerek yoktur (DOĞANAY, s. 153-154).

300.000 TL, tek satıcı tarafından bulunan müşterilerle sağlayıcının ticarî ilişkileri sürdüreceği tahmin edilen dönem 4 yıl ve geçmiş yıllardaki tecrübelerle göre tespit edilen müşteri kayma oranı %20 ise,

$$1. \text{ yıl için } 300.000 - \%20 (60.000) = 240.000,$$

$$2. \text{ yıl için } 240.000 - \%20 (48.000) = 192.000,$$

$$3. \text{ yıl için } 192.000 - \%20 (38.400) = 153.600,$$

$$4. \text{ yıl için } 153.600 - \%20 (30.720) = 122.880.$$

Bu şekilde tek satıcının tahminî kaybı,  $240.000 + 192.000 + 153.600 + 122.880 = 708.480$  TL olarak hesaplanmış olur<sup>39</sup>.

Uzun süren sözleşme ilişkilerinde müşterilerin kaçının sadık müşteri oldukları ve mevcut müşterilerin rakip işletmelere hangi oranda yöneldiklerini tespit etmek ve bu sayede geleceğe yönelik sağlıklı bir tahminde bulunmak mümkündür. Oysa kısa süreli sözleşme ilişkilerinde müşteri hareketliliğini analiz etme imkânı her zaman söz konusu olmaz. Bundan dolayı, kısa süren acentelik/dağıtım sözleşmeleri açısından müşteri kayma oranının tespiti için elde yeterli veri yoksa bu oran, sürümü yapılan ürün veya hizmetin özelliği ve mevcut piyasa şartları da dikkate alınarak aynı iş kolunda faaliyet gösteren bir başka acenteye/dağıtıcıya ait veriler yardımıyla belirlenebilir<sup>40</sup>.

Müvekkil/sağlayıcı, sözleşme sona erdiği esnada müşterilerin daha yüksek oranlarda kendisinden kopacağını somut verilerle ispatlayabilirse uygulanacak kayma oranı artabilir<sup>41</sup>. Örneğin acente/dağıtıcı, sözleşme sona ermeden önce yeni bir işletme açarak müvekkilin/sağlayıcının rakibi hâline gelmiş ve müşteri çevresini buraya kaydırmaya başlamış ise daha yüksek bir kayma oranı uygulanmalıdır<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Öğretide ileri sürülen farklı bir hesaplama yöntemi için bkz. DARI, s. 383; KAYIHAN, s. 192.

<sup>40</sup> SEMLER, §22, Rn. 44. Karş. LEHMANN, §89b, Rn. 83.

<sup>41</sup> von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 136.

<sup>42</sup> Ancak müvekkilin/sağlayıcının sözleşmeyi acentenin/dağıtıcının rekabet yasağını ihlâl etmesi gerekçesiyle haklı sebeple feshetmesi durumunda denkleştirme talebi tamamen ortadan kalkar. Dolayısıyla, daha yüksek bir müşteri kayma oranı uygulanabilmesi için sözleşmenin acentenin/dağıtıcının denkleştirme talep edebileceği bir şekilde sona ermesi gerekmektedir. Örneğin, belirli süreli acentelik/dağıtım söz-

Keza bu durum, acentenin/dağıtıcının sözleşmenin sona ermesinden sonra müşterileri ayartması hâlinde de geçerlidir<sup>43</sup>. Buna karşın, sözleşme süresi içerisinde acentenin/dağıtıcının cirosunda devamlı surette artış tespit edilmişse müşterilerin rakip işletmelere kayacağı varsayımı ile indirim yapılmasına gerek olmayabilir<sup>44</sup>.

#### E. Faiz İndirimi

Yukarıdaki aşamalardan sonra belirlenen denkleştirme miktarına faiz indirimi uygulanması gerekmektedir. Çünkü acente/dağıtıcı, sözleşme sona ermeseydi uzun bir zamanda elde edeceği tahmini geliri bir anda, tek seferde ve peşinen elde etmektedir<sup>45</sup>. Dolayısıyla acentenin/dağıtıcının gelecekte elde edeceği tahmin edilen bir miktar paranın bugünkü değerinin (*present value of money*) hesap edilmesi gerekecektir. Buna karşın, indirim yapılmaması acentenin/dağıtıcının haksız yere zenginleşmesine yol açar<sup>46</sup>.

Alman hukukunda faiz indirimi hususunda genel olarak iki yöntem kullanılmaktadır. Bunlardan biri Gillardon<sup>47</sup> yöntemi, diğeri ise Hoffmann<sup>48</sup> yöntemidir. Her ne kadar Alman hukukunda bu isimlerle

---

leşmesinde sürenin dolmasına yakın bir dönemde acente/dağıtıcı rekabet yasağını ihlâl ederek müşterileri kendi işletmesine kaydırmış, buna karşın müvekkil/sağlayıcı sözleşmeyi haklı sebeple feshetmemiş ve sözleşme sürenin dolması sebebiyle kendiliğinden sona ermişse denkleştirme talep hakkı düşmez, ancak daha yüksek bir kayma oranının uygulanması söz konusu olur.

<sup>43</sup> von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 136.

<sup>44</sup> EMDE, §89b, Rn. 285; KAYA, A., Şerh, s. 268, N. 15a; KAYA, Denkleştirme, s. 23.

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 02.07.1987 - I ZR 188/85; BGH, Urt. v. 08.11.1990 - I ZR 269/88; AKIN, s. 630; AYAN, s. 198; BUSCHE, §89b, Rn. 27; EMDE, §89b, Rn. 286; HATİPOĞLU, s. 182; HOFFMANN, s. 75; KAYA, A., Şerh, s. 269, N. 15a; KAYA, A., Denkleştirme, s. 24; LEHMANN, §89b, Rn. 85; LÖWISCH, §89b, Rn. 200; ROTH, §89b, Rn. 10, 14a; SEMLER, §22, Rn. 71, 77; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 143; WESTPHAL, s. 37; YILMAZ, s. 139, 156.

<sup>46</sup> Karş. UYANIK, N. K., Ticari Anlaşmazlık Davalarında Maddi Zararın Hesaplanması, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 235.

<sup>47</sup> BGB, Urt. v. 10.07.2002 - VIII ZR 58/00; BGB, Urt. v. 22.03.2006 - VIII ZR 173/04; BGB, Urt. v. 12.09.2007 - VIII ZR 194/06; BGH, Urt. v. 11.11.2009 - VIII ZR 249/08 ; BGB, Urt. v. 13.01.2010 - VIII ZR 25/08; BGB, Urt. v. 19.01.2011 - VIII ZR 149/09; BGB, Urt. v. 16.02.2011 - VIII ZR 226/07.

<sup>48</sup> BGB, Urt. v. 10.10.1991 - III ZR 308/89; BGB, Urt. v. 08.07.1998 - VIII ZR 142/97; OLG Düsseldorf Urt. v. 25.02.2000 - 16 U 38/99; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.12.2002 - I-6 U 76/02; LG Düsseldorf, Urt. v. 08.03.2007 - 37 O 111/03.

anılsalar da finans ilmi açısından Gillardon yöntemi bileşik faizde bugünkü değer formülüne, Hoffmann yöntemi ise basit faizde bugünkü değer formülüne karşılık gelmektedir<sup>49</sup>. Her iki formül için de ( $f$ ) indirim faktörüne (*discount factor*), ( $i$ ) faiz oranına (*interest rate*), ( $n$ ) ise yıl sayısına karşılık gelmektedir. Buna göre;

Bileşik faizde bugünkü değer (Gillardon<sup>50</sup>) yöntemi:

$$f = \frac{1}{\left(1 + \frac{i}{100}\right)^n}$$

Basit faizde bugünkü değer (Hoffmann<sup>51</sup>) yöntemi:

$$f = \frac{100}{100 + (i \times n)}$$

Uygulanan yöntem sonucu ulaşılan indirim faktörü ile bir önceki aşamada ulaştığımız sonucun çarpılmasıyla ham karşılık bulunur. Konunun daha iyi anlaşılması için acentelik sözleşmesi üzerinden bir örnekle izah edelim.

Acentenin sözleşmenin sona ermesinden önceki son bir yıl içinde kendisinin bulduğu sadık müşterilerden elde ettiği kazanç 300.000 TL, bu müşterilerin müvekkil ile ticarî ilişkisini sürdüreceği tahmini süre 5 yıl, geçmiş yıllardaki tecrübelerle göre müşteri kayma oranı %15 ve sözleşmenin sona erdiği andaki faiz oranı %9 olsun.

İlk olarak her yıl müşterilerin %15'inin rakip işletmelere kayacağı ihtimalinden hareketle müşteri kayma oranı uygulanır.

1. yıl için 300.000,00 - %15 (45.000,00) = 255.000,00 TL

<sup>49</sup> KIYILAR, M., Paranın Zaman Değeri, 2. Basım, İstanbul, 2015, s. 34, 35; SALDANLI, A., Finansal Yönetim, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, <http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kok/finansalyonu163.pdf> (Erişim: 03.07.2020), s. 43; VAN HORNE, J. C. / WACHOWICZ JR., J. M., Fundamentals of Financial Management, 13th Edition, 2008, s. 43, 47.

<sup>50</sup> HATİPOĞLU, s. 183; KAYA, A., Şerh, s. 269, N. 15a; KAYA, A., Denkleştirme, s. 24-25; YILMAZ, s. 156.

<sup>51</sup> EMDE, §89b, Rn. 286; LÖWISCH, §89b, Rn. 200; BGB, Urt. v. 08.07.1998 - VIII ZR 142/97; OLG Düsseldorf Urt. v. 25.02.2000 - 16 U 38/99; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.12.2002 - I-6 U 76/02.

2. yıl için  $255.000,00 - \%15 (38.250,00) = 216.750,00$  TL

3. yıl için  $216.750,00 - \%15 (32.512,50) = 184.237,50$  TL

4. yıl için  $184.237,50 - \%15 (27.635,63) = 156.601,87$  TL

5. yıl için  $156.601,87 - \%15 (23.490,28) = 133.111,59$  TL

Şimdi hem Gillardon hem de Hoffmann yöntemleri ile her bir yıl için %9 faiz oranı üzerinden indirim faktörlerini tespit edelim.

| Yıl sayısı | Gillardon Yöntemi | Hoffmann Yöntemi |
|------------|-------------------|------------------|
| 1. yıl     | 0,91743           | 0,91743          |
| 2. yıl     | 0,84167           | 0,84745          |
| 3. yıl     | 0,77218           | 0,78740          |
| 4. yıl     | 0,70842           | 0,73529          |
| 5. yıl     | 0,64993           | 0,68965          |

Son olarak yukarıda hesapladığımız miktarları ilgili yıla ait indirim faktörü ile çarparak ham karşılığı bulalım.

| Yıl sayısı | Gillardon Yöntemi                        | Hoffmann Yöntemi                         |
|------------|--|--|
| 1. yıl     | $255.000,00 \times 0,91743 = 233.944,65$ | $255.000,00 \times 0,91743 = 233.944,65$ |
| 2. yıl     | $216.750,00 \times 0,84167 = 182.431,97$ | $216.750,00 \times 0,84745 = 183.684,78$ |
| 3. yıl     | $184.237,50 \times 0,77218 = 142.264,51$ | $184.237,50 \times 0,78740 = 145.068,60$ |
| 4. yıl     | $156.601,87 \times 0,70842 = 110.939,89$ | $156.601,87 \times 0,73529 = 115.147,78$ |



$$\begin{array}{rcl} 5. & 133.111,59 \times 0,64993 = & 133.111,59 \times 0,68965 = \\ \text{yıl} & 86.513,21 & 91.800,40 \end{array}$$

$$\text{TO} = 756.094,23 = 769.646,21$$

PLAM

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere Hoffmann yöntemi ile ulaşılan tutar, Gillardon yöntemine oranla daha yüksektir. Farklı faiz oranları ile yapılacak hesaplamalarda görülecektir ki faiz oranı azaldıkça her iki yöntem arasında ulaşılan sonuç birbirine yaklaşmakta, oran arttıkça aradaki makas daha da açılmaktadır. Ülkemizde faiz oranlarının genelde yüksek olması gerçeği dikkate alındığında Hoffmann yönteminin acenteler ve dağıtıcılar açısından, Gillardon yönteminin ise müvekkiller ve sağlayıcılar açısından kayda değer ölçüde avantajlı olacağı açıktır. Bu durumda, bu yöntemlerden hangisinin tercih edileceği sorunu ortaya çıkabilir. Kanımızca hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta somut olayın tüm özelliklerini dikkate alarak bu yöntemlerden uygun gördüğünü tercih edebilir. Zira TTK m. 122/1 hükmünde kullanılan “*uygun bir tazminat*”<sup>52</sup> ibaresi de hâkimin bu konuda takdir yetkisine sahip olduğuna işaret etmektedir<sup>53</sup>. Önüne gelen bir uyuşmazlıkta hâkim, menfaat dengesinin müvekkil/sağlayıcı aleyhine bozulduğuna kanaat getirirse onun için avantajlı olan yöntemi, tam aksi bir durumda ise acente/dağıtıcı lehine olanı tercih edebilir. Dolayısıyla, farklı yöntemlerin varlığı hâkime somut olay adaletini sağlamada esneklik sağlamaktadır.

Öte yandan, denkleştirme bedeli ne zaman ödenirse ödensin, faiz indirimini uygulamak gerekir<sup>54</sup>. Daha açık ifadeyle, denkleştirme alacağı

<sup>52</sup> Her ne kadar madde metninde tazminat ifadesi kullanılsa da gerek madde gerekçesinde gerek öğretilerde denkleştirme talebinin teknik olarak bir tazminat olmadığı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. AYAN, s. 134; BADAĞ AYBAR, s. 172; BAH-TİYAR, s. 236; KARASU, s. 285, dn. 1; KAYA, A., Şerh, s. 240, N. 08; YAĞCI, s. 23-24. Aksi yönde bkz. EKMEKÇİ, Ö. / ÖZEKES, M. / ATALI, M. / SEVEN, V., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul, 2019, s. 317; MOROĞLU, E., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, 2016, s. 74.

<sup>53</sup> EMDE, §89b, Rn. 286; ROTH, §89b, Rn. 14a.

<sup>54</sup> BUSCHE, §89b, Rn. 27; EMDE, §89b, Rn. 286; HOPT, § 89b, Rn. 48; LEHMANN, §89b, Rn. 85; LÖWISCH, §89b, Rn. 200; ROTH, §89b, Rn. 10; von HOYNINGEN-

ister muaccel olduğu anda isterse uzun bir dava sürecinden sonra öden-  
sin faiz indirimi uygulanır. Örneğin, bir acentelik sözleşmesinin 2015  
yılında sona erdiğini, yapılan yargılama sonucunda müvekkilin acente  
tarafından kazandırılan müşteri çevresinden 5 yıl daha gelir elde etmeye  
devam edeceğini, dava sürecinin 6 yıl sürdüğünü, hükmün 2021 yılında  
kesinleştiğini ve denkleştirme bedelinin bu tarihte ödendiğini kabul ede-  
lim. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere faiz indirimi yapılmasının asıl  
gerekçesi acentenin 2015-2020 tarihleri arasında elde edeceği tahmin  
edilen kazancın 2015 yılında peşin olarak ödeneceği düşüncesidir. Dola-  
yısıyla bu bedel, 2021 yılında ödendiği için artık faiz indirimi uygulan-  
masına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak faiz indirimi her hâlükârda  
uygulanmalı, buna karşın denkleştirme bedeli geç ödendiği için muacce-  
liyet tarihinden<sup>55</sup> itibaren temerrüt faizine hükmedilmelidir<sup>56</sup>.

İndirimin hangi oran üzerinden yapılması gerektiği hususunda  
kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide *Ayan*, iskontonun ticarî  
faiz oranı üzerinden yapılması gerektiği görüşündedir<sup>57</sup>. Bu doğrultuda  
Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın (TCMB) belirlediği avans faiz  
oranının uygulanabilmesi mümkündür.

Öğretide bir başka görüş ise her zaman ve her durum için uygu-  
lanabilecek sabit bir iskonto oranının olmadığını, bu oranın finans ve  
iktisat ilminin temel ilkeleri çerçevesinde somut olaya özgü olarak belir-  
lenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>58</sup>. Ancak indirim oranını somut ola-  
ya göre tayin etmek yerine belirli bir oranın tercih edilmesi yerinde ola-  
caktır. Zira her uyuşmazlık için farklı bir oranın tespit edilmesi kötü  
uygulama örnekleriyle karşılaşılmasına yol açabilir.

---

HUENE, §89b, Rn. 143; WESTPHAL, s. 38. Aynı yönde bkz.  
BGH, Urt. v. 06.08.1997 – VIII ZR 92/96.

<sup>55</sup> Denkleştirme alacağı sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle muaccel hâle gelir. Bu  
hususla bkz. BUSCHE, §89b, Rn. 27; EMDE, §89b, Rn. 95, 330; LÖWISCH, §89b, Rn.  
29; SEMLER, §22, Rn. 77.

<sup>56</sup> BUSCHE, §89b, Rn. 27; EMDE, §89b, Rn. 286; HOPT, § 89b, Rn. 48; LEHMANN,  
§89b, Rn. 85; LÖWISCH, §89b, Rn. 200; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 143.  
Aynı yönde bkz. BGH, Urt. v. 06.08.1997 – VIII ZR 92/96.

<sup>57</sup> AYAN, s. 198. Karş. SEMLER, §22, Rn. 71, 77.

<sup>58</sup> UYANIK, s. 235.

Kanaatimizce, TTK m. 542/1-(h) bendinde öngörülen indirim oranı denkleştirme miktarının iskontosunda da uygulanabilir. Anılan hükümde, bir şirketin tasfiye sürecine girmesi hâlinde tasfiye memurlarının, şirketin müeccel borçlarını TCMB'nin kısa vadeli kredilere uyguladığı oran üzerinden iskonto ederek derhâl ödemeleri gerektiği öngörülmektedir. Bu hükmün temel amacı, tasfiye sürecinin gereksiz yere uzamasını ve borcun vadesinden önce tam ödenmesi sebebiyle şirketin zarara uğramasını önlemektir<sup>59</sup>. Bu bağlamda, her iki kurumun da amacı dikkate alındığında aralarında bir benzerlik bulunmadığı gerekçesiyle önerimizin isabetli olmadığı düşünülebilir. Ancak biz, her iki durumda da bir miktar paranın önceden ödenmesi söz konusu olduğu için, kanun koyucunun TTK m. 542/1-(h)'de tercih ettiği iskonto oranının, denkleştirme talebine uygulanacak faiz indiriminde de uygulanılabileceği kanaatindeyiz.

Denkleştirme miktarı sözleşmenin sona erdiği anda bilinen veya öngörülebilir bilgiler ışığında hesaplandığı için indirim, sözleşmenin sona erdiği tarihte geçerli olan oran üzerinden yapılmalıdır. Ancak denkleştirme alacağının muacceliyet tarihinden hesaplanması anına kadar geçecek süreçte bu oran önemli ölçüde değiştirildiği (artırıldığı veya azaltıldığı) takdirde, bu değişikliğin dikkate alınmasının âdil bir yaklaşım olacağı savunulabilir.

### III. İKİNCİ ADIM: HAKKANİYET DENETİMİ

Hakkaniyet ilkesi, hem denkleştirme talebinin bağımsız bir şartını teşkil etmekte hem de ödenecek bedelin miktarını belirlemede rol oynamaktadır<sup>60</sup>. Başka bir anlatımla, hakkaniyet denetimi denkleştirme talep hakkının tümüyle reddine yol açabileceği gibi hesaplanan tutarın artması veya azalması sonucunu da doğurabilir. Acenteye/dağıtıcıya denkleştirme ödenmesinin hakkaniyete aykırı olması hâlinde talep red-

<sup>59</sup> KARAMAN COŞGUN, Ö., Anonim Şirketin Tasfiyesi, Ankara, 2015, s. 206; ÇAKI, G., Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Alacakların Korunması, Ankara, 2020, s. 174-175.

<sup>60</sup> AKIN, s. 626; ARKAN, Denkleştirme, s. 401, dn. 50; AYAN, s. 192, 199; BURKARD, s. 188; DEMİR GÖKYAYLA, s. 278; HOFFMANN, s. 76; KANIŞLI, s. 137; KARASU, s. 300; KAYA, A., Şerh, s. 268, N. 15a; KAYA, A., Denkleştirme, s. 24; KAYA, M. İ., s. 375; LÖWISCH, §89b, Rn. 146; ŞAHİN, 2541; ŞENOL, s. 272; UZUNALLI, S., "Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması", TFM, C. 5, S. 1, 2019, s. 116; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 124; WESTPHAL, s. 34.

dedileceği için denkleştirme talebinin hesaplanması söz konusu olmaz. Ancak somut olayın özellik ve şartları dikkate alındığında denkleştirme ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa talebin hesaplanmasına geçilir ve hakkaniyet ilkesi bu kez ödenecek miktarın belirlenmesinde rol oynar.

Somut olayda bazı olguların varlığı denkleştirme miktarının azalmasına yol açarken, bazıları miktarı arttırır<sup>61</sup>. Bazı olguların ise denkleştirme talebi üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Ayrıca hakkaniyet denetiminde her uyuşmazlık için uygulanacak genel bir kuraldan bahsedilemez. Keza her bir olgu için hakkaniyet kontrolünde kullanılacak sabit bir oran belirlemek de mümkün değildir<sup>62</sup>. Örneğin “bir acente, rekabet yasağını ihlâl ederse denkleştirme bedeli %30 oranında indirilir” gibi genel ve sabit bir oran belirlenemez. Dolayısıyla denkleştirme talebi açısından uyuşmazlık sayısı kadar farklı hesap şekli olduğu kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Kanaatimizce aşağıda değineceğimiz özel durumların da bu bakış açısıyla değerlendirilmesi isabetli olur. Zira örnek kabilinden bahsedeceğimiz bu hâller sınırlı sayıda olmayıp bunlar dışında denkleştirme talebini etkileyecek birçok farklı olgu da söz konusu olabilir.

### A. Denkleştirme Miktarını Azaltan Hâller

Hakkaniyet ilkesi uyarınca yapılacak değerlendirme sonucunda denkleştirme bedeli, çoğunlukla indirilmektedir<sup>64</sup>. Zira çoğu sözleşme ilişkisinde bedeli azaltan en az birkaç sebep bulunurken bedeli arttıracak sebeplere pek rastlanmamaktadır.

Müvekkilin/sağlayıcının tanınmış bir markaya sahip olması denkleştirme miktarının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Gerçekten acente/dağıtıcı, piyasada tanınmış ve güven duyulan bir marka sayesinde yeni müşterileri daha az çaba göstererek işletmeye kazandırabilecektir. Bu hâlde, oluşturulan müşteri çevresi ile acente-

<sup>61</sup> HATİPOĞLU, s. 182; KAYA, M. İ., s. 377; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 142.

<sup>62</sup> LÖWISCH, §89b, Rn. 149.

<sup>63</sup> KAYA, A., Denkleştirme, s. 14.

<sup>64</sup> KAYA, A., Şerh, s. 261, dn. 326.

nin/dağıtıcının çabası arasındaki illiyet bağı zayıflamaktadır. Dolayısıyla, müvekkilin/sağlayıcının güçlü bir markaya sahip olması denkleştirme talebinin azaltılmasına neden olmaktadır<sup>65</sup>. Alman hukukunda, sürümünü yaptıkların ürünlerin tanınmış markalı olduğu hâllerde tek satıcılara ve bayilere ödenecek denkleştirme bedelinde %10 ila %33,3 arasında hakkaniyet indirimi yapılmaktadır<sup>66</sup>.

Benzer şekilde, müvekkilin/sağlayıcının reklam faaliyetine ağırlık vermesi<sup>67</sup> de acenteye/dağıtıcıya müşteri çevresini genişletmede kolaylık sağlamaktadır. Acentenin/dağıtıcının çabası ile yeni müşterilerinin bulunması arasındaki illiyet bağı, bu durumda da zayıflamaktadır. Bundan dolayı, müvekkilin/sağlayıcının reklam faaliyetine önem vermesi de denkleştirme bedelinin indirilmesine yol açabilir<sup>68</sup>. Diğer taraftan, franchise sözleşmelerinde genellikle franchise alanın, ücret ödeme yükümlülüğü kapsamında reklam masraflarına da katılacağı öngörülmektedir<sup>69</sup>. Böyle bir durumda, franchise alan reklam masraflarına katılmışsa denkleştirme miktarının hiç indirilmemesi veya daha düşük bir oranda indirilmesi gerekir.

<sup>65</sup> AYAN, s. 201; EMDE, §89b, Rn. 162; LEHMANN, §89b, Rn. 67; LÖWISCH, §89b, Rn. 184; OETKER, §6, Rn. 44; ROTH, §89b, Rn. 11a; SEMLER, §22, Rn. 74; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 113; WESTPHAL, s. 37; YILMAZ, s. 143.

<sup>66</sup> Bir yetkili otomotiv bayisinin denkleştirme talebi belirlenirken sattığı araçların tanınmış ve güçlü bir markaya sahip olduğu gerekçesiyle 3'te 1 oranında (%33,3) indirim yapılması hakkaniyete uygun görülmüştür (OLG München, Urt. v. 16.01.2002 - 7 U 4312/00; HOPT, §89b, Rn. 35). Karş. KARASU, s. 302 ve dn. 106; KAYA, A., Şerh, s. 264, N. 14b; ŞİMŞEK, s. 309; YILMAZ, s. 143.

<sup>67</sup> Müvekkilin/sağlayıcının reklam yaptırması denkleştirme miktarını her durumda düşürmemelidir. Denkleştirme talebinde indirim gidilebilmesi için reklam faaliyetine alışılmışın üzerinde önem verilmesi ve etkili pazarlama tekniklerinin yoğun olarak kullanılması gerekmektedir.

<sup>68</sup> AYAN, s. 204; KOÇ, s. 91; SEMLER, §22, Rn. 74; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 120. Karş. ROTH, §89b, Rn. 11a.

<sup>69</sup> Bu hususta bkz. AYATA, s. 103; AYDOĞDU, M. / KAHVECİ, N., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara, 2019, s. 31; CANTÜRK, s. 33-34; EREN, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 996-997, N. 3340; İRGE ERDOĞAN, B., Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2016, s. 36; KIRCA, s. 147; ŞİMŞEK, s. 184; ULAŞ, D., Franchising Sistemi, Ankara, 1999, s. 96.

Denkleştirme talebini azaltabilecek bir diğer husus ise müvekkilin/sağlayıcının piyasada faaliyet gösteren rakip işletmelere göre daha uygun fiyata ürün ve/veya hizmet sağlamasıdır<sup>70</sup>. Gerçekten, fiyat uygunluğu sebebiyle daha fazla kişi acenteden/dağıtıcıdan ürün ve/veya hizmet satın alarak sadık müşteri hâline gelebilir. Bu durumda, müşterilerin kazanılmasında acentenin/dağıtıcının etkisi azaldığı için denkleştirme tutarının hakkaniyet gereği düşürülmesi gerekir.

Ayrıca sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra tarafların rekabet yasağı anlaşması yapıp yapmamalarının, denkleştirme talebi üzerindeki etkisi de irdelenmelidir. Öğretide bir görüş, acentelik sözleşmesinde rekabet yasağı anlaşmasının yapılmaması hâlinde denkleştirme bedelinin indirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>71</sup>. Zira rekabet yasağı anlaşması yapılmadığı takdirde acente, sözleşmenin sona ermesinden sonra müşteri çevresi ile doğrudan kendi adına ya da başka bir tacir adına işlem yapma imkânına sahip olacaktır. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise rekabet yasağı anlaşmasının yapılmamış olmasının kural olarak acentenin denkleştirme talebini etkilemeyeceği yönündedir<sup>72</sup>. Fakat taraflar arasında rekabet yasağı anlaşması bulunmasa bile acente, hâlihazırda birbiriyle rekabet hâlinde olan birden fazla tacirin acenteliğini yürütüyorsa veya sözleşmenin sona ermesinden hemen sonra rakip bir tacir adına acenteliğe başlamışsa denkleştirme talebinin düşürülmesi gerekebilir<sup>73</sup>. Konuyu tek satıcılık ve franchise sözleşmeleri açısından ele aldığımızda ise rekabet yasağı anlaşması yapılmamasının tek başına denkleştirme talebini etkilememesi gerekmektedir. Özellikle franchise sözleşmesinde franchise alanın kendi ad ve hesabına çalıştığını gizle-

<sup>70</sup> BGH, Urt. v. 12.09.2007 - VIII ZR 194/06; OLG München, Urt. v. 17.12.2008 - 7 U 3114/08; HOPT, §89b, Rn. 25; LEHMANN, §89b, Rn. 67; LÖWISCH, §89b, Rn. 184; ROTH, §89b, Rn. 11a; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 113.

<sup>71</sup> ARKAN, Denkleştirme, s. 403; AYAN, s. 202; HATIPOĞLU, s. 182.

<sup>72</sup> KARASU, s. 301; KAYA, A., Şerh, s. 264, N. 14c; YILMAZ, s. 142-143.

<sup>73</sup> HOPT, §89b, Rn. 40; LEHMANN, §89b, Rn. 68; SEMLER, §22, Rn. 74; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 111, 115. Aynı yönde bkz. BGH, Urt. v. 05.06.1996 - VIII ZR 7/95. Ancak *Karasu*'ya göre, taraflar arasında mevcut bir rekabet yasağı anlaşmasının olmaması sebebiyle acentenin müvekkil ile rekabet edebilme imkânına sahip olması, acente aleyhine sonuç doğurmamalı; müvekkil acentenin kendisiyle rekabet etmesini istemiyorsa bunu engellemek için kendisiyle rekabet yasağı anlaşması yapmalıdır (KARASU, s. 301).

mekle yükümlü olması, müşterilerin franchise sistemine yani doğal olarak franchise verene sadık kalmalarını sağlar. Dolayısıyla rekabet yasağı anlaşmasının yapılmaması ve bunun sonucunda franchise alanın, franchise verenle rekabet etmesi hâlinde denkleştirme talebinin kural olarak indirilmemesi gerekir<sup>74</sup>. Diğer taraftan acente/dağıtıcı, müvekkil/sağlayıcı ile aralarında bir rekabet yasağı anlaşması olmasına karşın rekabet ederse denkleştirme bedelinin azaltılması gerekir<sup>75</sup>. Lâkin acente/dağıtıcı tarafından bu anlaşmanın ihlâl edilmesi, denkleştirme talebinin tamamen ortadan kalkması sonucunu da doğurmamalıdır. Zira acente/dağıtıcı, müvekkil/sağlayıcı ile rekabet etse dahi müşterilerin bir kısmı, yine müvekkile/sağlayıcıya sadık kalma eğilimi gösterebilir.

Sözleşmenin sona erme sebebi de denkleştirme miktarını etkileyen bir diğer olgudur. Sözleşmenin sona erme sebepleri bazı hâllerde denkleştirme hakkının doğumunu engellerken (TTK m. 122/3), bazı hâllerde acenteye/dağıtıcıya ödenecek bedelin indirilmesine yol açar. Örneğin, acentenin/dağıtıcının kusurlu davranışlarda bulunmasına karşın bunların haklı sebep ölçüsünde değerlendirilememesi durumunda müvekkil/sağlayıcı, sözleşmeyi olağan fesih yoluyla sona erdirebilir. Bu durumda acentenin/dağıtıcının denkleştirme talep hakkı ortadan kalkmaz. Fakat hakkaniyet ilkesi uyarınca acentenin/dağıtıcının kusuru ölçüsünde denkleştirme bedelinin indirilmesi gerekir<sup>76</sup>.

Diğer taraftan müvekkil/sağlayıcı, dağıtım teşkilatını yeniden yapılandırmak amacıyla acenteler/dağıtıcılar ile mevcut sözleşmeleri feshederek onlara yeni şartlar içeren bir sözleşme teklif edebilir. Bu hâlde, sözleşme müvekkil/sağlayıcı tarafından feshedildiği için acente/dağıtıcı tarafından bu teklifin reddedilmesi denkleştirme talep hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak acentenin/dağıtıcının, kendi lehine olan veya en azından kabul edilebilir değişiklikler içeren bir sözleşme öneri-

<sup>74</sup> Karş. KARASU, s. 301.

<sup>75</sup> LÖWISCH, §89b, Rn. 178; KARASU, s. 301; ROTH, §89b, Rn. 11a.

<sup>76</sup> BADAK AYBAR, s. 190; EMDE, §89b, Rn. 162; HOFFMANN, s. 89; KARASU, s. 301; LEHMANN, §89b, Rn. 60; LÖWISCH, §89b, Rn. 174; OETKER, §6, Rn. 47; YILMAZ, s. 145.

sini reddetmesi, denkleştirme miktarında indirimde gidilmesine yol açabilir<sup>77</sup>.

Müvekkilin acentesine faaliyet gösterilen iş kolunda bir acenteye verilen komisyon ücretinin üzerinde bir ücret verilmesi veya acenteye sabit bir ücret ödenmesi gibi hâllerde denkleştirme miktarında indirim yapılabilir<sup>78</sup>. Keza tek satıcıya/franchise alana, dağıtım aşında faaliyet gösteren diğer dağıtıcılara oranla daha fazla indirim sağlanması ya da franchise alandan daha düşük giriş ücreti veya dönemsel ücret alınması gibi avantajlar öngörülmesi<sup>79</sup> de denkleştirme bedelinin azaltılmasını gerektirebilir<sup>80</sup>.

### B. Denkleştirme Miktarını Arttıran Hâller

Ortaya çıkan bir olgu sayesinde denkleştirme miktarının artması çok sık karşılaşılan bir durum değildir. Öğretide, sözleşmenin beklenmedik bir anda -özellikle de acentenin/dağıtıcının sözleşmenin uzun süre devam edeceğine güvenerek yatırımlar yaptığı bir dönemde- ani ve haksız bir şekilde feshedilmesi durumunda denkleştirme bedelinin artması gerektiği kabul edilmektedir<sup>81</sup>.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, sözleşmeyle acenteye reklam yapma yükümlülüğü getirilmiş ise denkleştirme miktarının hakkaniyet gereği arttırılması gerekmektedir<sup>82</sup>. Kanımızca bu görüşün karşılaşılabilecek her durum için isabetli olacağı söylenemez. Zira acentenin, tek satıcının veya franchise alanın faaliyet gösterdiği bölgede reklam yapması hâlinde müşteri çevresi daha da genişleyecek ve bu sayede hak

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 28.02. 2007 - VIII ZR 30/06; EMDE, §89b, Rn. 162; HOPT, §89b, Rn. 25; KARASU, s. 302; ; LEHMANN, §89b, Rn. 62; LÖWISCH, §89b, Rn. 162; ROTH, §89b, Rn. 11a; SEMLER, §22, Rn. 74; UZUNALLI, Denkleştirme, s. 121; YILMAZ, s. 148. Aksi yönde bkz. AYAN, s. 203.

<sup>78</sup> EMDE, §89b, Rn. 162; ROTH, §89b, Rn. 11a; HOFFMANN, s. 84-85; YILMAZ, s. 145.

<sup>79</sup> Bu tür avantajlar denkleştirme talebinin önceden ödenmesi maksadıyla da sağlanabilir. Bu gibi durumlarda acentenin/dağıtıcının denkleştirme talep edebilmesi kural olarak mümkün olmaz.

<sup>80</sup> Benzer şekilde bkz. KAYA, A., Şerh, s. 264, N. 14c.

<sup>81</sup> AYAN, s. 205; HOPT, §89b, Rn. 34; KAYA, A., Şerh, s. 264-265, N. 14c; ; LEHMANN, §89b, Rn. 63; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 122; YILMAZ, s. 146. Karş. HOFFMANN, s. 88. Ayrıca bkz. BGH, Urt. v. 22.12.1960 - VII ZR 247/59.

<sup>82</sup> KOÇ, s. 91.



edeceği denkleştirme miktarında artış olacaktır. Bunun yanında bir de hakkaniyet ilkesine göre artırım yapılmasına ihtiyaç yoktur. Ancak acentenin veya dağıtıcının reklam faaliyetine önemli yatırımlar yaptığı bir dönemde ani bir fesih ile karşı karşıya kalması veya yaptığı yatırımların karşılığını alamadan sözleşmenin sona ermesi gibi hâller denkleştirme bedelinin arttırılmasını gerekli kılabilir.

Müvekkilin/sağlayıcının müşteri çevresinden elde edeceği menfaatin acentenin/dağıtıcının uğrayacağı gelir kaybından daha yüksek olduğu anlaşılıyorsa denkleştirme miktarı bu durumda da arttırılabilir<sup>83</sup>.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, hakkaniyet ilkesinin TTK m. 122/2 hükmüne göre belirlenecek olan üst sınır üzerinde etkisi bulunmamaktadır<sup>84</sup>. Dolayısıyla, somut olayda denkleştirme talebini arttıracak bir veya birden fazla sebep bulunsa dahi yapılan hesap sonucu ulaşılan ham karşılık hâlihazırda üst sınırdan veya üst sınırın üzerinde ise bedelde artırım yapılmasına gerek yoktur.

### C. Denkleştirme Talebini Etkilemeyen Hâller

Sözleşme süresi boyunca müvekkilin/sağlayıcının eski müşterilerinin işletmeden kopmasının ve rakip işletmelere kaymasının, kural olarak denkleştirmenin miktarı üzerinde etkisi bulunmamaktadır. Fakat eski müşteriler, acentenin/dağıtıcının kusuru yüzünden kaybedilmiş denkleştirme bedelinin aşağı çekilmesi gerekir<sup>85</sup>.

Tarafların ekonomik ve sosyal durumları, acentenin/dağıtıcının yaşı, sağlık durumu, medenî hâli ve çocuk sayısı gibi sözleşme dışı olgular denkleştirme miktarının belirlenmesinde rol oynamaz<sup>86</sup>. Taraflar ara-

<sup>83</sup> BUSCHE, §89b, Rn. 18; HOPT, §89b, Rn. 45.

<sup>84</sup> EMDE, §89b, Rn. 288; HOPT, §89b, Rn. 49; LEHMANN, §89b, Rn. 86; LÖWISCH, §89b, Rn. 148, 201; SEMLER, §22, Rn. 56; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 145; WESTPHAL, s. 39. Aynı yönde bkz. BGH, Urt. v. 11.12.1996 - VIII ZR 22/96; BGH, Urt. v. 25.11.1998 - VIII ZR 221/97.

<sup>85</sup> ARKAN, Denkleştirme, s. 402; AYAN, s. 205; EMDE, §89b, Rn. 162; KARASU, s. 302; KAYA, A., Şerh, s. 264, N. 14c; LÖWISCH, §89b, Rn. 163; SEMLER, §22, Rn. 74; ŞİMŞEK, s. 309; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 119; YILMAZ, s. 147. Karş. HOPT, Rn. 89b, Rn. 37.

<sup>86</sup> AYAN, s. 199, 205; BURKARD, s. 188; BUSCHE, §89b, Rn. 18; DEMİR GÖKYAYLA, s. 278; EMDE, §89b, Rn. 162; HOPT, §89b, Rn. 25; KARASU, s. 299-300; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/NOMER ERTAN), s. 884; KAYA, A., Şerh, s. 262, N. 14a, s. 264, N.

sındaki sözleşme ilişkisinin uzun veya kısa sürmüş olması da denkleştirme talebi üzerinde tek başına etki doğurmaz<sup>87</sup>.

Müvekkilin/sağlayıcının farklı mecralarda kendi ürün veya hizmetinin ya da markasının reklamını yapıyor olması kural olarak denkleştirme talebinin indirilmesi sonucunu doğurmaz<sup>88</sup>. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi reklam faaliyetine olağan seviyenin üzerinde ağırlık verilmesi denkleştirme talebinin indirilmesini gerekli kılabilir<sup>89</sup>.

#### IV. ÜÇÜNCÜ ADIM: ÜST SINIRIN TESPİTİ

Denkleştirme talebinin sınırlanması amacıyla kanun koyucu tarafından TTK m. 122/2 hükmü öngörülmüştür. Buna göre denkleştirme bedeli, *“acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır”*. Hükmün temel amacı, müvekkilin/sağlayıcının aşırı yüksek bir denkleştirme bedeli ödemek zorunda kalmasını engellemektir<sup>90</sup>.

TTK m. 122'nin diğer fıkra hükümlerinde olduğu gibi 2. fıkra hükmü de acentelik sözleşmesi dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Gerçekten anılan fıkra hükmüne göre, acenteye ödenecek denkleştirme tutarının üst sınırı, elde ettiği yıllık komisyon ücreti ve kendisine yapılan diğer ödemelerin ortalamasını geçemeyecektir. Dolayısıyla denkleştirme talebinin üst sınırının tespitinde yalnızca acentenin kazandırdığı yeni müşterilerle yapılan işlemler sebebiyle aldığı komisyon ücreti değil, bu-

---

14c; ŞENER, s. 396; UZUNALLI, Giriş Bedeli, s. 2974. Karş. LEHMANN, §89b, Rn. 72; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 121; YILMAZ, s. 147. Aksi yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 24.02.2020, E. 2019/1475 – K. 2020/1949 (Yayımlanmamış karar); Yargıtay 11. HD, T. 30.06.2020, E. 2019/2876 – K. 2020/3326 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

<sup>87</sup> EMDE, §89b, Rn. 162; LEHMANN, §89b, Rn. 71; LÖWISCH, §89b, Rn. 176; SEMLER, §22, Rn. 74; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 118a; YILMAZ, s. 147. Aksi yönde bkz. HOFFMANN, s. 85; Yargıtay 11. HD, T. 30.06.2020, E. 2019/2876 – K. 2020/3326 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

<sup>88</sup> von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 120.

<sup>89</sup> Bkz. yukarı III, B.

<sup>90</sup> WESTPHAL, s. 38.

nun dışında elde ettiği diğer ödemeler de dikkate alınmaktadır<sup>91</sup>. Hatta öğretide haklı olarak, üst sınırın belirlenmesinde eski müşterilerden elde edilen kazancın da hesaba katılması gerektiği savunulmaktadır<sup>92</sup>.

Dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcılar, sözleşmenin karşı tarafından herhangi bir ücret almadıkları için denkleştirmenin üst sınırı tespit edilirken elde ettikleri tüm gelirler dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda, dağıtıcının brüt gelirinden, eski müşteriler sayesinde elde ettiği menfaatlerin çıkarılması da gerekmez.

Denkleştirme tutarının üst sınırı, acente/dağıtıcı tarafından son beş yılda elde edilen brüt gelirin ortalaması kadardır. Sözleşmenin beş yıldan daha kısa sürmesi hâlinde ise bu sürenin yıl bazında ortalaması alınır. Örneğin, sözleşme süresinin 1 yıl 8 ay olduğu somut bir olayda üst sınır, bu dönemde elde edilen brüt gelirin 20'ye bölünmesi ve çıkan sonucun 12 ile çarpılması suretiyle tespit edilir<sup>93</sup>. Ancak asıl sorun, bir yıldan daha kısa süren sözleşme ilişkileri açısından söz konusu olmaktadır. Zira fıkra metninde “*yıllık komisyon ve diğer ödemeler*” ifadesinin kullanılması sebebiyle sözleşme, bir yıldan az sürdüğü takdirde bile üst sınırın tespitinde en az bir yıllık ortalama gelirin dikkate alınması gerektiği öğretideki bazı yazarlar tarafından ileri sürülmektedir<sup>94</sup>. Bu görüşe göre, örneğin 4 ay süren bir sözleşme ilişkisinde denkleştirme talebinin üst sınırı belirlenirken elde edilen gelirin 4'e bölünmesi ve çıkan sonucun 12 ile çarpılması gerekmektedir. Ancak öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, bir yıldan daha kısa devam eden sözleşme ilişki-

<sup>91</sup> AKIN, s. 632; AYAN, s. 208-209; BURKARD, s. 189; BUSCHE, §89b, Rn. 28; CANTÜRK, s. 156-157; EMDE, §89b, Rn. 191; HESSELINK v.d., s. 204-205; HOPT, §89b, Rn. 50-51; KARASU, s. 303; KAYA, M. İ., s. 387-388; KAYIHAN, s. 194; KOÇ, s. 92; LEHMANN, §89b, Rn. 89; LÖWISCH, §89b, Rn. 203; ROTH, §89b, Rn. 14; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 148; YILMAZ, s. 149.

<sup>92</sup> AYAN, s. 208-209; BUSCHE, §89b, Rn. 28; DARI, s. 386; EMDE, §89b, Rn. 189, 191; HATİPOĞLU, s. 181; KARASU, s. 303; KAYA, M. İ., s. 387-388; KAYIHAN, s. 194; LEHMANN, §89b, Rn. 89; LÖWISCH, §89b, Rn. 204; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 148; YILMAZ, s. 150.

<sup>93</sup> AYAN, s. 210; WESTPHAL, s. 41.

<sup>94</sup> BUSCHE, §89b, Rn. 28; SEMLER, §89b, Rn. 78; HOPT, §89b, Rn. 49; LEHMANN, §89b, Rn. 87; von HOYNINGEN-HUENE, §89b, Rn. 147.

lerinde denkleştirmenin üst sınırı, sözleşmenin devam ettiği süre üzerinden hesaplanmalıdır<sup>95</sup>.

Acentenin/dağıtıcının müşteri çevresini fazla genişletmediği yani kendi bulduğu yeni ve sadık müşterilerin tüm müşteriler arasındaki oranının düşük olduğu hâllerde hesaplanan denkleştirme tutarı çoğunlukla üst sınırın altında kalacaktır. Buna karşın, acente/dağıtıcı müşteri çevresini önemli ölçüde genişletmiş ve son bir yıllık sözleşme döneminde gelirinin çoğunu bu müşterilerden elde etmişse denkleştirme miktarı büyük ihtimalle üst sınıra yakın veya üst sınırın da üzerinde hesaplanabilecektir<sup>96</sup>.

Madde metninin kaleme alınış şekli dikkate alındığında, TTK m. 122/2 hükmünün mutlak emredici bir hüküm olduğu ve aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı düşünülebilir. Ancak hükmün konuluş amacı göz önüne alındığında düzenlemenin nisbî emredici nitelikte olduğu ve yapılacak değişikliklerin yalnızca acente/dağıtıcı aleyhine olduğu takdirde geçersiz olacağı sonucuna varılmalıdır (TTK Gerekeşi m. 122/2). Dolayısıyla denkleştirme tutarının üst sınırını acente/dağıtıcı lehine değiştiren sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmek gerekir<sup>97</sup>.

Uygulamada denkleştirme talebinin acentenin/dağıtıcının son 5 yılda elde ettiği gelirin ortalaması alınarak hesaplanacağı yönünde yanlış bir kanaat söz konusudur<sup>98</sup>. Maalesef bu kanaatin oluşmasında hükmün gerekçesinde kullanılan ifadelerin payı büyüktür. Zira gerekçede, TTK m. 122/2. fıkrasının denkleştirme talebinin hesap şeklini gösterdiği ifade edilmektedir. Oysa anılan hükmün denkleştirme talebinin hesaplanması ile ilgili bir yöntem öngörmediği, yalnızca talebin azamî mikta-

<sup>95</sup> AKIN, s. 631-632; AYAN, s. 210; DARI, s. 386; KARASU, s. 303; KAYA, M. İ., s. 386-387.

<sup>96</sup> EMDE, §89b, Rn. 197; WESTPHAL, s. 39.

<sup>97</sup> Aynı yönde bkz. HESSELINK v.d., s. 205; KARASU, s. 304; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/NOMER ERTAN), s. 885; KAYA, A., Şerh, s. 265, N. 15; KAYA, A., Denkleştirme, s. 21-22; KAYA, M. İ., s. 385-386; YILMAZ, s. 151 vd.

<sup>98</sup> Örneğin bkz. Yargıtay 11. HD, T. 30.06.2020, E. 2019/2876 – K. 2020/3326 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); İstanbul 4. ATM, T. 17.12.2018, E. 2014/114 - K. 2018/1367; İstanbul 6. ATM, T. 12.03.2020, E. 2017/1086 - K. 2020/289 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

rını düzenlediği açıktır<sup>99</sup>. Bundan dolayı, denkleştirme bedeli hesaplanırken kanunla öngörülen azamî miktar hiçbir zaman başlangıç noktası olarak esas alınmamalıdır<sup>100</sup>. Ancak yine uygulamada acentenin/dağıtıcının yıllık ortalama geliri hesaplanmanın başlangıç noktası olarak kabul edilmekte ve daha sonra bu tutar hakkaniyet denetimine tâbi tutulmaktadır<sup>101</sup>. Hâlbuki bu şekilde yapılacak bir hesaplamada denkleştirme talebi ya azaltılacak ya da sabit kalacaktır. Zira başlangıç noktası zaten azamî miktar olduğu için hakkaniyet gereği talebi arttıracak bir sebep olsa bile artırım yapılamayacaktır. Bu ise anılan yöntemin isabetli olmadığını net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Yine gerekçede kanunî bir hesap yönteminin varlığından bahsedilmekte; acentenin/dağıtıcının lehine olan farklı bir yöntemin kabulünün ise mümkün olduğu belirtilmektedir. Ancak talebin hesaplanmasına ilişkin kanunî bir formül olmadığı için, bir sözleşme ilişkisinde tarafların denkleştirme talebinin hesabına ilişkin bir yöntem karşılaştırmaları durumunda, bu anlaşmanın acentenin/dağıtıcının aleyhine olup olmadığını ve bu kapsamda kanunun emredici hükmüne aykırı olup olmadığını değerlendirmek hukuken mümkün değildir. Gerçekten kanunla belirlenmiş bir hesap yöntemi bulunmadığı için, farklı bir hesap yönteminin karşılaştırılması gibi bir durum da söz konusu olamaz<sup>102</sup>. Bu yö-

<sup>99</sup> Aynı yönde bkz. SEMLER, §22, Rn. 75. Karş. YILMAZ, s. 152.

<sup>100</sup> EMDE, §89b, Rn. 197; HOFFMANN, s. 70. Karş. ROTH, §89b, Rn. 12.

<sup>101</sup> Yargıtay da bir kararında hesaplanmanın bu şekilde yapılması gerektiğini şu şekilde ifade etmektedir: “Somut olayda, davacının talep ettiği denkleştirme yani portföy tazminatı belirlenirken her ne kadar, davalı sigorta şirketinin önemli menfaat elde edip etmediği hususundaki hesaplama tekniklerine riayet edilmiş ise de, tazminatı belirleme noktasında, sözleşmeden kaynaklanan menfaatler, sözleşmenin tarafları arasındaki risk paylaşımı, acentelik sözleşmesinin süresi, acentenin gelir miktarı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek için harcanan emek ve zaman, sözleşme dışı kazanç ve kayıplar, tarafların mal varlığı ve gelir ilişkileri, kişisel durum (Yaşlılık, sağlık durumu, çalışma yeteneği), işin önemi, acentenin tek firma-çok firma acentesi olması, kazandırılan müşteri sayısı, markanın etkisi (unvanın), rekabet yasağının ihlal edilmesi, sözleşmenin sona erme nedeni ve varsa kusur oranları gibi hususlar bir bütün olarak dikkate alınmak yerine, azami miktar olan davacının hak kazandığı dört yıllık komisyon tutarı ortalamasının alınmak suretiyle ulaşılan sonuca göre hüküm kurulması doğru olmamış kararın anılan nedenlerle bozulması gerekmiştir.” 11. HD, T. 30.06.2020, E. 2019/2876 – K. 2020/3326 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

<sup>102</sup> Kanunda denkleştirme talebinin hesaplanmasına ilişkin bir yöntem öngörülmemesine karşın tercih edilecek yöntem TTK m. 122/1 hükmüne uygun olması gerek-

nüyle de TTK m. 122/2 hükmünün gerekçesinde kullanılan ifadeler, çelişkili ve hatalıdır.

## V. HESAPLAMA ÖRNEĞİ

### A. Olay

(M) beyaz eşya sektöründe faaliyet göstermektedir. Ürettiği ürünlerin Mersin ilinde sürümünü yapması amacıyla (A) ile anlaşmıştır. Taraflar arasında 10.04.2016 tarihinde akdedilen acentelik sözleşmesi 10.10.2019 tarihinde (A) tarafından ağır hastalığı sebebiyle<sup>103</sup> olağanüstü fesih yoluyla tek taraflı olarak sona erdirilmiştir. (A)'nın faaliyet döneminde elde ettiği toplam gelir 840.000 TL, yalnızca son 12 ayda elde ettiği toplam gelir ise 260.000 TL'dir. (A) sözleşmenin son yılında (M)'den aracılık yaptığı işlemlerden dolayı 210.000 TL, idari faaliyetler için ise 50.000 TL komisyon ücreti almıştır. (A)'nın kendi bulduğu yeni ve sadık müşterilerle yaptığı aracılık işlemlerinden elde ettiği komisyon ücretinin ise 130.000 TL olduğu tespit edilmiştir. (A)'nın kendi bulduğu ancak sözleşmenin sona ermesinden önce iflâs eden üç müşterisinden son bir yılda elde ettiği gelir 10.000 TL'dir. Sözleşme süresinde elde edilen verilere göre her yıl müşterilerin %10'unun rakip işletmelere yöneldikleri belirlenmiştir. Ayrıca (M)'nin piyasada tanınan ve itibar edilen tescilli bir markası bulunmakta ve (A) tarafından sürümü yapılan ürünlerde bu marka kullanılmaktadır.

---

mektedir. Tutarlı ve ilmî olmak kaydıyla müvekkilin menfaati, acentenin kaybı ve hakkaniyete uygunluk ölçütlerine riayet eden hesap yöntemlerini geçerli kabul etmek gerekir. Ancak örneğin ham karşılığı acentenin/dağıtıcının kaybının da aşağısında belirleyecek bir hesap yöntemi elbette TTK m. 122/1 hükmüne aykırı olacaktır.

<sup>103</sup> TTK m. 122/3 hükmünün lafzına göre acentenin ağır hastalığı sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmesi hâlinde denkleştirme talep edememesi gerekir (AKIN, s. 617; KARAMANLIOĞLU, s. 143-144). Ancak öğretilerde acentenin yaşlılık veya hastalık sebebiyle sözleşmeyi feshetmesi durumunda denkleştirme talep edebilmesi gerektiği yönünde görüş birliği bulunmaktadır. Bkz. AKIN, s. 617; AYAN, s. 154, 158-159; BADAĞ AYBAR, s. 178; KARAMANLIOĞLU, s. 147; KARASU, s. 306; KAYA, A., Acentelik, s. 250, N. 11e; KAYA (ÜLGEN / HELVACI / KENDİGELEN / NOMER ERTAN), s. 879; KAYA, M. İ., s. 391; UZUNALLI, Denkleştirme, s. 127. Dolayısıyla, örnek olay bu görüşe uygun şekilde bilinçli olarak tasarlanmıştır.

## B. Hesaplama

Yukarıda verilen bilgiler ışığında ilk olarak ham karşılığın tespit edilmesi gerekmektedir. Ham karşılık hesaplanırken başlangıç noktası olarak acentenin son 12 aylık dönemde yeni ve sadık müşteriler için müvekkilden aldığı komisyon ücreti esas alınmaktadır. Somut olayda esas alınacak komisyon ücreti 130.000 TL'dir. Ancak bu müşterilerden üçü sözleşmenin sona ermesinden önce iflâs ettiği için bunlardan elde edilen gelirin çıkarılması gerekmektedir. O hâlde hareket noktası 120.000 TL olacaktır. Sürümü yapılan ürünler dayanıklı tüketim malları grubunda yer aldıkları için 5 yıllık bir tahmin dönemi öngörülebilir. O hâlde acentenin muhtemel kaybı;

|        |             |   |     |   |             |
|--------|-------------|---|-----|---|-------------|
| 1      | 120.000,00  | - | %10 | = | 108.000,00, |
| . yıl: | (12.000,00) |   |     |   |             |
| 2      | 108.000,00  | - | %10 | = | 97.200,00,  |
| . yıl: | (10.800,00) |   |     |   |             |
| 3      | 97.200,00   | - | %10 | = | 87.480,00,  |
| . yıl: | (9.720,00)  |   |     |   |             |
| 4      | 87.480,00   | - | %10 | = | 78.732,00,  |
| . yıl: | (8.748,00)  |   |     |   |             |
| 5      | 78.732,00   | - | %10 | = | 70.858,80,  |
| . yıl: | (7.873,20)  |   |     |   |             |

---

TOPLAM = 442.270,80 TL olarak hesaplanır

Bu aşamada faiz indirimi uygulamak gerekir. Sözleşmenin sona erdiği 10.10.2019 tarihinde geçerli olan TCMB tarafından kısa vadeli kredilere uygulanan faiz oranı 16,94'tür. İndirim yöntemlerinden basit faize göre bugünkü değer (Hoffmann) formülünü tercih ettiğimiz takdirde;

|        | İskonto edilecek tutar | İndirim Faktörü | İskonto bedel |
|--------|------------------------|-----------------|---------------|
| 1      | 108.000,00             | 0,85514         | 92.35         |
| . yıl: |                        |                 |               |

|        |           |         |       |
|--------|-----------|---------|-------|
| 2      | 97.200,00 | 0,74694 | 72.60 |
| . yıl: |           |         |       |
| 3      | 87.480,00 | 0,66304 | 58.00 |
| . yıl: |           |         |       |
| 4      | 78.732,00 | 0,59609 | 46.93 |
| . yıl: |           |         |       |
| 5      | 70.858,80 | 0,54142 | 38.36 |
| . yıl: |           |         |       |
| SONUÇ  |           |         | 308.2 |

Ham karşılığı 308.256,13 TL olarak hesapladık. İkinci adımda ulaşılan tutarın hakkaniyet denetimine tâbi tutulması gerekmektedir. Somut olayda (M)'nin markasının tanınmış olduğu bilgisi verilmişti. Bu sebeple %25'lik bir indirim hakkaniyete uygun olacağını kabul edelim. Buna karşın, acentenin ağır bir hastalığının olması sözleşme dışı bir durum olduğu için ödenecek denkleştirme miktarını etkilemez. O hâlde, denkleştirme bedeli 231.192,10 TL olarak hesaplanmış olur.

Üçüncü ve son aşamada üst sınır denetimi yapılır. Sözleşme 5 yıldan kısa sürdüğü için üst sınırı belirlemek için sözleşme süresinin yıl bazın ortalaması alınmalıdır. Sözleşme toplamda 42 ay sürmüş ve bu süreçte toplam 840.000 TL gelir elde edilmiştir. (A)'nın aylık ortalama geliri  $840.000 / 42 = 20.000$  TL'dir. Ortalama yıllık geliri ise  $20.000 \times 12 = 240.000$  TL'ye karşılık gelmektedir. Bu miktar azamî sınırı göstermektedir. Yapılan hesap sonucu ulaştığımız tutar üst sınırın altında olduğu için (A), 231.192,10 TL'lik denkleştirme bedelinin tamamına hak kazanır.

### SONUÇ

TTK'da denkleştirmenin nasıl hesaplanacağı konusunda bir hüküm öngörülmemiş, yalnızca TTK'nın 122. maddesinin 1. fıkrasında şartlar oluşması hâlinde acenteye "uygun" bir bedelin ödeneceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla hesaplama konusunda kural içi bir boşluk söz konusu olup, bu boşluğun hâkim tarafından TMK m. 4 uyarınca takdir yetkisi kullanılarak hukuka ve hakkaniyete göre doldurulması gerekmektedir. Ancak yine hakkaniyet gereği hesaplama işi, belirli ilke ve kurallar çerçevesinde yapılmalıdır. Bu amaçla, Alman hukukunda uzun



zamandır uygulanan ve geliştirilen hesaplama yöntemlerinden faydalanılabilir.

Denkleştirme tutarı sırasıyla “*ham karşılığın tespiti*”, “*hakkaniyet denetimi*” ve “*üst sınır denetimi*” adımlarından oluşan üç aşamalı bir yöntem ile hesaplanmaktadır. Ham karşılık TTK m. 122/1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerine uygun olarak müvekkilin/sağlayıcının sağlayacağı fayda ile acentenin/dağıtıcının uğrayacağı kayba göre belirlenir. Alman hukukunda pratik olması nedeniyle acentenin/dağıtıcının son 1 yıllık sözleşme döneminde elde ettiği net kazanç esas alınmaktadır. Sonra, sürümü yapılan malın niteliğine göre bir tahmin dönemi öngörülür. Her tahmin dönemi için bir miktar müşterinin işletmeden kopacağı varsayımı ile indirim uygulanır. Daha sonra acente/dağıtıcı, sözleşme devam etseydi uzun bir süreçte elde edeceği tahmin edilen kazancı tek seferde ve toplu olarak aldığı için bedelde iskonto yapılır. Böylece ham karşılığa ulaşılmış olur.

Ham karşılık belirlendikten sonra bu miktarın acenteye/dağıtıcıya ödenmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığı değerlendirilir. Hakkaniyete göre bedel yüksekse aşağı çekilir, düşükse yükseltir. Markanın çekim gücü, rekabet yasağının ihlâli, müvekkilin/sağlayıcının yoğun reklam faaliyetleri, sürümü yapılan ürün veya hizmetin fiyatının rakip işletmelere göre daha uygun olması, sözleşmenin sona erme sebebi gibi hususlar hakkaniyet gereği denkleştirme talebinin azaltılmasını gerektirir. Buna karşın, acentenin/dağıtıcının sözleşmenin devam edeceği inancıyla önemli yatırımlar yaptığı bir süreçte ani ve haksız bir fesihle karşılaşması, müvekkilin/sağlayıcının elde edeceği menfaatin acentenin/dağıtıcının kaybindan daha fazla olması gibi durumlar denkleştirme talebinin yükseltilmesini sağlar. Sözleşme dışı olgular ise kural olarak denkleştirme miktarını etkilemez.

Hakkaniyet denetiminden sonra belirlenen tutar acenteye/dağıtıcıya hemen ödenmez. Bu aşamada ulaşılan sonucun TTK m. 122/2’de öngörülen üst sınırı aşıp aşmadığına bakılır. Hesaplanan miktar üst sınırdan ya da sınırın altında ise acenteye/dağıtıcıya ödenir. Tespit edilen bedel üst sınırın üstünde olduğu takdirde ise denkleştirme ödemesi üst sınırdan yapılır.

TTK'nın 122. maddesinin hükümet gerekçesinde "*İkinci fıkra talebin hesaplama şeklini göstermektedir*" denilerek uygulayıcılar, denkleştirme talebinin hesabı hususunda yanlış yönlendirilmektedir. Oysa anılan fıkraya hükmünün yalnızca denkleştirme talebini sınırlama işlevi bulunmaktadır. Hesaplama ise yukarıda belirttiğimiz ilke ve esaslar üzerinden yapılmalıdır.

## KAYNAKLAR

- AKIN, İrfan: “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler”, AÜHFD, C. 62, S. 3, 2013, s. 613-641.
- ARKAN, Sabih: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Acentenin Denkleştirme Talebinin Koşulları”, Prof. Dr. Gürgân Çelebi-can’a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 397-403 (Denkleştirme).
- ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, BTHAE, Ankara, 2018 (İşletme).
- ARSLANDOĞAN, Birce: “Denkleştirme İstemi Belirsiz Alacak Davası Yolu ile İleri Sürülebilir mi?”, BÜHFD, C. 11, S. 141-142, 2016, s. 79-119.
- AYAN, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- AYATA, Yeşim: Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2019.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BADAK AYBAR, Zehra: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 24, 2013/2, s. 167-201.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayıncılık, 19. Bası, İstanbul, 2018.
- BİLGİLİ, Fatih: “Ticari Defterler – Cari Hesap – Acente”, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 55-91.
- BURKARD, Peter H.: Termination Compensation to Distributors under German Law, The International Lawyer, Vol. 7, No. 1, 1973, s. 185-194.
- BUSCHE, Jan: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Ed. Hartmut Oetker, 6. Auflage, München, 2019.
- CANTÜRK, Barış Cihan: Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇAKI, Gamze: Anonim Ortaklık Tasfiyesinde Alacakların Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

- DARI, Abdulkadir: "Acentenin Denkleştirme Talep Hakkının Hesaplanması ve Yargıtay Kararı Değerlendirmesi", HKÜHFD, C. 9. S. 17, 2019, s. 373-393.
- DEMİR, Koray: "Tek Satıcının Denkleştirme Talebi", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 399-419.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2013.
- DOĞANAY, M. Zahid: Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat / SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2019.
- EMDE, Raimond: Vertriebsrecht Kommentierung zu §§84 bis 92c HGB, Berlin, 2009.
- ERCAN, Duygu: Denkleştirme Taleplerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ERDEM, H. Ercüment: "Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi", Türk Ticaret Kanunu İle İlgili Makaleler (2009-2016), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1-112.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2019.
- ERTABAK, Ünal: Tek Satıcının Müşteri Tazminatı Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması, Legal Kitapevi, 2. Baskı, 2011.
- GÜNDOĞDU, Gökmen / CANTÜRK, Barış Cihan: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 122/5 Maddesi Uyarınca Marka Lisans Alanın Denkleştirme İstemi", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, S. 32, Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan 1. Cilt, 2019, s. 1479-1527.
- GÜRPINAR, Bünyamin: "Sigorta Acenteleri Açısından Portföy Tazminatı", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2015, s. 43-64.

- GÜRZUMAR, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1995.
- HATİPOĞLU, Ayşe Gül: "Acentelerin Denkleştirme İsteminin Belirlenmesinde Gelirin Tespiti ve Muhasebeleştirme Sorunu: Çözüm Önerisi", FÜSBD, C. 22, S. 2, 2012, s. 177-187.
- HESSELINK, Martijn W./ RUTGERS, Jacobien W./ DÍAZ, Odavia Bueno/ SCOTTON, Manola/ VELDMAN, Muriel: Principles of European Law Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, Vol. 2, Sellier European Law Publishers, Germany, 2006.
- HOFFMANN, Günther: Der Ausgleichsanpruch der Handelsvertreter, Gabler Verlag, Wiesbaden, 1966.
- HOPT, Klaus J.: in Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch, 39. Aufl., München, 2020.
- İRGE ERDOĞAN, Burcu: Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- İŞGÜZAR, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989.
- KALENDER, Emre: "Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m. 122'nin Marka Lisansı Alana Uygulanıp Uygulanamayacağı", İNÜHFD, C. 8, S. 1, 2017, s. 91-112.
- KANIŞLI, Erhan: "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi", LHD, C. 12, S. 138, 2014, s. 111-144.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem: Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KARAMANLIOĞLU, Argun: "Acentenin Hastalık ve Yaşlılık Gerekçesiyle Acentelik Sözleşmesini Feshetmesi Halinde Denkleştirme İsteminin Durumu", İKÜHFD, C. 16, S. 2, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, 2017, s. 141-172.
- KARASU, Rauf: "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi", AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 283-318.

- KAYA, Arslan: "Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Diğer Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi", Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 9-43 (Denkleştirme).
- KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Acentelik, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul, 2016 (Şerh).
- KAYA, Mustafa İsmail: Acentelik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- KAYIHAN, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Umuttepe Yayınları, 5. Baskı, Kocaeli, 2018.
- KIRCA, Çiğdem: Franchise Sözleşmesi, BTHAE, Ankara, 1997.
- KIYILAR, Murat: Paranın Zaman Değeri, Literatür Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2015.
- KOÇ, Mehmet: Türk ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Acentenin Denkleştirme İstemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- LAM, Shun Yin / SHANKAR, Venkatesh / ERRAMILI, M. Krishna / MURTHY, Bvsan: "Customer Value, Satisfaction, Loyalty, and Switching Costs: An Illustration From a Business-to-Business Service Context", Journal of The Academy of Marketing Science, Vol. 32, No. 3, s. 293-311.
- LEHMANN, Jochen: BeckOK HGB, Martin Häublein / Roland Hoffmann-Theinert (Hrsg.), 29. Ed., München, 2020.
- LÖWISCH, Gotfried: in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., München, 2020.
- MOROĞLU, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul, 2016.
- OETKER, Hartmut: Handelsrecht, Springer Verlag, 8. Aufl., 2019.
- ROTH, Wulf-Henning: in Koller/Kindler/Roth/Drüen, Kommentar zum HGB, 9. Aufl., 2019.
- SAK, Burak: Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- SALDANLI, Arif: Finansal Yönetim, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzak-tan Eğitim Fakültesi,

<http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kok/finansalyonu163.pdf>  
(Erişim: 03.07.2020).

- SEMLER, Franz-Jörg: in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage, 2016.
- ŞAHİN, Adem: “Acentelik Sözleşmesinin Kısmi Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstem Hakkı”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. III, 2016, s. 2531-2555.
- ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ŞENOL, A. Nilay: Bayılık Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- ŞİMŞEK, Bahar: Franchising Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 6. Basım, İstanbul, 1990.
- TANDOĞAN, Halûk: “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, BATİDER, C. XI, S. 4, 1982, s. 1-36.
- TEKİL, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1997.
- TEKİNALP, Ünal: “Türk Hukukunda Acentanın “Portföy Akçası” Talebi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BTHAE, 1998, s. 1-17.
- ULAŞ, Dilber: Franchising Sistemi, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.
- UYANIK, Namık Kemal: Ticari Anlaşmazlık Davalarında Maddi Zararın Hesaplanması, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2017.
- UZUNALLI, Sevilay: “Acentelik ve Giriş Bedeli”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. III, 2013, s. 2961-3020 (Giriş Bedeli).
- UZUNALLI, Sevilay: “Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması”, TFM, C. 5, S. 1, 2019, s. 115-130 (Denkleştirme).
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul, 2019.
- VAN HORNE, James C. / WACHOWICZ JR., John M.: Fundamentals of Financial Management, Pearson Education, 13th Edition, 2008.
- von HOYNINGEN-HUENE, Gerrick: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Auflage, München, 2016.

- WESTPHAL, Bernd: "Die Berechnung des Ausgleichsanspruchs in der Praxis", Der Ausgleichsanpruch des Handelsvertreters, Ingo Sanger / Reiner Schulze (Hrsg.), Baden-Baden, 2000, s. 30-42.
- YAĞCI, Uğur: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Denkleştirme İstemi", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 2, S. 5, 2013, s. 15-44.
- YEŞİLTEPE, Salih Önder: "Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi", MÜHF-HAD, C. 13, S. 1-2, 2007, s. 169-191.
- YILMAZ, Hümeysra: Acentenin Denkleştirme İstemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Türkiye İsrar Raporu, Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, Ankara, 2018,  
[https://tuketici.ticaret.gov.tr/data/5e6b33e913b876e4200a0101/Turkiye\\_Israf\\_Raporu\\_2018.pdf](https://tuketici.ticaret.gov.tr/data/5e6b33e913b876e4200a0101/Turkiye_Israf_Raporu_2018.pdf) (Erişim: 21.10.2020).





## ÇALINTI MOTORLU ARAÇLARIN SATIŞINDA NOTERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Gençer ÖZDEMİR\*

### Öz

Noterlik Kanunu uyarınca, görevi çeşitli belge ve işlemlere resmîyet kazandırmak olan noterler, hukuki güvenliği sağlamaya hizmet etmektedir. Gerek belgelendirme gerekse diğer işlemler bakımından kamu hizmeti gören noterlerin, bu görevlerini yerine getirirken verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu söz konusudur. Zira sorumluluk hukuku açısından zarar verenin, zarar görenin uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir.

Son dönemde motorlu araçların, hak sahibi olmayan kişilerce sahte belgelerle satıldığı, bu konuda noterlerin de ihmal göstermesi nedeniyle araç sahiplerinin zararına sebep olunduğu, sıkça karşılaşılan bir durum haline gelmiştir. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarında, noterlerin gerçekleştirdikleri işlemlerden kaynaklanan zararlardan kusursuz sorumlu oldukları ve sorumluluk için zarar ile noterin eylemi arasında illiyet bağı bulunmasının yeterli olduğu vurgulanmıştır. Noterlik Kanunu'nda, noterin zarar gören herkese karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Çalışmamızda, noterin hukuki sorumluluğu kavramı açıklanmak suretiyle, çalıntı motorlu araçların satışında noterin sorumluluğu, noterde işlem yapan kimseler dışında kalan üçüncü kişilerin uğradığı zararların giderilmesi konuları detaylı şekilde incelenecektir.

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., İstanbul 29 Mayıs University, Faculty of Law, Department of Civil Law, İstanbul, Turkey.

✉ gozdemir@29mayis.edu.tr • ORCID 0000-0003-3382-1262

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZDEMİR, Gençer, "Çalıntı Motorlu Araçların Satışında Noterinin Hukuki Sorumluluğu", SÜHFD, C. 29, S. 3, 2021, s. 2309-2346.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Noterin Hukuki Statüsü • Noterin Hukuki Sorumluluğu • Sorumluluğun Nite-  
liği • Motorlu Araç • Motorlu Araçların Satışında Noterin Sorumluluğu

## LEGAL LIABILITY OF THE NOTARY PUBLIC IN THE SALE OF STOLEN MOTOR VEHICLES

### Abstract

Notaries, whose duty is to formalize various documents and transactions in accordance with the Notary Law, serve to ensure legal security. Notaries, who provide public services in terms of certification and other transactions, are liable for the damages they cause while performing these duties. Because, in terms of liability law, the party causing the damage must compensate the damage suffered.

Recently, it has been a frequent situation that motor vehicles are sold with forged documents by people who are not entitled, and that vehicle owners are harmed due to the negligence of notaries in this regard. Decisions of the Supreme Court on the subject, emphasizes that the notary publics are perfectly responsible for the damages arising from their transactions and it is important to have a casual link between the damage and actions of the notary. Notary Law stipulates that the notary public is liable to everyone who suffers from damage.

In our study, by explaining notary public's legal responsibility, the responsibility of the notary in the sale of stolen motor vehicles and the elimination of damages incurred by third parties other than those who do transaction in the notary public will be examined in detail.

### Key Words

Legal Status of Notary Public • Legal Responsibility of Notary Public • Nature of Responsibility • Motor Vehicle • Notary Public's Responsibility in the Sale of Motor Vehicles

## GİRİŞ

Türk hukukunda Noterlik, 1512 Sayılı Noterlik Kanunu (NK) ile düzenlenmiştir. NK. m.1'de belirtildiği üzere, noterler, kamu hizmeti görürler ve kişiler arasındaki anlaşmazlıkları önlemek ve hukuki güvenliği sağlamak için, işlemleri belgelendirip, kanunlarla kendilerine verilen diğer görevleri yerine getirirler. Bu şekilde kamu görevi yerine getiren noterlerin, görevlerini yerine getirirken verdiği zararlardan sorumlu

tutulması esastır. Bu sorumluluğun niteliği ve kapsamı belirlenirken, Borçlar Hukuku' nun genel prensipleri yanında, özel kanun niteliğinde olan Noterlik Kanunu hükümlerinin de dikkate alınması gerekir. Noterin hukuki sorumluluğu, NK'nın 162. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda noterlerin hukuki sorumluluğu kavramı açıklanmak suretiyle, çalıntı motorlu araçların satışında noterlerin sorumluluğu konusu detaylı şekilde incelenecektir.

## I. NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Noterlik Kanunu'nun "Noterlerin Hukuki Sorumlulukları" başlıklı 162/1. maddesinde; *"katipler, katip adayları ve stajyerler tarafından yapılmış olsa bile, noterlerin, görevleriyle ilgili bir işin yapılmamasından ya da hatalı veya eksik yapılmasından dolayı zarar gören kimselere karşı sorumlu oldukları"* belirtilerek, noterlerin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. Hukuk hayatı içinde önemli bir yere sahip olan noterlikte, sorumluluğun şartı olarak kusura yer verilmemiş, sadece *"sebep olma esası"* getirilmiştir<sup>1</sup>. Sorumluluk, zarar verenin, zarar görene vermiş olduğu zararları gidermek zorunda olduğu bir borç kaynağıdır<sup>2</sup>. NK m.162/1'de, noterlerin zarar gören herkese karşı sorumlu olduğu öngörülmüş, noterde işlem yapan kişi ile üçüncü kişiler arasında ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, noterin işleminden bizzat işlemi yapan kişi dışında, üçüncü kişi zarar görmüşse de noterin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Görevi hukuki ihtilafları engellemek olan noterlerin sorumluluğu, diğer kişilerin sorumlu-

<sup>1</sup> ULUKAPI, Ömer, "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 21, Sayı: 1, s.210; KAYABEKMAN, Asım, "Noterlerin Meslek Sorumluluğu ve Noterlerin Toplum İçindeki Görevleri", TNBHD, Yıl:1978, Sayı:20, s.10; TANRIVER, Süha, "Noterlerin İşlevleri Alanındaki Yeni Açılımlar ve Bu Bağlamda Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının İrdelenmesi", TNBHD, Yıl: 2004, Sayı:124, s.79.

<sup>2</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Vedat Kitâpçılık 2020, s.552; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitâpçılık 2010, s.3; OĞUZMAN, M.Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 16. Bası Vedat Kitâpçılık 2021, s.1; NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s.30; NART, Serdar, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2010, Cilt:11, Özel Sayı, s.426; İMRE, Zahit, "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri", İÜHF Mecmuası, Yıl:1947, Cilt:13, Sayı:4, s.1479.

luğundan daha ağırdır. Noterlerin disiplin sorumlulukları ve cezai sorumlulukları da vardır.

### A. Noterlerin Hukuki Statüsü

Noterlik Kanunu m.1’de noterlerin kamu hizmeti gördüğü belirtilmiş olup, Türk Hukuku mevzuatında noterlerin hukuki statüleri konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Noterlerin, Adalet Bakanlığı’nın iznine ve denetimine tabi olduğu düşünüldüğünde, serbest meslek çalışanı olduklarını iddia etmek zordur. Noterlerin, devlet dairelerinin çalışma saatlerine uymak zorunda olmaları ve noterlikten başka iş yapamamaları noterliğin memurluğa benzeyen taraflarıdır. Noterler, anayasa ve idare hukuku açısından “*memur*” statüsünde olmayıp, yaptıkları işin doğası gereği, geniş anlamda kamu görevlisidirler<sup>3</sup>.

Noterlerin gördüğü hizmetin niteliği ve NK m.1 dikkate alındığında, noterlerin kamu görevlisi olduğu düşünülebilir. Nitekim, T.C. Anayasası’nın 128’inci maddesinde kamu hizmetleri kapsamında görülmesi gereken asli ve sürekli görevleri yerine getiren görevlilerden, memurlardan ve diğer kamu görevlilerinden bahsedilmekte olup, maddede yer alan “*diğer kamu görevlileri*” ifadesi, işçi, geçici işçi ve sözleşmeli personeli işaret etmektedir ve noterler bu kavramlar içinde yer almazlar. NK m.151 hükmüne bakıldığında, noterlerin görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı, TCK uygulaması bakımından kamu görevlisi sayılacakları belirtilmiştir. Noterlerin, görevlerinden dolayı kovuşturulmaları için Adalet Bakanlığı’nın izni gerekir. NK m.152’de, noterlerin görevlerini ifa ederken veya görevleri nedeniyle onlara karşı işlenen suçlar bakımından, TCK uygulaması kapsamında kamu görevlisi sayıl-

<sup>3</sup> KICALIOĞLU, Mustafa, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2007, Sayı:11, s.131; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1, 13.Baskı, Turhan Kitabevi 2019, s.801; GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10.Baskı, İmaj Yayıncılık 2015, s.582; ERDOĞAN, Ersin, “Noterlerin Hazırlanmasına Katılmış Oldukları Senetler Sebebiyle Zarar Gören Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 1, s.262; ULUKAPI, Ömer / ATALI, Murat, Noterlik Hukuku, 3.Baskı, Mimoza Yayıncılık 2013, s.6-11; KURT, Leyla Müjde, “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: XVIII, Sayı: 2, s.86; TOPÇUOĞLU, Metin, “Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği”, Batider, Yıl: 2000, Cilt: XX, Sayı: 4, s.195-196.

dıkları belirtilmiştir. Kanun'un hükümlerinden noterlerin kamu görevlisi olmadığı, onlara kamu görevlilerine ilişkin hükümlerin uygulandığı anlaşılmaktadır<sup>4</sup>.

Noterlerin atanması, işten el çektirilmeleri, izne ayrılmaları vb. konularda Adalet Bakanlığı'nın yetkilendirilmiş olması, çalışma saatlerinin resmi dairelerin çalışma saatlerine göre ayarlanması gibi durumlar, noterlerin kamu görevlisi gibi görülmesine neden olmaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesi kararına da konu olmuştur. Aşağıda detayı verilen kararda noterliğin bir statüye bağlı bulunduğu, bu nedenle noterliğin özel teşebbüs sayılamayacağı ve noterler hakkında özel teşebbüslerle ilgili kuralların uygulanamayacağı belirtilmiştir<sup>5</sup>.

Doktrinde, "kamu görevlisi" kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevleri ifa eden, genel veya özel bütçeden veya bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlardan veya kefalet sandıklarından aylık alan kişi" olarak ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Bu tanım kapsamında, noterlerin genel ve özel bütçeden aylık almayıp mali yönden bağımsız olmaları nedeniyle, onların kamu görevlisi olmadığı da söylenebilir. Noterlerin sırf kamu hizmeti görüyor olmaları, onların kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi için yeterli değildir. Anayasa Mahkemesi de yasa koyucunun herhangi bir faaliyeti kamu hizmeti olarak tanımlamasının, o mesleğin Anayasa m.70 anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermeyeceğini belirtmektedir<sup>7</sup>. Aynı doğrultuda

<sup>4</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.801; GÜNDAY, s.582; ERDOĞAN, s.262; ULUKAPI/ATALI, s.6-11; KURT, s.86; TOPÇUOĞLU, s.195-196.

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 1979/5E., 1979/29K. sayılı (RG.16873- 18/01/1980) sayılı kararında; "Kamu hizmetleri sürekli ve düzenli hizmetlerdir. Bu hizmetler özel kişilerin yararlarını değil kamusal yararları karşılarlar. Kamu hizmetleri yasayla ya da yasanın verdiği yetkiye dayanılarak kurulur ve kaldırılır. Noterlikler, 1512 sayılı Noterlik Yasasının verdiği yetkiye dayanılarak açılırlar. Noterliğin bir kamu hizmeti, noterlik dairesinin resmî daire olduğu, noterlerce yapılan işlemlerin resmî işlem sayıldığı, noterlerin atama, yükselme, sınıflara ayrılma ve denetimlerinin Adalet Bakanlığınca yapıldığı, ücret tarifelerinin Adalet Bakanlığınca saptandığı, kısaca noterliğin bir statüye bağlı bulunduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu nedenlerle noterlik, özel teşebbüs sayılamaz ve hakkında özel teşebbüslerle ilgili kurallar uygulanamaz." şeklinde belirtilmiştir. (www.resmigazete.gov.tr) (ET:10.05.2021)

<sup>6</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.919; GÜNDAY, s.580; DOĞAN, s.262.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2002/8E., 2003/47K. sayılı (RG.25321- 19/12/2003) sayılı kararında; "Anayasa 70. madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade etmektedir. Serbest mes-

Danıştay, avukatların kamu hizmeti niteliğinde iş görmesinin, onların kamu görevlisi olarak kabul edilmesi için yeterli olmayacağını belirtmiştir<sup>8</sup>. Yargıtay da avukatların aslen kamu hizmeti gördükleri halde, hizmetlerinin karşılığı olan ücreti devlet bütçesinden almamaları nedeniyle, kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceklerine karar vermiştir<sup>9</sup>.

İsviçre’de noterler, bazı kantonlarda devlet memuru olarak kabul edilmekte, bazılarında ise serbest meslek mensubu olarak faaliyet göstermektedir. İsviçre’de noterliğin serbest meslek olarak kabul edildiği kantonlarda, noterlerin yaptığı işlemler, resmi işlemler ve resmi olmayan işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. İş sahipleri ile noter arasındaki ilişki, noterin resmi işlem yerine getirdiği durumlarda kamu hukuku ilişkisi, resmi olmayan işlem yerine getirdiği durumlarda özel hukuk (vekalet) ilişkisidir. İsviçre Federal Mahkemesi, noterlerin serbest meslek mensubu olarak kabul edildiği kantonlarda, iş sahibi ile noter arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi kılmaktadır. Ancak, noterlerin düzenlediği resmi senette var olan bir hukuka aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumlulukta, haksız fiil hükümlerini uygulamaktadır<sup>10</sup>.

---

*lek olan avukatlık bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Her ne kadar Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi, avukatlığın kamu hizmeti olduğuna işaret ediyor ise de, yasa koyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlaması onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez.”* şeklinde belirtilmiştir. (www.resmigazete.gov.tr) (ET:10.05.2021).

<sup>8</sup> Danıştay 8. Dairesi'nin 27/01/1994 tarih ve 1993/177E., 1994/306K. sayılı kararında; “1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1.maddesinde avukatlık kamu hizmeti ve serbest meslek olarak tanımlanmış, 3817 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1.maddesinde ise Yasanın memurlar ile diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanlar hakkında verilmiş disiplin cezalarını kapsadığı kuralı yer almıştır. Olayda, serbest avukat olan davacının kamu hizmeti görmesine karşın, memur ya da kamu görevlisi niteliği taşımadığından disiplin cezasının Af Kanunu kapsamına alınmasında usul ve yasaya uyarlık bulunmamaktadır.” şeklinde belirtilmiştir. (www.emsal.danistay.uyap.gov.tr) (ET:10.05.2021).

<sup>9</sup> Yargıtay HGK'nın 14.09.1983 tarih ve 1980/1714E., 1983/803K. sayılı kararı, DEMREN DÖNMEZ, Burcu, “Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı”, TBB Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 94, s.110; Erdoğan, s.263.

<sup>10</sup> KURT, s.88-89'dan naklen; KICALIOĞLU, s.136'dan naklen. İsviçre Federal Mahkemesi, noterin taşınmaz satımına ilişkin düzenlediği resmi senette hatalı bilgiler yer almasından ötürü zarara uğrayan alıcının notere karşı açtığı tazminat davasında, vekalet sözleşmesi hükümlerinin değil, haksız fiil hükümlerinin uygulanacağını

## B. Sorumluluğun Niteliği

Sorumluluk, üstlenilen bir işin gereklerini bilmek ve buna göre hareket etmektir. Kusurlu bir eylemle bir kişiye verilen zarar sorumluluk hukuku kapsamında giderilir. Sorumluluk dar anlamda kusura dayanan sorumluluğu ifade etmekte olup, geniş anlamda kusursuz sorumluluğu da içine alır. Bazı olaylarda kusuru kanıtlamak güçleşmekte, bir zarar ortaya çıkmasına karşılık, kusur kanıtlanamadığından, zararın tazmin edilemediği görülmektedir. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk esas ortaya çıkmıştır. Her ne kadar kusura dayanan sorumluluk esas olsa da bazı özel ve ayrıcalıklı durumlarda, zarar verenin kusuru olmasa da sorumlu tutulmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Bunlar kusursuz sorumluluk halleridir. Kusursuz sorumluluğun unsurları, zarara sebep olmak, fiille zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması ve hukuka aykırılıktır. Bu unsurların varlığını ispat mağdura düşmektedir. Yasada öngörülmedikçe, kusursuz sorumluluğun uygulanması mümkün değildir<sup>11</sup>.

---

kabul etmiştir. Olayda noter tarafından resmi şekilde düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesinde, satışa konu taşınmaz üzerindeki ipotek bilgileri tapu kütüğündeki kayıtlardan farklı şekilde yazılmıştır. Tapu kaydındaki ipotek bilgileri ile satış sözleşmesindeki ifadeler uyuşmadığından tapuda mülkiyetin nakli gerçekleşmemiştir. Bir süre sonra satıcı iflas etmiş, halen satıcının elinde bulunan taşınmaz iflas masasına girmiş ve zarara uğrayan alıcı notere karşı tazminat davası açmıştır. Federal mahkeme'ye göre, resmi belgelerin düzenlenmesinin organizasyonu devlete ait bir görevdir. Noter de resmi belge düzenlerken kamusal bir görev icra etmektedir. İBK m.61/1'e göre memurlar ve kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken verdikleri zararlardan sorumlulukları konusunda federal ve kantonal kanun koyucu tarafından başka bir düzenleme yapılmadıkça, İBK'nun haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. Somut olayda noterin kamu görevini ifa ederken verdiği zarardan sorumluluğu konusunda böyle ayrı bir düzenleme bulunmadığından, mahkeme noterin düzenlediği resmi belgeden doğan zarardan sorumluluğu bakımından haksız fiil hükümlerini uygulamıştır. BGE 90 II 274,277. Kurt, s.89' dan naklen.

<sup>11</sup> HATEMİ, Hüseyin, Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s.1; GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020, s.412-413; MEMİŞ, Yusuf, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 2015, Cilt: 10, Sayı: 106, s.92; EREN, s.694; OĞUZMAN/ÖZ, s.114-145; KICALIOĞLU, s.132-133. Yargıtay 3.HD.'nin 03/04/2014 tarih ve 2013/20224E., 2014/ 5419K. sayılı kararında; " Somut olayda, davalı Kayseri ..Noterliği tarafından tanzim edilen 13.06.2005 tarihli ve 12425 yevmiye numaralı satış sözleşmesinde, dayanak olarak Motorlu Taşıtlar Vergisi de gösterilmiş, Yeğenbey VD.'nden

Noterlik Kanunu m.162/1'de, noterlerin iki tür hukuki sorumluluğunun olduğu düzenlenmiştir. Birincisi, noterlerin bizzat yaptığı işlemlerden doğan sorumluluğu, ikincisi, noterlik çalışanlarının yapmış oldukları işlemlerden dolayı sorumluluğudur. Türk noterlik mevzuatında, notere, hukuki konularda kendisine başvuran iş sahiplerine danışmanlık yapma görevi yüklenmemiştir. Bu nedenle danışmanlığa ilişkin konularda noterlerin hukuki bir sorumluluğu doğmayacaktır. Noterler, sadece göreviyle ilgili konularda verdikleri zararlardan sorumlu olacaktır<sup>12</sup>.

Uygulamada, noterliklerde yapılan neredeyse tüm işlemler noter katipleri tarafından hazırlanmakta ve noterin imzası ve mührü ile işlem tamamlanmaktadır. Böyle bir durumda bu işlemin noter tarafından mı, yoksa katip tarafından mı yapıldığının tespiti zordur. Ancak, işlemin noterin imzası ve mührü ile tamamlandığından yola çıkarak, yapılan işlemin sonuçlarını notere yüklemek ve iç ilişkide noterin katibe rücu edebileceğini kabul etmek mümkündür<sup>13</sup>.

Noterlerin imza yetkisi verdiği katiplerin veya stajyerlerin, noterin katılımı olmaksızın da işlem yaptıkları görülmektedir. Bu tür işlemlerde noterin, katip ya da stajyerin yaptığı kusurlu işleminden dolayı sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, noterin imza yetkisi vermediği katip ve katip adaylarının işlemlerinden dolayı da işlemleri bizzat yapmış gibi sorumluluğu ortaya çıkmaktadır<sup>14</sup>.

---

*verilme 06.06.2005 tarihli 2005/399512 sıra nolu belgeye göre, söz konusu aracın motorlu taşıtlar vergisi borcu bulunmadığı ve bu aracın devrinin yapılabileceğinin yazılı olduğu görülmüştür. Satış sözleşmesine dayanak söz konusu belge (aracın borcunun olmadığına ilişkin belge) incelendiğinde, satışı yapılan aracın şase numarası ile bu belgedeki şase numarasının aynı olmadığı görülmektedir. Hal böyle olunca, araç satış ve intikalinin geçerli olabilmesi için noterlerin yasa gereğince tek yetkili ve sorumlu olmaları, işlem yaparken işleme esas belgeler üzerinde gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermesi gereken davalının, davacının uğradığı zarardan sorumlu olduğunun kabulü ve sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde belirtilmiştir. (www. karararama.yargitay.gov.tr) (ET:10.05.2021).*

<sup>12</sup> PULAŞLI, Hasan, “Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, TNBHD, Yıl: 1983, Sayı: 39, s.10-16; ULUKAPI, s.213; KURT, s.87; NART, s.430; ERDOĞAN, s.258.

<sup>13</sup> KURT, s.97; KARTAL, s.347; ERDOĞAN, s.258; NART, s.430; ULUKAPI, s.213.

<sup>14</sup> ULUKAPI, s.213-214; KURT, s.97; KARTAL, s.347; ERDOĞAN, s.258; NART, s.430.



Sorumluluğun niteliğinin belirlenmesinde, iş sahibi ile noter arasındaki ilişkinin sözleşmeye mi yoksa haksız fiile mi dayandığı ve sözleşmeye dayanması durumunda bu sözleşmenin hangi sözleşme niteliğinde olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Sorumluluğun niteliğine ilişkin 2 görüş bulunmaktadır.

### 1. Haksız Fiil Görüşü

Doktrinde bazı hukukçular, noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin kamu hizmeti niteliğinde olması sebebiyle, noterlerin sorumluluğunun resmi senede dayandığı durumlarda, verilen bir zarar söz konusu ise, sorumluluğun sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını söylemenin mümkün olmayacağını, böyle bir durumda haksız fiil sorumluluğundan söz edilmesi gerektiğini belirtmektedirler<sup>15</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimsemekte, sorumluluğun noterlerin düzenlediği bir resmi senetten kaynaklanması durumunda, uyuşmazlığın sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını söylemenin mümkün olmadığını ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir<sup>16</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar, iş sahibiyle noter arasındaki ilişki ile, zarara uğrayan üçüncü kişi ile noter arasındaki ilişkinin aynı olmadığını, ilkinde sorumluluğun sözleşmeden doğduğunu, ikincisinde ise sorumluluğun haksız fiile dayandığını belirtmektedirler<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> ASLAN DÜZGÜN, Ülgen, "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVII, Yıl: 2013, Sayı: 1-2, s.493; DOĞU, Engin, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence", Yargıtay Dergisi, Yıl: 1979, Cilt: 5, Sayı: 3, s.584; KARTAL, Bilal, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk", Yargıtay Dergisi, Yıl: 1998, Cilt: 24, Sayı: 3, s.349; ULUKAPI, s.214; ÜNAL, Mehmet, "1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162.Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu)", TNBHD, Yıl: 1999, Sayı: 101, s.49; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s.701; KURT, s.89-90; ULUKAPI, s.214; ÖZBEK, s.103.

<sup>16</sup> ATABEK, Reşat, "Noter Mali Sorumluluk Sigortası", TNBHD, Yıl: 1974, Sayı: 4, s.17'den naklen; DÜZGÜN, s.493'den naklen; DOĞU, s.584'ten naklen; KURT, s.89'dan naklen; ERDOĞAN, s.259'dan naklen.

<sup>17</sup> ATABEK, s.17; DOĞU, s.584. Doktrinde Erdoğan, her ne kadar hukuki statüleri farklı olsa da noterin sorumluluğunun, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna çok benzediğini, tıpkı tapu memurlarında olduğu gibi arada sözleşmesel bir ilişkinin olup olmadığı tartışmasına girilmeksizin sorumluluğa haksız fiil

## 2. Özel Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Doktrinde baskın görüş, noter ile iş sahibi arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olduğunu kabul etmektedir. Zira, noterler iş sahibinden aldığı ücret karşılığında işlemi gerçekleştirir ve bu kapsamda aralarında bir özel hukuk sözleşmesi kurulmuş olur<sup>18</sup>. Noterler ile iş sahipleri arasındaki ilişkilerin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi, sözleşmenin türünün belirlenmesini gerektirir. Doktrinde bir görüş, bu sözleşmenin vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi tutulması gerektiğini belirtmekte<sup>19</sup>, diğer bir görüş ise, noterler ile iş sahipleri arasındaki ilişkinin TBK'daki hiçbir sözleşme türüne girmediğini, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da bu görüş taraftarları, ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda, TBK'nın genel hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>20</sup>.

Doktrinde Ulukapı'ya göre, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu ile noterlerin sorumluluğu benzerlik göstermektedir. Yazara göre, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu, TMK m.1007'de düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk hali olup, noterlerin de bu şekilde bir sorumluluğunun olduğunu kabul edilmesi gerekir. Burada sorumluluğun şartları bağlamında kusur unsuru dışında nitelik itibarıyla haksız fiile ilişkin unsurların varlığı da kabul edilmelidir<sup>21</sup>.

---

hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Yazar, noterle bizzat işlem yapmayan, ancak noterin işlemi sebebiyle ve ona duyduğu güvenden ötürü zarara uğrayan üçüncü kişiler ile noter arasındaki ilişkilerin de haksız fiil hükümlerine tabi olacağını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, s.264.

<sup>18</sup> ÖZBEK, Mustafa Serdar, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s.75; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.13-14; OKTAY ÖZDEMİR, s.699; ULUKAPI, s.214-215; NART, s.433-434; KURT, s.89; KICALIOĞLU, s.136.

<sup>19</sup> DOĞU, s.584; ULUKAPI, s.215, ATABEK, s.18; KURT, s.90.

<sup>20</sup> ULUKAPI, s.215; ATABEK, s.18; DOĞU, s.584. Doktrinde GÜMÜŞ, NK.m.60'ta dokuz bent halinde sayılan işlemler bakımından noter ile iş sahibi arasında bir özel hukuk sözleşmesi bulunmadığını kabul etmekle birlikte, burada bir kamu hukuku ilişkisi olduğu ve Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını savunmaktadır. Yazara göre, NK m.162'deki sorumluluk kamu hukukuna ilişkin bir sorumluluktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, s.13-14.

<sup>21</sup> ULUKAPI, s.215-216; ULUKAPI/ATALI, s.219; ERDOĞAN, s.264; İNAN, s.31.

Kanaatimizce, noterler iş sahibinden aldıkları ücret karşılığında işlemi gerçekleştirdikleri için, aralarındaki ilişki bir özel hukuk sözleşmesi ilişkisidir. Noterle, işlemin tarafı olmayan zarar gören üçüncü kişi arasındaki ilişki ise, haksız fiile dayanan bir ilişkidir.

### C. Hukuki Sorumluluğun Şartları

Görev konularına giren bir işin eksik veya hatalı yapılmasından ya da hiç yapılmamasından dolayı noterler, zarar görene karşı sorumludurlar. NK m.162'nin düzenleniş tarzından noterlerin kendi eylemlerinden sorumluluğu yanında, çalıştırdığı personelin fiillerinden doğan zararlardan da sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. Madde metninde kusurdan bahsedilmemiş olup, bu nedenle noterlerin sorumluluğunda kusur aranmayacaktır.

Noterlerin müşterilerine karşı sorumluluğu vekalet sözleşmesi kapsamında, üçüncü kişilere verilen zararlar nedeniyle sorumluluğu ise haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, noterlik çalışanlarının müşterilere verdiği zararlardan noterin sorumluluğu TBK m.116'da yer alan sorumluluk hükümlerine göre, üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumluluğu ise TBK m.66'da yer alan sorumluluk hükümlerine göre çözümlenecektir. Diğer taraftan, özel kanun niteliğindeki NK m.162, bu konuda daha ağır sorumluluk getiren bir özel hüküm niteliğindedir. Bunun nedeni, noterlerin yaptıkları işin adalete hizmet ediyor olması ve bu nedenle yapılacak hataların büyük zararlara yol açıp, hukuki güveni sarsacak olmasıdır. Bu nedenle noterlerin sorumluluğu, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğudur. Ancak, doğan zarar ile noter ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişinin fiili arasında illiyet bağı olması gerekir<sup>22</sup>.

Doktrinde baskın fikre göre, NK m.162'de kusurdan söz edilmediği için, noterlerin gerek kendi fiillerinden gerekse çalışanlarının fiillerin-

<sup>22</sup> İNAN, Atilla, "Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", Sayıştay Dergisi, Yıl: 2000, Sayı: 36, s.29; DEDEAĞAÇ, Ender, "Noterlerin Tazminat Hukuku Açısından Sorumluluğu", TNBHD, Yıl: 2006, Sayı: 130, s.93; OKTAY ÖZDEMİR, s.699; KICALIOĞLU, s.136; ULUKAPI, s.215; ÖZBEK, s.76; DOĞU, s.586; İNAN, s.30; KARTAL, s.349; KICALIOĞLU, s.137; ÜNAL, s.52; ÖZBEK, s.63; MEMİŞ, s.93.

den sorumluluğu, kusursuz sorumluluk halidir<sup>23</sup>. NK'nın gerekçesinin ilk halinde *"kusurlu eylemleriyle"* ifadesi yer almakta iken, Millet Meclisi Geçici Komisyonu'nda bu ifade madde metninden çıkarılmış ve gerekçe olarak *"Borçlar Kanunu'ndaki sisteme uygunluk sağlanması"* gösterilmiştir<sup>24</sup>.

Doktrinde bir kısım yazarlar, noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenmiş olmasını eleştirmekte ve noterlerin sorumluluğunun kusur sorumluluğu esasına dayanması gerektiğini ve çalışanlarının fiillerinden sorumluluğu bakımından notere kurtuluş beyyinesi getirme olanağının tanınması gerektiğini belirtmektedir<sup>25</sup>. Bu yazarlara göre, özel hukukun temel prensibi olarak, bir kimsenin bir

<sup>23</sup> İNAN, s.30; OKTAY ÖZDEMİR, s.699; KICALIOĞLU, s.136; ULUKAPI, s.215; ÖZBEK, s.76; DOĞU, s.586; İNAN, s.30; KARTAL, s.349. Doktrinde DEDEAĞAÇ, NK m.162'de kullanılan "bile" sözcüğünün, noterlerin kendi işlemleri dışında yer almasına rağmen çalışanlarının fiillerinden sorumlu tutulacağını ifade etmek için kullanılmış olduğunu, bu maddeyi noterin bizzat gerçekleştirdiği fiiller bakımından uygulamanın mümkün olmadığını, noterin kendi fiillerinden sorumluluğunun haksız fiil esasını düzenleyen TBK m.49 hükmü kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEDEAĞAÇ, s.93; ÜNAL, s.52; ÖZBEK, s.63.

<sup>24</sup> ASLAN DÜZGÜN, s.495 dn.15; DOĞU, s.586. Doktrinde DOĞU'ya göre, kanun koyucunun gerekçede kullandığı bu ifadeden Borçlar Kanunu'nun kusursuz sorumluluk hallerine paralellik sağlamayı amaçladığı anlaşılmakta ise de, anılan Kanunda kusura dayanan sorumluluk hali de bulunduğundan amacı açıklamak için kullanılan deyim pek yerinde kullanılmış bir tabir olduğu söylenemez. Ayrıca Kanun Koyucunun niçin kusursuz sorumluluk haline uygunluk sağlamayı amaçladığı da açıklanmadığından bunun nedeni de anlaşılamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞU, s.586.

<sup>25</sup> TANRIVER, s.68; KURT, s.91; ULUKAPI, s.72; İNAN, s.25. Bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için genel ilke, kişinin kusurunun bulunmasıdır. Bu ilkenin olumlu sonucuna göre, kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu bulunması şarttır. Olumsuz sonuca göre ise, kusur yoksa sorumluluk da söz konusu değildir. Bir kişi önceden önleyebileceği bir zarar sebep olmuşsa, bu zararın tazmin edilmesinin kusura dayandırılması adalete de uygundur. Ancak 19.yüzyılın sonundan itibaren başlayan sanayileşme hareketi, üretim ve ulaşımın makinelere bağlanması ve sonrasında yaşanan gelişmeler modern hayatı tehlikelerle dolu bir hale getirmiştir. Kusurun ispat edilmesinin çoğu zaman imkansız hale gelmesi de bunlara eklenince, kusursuz sorumluluk düşüncesi gelişmiştir. Kişiler, bugün artık birçok konuda kusursuz sorumlu tutulabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İMRE, Zahit, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler", İÜHF Mecmuası, Yıl: 1979-1981, Cilt: 45, Sayı: 1-4, s.401-405; TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 1994, s.34-36; GÖKCAN, Hasan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.35.

başkasına vermiş olduğu zararı, ancak kendisine bir kusur isnat edilebiliyorsa tazmin etmesi gerekir<sup>26</sup>.

NK'nın 162. maddesi kapsamında hukuki sorumluluğun şartlarını şöyle sıralayabiliriz: 1) Noterin veya davranışlarından sorumlu olduğu çalışanlarının görevle ilgili kusurlu bir fiilin bulunması, 2) Fiilin hukuka aykırı olması, 3) Bu fiilden zarar doğmuş olması, 4) Fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunması.

### 1. Fiil

Noterin sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle zarara sebep olan bir fiilin söz konusu olması ve bu fiilin sözleşmeye aykırı olması gerekir. NK m.162'de geçen *"bir işin yapılmasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından"* sorumlu olunacağına dair ifadeden yola çıkarak, noterin sorumluluğunu doğuracak eylemin bir yapma eylemi (şekil şartına uyulmadan vasiyetname tesisi vb.) veya bir yapmama eylemi (araç satışlarında vekaletnamenin gerektiği gibi kontrol edilmemesi, kimlik belgesinin doğruluğunun araştırılmaması vb.) şeklinde olması mümkündür<sup>27</sup>. Noterin sorumlu olabilmesi için yapılan işin noterlik faaliyetleri ile ilgili olması, işin hatalı veya eksik yapılması gerekir. Örneğin, düzenleme şeklinde yapılması gereken bir işlemin imza onayı şeklinde yapılması, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu miktarın gösterilmemesi, kimlik bilgilerinin hatalı alınması gibi haller noterin sorumluluğunu gerektirir. Yine, yapılması gereken bir işin yapılmaması, örneğin, ödememe protestosunun tebliğe çıkarılmaması, tespit için çağırıldığı bir yere gidilmemesi gibi haller de sorumluluğu gerektirir<sup>28</sup>. Bununla birlikte, aldatma (iğfal) kabiliyeti olmayan belgelerle noterin kandırılarak sahte evrak düzenlenmesi ya da bu belgelerle işlem yapılması halinde de noterin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

<sup>26</sup> HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2017, s.142; ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Legal Yayıncılık 2018, s.422; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.Baskı, Turhan Kitabevi 2020, s.306; TANDOĞAN, s.8; OĞUZMAN/ÖZ, s.2; NOMER, s.125.

<sup>27</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s.707-708; KARTAL, s.347-348; ULUKAPI, s.223; KURT, s.97; KICALIOĞLU, s.140; MEMİŞ, s.94; İNAN, s.30; EREN, s.584.

<sup>28</sup> KARTAL, s.348; İNAN, s.32; KICALIOĞLU, s.141.

Noterin sorumluluğuna neden olan eylem, noterin kendisi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, noterin emrinde çalışan katip adayı, katip ya da stajyer tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir. Noter ile katip adayları, katipler ve stajyerler arasındaki ilişki, TBK m.66 kapsamında bir adam çalıştırma halidir. İstihdam ilişkisi nedeniyle noterin, yardımcı kişilerin hukuka aykırı davranışları ile vermiş olduğu zarardan sorumluluğu kusursuz sorumluluk türlerinden özen sorumluluğudur. Sorumluluğun kaynağı, adam çalıştıranın çalışan üzerindeki denetim ve gözetim (özen) yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayanmaktadır<sup>29</sup>.

NK m.162'nin birinci fıkrasında, noterlerin verdikleri zararlardan sorumlu olacağı kişiler, katip, katip adayı ve stajyer olarak belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise, rücu ilişkisinden söz edilirken "*noterlik personeli*" ifadesi kullanılmıştır. Noterlik personeli ifadesi daha geniş bir kavram olup, güvenlik görevlisi, temizlikçi gibi hizmetlileri de kapsar. Noter katibi, katip adayları ve stajyerlerin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan noterin sorumluluğu, NK m.162 gereğince istihdam edenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilecektir. Ancak, diğer görevlilerin (çay servisi yapan görevli, temizlikçi, güvenlikçi vb.) vermiş oldukları zararlar için TBK'nın genel hükümleri uygulanacaktır<sup>30</sup>.

Noterlik çalışanının, noter için gördüğü iş, sözleşme ilişkisinden doğan borcun ifasına yardımcı olmaktan ibaretse ve çalışan bu borca aykırı bir davranışla müşteriye zarar vermişse, noterin, noterlik çalışanının borca aykırılık oluşturan fiillerinden sorumluluğu TBK m.116 hükmüne tabidir. Buna karşın, noterlik çalışanlarının müşteriye verdiği zarar borcun ihlali olmayıp, genel davranış kurallarına aykırılık oluşturursa noterin sorumluluğu TBK m.66 hükümlerine tabi olacaktır. Noterlik çalışanının fiili aynı zamanda hem borca aykırılık hem de genel davranış kurallarına aykırılık taşıyorsa, noterin TBK m.116 ile TBK m.66'dan doğan sorumluluğunun yarışacağı kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> EREN, s.697; OĞUZMAN/ÖZ, s.147-148.

<sup>30</sup> ULUKAPI/ATALI, S.160; ULUKAPI, s.216-217; KURT, s.97-98; NART, s.430-432; KICALIOĞLU, s.136.

<sup>31</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.149-150; HATEMİ, s.78.

## 2. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılığı açıklayan iki teori vardır. Bunlar subjektif teori ve objektif teoridir. Subjektif teoriye göre, zarara sebep olan fiil, failin böyle bir fiili gerçekleştirmeye yetkisi olmadığı takdirde hukuka aykırıdır. Bu teoriye göre, fail yetki alanı içinde kaldığı takdirde, başkalarının zararına neden olan bir eylemde bulunsa bile, bu eylem hukuka aykırı kabul edilmeyecektir. Bu görüş, failin kast veya ihmalinin (kusurunun) bulunup bulunmadığının araştırılmasını gerektireceği için eleştiriye uğramaktadır. Bu görüş kabul edildiğinde, noterin veya çalışanının davranışı ancak görevin ihlali niteliği taşıyorsa hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir<sup>32</sup>.

Türk-İsviçre hukukunda baskın görüş olan objektif teoriye göre ise, hukuka aykırılığın belirlenmesinde zarar verme olgusu değil, failin davranışı dikkate alınmalıdır. Bu görüşe göre hukuka aykırılık, kişilerin şahıs varlığını ve malvarlığını koruma amacı güden emredici hukuk kurallarına aykırılıktır. İhlal edildiği ileri sürülen hukuk kuralının, özel hukuk kuralı ya da kamu hukuku kuralı olmasının veya yazılı yahut yazısız olmasının bir önemi yoktur<sup>33</sup>. Bu kurallar sadece noterlik mevzuatından da ibaret değildir. Objektif teori kapsamında noterin veya çalışanının davranışı ile emredici bir hukuk kuralının ihlal edilip edilmediği araştırılmalıdır<sup>34</sup>. Bu kapsamda, örneğin iğfal kabiliyeti olan sahte bir kimlik ile işlem yapan noter ya da çalışanı, gerekli araştırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen sahtecilik anlaşılama-

<sup>32</sup> SİRMEN, Ayşe Lale, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, s.65; ATAMER, Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s.25; KURT, s.98; EREN, s.659-660; TANDOĞAN, s.18-19; OĞUZMAN/ÖZ, s.16.

<sup>33</sup> EREN, s.660-661; TANDOĞAN, s.18-19; OĞUZMAN/ÖZ, s.16; ATAMER, s.25; KURT, s.98.

<sup>34</sup> SİRMEN, s.63; KURT, s.98-99. Sonuç olarak hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her türlü davranıştır. Kişilerin malvarlığı ve şahıs varlığı haklarını koruma amacı güden, yazılı olan ya da yazılı olmayan emredici hukuk kurallarının ihlaline hukuka aykırılık denir. EREN, s.662.

cak olsa, diğer bir ifadeyle, görevin gereklerine aykırılık söz konusu olmasa da hukuka aykırılık gerçekleşecektir.

Noterlerin sorumluluğundan bahsedebilmek için noterlik görevi kapsamında gerçekleştirilen zararlı fiilin, hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık, kusurdan farklıdır. Hukuka aykırılık kural olarak mutlak hak ihlalinde söz konusu olur ve noterin, katibin ya da stajyerin görevinin gereklerine riayet etmemesi şeklinde subjektif değil, hukuk kurallarına aykırılık şeklinde objektif anlamdadır. Örneğin, katibin temiz kudretine sahip olmayan bir kişinin talebi ile işlem yapması halinde, objektif anlamda hukuka aykırılık söz konusu olur. Katibin, ilgilinin ehliyetini araştırmış olup olmaması sonucu etkilemez. Sorumluluk için, işin hizmet gereklerine uygun yapılmaması, hatalı ya da eksik yapılmış olması ve bunun mutlak bir hakkı ihlal etmesi yeterlidir<sup>35</sup>. Noterin eyleminin yapılan işlemleri düzenleyen ve tarafları koruyan hukuk kurallarına aykırı olması gerekir. Örneğin, vasiyetname düzenlenirken kanuna aykırı olarak şekil şartlarına uyulmamış olması halinde, noterin sorumluluğu doğacaktır<sup>36</sup>.

Netice itibarıyla, noterin veya çalışanının göreviyle ilgili bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde kıstas, göreve aykırı davranılmış olup olmadığı değil, bu davranış ile emredici bir hukuk kuralının ihlal edilip edilmediğidir<sup>37</sup>.

### 3. Zarar

Noterin hukuki sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için diğer bir şart, hukuka aykırı fiilin zarara sebep olmasıdır. Nitekim NK m.162'de "*zarar görmüş olanlara karşı*" şeklinde belirtilmek suretiyle, zarar esaslı açıkça belirtilmiştir. Bu zarar, maddi zarar şeklinde olabileceği gibi, manevi zarar şeklinde de olabilir. Hatta üçüncü kişilerin uğrayabileceği maddi zararlar da zarar kavramına dahildir<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> DOĞU, s.588; ULUKAPI, s.224; NART, s.439-440; KURT, s.98; KICALIOĞLU, s.140; İNAN, s.32.

<sup>36</sup> KICALIOĞLU, s.141.

<sup>37</sup> KURT, s.99; ULUKAPI, s.224; DOĞU, s.588; MEMİŞ, s.94; EREN, s.662.

<sup>38</sup> ULUKAPI, s.224; OKTAY ÖZDEMİR, s.697; KARTAL, s.348; ÖZBEK, s.84; KICALIOĞLU, s.141; İNAN, s.32.



Zarar, sorumluluğun ve tazminat ödeme borcunun en temel unsurudur. Sorumluluk hukuku açısından değerlendirildiğinde, haksız fiillerde hukuka aykırı bir davranış sonucu zararın gerçekleşmiş olması, olağan sebep sorumluluğunda objektif özen yükümlülüğünün ihlali sonucu zararın ortaya çıkması, tehlike sorumluluğunda tehlikenin gerçekleşmesi sonucu zararın ortaya çıkması gerekir. Zararın olmadığı yerde hukuki sorumluluk da yoktur. Sırf zarara uğrama tehlikesi, sorumluluğun doğması için yeterli değildir. Ceza hukukunun tersine, sorumluluk hukukunda, sadece tehlikenin varlığı, sorumluluğa yol açmaz<sup>39</sup>.

Zarar, dar anlamda zarar ve geniş anlamda zarar olmak üzere ikiye ayrılır. Dar anlamda zarar sadece maddi zararı ifade eder. Geniş anlamda zarar ise hem maddi zararı hem de manevi zararı ifade eder. Zararın farklı ayırım ve türleri vardır. Maddi zarar - manevi zarar, doğrudan zarar -dolaylı zarar, kişiye verilen zarar - şeye verilen zarar, somut zarar – soyut zarar gibi<sup>40</sup>.

Noter ya da çalışanı tarafından gerçekleştirilen işlemin hukuka aykırı olması, bu işlemde bir zarar doğmadığı takdirde, noterin sorumluluğuna neden olmaz<sup>41</sup>. Örneğin, noterde sahte nüfus cüzdanı ile vekaletname düzenlenmiş olması, bu vekaletname ile işlem yapılmak suretiyle zarar meydana gelmediği sürece, noterin hukuki sorumluluğuna yol açmaz. Zararın bir dava açılmak suretiyle önlenmesi mümkünse, henüz bir zarar gerçekleşmediğinden sorumluluk da söz konusu olmayacaktır. Böyle bir halde mahkeme masrafları noterden talep edilebilir<sup>42</sup>.

Zararın gerçekleşmesi sonucu açılacak tazminat davasında davacının hem uğranılan zararı hem de bunun miktarını ispat etmesi gerekir.

<sup>39</sup> EREN, s. 589; TANDOĞAN s. 63; OĞUZMAN/ÖZ, s. 42-43; KILIÇOĞLU, s. 386; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 394; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 320.

<sup>40</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.43; TEKİNAY, Selahattin Sulhi v.d., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1985, s.735; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s.446; EREN, s. 589-590; GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 54; AYAN, s. 320; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 395.

<sup>41</sup> KARTAL, s.348; OKTAY ÖZDEMİR, s.697; KURT, s.99; ÖZBEK, s.84.

<sup>42</sup> OKTAY ÖZDEMİR, 703; ULUKAPI, s.224-225; ÖZBEK, s.84; KURT, s.99.

Zararın ispatı TBK m.50'de düzenlenmiştir<sup>43</sup>. Zararın belirlenmesi aşağıda ayrı bir başlıkta inceleneceğinden burada ayrıntı verilmeyecektir.

#### 4. İlliyet Bağı

Noterin hukuki sorumluluğunun temel unsuru, noterin veya çalışanlarının fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının (sebe-sonuç ilişkisinin) bulunmasıdır. Fiilin, olağan hayat tecrübelerine göre, söz konusu zararı meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Sorumluluğun söz konusu olması için kanun ile düzenlenmiş olması ve fiil ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir<sup>44</sup>.

Zararın, noterin ya da çalışanlarının görevleri ile ilgili fiillerinden ileri gelmiş olması gerekir. İhmal, savsama, özensizlik, tedbirsizlik gibi fiiller ile kanun, yönetmelik ve genelgelere uyulmamış olması nedeniyle zarar doğmuşsa, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağından söz edilir. İlliyet bağı, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için asli şarttır. İlliyet bağının olmaması halinde, noterin sorumluluğundan bahsedilemez<sup>45</sup>. Belirtmek gerekir ki, üçüncü şahsın fiili, mücbir sebep ya da zarar görenin ağır kusuru uygun illiyet bağı keserse, noterin sorumluluğundan söz edilemez<sup>46</sup>. Örneğin, noterde sahte bir vekaletname düzenlenmiş

<sup>43</sup> EREN, s. 587-588. Hakim zarar karşılığı olarak bir miktar paranın toptan veya taksitler halinde ödenmesine hükmedebileceği gibi, özellikle bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararlarında belli bir süre veya zarar görenin hayatı boyunca dönemsel olarak belli bir miktar paranın ödenmesine (irat şeklinde tazmine) de hükmedebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 262.

<sup>44</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1992, s.494-495; İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s.297; EREN, s.607; KICALIOĞLU, s.141; İNAN, Atilla, s.33. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağı, kusur sorumluluğuna oranla daha fazla önem taşımaktadır. Zira burada illiyet bağı ön plana geçmekte, sorumluluk kusura değil, belirli bir olay veya tehlike ile gerçekleşen zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisine dayanmaktadır. EREN, s.607; TUNÇOMAĞ, s.8.

<sup>45</sup> ULUKAPI, s.225; OKTAY ÖZDEMİR, s.698; KARTAL, s.349; KURT, s.100; KICALIOĞLU, s.140; NART, s.440. Örneğin, noterlikte sahte bir vekaletname düzenlenmiş, ancak sahte vekil bu vekaletnamede yer almayan bir yetkiye dayanarak işlem yapmış ve bundan bir zarar doğmuşsa, bu zarar ile sahte vekaletname arasında uygun nedensellik bağı yoktur. KURT, s.100; KICALIOĞLU, s.141.

<sup>46</sup> KURT, s.101; EREN, s.629; TANDOĞAN, s.81; KICALIOĞLU, s.141; MEMİŞ, s.93; İNAN, Atilla, s.31. Yargıtay 3.HD.'nin 03/12/2012 tarih ve 2012/20157E., 2012/24792K. sayılı kararında; "Noterlik Yasasının 162.maddesi uyarınca noterlerin zarardan sorumlu tutulabilmeleri için kusurlu olmalarının gerekmediği tartışmasız-

ancak bu vekaletnamede olmayan bir yetkiyle işlem yapılmışsa ve bu işlemde bir zarar doğmuşsa, sahte vekaletname ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı yoktur. Burada illiyet bağının kesildiğini ispat yükü notere aittir<sup>47</sup>.

Noter senetleri, gerek özel hukuk anlamında gerekse ceza hukuku anlamında hukuki ilişkileri ispat kuvvetine sahip, kamunun doğruluğu-

---

*dır...Kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde, uygun illiyet bağının zarar görenin veya 3.kişinin ağır kusuru ile beklenmeyen bir halin varlığı durumunda kesileceği, teoride ve yargıtay kararlarında kabul edilmiş bulunmaktadır. Aksi halde risk veya şart nazariyesi önce çıkacak ve zararın var olduğu her halde, kusursuz sorumlu olanın sorumluluğu yoluna gidilecektir ki böyle bir sonuç hukukumuzda kabul edilmemiştir.”* şeklinde belirtilmiştir. (www.karararama.yargitay.gov.tr) (ET:10.05.2021)

<sup>47</sup> KURT, s.100; ULUKAPI, s.228; MEMİŞ, s.93. Yargıtay 3.HD.’nin 17/02/2020 tarih ve 2019/4162E., 2020/1361K. sayılı kararında; “Somut olayda, dava dışı üçüncü kişinin kimlik bilgileri kullanılarak sahte kimlik düzenlendiği, bahse konu sahte kimlik esas alınarak ..Noterliği tarafından 24/08/2015 tarihinde davaya konu araç satışının gerçekleştirildiği, gerçek araç maliki tarafından açılan dava ile satış işleminin geçersizliğinin kabulüne karar verildiği, noter işlemi sırasında kullanılan sahte nüfus cüzdan suretinin aslı temin edilemediğinden, sahte nüfus cüzdanının iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı yönünde bilirkişi incelemesi yapılmadığı anlaşılmaktadır. Davalı noterin sorumluluğu, Noterlik Kanunu’nun 162. maddesine dayalı kusursuz sorumluluk olup, oluşan zarar ile davalı noter işlemi arasında uygun illiyet bağının kurulduğunun kabulü gerekir. Davalı noterin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde nedensellik bağının kesildiğini ispat külfeti ise, davalı notere düşmektedir.” şeklinde belirtilmiştir. (www.karararama.yargitay.gov.tr) (ET:10.05.2021) Yargıtay HGK’nın 08/11/1978 tarihli, 1977/4-1268E., 1978/972K. sayılı kararında; “Davacı banka vekili gerçeğe aykırı vekaletname düzenlemek suretiyle bankanın zararına sebebiyet veren davalı noterden zarar tutarının alınmasına karar verilmesini istemiş, mahkemece iddia sabit görülerek tazminata hükmedilmiştir. Karar özel dairece zararı doğuran işlemin yapılması konusunda vekaletnamede yetki bulunmadığı ve bunun sonucu olarak tapu memurunun gereken yetkiyi kapsamayan vekaletnameye dayanarak işlem yapmaması gerektiği ve şu suretle zararlar noterin yaptığı yanlış işlem arasında illiyet bağının gerçekleşmediği gerekçesiyle karar bozulmuş mahkeme direnmiştir. Vekaletnamenin gerçeğe aykırı olduğu olayda zarar gerçekleşmiştir; tapudaki işlem bu vekaletname dayanak yapılmak suretiyle yapılmıştır. O halde zarara birlikte sebebiyet verme durumu söz konusudur. Bu nedenlerle vekaletnameyi düzenleyen noterin sorumluluğunun kabulü gerekir. Yukarıda açıklanan nedenlerle usul ve yasaya uygun olan direnme kararı onanmalıdır.” şeklinde belirtilmiştir. (www.legalbank.net) (ET:10.05.2021) Kanaatimce, bu kararda isabet yoktur. Oluşan zarar, vekaletnamede olmayan bir yetkiye dayanılarak işlem yapılması sonucu ortaya çıkmıştır. Böyle bir durumun noterin sorumluluğu ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağını kestiğinin kabul edilmesi gerekirken, sırf gerçeğe aykırı vekaletname düzenlenmiş olmasını noterin sorumluluğu için yeterli görmek hatalıdır. Zira burada zararın vekaletnamede yer almayan bir yetkinin kullanılması sonucu ortaya çıktığı unutulmaktadır.

na güvendiği belgelerdir. Düzenleme biçimindeki noter senetleri hazırlanırken, noterin bazı sahtecilik durumlarına karşı dikkatli olması gerekir. Örneğin, ilgilinin kimliği sahte olabilir. Noter ilgiliyi tanıyorsa, kimliğini ispat edici belgeler isteyebilir. Bu durumda resmi makamlardan verilmiş fotoğraflı, onaylı belgelere ve tanık deliline başvurulabilir<sup>48</sup>. Yargıtay, noterde işlem yaptıran kişinin, iğfal kabiliyeti olan sahte belgelerle işlem yaptırmaması durumunda, üçüncü kişinin fiilinin, noterin fiili ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı kestigiğine karar vermektedir. Böyle bir durumda, aldatma kabiliyeti olan sahte kimlik veya belgeleri kullanan kişinin ağır kusurlu hareketi, noterin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağı kestigi için, noter, ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmamaktadır<sup>49</sup>. Sahte kimlikle yapılan bir işlemde noterin, kimliği gerek-

<sup>48</sup> KICALIOĞLU, s.133-135.

<sup>49</sup> Yargıtay 3.HD.'nin 16/03/2020 tarih ve 2020/849E., 2020/2393K. sayılı kararında; *"Noterin ilgililerin hukuki menfaatlerini korumak için araştırma ve aydınlatma görevi vardır. Noterlik Kanunu'nun 72.maddesine göre not noter, iş yapacağı kimselerin kimlik, adres ve yeteneğini ve gerçek isteklerinin tamamını öğrenmekle yükümlüdür. Noterin veya çalışanın her zaman belgenin sahte olup olmadığını anlaması ve tetkik etmesi yani grafolojik bir inceleme yapması beklenemez. Ancak; belgenin veya kimliğin ilk bakışta sahte olup olmadığı veya kimlikte şekli anlamda var olması gereken bir bilginin olmaması yahut olmaması gereken bir ibarenin bulunması noter veya çalışan tarafından dikkat edilmesi gereken hususlardandır. Bu gibi hâllerde noterin veya çalışanın gerekli özeni göstermesi beklenir. Aksine bir davranış özen yükümlülüğünün ihlalidir. Belgenin sahteliği hususundaki en önemli kıstas belgenin veya kimliğin aldatma yeteneğine (iğfal) sahip olup olmamasıdır. Zarar doğuran işlem veya eylemde aldatma (iğfal) kabiliyetine sahip bir kimlik veya belgesinin kullanılması hâlinde noterin sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmesi gerekir. Ancak, detaylı bir incelemeyle ortaya çıkacak sahteliğin fark edilmesi noter veya çalışanından beklenemeyecek bir durumdur."* şeklinde belirtilmiştir. Yargıtay HGK.'nin 13/02/2020 tarih ve 2017/1518E., 2020/139K. sayılı kararında; *"Noterin bir kamu hizmeti ifa ettiği de dikkate alınarak sorumluluğun belirlenmesinde normal bir insanın göstereceği özenli davranış değil, aynı işi üstlenen noterlik mesleğinde çalışan bir kişinin göstermesi gereken objektif davranış esas alınacaktır. Buradaki tazminat yükümlülüğü; sorumlu kişinin somut olaydaki bireysel davranışından ziyade daha çok onun toplum ve ekonomi içindeki durumu ile kanunun ona yüklediği ihtimam ve özen görevine bağlanmaktadır. Böylece toplum içinde bazı iş ve meslekler ile bazı gruplara ve kategorilere daha ağır bir sorumluluk yükletilmektedir. Noterlerin kusursuz sorumluluğundan kastedilen, zarar görenin kusuru kanıtlamak zorunda olmamasıdır. Sorumluluk hukukunun önemli öğelerinden biri de zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunmasıdır. Ancak illiyet bağı kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi zarardan sorumlu tutulmayacaktır. Teoride ve uygulamada mücbir sebep, zarar görenin tam veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir, bu üç olgudan birinin bulunması hâlinde kusursuz sorumlu kimse de sorumluluktan kurtulacaktır. Noterlerin yaptığı işlemler bakımından söz konusu işlemin gereği gibi yani özen yükümlülüğüne*

tiği şekilde kontrol etmemesi nedeniyle zarara uğrayan kişi, hem notere hem de sahtecilik işlemine karıştığı için ceza mahkemesinde mahkum olan kişiye karşı tazminat davası açabilir.

Doktrinde bir kısım yazarlar noterlerin sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı getiremeyeceğini, başka bir ifadeyle, noterin, zararın doğmaması için gerekli özeni gösterdiğini veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bile yine de zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanı olmadığını ileri sürmektedir. Bu anlamda noterin sorumluluğunun, adam çalıştırmanın sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk olduğu belirtilmektedir<sup>50</sup>. Kanaatimce, TBK m.66 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğunun kaynağı, kendisine yüklenmiş olan objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olmasıdır. Ancak, kanun koyucu adam çalıştırana, sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımış olup, katiplerin yaptığı işlemler bakımından adam çalıştırın konumunda olan noterlerin de bu imkandan yararlanabilmesi gerekir. Bu kapsamda noterler de zararın meydana gelmemesi için somut durumun gerektirdiği her türlü objektif dikkat ve özeni göstermiş olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmelidir.

Noterin sorumluluğunun kusura dayanmaması onun hiçbir şekilde sorumluluktan kurtulamayacağı anlamına gelmemektedir. Üçüncü şahsın ağır kusuru, mücbir sebep veya zarar görenin ağır kusuru gibi

---

*uygun şekilde yerine getirmiş olsaydı zarar oluşmayacaktı denilebiliyorsa noter sorumlu olacaktır. Örneğin; noter işlemi yaparken gözle görülebilecek bir sahteliğe rağmen işlemi devam ettirmişse ve bu işleminden bir zarar doğmuşsa noter doğal olarak sorumlu olacaktır.”* şeklinde belirtilmiştir.

<sup>50</sup> GÜRSEL, Nurettin/ SUNAL, İ. Hakkı, Noterlik Mevzuatı ve Tatbikatı, 2. Bası, Ankara 1953, s.92; TANDOĞAN, s.132; PULAŞLI, s.11-12; DOĞU, s.589; KURT, s.106; ERSİN, s.274; MEMİŞ, s.93; ASLAN DÜZGÜN, s.494. Noterlerin böyle ağır bir mesuliyete tabi tutulması, onlara tevdi edilen muamelelerin yanlış yapılmasından büyük zararlar doğması tehlikesinin bulunması ve noterlerin muamelelerinin sağlamlığı hususunda iş sahiplerine teminat bahşetmenin gerekmesi mülahazasıyla haklı gösterilebilir. Kaldı ki, noterlerin veya müstahdemlerinin fiillerinden doğan zarardan Devletin mesul olmayacağı da kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, s.132.

illiyet bağını kesen hallerde, TBK'da yer alan diğer sorumluluk hallerinde olduğu gibi, noterin de sorumlu tutulmaması gerekecektir<sup>51</sup>.

## II. ÇALINTI MOTORLU ARAÇ SATIŞINDA NOTERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Çalıntı motorlu araç satışlarında da noterlerin hukuki sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. NK m.82 ve İİK m.38 kapsamında, noterlerin düzenlediği belgelere icra edilebilirlik ve ispat gücü açısından özel ve ayrıcalıklı bir statü verilmiştir. Böyle önemli bir iş yapan noterlerin sorumluluklarının da bununla orantılı olması gerekir. Noterin uzmanlığına ve yetkisine güvenen iş sahipleri, noter tarafından yapılan işlemlerin doğru ve sağlıklı yapıldığı konusunda kuşku duymamalıdır. Noterin kusuru sonucu bir işlemin yapılmamasından, eksik ya da hatalı yapılmasından dolayı bir zarar ortaya çıkmışsa, noterin bundan sorumlu olması gerekir. Motorlu araçların satışında da durum böyledir. Sahte kimlik, sahte vekaletname, sahte ruhsat vb. sahte belgeler kullanılmak suretiyle motorlu araçların satışında, belgelerin doğruluğunu yeterince araştırmayan noterin, doğan zarardan sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Aşağıda detaylı şekilde açıklayacağımız bu sorumluluk için, zarar ile noterin eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

### A. Motorlu Araç Kavramı ve Motorlu Araçların Satışında Noterin Yetkisi

Karayolları Trafik Kanunu m.3'te yapılan tanım gereğince "*araç*", karayolunda kullanılabilen, motorlu ya da motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır. Aynı maddede yapılan tanıma göre "*taşıt*", karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere "*motorlu taşıt*", insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere "*motorsuz taşıt*"

<sup>51</sup> DOĞU, s.589; TANDOĞAN, s.121; MEMİŞ, s.93; KURT, s.101-104; ERDOĞAN, s.274, dn.76. Türk hukukunda noterin sorumluluğunun geniş kapsamlı düzenlenmiş olmasına karşın, batılı ülkelerde genellikle noterin kusura dayalı sorumluluğu söz konusudur. İsviçre hukukunda, noterlik mevzuatları ayrı ayrı düzenlenmiş bulunan kantonların hemen hepsinde noterin ancak kusuru ile sebebiyet verdiği zararı tazminle yükümlü olduğu belirlenmiştir. Türk noterlik mevzuatının kaynaklarından birini teşkil eden Neuohâtel Kantonu'nda da noter sadece kusurlu eylemleri sonucu ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmuştur. DOĞU, s.590'dan naklen.

denir. Bu kavramlardan yola çıkarak, “motorlu araç” kavramı, motorlu taşıt kavramını da içine alan, daha kapsayıcı bir kavramdır denilebilir. Bu nedenle, her motorlu taşıt aynı zamanda bir motorlu araçtır. Fakat, bazı motorlu araçlar motorlu taşıt kavramına dahil değildir. Zira “taşıt”ın insan, hayvan veya yük “taşımaya” özelliği vardır. Ancak, her motorlu aracın taşıma özelliği yoktur. Örneğin asfalt dökme makinesi, greyder, vinç, silindir gibi araçlar, kural olarak taşıma dışı amaçlar için imal edilmişlerdir. Bunlar motorlu araç olmakla birlikte, motorlu taşıt sayılmazlar<sup>52</sup>. KTK m.3 ve KTY m.3’te, nelerin motorlu araç olduğu teker teker sayılmıştır. Buna göre, otomobil, otobüs, kamyonet, kamyon, minibüs, motosiklet, çekici, arazi taşıtı, kamp taşıtı, özel amaçlı taşıt, lastik tekerlekli traktör, motorlu bisiklet başlıca motorlu araçlardır.

KTK m.20/d’ye göre, tescil edilmiş motorlu araçların her türlü satış ve devirleri araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi esas alınarak noterlerce yapılır. Motorlu araçların noterliklerce satılması usulü geçerlilik şartı olup, bu şarta uyulmaksızın yapılan bir araç devri, kesin hükümsüzlük yaptırımı ile batıl olur ve aracın mülkiyeti alıcıya geçmez<sup>53</sup>.

### **B. Çalıntı Motorlu Araç Satışında Noterin Sorumluluğuna Dair Yargıtay Uygulaması**

Yargıtay uygulamasında, çalıntı araç satışlarında noterlerin hukuki sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu prensibi benimsenmiştir. TBK kapsamında kusursuz sorumluluk, “hakkaniyet sorumluluğu”, “özen sorumluluğu” ve “tehlike sorumluluğu” olarak üçe ayrılmaktadır.

<sup>52</sup> KURT, Ekrem, “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, Yaşar Üniversitesi E Dergisi, Yıl:2013, Cilt:8, Özel Sayı, s.1859.

<sup>53</sup> Bir görüşe göre KTK m.20/d hükmü, taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devrini arayan TMK m.763/1 hükmünü değiştirmemiş olup, TMK hükmü, tıpkı miras paylaşma sözleşmesinin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmış olması şartına bağlayan TMK m.676/3 hükmü gibidir. 1512 sayılı NK m.89 “...mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre (yani düzenleme şeklinde) düzenlenir” hükmünü taşımakta ise de, bu hüküm tarafların paylaşma sözleşmesini noterde düzenlemek istemeleri halinde noterin uyması gereken bir düzen hükmünü ifade etmektedir. Yoksa Noterlik Kanunu MK m.676/3 hükmünü etkisiz kılmaktadır. O halde KTK m.20/d hükmü de aynı şekilde TMK m.763/1 hükmünü değiştirmeyen bir düzen hükmünden başka bir şey değildir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKTAŞ, Demet, “Motorlu Taşıt Aracının Noterde Satış ve Devri Geçerlik Şartı mıdır?”, Manisa Barosu Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 25, Yıl: 1987, s.2.

Hakkaniyet sorumluluğu gereğince, ayırt etme gücünden yoksun kişinin haksız fiilinden sorumlu tutulabilmesi ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda mümkündür. Tehlike sorumluluğu, önemli derecede tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğması halinde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işletenin müteselsilen sorumlu tutulmasını gerektiren sorumluluk türüdür. Örneğin, nükleer enerji ile çalışan işletmeler kendine özgü tehlikeler oluşturmaktadır<sup>54</sup>. Özen sorumluluğu ise, kişinin yaptığı işle ilgili olarak başkalarına vereceği zararın önlenmesi için gerekli özeni göstermesi yükümlülüğüdür. Adam çalıştırının TBK m.66 ve TBK m.116 kapsamındaki sorumluluğu özen sorumluluğu hallerindedir<sup>55</sup>.

Noterin hukuki sorumluluğundan bahsedebilmek için, noterin veya çalışanının bir fiilinin bulunması, bu fiilden bir zararın doğması ve fiille zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Bu şartlardan birinin eksik olması halinde, noterin hukuki sorumluluğunun gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir. Noterin kamu hizmeti görmesi de dikkate alınarak, sorumluluğun belirlenmesinde normal bir insanın göstereceği özenli davranış değil, aynı işi üstlenen noterlik mesleğinde çalışan bir kişinin göstermesi gereken objektif davranış dikkate alınacaktır. Buradaki tazminat sorumluluğu, ilgili kişinin somut olaydaki bireysel davranışından ziyade, onun toplum ve ekonomi içindeki durumu ile kanunun ona yüklediği özen ve ihtimam görevine bağlanmaktadır<sup>56</sup>.

Yargıtay HGK'nın 06/12/2013 tarih ve 2013/4-335E. 2013/1654K. sayılı kararında<sup>57</sup>; çalıntı araç satışında noterin, satışa ilişkin olarak kul-

<sup>54</sup> KORKUSUZ, M. Halit, "Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15-16, Sayı:22-23-24-25, Yıl:2010-2011, s.92-93; EREN, s.760-761.

<sup>55</sup> EREN, s.696; KORKUSUZ, s.90-91.

<sup>56</sup> Yargıtay 3.HD.'nin 16/03/2020 tarih ve 2020/849E., 2020/2393K. sayılı kararı.

<sup>57</sup> Yargıtay HGK'nın 06/12/2013 tarih ve 2013/4-335E. 2013/1654K. sayılı kararında<sup>57</sup>; "...Noterin ilgililerin hukukî menfaatlerini korumak için araştırma ve aydınlatma görevi vardır. Noterlik Kanunu'nun 72. maddesine göre; noter, iş yaptıracak kimselerin kimlik, adres ve yeteneğini ve gerçek isteklerinin tamamını öğrenmekle yükümlüdür. Bu cümleden olarak noterin veya çalışanının her zaman belgenin sahte olup olmadığını anlaması ve tetkik etmesi yani grafolojik bir inceleme yapması beklenemez. Ancak; belgenin veya kimliğin ilk bakışta sahte olup olmadığı veya kimlikte şekli anlamda var olması gereken bir bilginin olmaması yahut olmaması gereken bir ibarenin bulunması noter veya çalışan tarafından dik-



lanılan belgelerin veya kimliğin ilk bakışta sahte olup olmadığı veya kimlikte/belgede şekli anlamda var olması gereken bir bilginin olmaması yahut olmaması gereken bir ibarenin bulunması hususlarının tespiti anlamında özen yükümlülüğünün olduğuna işaret edilmiştir.

Yargıtay 3.HD.'nin 16/03/2020 tarih ve 2020/849E.,2020/2393K. sayılı kararında<sup>58</sup>; noterin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olduğundan, sahte belge ile araç satışında ispat yükünün notere ait olduğu, noterin sahte belgenin iğfal (aldatma) kabiliyetine sahip olduğunu ispat etmesi gerektiği, aksi taktirde doğacak zarardan sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Yargıtay 3.HD.'nin 08/07/2019 tarih ve 2017/12093E., 2019/6318K. sayılı kararında<sup>59</sup>, araç satışı işlemini gerçekleştiren noter tarafından nü-

---

*kat edilmesi gereken hususlardandır. Bu gibi hâllerde noterin veya çalışanın gerekli özeni göstermesi beklenir. Aksine davranış özen yükümlülüğünün ihlâlidir.” şeklinde belirtilmiştir. (www.karararama.yargitay.gov.tr.) (ET:11.05.2021)*

<sup>58</sup> Yargıtay 3.HD.'nin 16/03/2020 tarih ve 2020/849E.,2020/2393K. sayılı kararında<sup>58</sup> ; *“dava dışı üçüncü kişinin kimlik bilgileri kullanılarak sahte kimlik düzenlendiği, bahse konu sahte kimlik esas alınarak, ...tarafından 30/12/2010 tarihinde davaya konu araç satışının gerçekleştirildiği, araç satış sözleşmesinde satış bedelinin 17.500,00 TL olarak gösterildiği, noter işlemi sırasında kullanılan sahte nüfus cüzdan suretinin aslı temin edilemediğinden, sahte nüfus cüzdanının iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı yönünde bilirkişi incelemesi yapılamadığı anlaşılmaktadır. Davalı noterin sorumluluğu, Noterlik Kanunu'nun 162. maddesine dayalı kusursuz sorumluluk olup, oluşan zarar ile davalı noter işlemi arasında uygun illiyet bağının kurulduğunun kabulü gerekir. Davalı noterin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde nedensellik bağının kesildiğini ispat külfeti ise, davalı notere düşmektedir.Hal böyle olunca, mahkemece; aslı temin edilemeyen, bu nedenle iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı tespit edilemeyen sahte nüfus cüzdanına istinaden, söz konusu araç satış işleminin yapıldığı, davalı noterin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu, illiyet bağının kesildiğinin davalı noter tarafından ispat edilemediği, bozma sonrası ıslahın söz konusu olamayacağı dikkate alınarak, davanın 17.500,00 TL üzerinden kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile davanın tümünden reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde belirtilmiştir. (www.karararama.yargitay.gov.tr.) (ET:11.05.2021)*

<sup>59</sup> Yargıtay 3.HD.'nin 08/07/2019 tarih ve 2017/12093E., 2019/6318K. sayılı kararında; *“...dava dışı üçüncü şahıslar tarafından çalıntı olan davaya konu aracın, motor şasi numarası değiştirilerek, sahte plaka, sahte motorlu araç tescil belgesi, sahte motorlu araç trafik belgesi ve sahte kimlik belgesi kullanılarak, davalı ... Noterliğinde davacıya satışının yapıldığı sabittir. Buna göre; davalı noterin 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi kapsamında; stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumlu olacağı açıktır. Nitekim somut olayda da; araç maliki olan ...'in doğum tarihi dosya arasında bulunan “nüfus cüzdanı talep belgesi”nden anlaşıldığı üzere 27.12.1960 iken, araç satış*

fus cüzdanı kontrolünün dikkatli ve doğru yapılmamasının, motorlu araç tescil belgesinde olması gereken soğuk damganın bulunmadığının tespit edilememesinin, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olacağı ve noterin bundan sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Yargıtay 3.HD.'nin 14/01/2019 tarih ve 2018/7487E., 2019/19K. sayılı kararında<sup>60</sup>, çalıntı araç satışı işlemi sırasında kendisinden beklenen özeni göstermeyen davacının, müterafik (bölüşük) kusurunun, noterin ödeyeceği tazminat miktarının tayininde indirim sebebi olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay uygulamasına göre; belgenin sahteliği hususundaki en önemli kıstas, sahte belgenin veya kimliğin iğfal (aldatma) kabiliyetine sahip olup olmamasıdır. Yargıtay birçok kararında, iğfal (aldatma) kabiliyeti bulunan belgelerin kullanılmasını üçüncü kişinin ağır kusuru olarak nitelendirmiş ve noterin sorumluluğu bakımından illiyet bağına kes-

---

*sözleşmesi arkasında bulunan sahte nüfus cüzdanı fotokopisinde 01.03.1960 olarak görünmektedir. Bunun yanında, dosya arasında bulunan ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/210 E. - 2010/57 K. sayılı dosyası kapsamında alınan 20.06.2007 tarihli ekspertiz raporunda; davaya konu araç için düzenlenmiş görünen motorlu araç tescil belgesi üzerinde basılı olması gereken Emniyet Genel Müdürlüğüne ait soğuk mühür izinin bulunmadığı da tespit edilmiştir. O halde, davacının noter çalışanının dikkatsiz ve özensiz davranışı ile zarara uğradığı sabit olduğuna göre, nedensellik bağının kesildiğinin ispatı davalı notere düşmekte olup, davalı noter tarafından bunun aksi ispat edilememiş, mahkemece bu husus gözden kaçırılarak yanılığlı değerlendirme ile davanın reddi bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde belirtilmiştir. (www.karararama.yargitay.gov.tr.) (ET:11.05.2021)*

<sup>60</sup> Yargıtay 3.HD.'nin 14/01/2019 tarih ve 2018/7487E., 2019/19K. sayılı kararına<sup>60</sup> konu olan olayda; “davacı; noterdeki resmi işlem ile çalıntı olduğu sonradan anlaşılan aracı bedel ödeyerek satın aldığını, bu işlemten sonra ruhsat aslı ile araç üzerindeki şase nosunu kontrol ettiğini, numaraların birbirini tutmadığını görmesi üzerine işlem yaptığı noterliğe giderek polise haber verdiğini ifade etmiştir. Davacının bu beyanından yaptığı basit bir kontrol ile haksız fiile maruz kaldığını hemen satış sonrasında bizzat anlayabildiği ortaya çıkmaktadır. Bu haliyle; oto alım-satım işi ile iştigal eden davacının, satıcı ve araç hakkında yeterli araştırma yapmaması ve satışa esas olan belgeler ile satıma konu aracın şase numarasını satış işlemi öncesinde incelememesi, noterde satış işlemi yapılmadan önce kendisinden beklenen özeni gösterip olaya uygun araştırma yapmaması, bu tür kontrolleri mesleği gereği rutin olarak yapması gereken davacının müterafik kusurunun varlığını göstermektedir. O halde mahkemece, davacının müterafik kusurunun varlığı kabul edilerek.. davalı noterin sorumlu olduğu tazminat miktarından uygun bir indirim yapması gerekirken, yanılığlı değerlendirme.. ile davanın tümünden kabulü yönünde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde belirtilmiştir. (www.karararama.yargitay.gov.tr) (ET:11.05.2021)

tiğini kabul etmiştir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması kapsamında, zarar doğuran işlem veya eylemde aldatma (iğfal) kabiliyetine sahip bir kimlik veya belgenin kullanılması hâlinde, noterin sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmesi gerekir. Zira, ancak detaylı bir incelemeyle ortaya çıkacak sahteliğin fark edilmesi noter veya çalışanından beklenemeyecek bir durumdur<sup>61</sup>. Çalıntı araç satışında noterin sorumluluğu belirlenirken de bu hususların dikkate alınması gerekecektir.

Sonuç olarak, yerleşmiş Yargıtay uygulaması kapsamında, çalıntı araç satışında noterin, belgenin veya kimliğin ilk bakışta sahte olup olmadığı veya kimlikte/belgede şekli anlamda var olması gereken bir bilginin olmaması yahut olmaması gereken bir ibarenin bulunması hususlarının tespiti anlamında özen yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir. Araç satışı işlemini gerçekleştiren noterce, nüfus cüzdanı kontrolünün dikkatli ve doğru yapılmaması, motorlu araç tescil belgesinde olması gereken soğuk damganın bulunmadığının tespit edilememesi gibi, belge eksiklik ve hatalarının tespit edilememesinin, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olacağı ve noterin bundan sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

Noterin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olduğundan, sahte belge ile araç satışında ispat yükünün notere ait olduğu, noterin sahte belgenin iğfal kabiliyetine sahip olduğunu ispat etmesi gerektiği, aksi takdirde doğacak zarardan sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Sahte belgenin iğfal kabiliyetine sahip olması halinde, üçüncü kişinin gerçekleştirdiği ağır kusurlu eylem, zarar ile noterin eylemi arasındaki illiyet bağına kesmekte olup, bu durumda noter sorumluluktan kurtulur. Bununla birlikte çalıntı araç satışı işlemi sırasında kendisinden beklenen özeni göstermeyen davacının, müterafik (bölüşük) kusurunun, noterin ödeyeceği tazminat miktarının tayininde indirim sebebi olduğu söylenebilecektir. Aldatma (iğfal) kabiliyeti olmayan belgelerle noterin kandırılarak sahte evrak düzenlenmesi ya da işlem yapılması halinde, noterler görevlerini ihmal etmiş sayılırlar ve bundan sorumlu olurlar. Bununla birlikte, geçerli olmayan vekaletnameler ile satılan araçları da bu kap-

<sup>61</sup> Yargıtay 3.HD.'nin 12/09/2018 tarih ve 2016/21820E., 2018/8386K. sayılı kararı. ([www.karararama.yargitay.gov.tr](http://www.karararama.yargitay.gov.tr)) (ET:10.10.2021)

samda değerlendirmek gerekecektir kanaatindeyiz. Kanaatimizce, geçerli olmayan (örneğin süresi dolmuş) veya usule aykırı düzenlenmiş (örneğin, düzenleme şeklinde olması gerekirken onaylama şeklinde düzenlenmiş) vekaletnameler ile yapılan araç satışlarında da noterler görevini ihlal etmiş sayılmalı ve bundan sorumlu olmalıdırlar.

### C. Noter ve Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki

Çalıntı araç satışında, noterin hukuki sorumluluğunun tespiti açısından incelenmesi gereken bir husus da işlemi yapan kimse ile noter arasındaki ilişkinin niteliği ve noter ile işlemden etkilenen üçüncü kişiler arasındaki ilişkinin niteliğidir. Doktrinde yalnız noterlerce yapılabilecek resmi işlemlerde, noterlerin kamusal yetki kullanması sebebiyle, işlemin haksız fiil sorumluluğuna tabi olması gerektiği, diğer işlemler açısından ise aradaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu belirtilmektedir<sup>62</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, doktrinde bir kısım yazarlar, noterle işlem yapan kişi ile noter arasındaki ilişki açısından, hukuki statüleri farklı olmasına rağmen, temelde korudukları menfaatlere ilişkin paralellik sebebiyle, tapu memurlarının sorumluluğuna gönderme yapmakta, sorumluluğu tıpkı tapu memurlarında olduğu gibi arada sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olup olmadığına bakmaksızın haksız fiil hükümlerine göre değerlendirmektedir<sup>63</sup>.

Noterle bizzat işlem yapmayan, fakat noterin yapmış olduğu işlem sebebiyle, notere duyulan güven nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişiler ile noter arasında sözleşmesel bir ilişki yoktur. Ancak, noter ve noterle işlem yapan kimse arasındaki hukuki ilişkinin haksız fiil hükümlerine tabi olduğunun kabul edilmesi sonrasında, üçüncü kişilerin uğradıkları zararların da haksız fiil hükümleri çerçevesinde talep edilmesi mümkündür<sup>64</sup>. Sonuç olarak, çalıntı motorlu araç satışlarında, noterle bizzat işlem yapmayan üçüncü kişiler ile noter arasındaki ilişki, sözleşmesel ilişki olmayıp, haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilebilecektir.

<sup>62</sup> ULUKAPI/ATALI, s.220, dn.14; ERDOĞAN, s.263.

<sup>63</sup> ERDOĞAN, s.264; ULUKAPI/ATALI, s.219; ULUKAPI, s.215.

<sup>64</sup> ERDOĞAN, s.264-265; DOĞU, s.584; KARTAL, s.349, ÜNAL, s.49; OKTAY ÖZDEMİR, s.701; KURT, s.89-90; ÖZBEK, s.103.

#### **D. Ceza Mahkemesi Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi**

Çalıntı motorlu araçların sahte evrakla satılması halinde, sahtecilik eylemi, özel hukukta “*haksız fiil*” (TBK m.49) ve ceza hukukunda “sahtecilik” suçunu oluşturur. (TCK m.204) Sahtecilik eyleminden zarar görenler, Cumhuriyet savcılığına başvurarak kamu davası açılmasını sağlayabilir ve hukuk mahkemelerinde noterlik senedinin (satış işleminin) iptali ile uğradıkları zararın giderilmesini talep ve dava edebilirler. Böyle bir durumda, illiyet bağıni tespit eden ceza mahkemesinin mahkumiyet kararı, hukuk hakimini bağlar. Zira, ceza mahkemesinin mahkumiyet kararıyla eylemin hukuka aykırılığı tespit edilmiş olur. Ceza mahkemesince, eylemin sanık tarafından işlendiğine karar verilmesi sonrasında, hukuk mahkemesi hakiminin eylemin sanık tarafından işlenmediği yönünde karar verilmesi yargısal güvenliğe aykırılık oluşturur. Bu nedenle, ceza mahkemesince eylemin hukuka aykırılığına, kusurun varlığına, eylemin sanık tarafından işlendiğine karar verilmesi, hukuk hakimini bağlar. Ceza mahkemesinin delil yetersizliğine dayanarak verdiği beraat kararı, hukuk hakimini bağlamaz. Ancak, suç sayılan eylemin sanık tarafından işlenmediğinin kesin olarak anlaşılması gerekçesine dayanan beraat kararları, hukuk hakimini bağlar<sup>65</sup>.

#### **E. Çalıntı Araç Satışında Noterin Hukuki Sorumluluğunun Hüküm ve Sonuçları**

Çalıntı motorlu araçların satışında noterin hukuki sorumluluğu, niteliği itibariyle (aracı çalınan kişi ile noter arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmadığı için) haksız fiil sorumluluğu olarak belirtilebilir. Ancak burada kusursuz sorumluluk hali olan özen yükümlülüğüne aykırılık hali de unutulmamalıdır. Konuyu sadece haksız fiil sorumluluğu ile sınırlı olarak değerlendirmek hukuka ve hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Zira, satılan araç çalıntı bir araç da olsa noter hukuka aykırı bir işlem yapmaktadır. Dolayısıyla çalıntı araç satışlarında noter kusursuz sorumludur. Bu kapsamda, noterin sorumluluğunun söz konusu

<sup>65</sup> KICALIOĞLU, s.143. Yargıtay’a göre, ceza mahkemesinin kesin hükümle belirlediği vakıalar, hukuk hakimini bağlar. Ceza mahkemesi kararının beraat ya da mahkumiyet kararı olmasına değil, belirlenen olgulara bakılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KICALIOĞLU, s.143.

olması halinde, NK m.162 hükümleri yanında, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen TBK m.49 vd. hükümlerinin ve özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Zararın noterlik çalışanının kusurlu fiilinden ileri gelmesi halinde, çalıntı araç satışı, sözleşme ilişkisine dayanmadığı için, TBK m.66 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri de dikkate alınacaktır. Kanaatimizce, NK m.162 özel kural olmakla birlikte, TBK yeni tarihli bir kanun olduğu için TBK m.66'nın NK m.162'ye tercih edilmesi gerekir.

### 1. Noterin Tazminat Ödeme Yükümlülüğü

Noterin tazminat ödeme yükümlülüğünün kapsamına, zararın ve tazminatın belirlenmesi, müteselsil sorumluluk halinin tespiti, zamanaşımı süresinin geçip geçmediği ve görevli mahkemenin tayini konuları girmektedir.

#### a. Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi

Çalıntı motorlu araçların satışında noterin sorumlu olabilmesi için öncelikle noterin yaptığı işlemlerden bir zararın doğması gerekir. Zararın miktarının belirlenmesinde TBK m.50/2 hükmü, tazminatın miktarının belirlenmesinde TBK m.51 ve m.52 hükümleri dikkate alınacaktır. Tazminatın hesaplanmasında zarar miktarı esas alınmalıdır. TBK m.50/1 gereğince, *“Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispatla yükümlüdür.”* Zararın ispatı çoğu zaman güçlük arz etmemekle birlikte, bazen zarar görenden her durumu ispat etmesi beklenmeyebilir. TBK m.50/2 gereğince, *“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”* Hakimin takdir yetkisi, zararın varlığı ve miktarı yönünden de geçerlidir. Çalıntı motorlu araç satışı nedeniyle zarar görenin, zararın doğumunda ortak kusuru varsa veya zarara razı olması söz konusuysa, bu durum tazminattan indirim sebebi olacaktır<sup>66</sup>.

Hukuki sorumluluğun ilk amacı, bir kimsenin iradesi dışında uğradığı zararın giderilmesidir. Bunun söz konusu olabilmesi için de öncelikle zararın miktarının tespit edilmesi gerekir. Buradaki ölçüt, zarar

<sup>66</sup> KURT, s.106-107; ULUKAPI, s.230.

verici işlemde önceki durumla (çalıntı aracın satılması öncesi durumda), zarar verici işlemin gerçekleşmesinden sonraki durumun (çalıntı aracın satılması sonrasında oluşan durumun) karşılaştırılmasıdır<sup>67</sup>. Bunun yanı sıra, işlemin yaptırılması için ödenen noter harç ve ücretleri, vergi ve resimler ile varsa yargılama harç ve giderlerinin de zararın kapsamına dahil olduğu söylenebilir<sup>68</sup>. Bunlar da uğranılan zarar kapsamında ilgiliye ödenecek kalemlerdir.

### **b. Müteselsil Sorumluluk**

Çalıntı araç satışından zarar gören kişinin uğradığı zarardan noter, noterlik çalışanı, sahte vekaletnameyi ya da belgeyi kullanan kişi gibi birden çok kişi sorumlu olabilir. Örneğin, sahte belgelerle motorlu aracın satışı işleminde, hukuka aykırı işlemi yapan noter katibi kusurlu ise, işlem sahibinin uğradığı zarardan noter NK m.162 ve TBK m.66 gereği, katip ise TBK m.49 gereği sorumlu olacaktır. Zararın ortaya çıkmasından sorumlu olan üçüncü kişilerin sorumluluğu da yine TBK m.49 kapsamında değerlendirilecektir.

Zarar noterlik çalışanın fiilinden doğmuşsa, çalışanın zararın doğumunda kusurunun bulunup bulunmaması onun bizzat sorumlu tutulup tutulmaması açısından önemlidir. Noterlik çalışanı kusurlu ise, zarar gören kişi NK m.162 ve TBK m.66 kapsamında noterin sorumluluğuna gidebileceği gibi, haksız fiil esasına dayanarak TBK m.49 vd. kapsamında da noterlik çalışanına tazminat davası açabilir<sup>69</sup>.

Farklı nedenlerle de olsa noter ve katibi aynı zarardan sorumlu oldukları için, zarar görene karşı TBK m.61 kapsamında müteselsil borçlu olurlar. Ayrıca, üçüncü kişilerin zararın oluşumuna dair eylemlerinin de müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak, üçüncü kişinin ağır kusuru ile noteri yanıltması halinde, Yargıtay uygulaması kapsamında artık noterin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

<sup>67</sup> EREN, s.589-590; ULUKAPI, s.230.

<sup>68</sup> ULUKAPI, s.230.

<sup>69</sup> KURT, s.107-108; OKTAY ÖZDEMİR, s.704; ÖZBEK, s.84-85; EREN, s.696-697. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalışanın davranışından doğan bir sorumluluk halidir. Bu kapsamda, kısıtlayıcı bir hukuk kuralı olmadıkça, TBK m.66, özel hukukta çalışan yardımcı kişinin davranışından doğan bütün sorumluluk hallerine uygulanabilecek genel bir kural niteliği taşımaktadır. EREN, s.696.

Bu durumda zarar gören kişi, haksız fiil esasına dayanarak TBK m.49 kapsamında ilgili kişiye tazminat davası açabilecektir.

### c. Zamanaşımı

Çalıntı motorlu araçların satışında, zarar gören kişinin, noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak açacağı davalarda zamanaşımı süresi, TBK m.72 kapsamında zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilinden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

### d. Görevli Mahkeme

Çalıntı araç satışında noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davası genel mahkemelerde görülür. Görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi'dir. Ancak, galeriden alınan bir aracın çalıntı araç çıkması halinde tüketici sıfatına haiz olan aracı alan kişinin uğradığı zararlar nedeniyle açacağı davalarda görevli mahkeme, tüketici mahkemesi olacaktır. Dava haksız fiilden doğan dava niteliğinde olduğu için, yetkili mahkeme HMK m.16 gereğince, haksız fiilin işlendiği yer olan noterlik dairesinin bulunduğu yer mahkemesi olabileceği gibi, zararın meydana geldiği yahut meydana gelme ihtimalinin bulunduğu veya zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi olabilir. HMK m.16'da belirtilen yetki kuralı özel yetki kuralı olup, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi kesin ve kamu düzenine ilişkin olmadığından<sup>70</sup>, HMK m.6 gereğince genel yetkili mahkeme olan davalının (noterin) ikametgahı mahkemesi de yetkilidir.

## 2. Noterin Çalışanlarına Rücu Hakkı

Noterlik çalışanın, çalıntı motorlu araç satışına dair hukuki işlemde, bir kişiye kusurlu şekilde zarar vermesi halinde, bu zarardan noter NK m.162 gereğince, çalışan ise TBK m.49 gereğince sorumlu olur. Farklı hukuki sebeplerle olsa da aynı zarardan sorumlu olmaları nedeniyle noter ve çalışanı ortaya çıkan zarardan müteselsilen sorumlu olur. Bu durumda, tazminatın kendi payına düşen kısmından fazlasını öde-

<sup>70</sup> KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s.144.



yen taraf, TBK m.62 kapsamında fazla ödediği kısım için diğer müteselsil borçlulara rücu hakkına sahiptir<sup>71</sup>.

NK m.162'de, zarar görene tazminat ödemek zorunda kalan noterin, çalışanlarına rücu edebileceği belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, noter, zarar görene ödediği miktar için ilgili çalışana rücu edebilir. Burada sebep olma ifadesiyle kastedilen, noterlik personelinin kusurunun bulunmasıdır. Bu kapsamda noter, çalışanına, ancak bu kişi çalıntı araç satışına ilişkin hukuki işlemde kusurlu ise ve ödediği tazminat miktarı ile sınırlı olarak rücu edebilir. Noter, çalışanın kusurunu kanıtlamak zorundadır<sup>72</sup>. Noterin çalışanlarına rücu hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresi açısından TBK m.73 hükmü uygulanır. Bu kapsamda noterin rücu talebi, çalıntı motorlu aracın satışı nedeniyle zarar gören kişiye tazminatı ödediği ve kusurlu noterlik çalışanın kim olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde tazminatı ödediği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

## SONUÇ

Sonuç olarak, noterlere tevdi edilen muamelelerin yanlış yapılmasından büyük zararların doğması tehlikesinin bulunması ve noterlerin ifa ettiği kamu hizmetinin bir adalet hizmeti olması nedeniyle, noterlerin sorumluluğuna ağır esaslar getirilmiş ve noterin sorumluluğunda kusursuz sorumluluk esası kabul edilmiştir. Bu nedenle, noterin NK m.162 kapsamında sorumlu tutulabilmesi için, haksız fiilin kusur dışındaki unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir. İlliyet bağı kesen sebepler, kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulama alanı bulacağı için, zarar görenin ya da üçüncü kişinin fiili veya mücbir sebebin varlığı illiyet bağı kestigi taktirde noterin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Noter gerek kendisinin gerekse çalışanlarının, göreviyle ilgili, hukuka aykırı eylemi nedeniyle zarar gören herkese karşı sorumludur.

Son dönemlerde sıkça karşılaşılan bir durum olan, sahte belgeler ile çalıntı araç satışı da noterin gerekli dikkat ve ihtimamı göstermemesi halinde, noterin sorumluluğunu doğuracaktır. Çalıntı araç satışında,

<sup>71</sup> KURT, s.108-109; DOĞU, s.590; ULUKAPI, s.231-232; KARTAL, s.351; İNAN, Atilla, s.33.

<sup>72</sup> DOĞU, s.590; ULUKAPI, s.231-232; KARTAL, s.351; İNAN, Atilla, s.34.

noterde işlem yaptıran kişinin noteri aldatma kabiliyeti olan sahte belgeler kullanması halinde, bu kişinin ağır kusuru noterin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağına kesecek, böyle bir durumda noterin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak, noterin gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde tespit edeceği sahteciliği tespit edememesi ve akabinde yapılan işlemle zarar doğması halinde, noterin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hukuki sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde, noterin, zarar gören kişiye tazminat ödeme borcu doğacaktır. Burada sorumluluğun sonuçları bakımından haksız fiil hükümleri uygulanır.

## KAYNAKLAR

- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Legal Yayıncılık 2018.
- ATABEK, Reşat, Noter Mali Sorumluluk Sigortası, TNBHD, Yıl:1974, Sayı:4, ss.16-70.
- ATAMER, Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, Beta Yayınevi, İstanbul 1996.
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- ÇELİKTAŞ, Demet, Motorlu Taşıt Aracının Noterde Satış ve Devri Geçerlik Şartı mıdır? Manisa Barosu Dergisi, Yıl:1987, Cilt:6, Sayı: 25.
- DEDEAĞAÇ, Ender, Noterlerin Tazminat Hukuku Açısından Sorumluluğu, TNBHD, Yıl:2006, Sayı:130, ss.92-98.
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu, Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı, TBB Dergisi, Yıl:2011, Sayı:94, ss.95-130.
- DOĞU, Engin, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, Yargıtay Dergisi, Yıl:1979, Cilt:5, Sayı:3, ss.579-619.
- DÜZGÜN, Ülgen Aslan, Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, ss.491-512.
- ERDOĞAN, Ersin, Noterlerin Hazırlanmasına Katılmış Oldukları Senetler Sebebiyle Zarar Gören Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl:2016, Sayı:1, ss.255-282.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25.Baskı, Vedat Kitâpçılık 2020.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 1, 13.Baskı, Turhan Kitabevi 2019.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10.Baskı, İmaj Yayıncılık 2015.
- GÜNERGÖK, Özcan/ KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.
- GÜRSEL, Nurettin- Sunal, İ. Hakkı, Noterlik Mevzuatı ve Tatbikatı, 2.Bası, Ankara 1953.
- HATEMİ, Hüseyin and GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2017.
- HATEMİ, Hüseyin, Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.
- İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.
- İNAN, Atilla, Kusursuz Sorumluluk Örneği Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Sayıştay Dergisi, Yıl:2000, Sayı:36, ss.25-35.
- İMRE, Zahit, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, İÜHF Mecmuası, Yıl:1979-1981, Cilt:45, Sayı:1-4, ss.402-420. (Mesuliyet Esası)
- İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İÜHF Mecmuası, Yıl:1947, Cilt:13, Sayı:4, ss.1475-1536 (Kusursuz Mesuliyet)
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1992.
- KARTAL, Bilal, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk, Yargıtay Dergisi, Yıl:1998, Cilt:24, Sayı:3, ss.340-355.
- KAYABEKMAN, Asım, Noterlerin Meslek Sorumluluğu ve Noterlerin Toplum İçindeki Görevleri, TNBHD, Yıl:1978, Sayı:20, ss.10-12.
- KICALIOĞLU, Mustafa, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2007, Sayı:11, ss.131-145.

- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.Baskı, Turhan Kitabevi 2020.
- KURT, Ekrem, Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler, Yaşar Üniversitesi E Dergisi, Yıl:2013, Cilt:8, Özel Sayı, ss.1857-1930.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/
- YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- KURT, Leyla Müjde, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2014, Cilt: XVIII, Sayı:2, ss.85-118.
- MEMİŞ Yusufo, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2015, Cilt:10, Sayı:106, ss.92-127.
- NART, Serdar, Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2010, Cilt:11, Özel Sayı, ss. 425-452.
- NOMER, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi 2020.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 16.Baskı Vedat Kitâpçılık 2021.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, ss.693-714.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, Noter Senetlerinde Sahtelik, 2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- PULAŞLI, Hasan, Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, TNBHD, Yıl:1983, Sayı:39, ss.10-16.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi v.d., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1985.
- TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitâpçılık 2010.
- TANRIVER, Süha, Noterlerin İşlevleri Alanındaki Yeni Açılımlar ve Bu Bağlamda Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair

Kanun Tasarısı Taslağının İrdelenmesi, TNBHD, Yıl:2004, Sayı:124, ss.56-68.

TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 1994.

TOPÇUOĞLU, Metin, Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği, Batider, Yıl:2000, Cilt: XX, Sayı:4, ss.191-213.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sermet Matbaası 1976.

ULUKAPI, Ömer, Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt 21, Sayı 1, ss.209-241.

ULUKAPI, Ömer /ATALI, Murat, Noterlik Hukuku, 3.Baskı, Mimoza Yayıncılık 2013.

ÜNAL, Mehmet, 1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162.Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu) TNBHD, Yıl:1999, Sayı:101, ss.48-53.

## ORTAK HAYATIN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASI

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin ÖZGÜL\*

### Öz

Ortak hayatın kurulamaması sebebiyle boşanma, Türk Medeni Kanunu'na 1988 yılında dahil edilmiş ve sonrasında yeni Medeni Kanun'da da korunmuş önemli bir düzenlemedir. Bu çalışma, düzenleme yürürlüğe girdikten itibaren bugüne kadar uygulamaya yönelik sorunların neler olduğunun tespiti ve Yargıtay kararları ile doktrinde tartışılan noktaların sistematik şekilde incelenmesi amacını taşımakta, ayrıca hükme işlerlik kazandırıcı önerilerin neler olabileceği sorusunu cevaplamaya çalışmaktadır. Modern boşanma hukuklarında özel boşanma sebeplerinden uzaklaşılması ve kusura dayalı boşanmanın zamanla terk edilmesi nedeniyle, hukukumuzda da ilerde fiili ayrılık sebebiyle boşanma daha fazla gündeme gelecek ve belki üzerinde küçük değişiklikler yapılarak anlaşmalı boşanmayla birlikte iki temel boşanma sebebinden biri olacaktır. Bu sebeple şimdiki haliyle ilgili sorunların tespiti, ayrılık süresinin ne zaman başlaması ne kadar olması gerektiği gibi önemli soruların cevaplanması gerekir. Çalışmada öncelikle fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya ilişkin şartlar ve bu şartlara ilişkin sorunlar ve eleştiriler tespit edilmiş, ardından fiili ayrılık davasının görülmesine ilişkin dikkat edilecek hususlarla çalışma sona erdirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Kusura Dayanmayan Boşanma Sebebi • Fiili Ayrılık • Genel Boşanma Sebepleri  
• Mutlak Boşanma Sebepleri • Ortak Hayatın Kurulamaması

\* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Denizli, Türkiye | Asst. Prof., Pamukkale University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Denizli, Turkey.

✉ mozgul@pau.edu.tr • ORCID 0000-0002-8389-8164

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZGÜL Mehmet Emin, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2347-2385.

✂ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## DIVORCE ACTION DUE TO THE INABILITY TO ESTABLISH A COMMON LIFE (DE FACTO SEPERATION)

### Abstract

Divorce due to the inability to establish a common life is an important regulation that was included in the Turkish Civil Code in 1988 and was later preserved in the new Civil Code. This study aims to determine the problems regarding implementation since the regulation came into force. In modern divorce laws, due to the abandonment of special reasons for divorce and the abandonment of divorce based on fault in time, divorce will be discussed more in our law in the future due to actual separation, and maybe it will be one of the two main reasons for divorce together with the agreed divorce. In the study, first of all, the conditions related to divorce due to de facto separation and the problems and criticisms related to these conditions were determined and then the study was terminated with the points to be considered regarding the actual separation case.

### Key Words

Divorce Reason not Based on Fault • De Facto Seperation • General Reasons for Divorce • Absolute Divorce Reasons • Failure to Establish Common Life in Marriage

## GİRİŞ

Boşanmanın genel sebepleri arasında yer alan ortak hayatın kurulamaması sebebiyle boşanma, fiili ayrılık ya da eylemli ayrılık<sup>1</sup> sebebiyle boşanma olarak da ifade edilir. Bu boşanma sebebi halihazırda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/IV maddesinde düzenlenmiştir. Aslında fiili ayrılığın boşanma sebebi olarak düzenlenmesine ilişkin öneriler çok

---

<sup>1</sup> ÖZTAN, Bilge, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 726; GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Mahkemesi Davaları-Açıklama-Dilekçe Örnekleri, Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 336; GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 975; TUTUMLU, Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s. 239; TUTUMLU, Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C: 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 1065; ÜNAL, Akın, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1-2, Kayseri, 2007, s. 291; OŞAR ŞAHİN, Aslı, Boşanma Sebeplerinde Kusur İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 40; BOZDAĞ, Cahide Işıl, "Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusurun Etkisi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019, s. 32.



öncelere dayanmakta, 1940'lı yıllarda dahi bu durumun Kanunla düzenlenmesine ilişkin görüşlerin doktrinde ileri sürüldüğü görülmektedir<sup>2</sup>. O dönemde uzun yıllardır ayrı yaşayıp bir türlü boşanamayan eşlerin varlığı, böyle bir boşanma sebebinin düşünülmesinin yersiz olmayacağı görüşünü doğurmuştur<sup>3</sup>. Buna rağmen fiili ayrılığın bir kanun tasarısında yer alması çok sonraları olmuştur. Fiili ayrılığa ilişkin ilk düzenleme 1971 tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısında yer almış ancak kanunlaşmamıştır<sup>4</sup>. Sonrasında yine kanunlaşmayan 1984 tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısında fiili ayrılık düzenlemesi hiç yer almamasına rağmen, bundan dört yıl sonra, 1988 yılında, önceki Medeni Kanun'un 134. maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle hukukumuzda dahil olmuştur<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Evllenme ve Boşanma Hukukunda Medeni ve Cezaî Bakımdan Ne Gibi Tadilatla İhtiyaç Vardır?", Türk Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi No: 79, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1944, s. 26.

<sup>3</sup> VELİDEDEOĞLU, s. 26.

<sup>4</sup> ÖZTAN, Bilge, "3444 sayılı Kanun'la Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134. Maddesi", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1990, s. 118,134.

<sup>5</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 113; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 116-117; YALÇINKAYA, Namık/KALELİ, Şakir, Boşanma Hukuku, C: 2, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 2066; UYAR, Talih, "Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1229; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2020, s. 114; İPEK, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 121; ÖZCAN ÇELİK, Berna, "Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 114; daha önce 1971 tarihli Medeni Kanun Ön tasarısında fiili ayrılık sebebiyle boşanma, şimdikinden farklı olarak, ilk davanın reddinden 5 yıllık bir süre geçmesi koşuluyla düzenlenmiştir. 1984 tarihli Ön Tasarıda bu madde yer almamış daha sonra 3444 sayılı Kanun yapılacağı zaman, Hükümet tarafından 1971'deki haliyle gönderilen Kanun Tasarısı, Adalet Komisyonunca, süre üç yıla indirilerek aynı şekilde kanunlaşmıştır. Bkz. ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072; HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul, 2021, s. 123; TUTUMLU, s. 239-240; TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1065-1066; ÜNAL, s. 292; ÇAKIN, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007, s. 87; bu değişikliğin gerekçesinden, Kanun koyucu üzerinde kusur esasına göre açılmış ve reddedilmiş olan fazla

Hükmün konuluş amacı esasen eşlerin fiilen çözülmüş veya çökmüş olan evliliklerini sürdürmelerinin bir anlamının kalmayıdır<sup>6</sup>. Bu gerekçe, haksız bir gerekçe değildir. Zira evlilik birliğinde eşler, hiçbir mecburiyet olmadığı halde, birlikte yaşamak istemedikleri için fiilen ayrı yaşıyorlarsa, evliliğin anlam ve amacının kalmadığı, şekli anlamda var olan ancak eşlere ve topluma faydası olmayan bir evliliğin söz konusu olduğu görülür<sup>7</sup>. Uzun zaman eşlerin bir araya gelememesiyle, evlilik cüzdanında ve kayıtlarda kalmış, artık evlilik bağından bahsedilemeyecek haldeki bir evliliğin, eşlere de topluma da faydası kalmayacak<sup>8</sup>, bu durum eşleri evlilik dışı ilişkilere itebilecek, evlilik dışı doğan çocukların

---

sayıdaki boşanma davalarının baskı oluşturduğunun anlaşıldığına ilişkin bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB-Public and Private International Law Bulletin, C: 35, S: 1, s. 30, dn. 2; Fıli ayrılığa dayalı boşanma sebebinin İslamiyet'ten önceki Türk Hukukunda ve İslam hukukunda yer almadığına ilişkin bkz. VATANSEVER, Müge, "Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011, s. 127.

6 ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 700; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2067; OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 130; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 125; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 272; ÜNAL, s. 295; İPEK, s. 121-122; ÇAKIN, s. 73; ÖZCAN ÇELİK, s. 114; BOZDAĞ, s. 106; VATANSEVER, s. 126.

7 YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2065-2066.

8 Montesquieu'nun ünlü eseri "İran Mektupları'nda Hristiyanlıkla bağlantılı olarak boşanmanın yasaklanmasına ilişkin, o dönemde yapılmış şu eleştiriler dikkat çekicidir: "Lâkin, Hristiyanlarda vaziyet aynı değildir; bu yüzden çekmekte oldukları ıstırapın, istikbal için hiçbir devası bulunmadığını düşünerek, yeisleri daha da artmaktadır. Onlar izdivacın keder ve galesinin sürüp gideceğinden titreşip dururlar. İşte bu yüzden de izdivaç hayatı müthiş bir tatsızlık, şiddetli geçimsizlik, karşılıklı tezyif ve hakaretlerle örülenmeye başlar ve gittikçe çoğalıp gelişerek doğacak nesli de kurutup harap ederler. Hatta izdivaçların üzerinden daha üç yıl geçmemişken, bu akıbetler meydana çıkar, izdivaç hayatının gayeleri tamamen ihmale uğrar; bundan sonra otuz sene mutlak bir soğukluk ve meyusiyet içinde ömür sürülür; aile birliğinin mahrem hayatında tam bir ayrılık ve uzaklık hüküm sürer. Aile birliği halinde geçen bu mahrem ayrılık ve uzaklık o derece tehlikeler ve şemetler doğurur ki, aşikâr ayrılık ve uzaklıklar bunun yanında hiç mesabesinde değildir. Her biri kendi başına, kendi köşesinde yaşamağa nefsinin hasreder. Ve işte bütün bu hallerin şemetleri müstakbel nesillerin üzerine yıkılıp kalır. Bu hicap verici ticarî münasebet cemiyet için pek bahtsızlık ve tehlikelerle doludur!" Bkz. MONTESQUIEU, İran Mektupları, Mektup 117, Çev. Dr. Av. Muhiddin Göklü, Hüsnütabiat Matbaası, İstanbul, 1963, s. 344-345.

artmasına neden olabilecek ve bu yolla da toplumun zarar görmesine yol açabilecektir<sup>9</sup>. Bu şekilde ruhen ve fiilen ayrılığın gerçekleştiği bir evliliğin zorla sürdürülmesini istemek, eşleri bekar ve yalnız yaşayışa itmekten farksız olabilir, başka yollarla da boşanamayan eşler için büyük sıkıntılar doğurabilir<sup>10</sup>. Montesquieu'nun deyimiyle evlilik aslında bu kadar serbest bir anlaşma olmasına, kalbin tamamen hür, endişesiz ve hiçbir tazyik altında ezilmemesi gerekmesine rağmen, boşanmaya ilişkin yasaklar bu özgürlüğü, sıkıntı ve üzüntü ve mecburiyetlerle gölgeleyip karartabilecektir<sup>11</sup>. Nitekim bu değişiklik yapılmadan önce hukukumuzda boşanma konusundaki düzenlemelerin en çok eleştirildiği noktalardan biri, uzun süredir ayrı yaşamakta olan eşlerin boşanmasına imkân veren bir düzenlemenin olmayışıdır<sup>12</sup>. Medyaya yansımış olan ve yıllardır bir türlü sonuçlanamayan boşanma davaları da bu hükmün konulmasında etkili olmuş<sup>13</sup> ve böylece hukukumuz boşanmayı kolaylaştırıcı bir düzenlemeye kavuşmuştur<sup>14</sup>. Kanuna bu hükmün eklenmesinden sonra boşanma sayısında bir artma gözlemlenmiştir<sup>15</sup>. Ancak aynı dönemde resmi evliliklerin sayısının da arttığı gözlemlenmiştir<sup>16</sup>.

Boşanma hukukunda aslında tek bir boşanma sebebinin var olduğu, onun da evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi olduğu doktrinde savunulan bir görüştür<sup>17</sup>. Günümüzde çağdaş hukuk sistemlerindeki düzenlemelerin de bu yönde olduğu, tarafların bir süre fiili olarak ayrı yaşamış olmaları ve/veya birlikte başvurmaları halinde ya da birinin açtığı boşanma davasını diğerinin kabul etmesi durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karinesinin kabulü yoluna gidildiği dile

<sup>9</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2066; ÇAKIN, s. 73; VATANSEVER, s. 17.

<sup>10</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 167-168.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, s.344.

<sup>12</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2066-2067; ÇAKIN, s. 73.

<sup>13</sup> ÇAKIN, s. 73.

<sup>14</sup> ÖZTAN, Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulününün 70. Yılında Aile Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 44, S: 1, Ankara, 1995, s. 116.

<sup>15</sup> ÖZTAN (70. Yıl), s. 117, dn. 76.

<sup>16</sup> ÖZTAN (70. Yıl), s. 117.

<sup>17</sup> BURCUOĞLU, Haluk, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, Y :2018, s. 1,3.

getirilmiştir<sup>18</sup>. Çalışmamızda inceleyeceğimiz üzere fiili ayrılık sebebiyle boşanma da bu kesin bir karinenin kabulü ile gerçekleşmektedir.

## I. FİİLİ AYRILIK SEBEBİYLE BOŞANMANIN ŞARTLARI

### A. Daha Önce Açılan Boşanma Davasının Reddedilerek Kesinleşmesi

Türk Medeni Kanunu 166/4 maddesinde düzenlendiği üzere, fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için daha önce eşlerden biri tarafından, herhangi bir boşanma sebebine dayanılarak dava açılmış olmalı ve açılan bu dava mahkeme tarafından reddedilerek kesinleşmelidir<sup>19</sup>. Kanun koyucunun neden reddin kesinleşmesini aradığı hususuna, madde gerekçesinde yer verilmemiştir<sup>20</sup>. Doktrinde burada olsa olsa hâkime üç yıllık sürenin tespitinde kolaylık sağlama amacı olabileceği dile getirilmektedir<sup>21</sup>. Fiili ayrılık sebebiyle açılacak boşanma davasına dayanak teşkil eden bu davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesi hem maddi anlamda hem de şekli anlamda kesin hükmün meydana gelmesini

<sup>18</sup> BURCUOĞLU (Boşanmada Kusur), s. 4.

<sup>19</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 119; HATEMİ, s. 124; ÖZTAN, s. 701; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; KILIÇOĞLU, s. 115; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072; ERGÜN, Zafer, Boşanma Davaları, 3. Basım, Adil Yayınevi, Ankara, 2004, s. 92; CEYLAN, Ebru, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S: 12, Y: 2018, s. 325; ÇAKIN, s. 82; ÜNAL, 299 vd.; İPEK, s. 128,130; SAMAT, Murat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 105; OŞAR ŞAHİN, s. 40; GÜNEŞLİOĞLU, Filiz, “Boşanma Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 18-19; açılan boşanma davasının ayrılık kararı ile sonuçlanıp kesinleşmesi halinde fiili ayrılığa dayanarak boşanma davasının açılmayacağı, bu durumda zaten TMK 172/2’de özel bir düzenleme bulunduğu yönünde bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1088; ayrılık kararının amaca uygun yorumlanarak boşanmanın reddi gibi değerlendirilmesinin yerinde olacağı görüşü için bkz. ÖZTAN, s. 704; ÖZCAN ÇELİK, s. 122, aynı yönde bkz. VATANSEVER; s. 126; TMK 170’te düzenlenen ayrılık süresi sonunda ortak yaşam hala kurulamamışsa hakimin boşama konusunda takdir yetkisi sahibi olması, ancak TMK 164/IV’te düzenlenen fiili ayrılık halinde takdir yetkisinin bulunmayıp, boşanma kararı verme zorunluluğunun bulunmasının bir çelişki doğurduğu, bu iki durum için aynı yönde, çelişki barındırmayan düzenleme yapılması gerektiği yönünde bkz. ÜNAL, s. 301.

<sup>20</sup> ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 116.

<sup>21</sup> ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 116.

ifade eder<sup>22</sup> ve usul hukuku bakımından gerçekleşmesi gereken prosedürlerle olur<sup>23</sup>.

### 1- Önceki Açılan Dayanak Davaya İlişkin Genel Hususlar

Hangi sebeple açılırsa açılışın önceden açılmış bir boşanma davasının olması ve bu davanın reddedilmesi, fiili ayrılık sebebiyle boşanmanın, kanuni şartıdır. Bu dava fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasına dayanaklık etmektedir. Bu dayanak davanın olmaması yani reddedilip kesinleşen önceki boşanma davasının bulunmaması halinde, eşlerin uzun süredir ayrı yaşıyor olmasının, bu boşanma sebebi açısından bir anlamı ve önemi yoktur<sup>24</sup>. Dayanak olan önceki boşanma davasını hangi eşin açtığıının ve hangi boşanma sebebine dayalı olarak açtığı önem taşımaz<sup>25</sup>. Ancak dayanılmakta olan önceki davanın bir boşanma davası olması şarttır<sup>26</sup>. Dava gerçekte olmayan bir sebeple veya hiçbir boşanma sebebi olmadığı halde açılmış ve reddedilmişse yine bu şart yerine getirilmiş sayılır<sup>27</sup>. Kural olarak davanın reddi yeterli olup, reddin gerekçesi ve nedenleri önemli değildir<sup>28</sup>. Ancak davanın esastan reddi gerektiği için, yetkisizlik sebebiyle reddedilmişse, bu boşanma sebebi bakımından retle sonuçlanmış bir davadan bahsedilemez<sup>29</sup>. Yargıtay da birçok kararında eğer boşanma davası yetkisizlik sebebiyle reddedilmişse, TMK'da aranan retle sonuçlanmış dava koşulunun sağlanmış olmayacağını kabul etmiştir<sup>30</sup>. Aynı şekilde önceki açılan davada, dava dilekçesinin şekli bir nedenden

<sup>22</sup> ERGÜN, s. 93.

<sup>23</sup> KILIÇOĞLU, s. 115.

<sup>24</sup> VATANSEVER, s. 126.

<sup>25</sup> ÖZTAN, s. 701; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 135; OĞUZMAN/DURAL, s. 130; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273; KILIÇOĞLU, s. 117; UYAR, s. 1239; TUTUMLU, s. 246; ÜNAL, s. 299; İPEK, s. 128; ÖZCAN ÇELİK, s. 116; VATANSEVER, s. 126.

<sup>26</sup> ERGÜN, s. 92.

<sup>27</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 130; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 125; ÜNAL, s. 300; İPEK, s. 128; ÖZCAN ÇELİK, s. 116; VATANSEVER, s. 126.

<sup>28</sup> ÖZTAN (Boşanma), s. 726; ERGÜN, s. 93.

<sup>29</sup> ÖZTAN, s. 701; UYAR, s. 1239; İPEK, s. 130; ERGÜN, s. 92.

<sup>30</sup> ERGÜN, s. 92; Yarg. 2. HD., 13.06.1995 T., 425 E., 6934 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 561; diğer kararlar için bkz. TUTUMLU, s. 247,299; TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1091.

reddi veya davanın açılmamış sayılması gibi bir karar, esası ilgilendiren bir karar olmadığı için, retle sonuçlanmış dava koşulunu sağlamaz<sup>31</sup>.

Reddedilen boşanma davası sayısının birden çok olması halinde, davacı olacak eş bunlardan herhangi birisine dayalı olarak davasını açabilir<sup>32</sup>. Önceki davada davacı veya davalı olmasının, önceki davanın daha fazla kusurlu olduğu için reddedilmiş olmasının, fiili ayrılık sebebine dayalı boşanma davası açabilmek bakımından bir önemi yoktur<sup>33</sup>.

Yargıtay açılan butlan davasının reddedilmiş olması halinde üç yıllık sürenin uygulanmayacağı, hükmün dar yorumlanarak sadece boşanma davasının reddi ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği görüşündedir<sup>34</sup>. Doktrinde de evliliğin feshi ya da butlanı sebebiyle açılıp reddedilen davaların bu hükmün kapsamında olmadığı, verilen ret kararları üç yıllık sürenin başlangıcına esas olmayacağı görüşünde olanlar vardır<sup>35</sup>. ÜNAL'a göre bu davalar boşanma davası değil, evliliğin kuruluşundaki eksiklikten kaynaklanan sebeplerle açılan davalardır ve evliliğin işleyişiyle ilgili ortaya çıkan sebeplerle açılabilmesi bakımından bu davaların amaçları ve hukuki sonuçları farklıdır<sup>36</sup>. ÖZTAN, özellikle ayrılık kararı ile ilgili görüşünü belirtirken TMK 166/4 maddesinin dar yorumundan vazgeçerek, amaçsal yorum metodu ile yorumlanmasının isabetli

<sup>31</sup> ÜNAL, s.301; Yarg. 2. HD.,25.09.1997 T., 8162 E., 9641 K. sayılı kararın için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1074,1096.

<sup>32</sup> TUTUMLU, s. 246; TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1071; ERGÜN, s. 94; GENÇCAN (Boşanma), s. 977; OŞAR ŞAHİN, s. 40; taraflar arasında birden fazla reddedilip kesinleşen boşanma davası varsa, ortak hayatın kurulamaması açısından sonuçlanan son davanın esas alınmasının şart olmadığı, ilk açılıp sonuçlanan davanın esas alınması gerektiği yönünde Yarg. 2. HD., 01.04.2004 T., 2944 E., 4139 K. sayılı kararı ve 2. HD., 11.05.2005 T., 2005/5633 E., 2005/7727 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 392.

<sup>33</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 132; ÖZTAN, s. 704; TUTUMLU, s. 246.

<sup>34</sup> "Hukuki sonuçları farklı olan evliliğin butlanı ve feshi nedeniyle açılan ve reddedilen davalar bu madde ve fıkrada yer almadığından, önce açılan ve reddedilen evliliğin feshi davası bu davada üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlangıcına esas alınmaz." Yarg. 2. HD., 29.12.1993 T., 12395 E., 12774 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, s. 246-247,288.

<sup>35</sup> ERGÜN, s. 92; ÜNAL, s. 301-302; İPEK, s. 129-130; BOZDAĞ, s. 107; GENÇCAN (Boşanma), s. 979.

<sup>36</sup> ÜNAL, s. 301-302.

olacağını dile getirmiştir<sup>37</sup>. Kanaatimizce de evliliğin feshi ve butlan hallerinde reddin geniş yorumlanarak, lafzi yorumdan öte amaca uygun yorum yapılması ve hükmün bu durumlarda da uygulanabilirliğinin sağlanması, eşlerin yaşayacağı mağduriyeti gidermeye yardımcı olabilecek, hakkaniyetli bir çözüm olarak görünmektedir.

Açılan boşanma davasında ret kararını veren bir yabancı mahkeme de olabilir<sup>38</sup>. Yabancı mahkemeden alınan boşanmanın reddine ilişkin karar, tanınması koşuluyla, fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasına dayanaklık edebilir<sup>39</sup>. Bu durumda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda aranan şartlar yerine getirilmeli, yabancı mahkeme ilamının tanınmasına ilişkin Türk Mahkemesinin aldığı karar da kesinleşmiş olmalıdır<sup>40</sup>. Üç yıllık süre, Türk Mahkemesinin almış olduğu tanıma kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar<sup>41</sup>.

## 2- Önceki Açılan Dayanak Davadan Feragat Edilmesine İlişkin Hususlar

Önceki açılan boşanma davasından feragat edilmişse, ilk bakışta Kanunun lafzi yorumundan yola çıkılarak bunun bir ret anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşılabilir<sup>42</sup>. Feragat halinde boşanma isteminden vazgeçildiği ve zaten çoğu zaman boşanma sebebi ortadan kalkmış olacağı için, bunu ret kapsamında değerlendirmenin mümkün olmadığı, doktrinde savunulan bir görüştür<sup>43</sup>. Ancak Yargıtay, feragatin hakkın esasını

<sup>37</sup> ÖZTAN (Boşanma), s. 727.

<sup>38</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; ERGÜN, s. 92; İPEK, s. 130; OŞAR ŞAHİN, s. 40; ÖZCAN ÇELİK, s. 119; BOZDAĞ, s. 109; Yarg. 2. HD., 29.06.1992 T., 7126 E., 7477 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 559; TUTUMLU, s. 247; UYAR, s. 1257.

<sup>39</sup> GENÇCAN (Boşanma), s. 984; “Boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme ilamı Türk Mahkemelerince tenfiz ve tanınması yapılmadıkça hükmü ifade etmez...” Yarg. 2. HD., 16.11.2006 T., 8764 E., 15758 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN (Boşanma), s. 984.

<sup>40</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273; ERGÜN, s. 92,93; İPEK, s. 130; ÖZCAN ÇELİK, s. 119; BOZDAĞ, s. 109; Yarg. 2. HD., 29.06.1992 T., 7126 E., 7477 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 559; 2. HD., 16.09.1991 T., 6557 E., 10749 K. sayılı karar için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1091.

<sup>41</sup> ÜNAL, s. 303; İPEK, s. 130; ERGÜN, s. 93.

<sup>42</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 130, dn. 225; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; ÜNAL, s. 300.

<sup>43</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; ÜNAL, s. 300; aksi yönde bkz. İPEK, s. 129; ÖZCAN ÇELİK, s. 118.

ilgilendirdiği ve bu durumda ret kararının esasa ilişkin olması koşulunun sağlandığı görüşündedir<sup>44</sup>. Yargıtay bu durumda feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağı gerekçesiyle feragat halinde de ret halinde olduğu gibi fiili ayrılık sebebiyle boşanmanın mümkün olduğunu kabul etmekte<sup>45</sup>, hatta feragat edilen dava fiili ayrılığa dayansa da üç yıllık süre dolduktan sonra yine bu sebepten dava açılabilmesine karar vermektedir<sup>46</sup>. Yargıtay'a göre Kanun koyucu bu düzenleme ile sadece kesinleşen ret kararını aramakta, bu ret kararının hukuki gerekçesi ve nedenleri ile ilgili başka bir unsur ve koşul aramamakta, bu durumda önceki ret kararının iddianın ispat edilememesine, feragat veya kanunun aradığı koşulların ve unsurların gerçekleşmemesine dayanması önem taşımamaktadır<sup>47</sup>. Uygulamada sürenin bir an evvel başlamasını sağlamak adına göstermelik bir boşanma davası açılarak ilk celsede feragat işlemi gerçekleştirilmekte, bu durumda süre feragatin mahkemeye ulaşmasıyla başlamakta, şeklen kesinleşmesi beklenmemektedir<sup>48</sup>. Şu hâlde feragatle sonuçlanan davalar bakımından, feragat tarihi itibarıyla üç yıllık süre de başlamış olmaktadır<sup>49</sup>. Yargıtay da feragat üzerine verilen kararın şeklen kesinleşmesine gerek olmadığı yönünde kararlar vermektedir<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> ERGÜN, s. 93; Yarg. 2. HD., 25.09.1997 T., 1997/8162 E., 1997/9641 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s.3 87-388.

<sup>45</sup> BURCUOĞLU, Haluk, "Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu", Bülent Davran'a Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1998, s. 66; TUTUMLU, s. 247; Yargıtay'ın davadan feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağına ve bu şekildeki bir reddin fiili ayrılığa dayalı boşanma davasına dayanak oluşturacağına yönelik kararları için bkz. Yarg. 2. HD., 04.07.2011 T., 2010/10947 E., 2011/11385 K. sayılı kararı, GENÇCAN, s. 343; Yarg. 2. HD., 07.07.2003 T., 2003/9313 E., 2003/10213 K. sayılı kararı, ERGÜN, s. 202.

<sup>46</sup> ÖZTAN, s.701; BURCUOĞLU (Ayrılık Kurumu), s. 66-67; Yarg. 2. HD., 27.04.2015 T., 2014/17832 E., 2015/8437 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 341; feragatin kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuracağına ve ayrıca kararın tebliğine gerek olmadığına ilişkin bkz. TUTUMLU, s. 248; Yarg. 2. HD., 06.02.2006 T., 2006/99 E., 2006/1293 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 379.

<sup>47</sup> Yarg. 2. HD., 19.09.1991 T., 1991/8004 E., 1991/11148 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 376.

<sup>48</sup> HATEMİ, s. 124; ÖZCAN ÇELİK, s. 117.

<sup>49</sup> ERGÜN, s. 93; İPEK, s. 129; Yarg. 2 HD., 13.11.1996 T., 1996/10707 E., 1996/11712 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 386.

<sup>50</sup> Yarg. HGK., 12.04.1995 T., 1995/2-138 E., 1995/384 K sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 392-393; Yarg. 2. HD., 22.03.2007 T., 2006/16345 E., 2007/4627 K. sayılı kararı için bkz.



Feragat halinde ret ile sağlanan sonuçların doğacağını kabul etmenin, kanuna karşı hile teşkil edecek şekilde, kanunun amacı ile uyumlu olmayan bazı sonuçlar doğurabileceği dikkate alınmalıdır<sup>51</sup>. Zira hâkimin TMK 170 çerçevesinde ayrılık kararı vereceğini anlayan ya da ayrılık kararı verildikten sonra henüz kesinleşmeden feragat eden davacı, fiili ayrılıkla tanınan imkanlardan yararlanabilecek, hükmün kesinleşmesi feragat anında başlayacağı için beklemeyecek ve bu yolla istediği sonuca ulaşabilecektir<sup>52</sup>. Üç yıllık süreyi bir an evvel başlatmak için bu şekilde dava açıp feragat eden kimse, kısa sürede sonuca ulaşırken, haklılığına inanıp boşanma davası açan ve yürüten kimse, boşanma hükmü elde etmek için yıllarca uğraşabilecek, sonrasında belki dört beş yıl sonra reddedilip kesinleşen davasından sonra üç yıl daha bekleyecek yani sonuca ulaşması yedi sekiz yılı bulabilecektir<sup>53</sup>. Doktrinde TEKİNAY, tarafların ciddi delillerle boşanma nedenlerini ve haklılıklarını ispat etmek yerine, açtıkları davanın bir an evvel reddini sağlayarak, üç yıl sonra boşanmayı garantilemeye çalışmalarına ilişkin genel sakıncayı dile getirmekte, bu durumun mahkemelerin gereksiz yere işgal edilmesine ve adalet hizmetlerinin aksamasına yol açacağından ve kamu düzenine de zıt düşeceğinden bahsetmektedir<sup>54</sup>. HATEMİ ise bu durumda İsviçre’de olduğu gibi bir araya gelmeme şartının davanın reddedilip kesinleşmesinden itibaren değil de başlangıcından itibaren aranması halinde, kanuna karşı hile davranışının önüne geçilebileceğini dile getirmektedir<sup>55</sup>. Kanaatimizce mevcut durumda HATEMİ’nin önerisi bir çözüm olarak değerlendirilebilir ancak dayanak davanın aranmasından tamamen vazgeçilmesi bu sorunu da ortadan kaldıracak daha kökten bir çözüm olarak görünmektedir.

---

İPEK, s. 385; Yarg. 2. HD., 06.05.2009 T. 6462 E., 8832 K. Bkz. ÖZCAN ÇELİK, s. 117 dn. 468.

<sup>51</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s.2071; BURCUOĞLU (ayrılık kurumu), s. 66; ÜNAL, s. 301.

<sup>52</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s.2071; BURCUOĞLU (ayrılık kurumu), s. 66; ÜNAL, s. 301.

<sup>53</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071; ÇAKIN, s. 83 TEKİNAY, s. 197.

<sup>54</sup> TEKİNAY, s. 197.

<sup>55</sup> HATEMİ, s. 124.

### 3. Önceki Açılan Dayanak Davanın Aranmasına Yönelik Eleştiriler

İsviçre Medeni Kanun'u 2000 yılında boşanmayla ilgili kurallar bakımından köklü bir değişime uğramış, kusur esasına dayanan boşanma sistemi tamamen terk edilmiş<sup>56</sup>, evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan, anlaşma veya ayrı yaşamaya dayalı boşanma sistemi kabul edilmiştir<sup>57</sup>. Alman hukukunda da aynı şekilde artık kusur üzerinde durulmamakta, boşanma için evliliğin başarısız olup olmadığına yani işlemez hale gelip gelmediğine bakılmaktadır<sup>58</sup>. İsviçre ve Alman hukuklarında fiili ayrılığa dayanan boşanma davası açılabilmesi için, öncesinde bir boşanma davası açılıp reddedilmiş olması şartı da aranmamaktadır<sup>59</sup>. Hukukumuzda eşler ne kadar uzun süredir ayrı yaşıyor olurlarsa olsunlar, eğer bir boşanma davası açılıp reddedilmemişse yani dayanak dava yoksa bu boşanma sebebine başvurulamayacağı, Kanunun lafzından da açıkça anlaşılacakla birlikte<sup>60</sup>, doktrinde Kanundaki bu düzenlemenin mantıklı ve tutarlı sayılmasının güç olduğu ifade edilmektedir<sup>61</sup>. Doktrinde diğer bazı yazarlar da bu durumu beraberinde farklı adaletsizlikleri getirebilecek olması sebebiyle eleştirmekte, boşanma davası açılmadan on yıl belki daha uzun süre fiilen ayrı yaşayan kimselere boşanma hakkı vermezken, dava açıp reddedildi diye üç yılda boşanmaya

<sup>56</sup> HELVACI, Serap, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul, 2002, s. 1151 vd.; ÖZCAN ÇELİK, s. 30 vd.; kusura dayalı sistemin sakıncaları için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 33 vd.

<sup>57</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 31; ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZCAN ÇELİK, s. 30 vd.; CEYLAN, s. 325-326.

<sup>58</sup> TEKİNAY, s. 170.

<sup>59</sup> BURCUOĞLU, Haluk, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 48, S: 1-4, İstanbul, 1983, s. 115; OKTAY ÖZDEMİR, s. 35-36, dn. 15; ÜNAL, s. 294; ÖZCAN ÇELİK, s.34 vd.; Alman Hukukundaki ilgili düzenlemeler BGB§ 1564 vd. çevirisi için bkz. ODENDAHL, Hanswerner/USLU, Burcu (Çevirenler), "Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı", Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, Turhan Kitabevi, II. Cilt., Ankara, 2010, s. 1499; HELVACI, s. 1155.

<sup>60</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; UYAR, s. 1239; ÇAKIN, s. 82; İPEK, s. 129.

<sup>61</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 131.

hükmedilmesinin, adalet duygularını ve eşitliği zedeleyebileceği dile getirilmektedir<sup>62</sup>. Doktrinde OKTAY ÖZDEMİR, fiili ayrılığın söz konusu olduğu takdirde ek bir şart aranmaksızın evlilik birliğinin temelden sarıldığı sonucuna ulaşılması gerektiğini, önceden açılıp reddedilmiş bir boşanma davasını aramanın, fiili ayrılık sebebiyle dava açabilmek adına sebepsiz boşanma davası açmaya neden olabilecek, kötüye kullanımı mümkün olan bir düzenleme olduğunu dile getirmektedir<sup>63</sup>. Aynı yönde kötü niyetli eşin sadece süreyi başlatmak için, âdet yerini bulsun diye dayanaksız dava açabileceğini belirten YALÇINKAYA/KALELİ, önceden açılmış dava aranması ile Kanun'un çağdaş çizgiden ayrıldığını, bunun beraberinde adaletsizlikleri de getirecek açıklanması zor bir düşünce biçimi olduğunu dile getirmektedirler<sup>64</sup>. Yazarlar, fiili ayrılık halinde bu şekilde önceden açılıp reddedilmiş bir boşanma davasının aranmasının, bu boşanma sebebinin amacıyla çeliştiği, Kanun koyucunun bu konuda istisnar edilebilecek durumlar konusunda özel düzenleme yapabilecekken, kolay yolu seçerek, *"eşe önce bir dava açarak kuşkuyla yer vermeyecek şekilde iradesini göstermesi gerekliliği ve diğer eşe de buna göre kendi taorını alması"* yolunu seçtiğini ifade etmektedir<sup>65</sup>. Yargıtay ise dayanak dava olmaksızın, fiili ayrılığı tek başına bir boşanma sebebi saymamakta, evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesiyle TMK 166/1'e göre açılan davalarda fiili ayrılığın tek başına boşanma nedeni olmayacağı yönünde karar vermektedir<sup>66</sup>. Bu konuda doktrinde dile getirilen eleştirilere uygun bir düzenleme yapılarak dayanak dava şartının tamamen kaldırılmasıyla kötü niyetli yaklaşımların önüne geçecek hakkaniyetli bir çözüme ulaşılabilirliği kanaatindeyiz.

<sup>62</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071; ÇAKIN, s. 82-83.

<sup>63</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 39; aynı yönde bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072.

<sup>64</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071.

<sup>65</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071; Aynı yönde bkz. ÇAKIN, s. 83.

<sup>66</sup> Yarg. 2. HD., 01.07.2003 T., 2003/5357 E., 2003/9978 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 149-150.

#### 4. Üç Yıllık Sürenin Geçmesi ve Bu Süre İçinde Ortak Hayatın Kurulamaması

##### a. Üç Yıllık Süre Koşulu

Ortak hayatın kurulamadığına ilişkin kanaat oluşturacak süre Kanun koyucu tarafından üç yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre maddi hukukun belirlediği bir süredir, hâkim tarafından sürede değişiklik yapılamaz, artırılması veya azaltılması söz konusu olamaz<sup>67</sup>. Ancak TMK 166/4'te yer alan diğer koşullar gerçekleşmediyse, üç yıllık süreli bir fiili ayrılığın varlığı tek başına boşanma kararı vermek için yeterli olmaz<sup>68</sup>. Bir önceki koşulla birlikte değerlendirdiğimizde fiili ayrılık sebebiyle boşanma davası açabilmek için öncelikle daha önce açılıp reddedilen bir boşanma davası olmalı, önceki açılan boşanma davasının reddinden sonra üç yıllık süre dolmuş olmalıdır. Kanunda düzenlendiği üzere, üç yıllık süre, ret kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlayacaktır. Kesinleşme, maddi ve şekli anlamda kesin hüküm haline gelme anlamına gelmekle; hükme karşı tüm itiraz ve kanun yollarına başvurma imkânı ortadan kalkmış olur ve talep konusu çözüme kavuşturulmuş olur<sup>69</sup>. Bu sürenin başlangıcının tatil gününe isabet etmesi, işlemesine engel olmaz, tatil günleri süreye dahildir<sup>70</sup>. Sürenin başlangıç ve bitişinin belirlenmesine ilişkin Kanunda bir hüküm bulunmadığı için Borçlar Kanunu'nun 151 ve 92/3 hükümleri ile ve İcra İflas Kanununun 19/2 hükmü kıyasen uygulanmaktadır<sup>71</sup>. Davanın reddi üç yıl önce hangi gün kesinleşti ise aynı gün süre dolmuş sayılmakta ve bir sonraki gün dava açılabilmektedir<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> ÖZTAN (Boşanma), s. 727; ERGÜN, s. 94.

<sup>68</sup> Yarg. 2. HD., 05.07.2011 T., 2010/10846 E., 2011/11477 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 344.

<sup>69</sup> ÖZTAN, s.702; ÜNAL, s. 302.

<sup>70</sup> ÖZTAN (Boşanma), s.726; ÇAKIN, s.84; OŞAR ŞAHİN, s. 41; Yarg. 2. HD., 20.09.1994 T., 7760 E., 8364 K. sayılı kararı için bkz TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1092-1093, ÇAKIN, s. 84.

<sup>71</sup> ÖZTAN, s. 702; ÇAKIN, s. 85; BOZDAĞ, s. 109; ERGÜN, s. 94; Yarg. 2. HD., 05.10.1990 T., 6227 E., 9023 K. sayılı kararı, TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1093; üç yıllık sürenin başlangıcı ve hesabına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yarg. 2. HD., 05.10.1990 T., 6227 E., 9023 K. sayılı kararı, TUTUMLU, s. 301-302.

<sup>72</sup> ÖZTAN, s. 703; ÜNAL, s. 303; BOZDAĞ, s. 109; sürenin hesabında ilk gün hesaba katılmaz. bkz. ÇAKIN, s. 83; İPEK, s. 130-131; BOZDAĞ, s. 109; Yarg. 2. HD., 13.06.1995 T., 5770 E., 6944 K. sayılı kararı için bkz. UYAR, s. 1247.

Üç yıllık sürenin kesintisiz yani ara verilmeksizin devam etmesi aranır<sup>73</sup>. Bu süre işlediği zamanda askerlik görevini yapma, herhangi bir sebeple yurt dışında bulunma, hastane ya da hapisane gibi bir kurumda bulunma gibi durumlar ve benzeri irade dışı ayrılık halleri, sürenin işlemesine mâni değildir<sup>74</sup>. Düzenlemedeki “her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa” ifadesi de bu durumu açıkça göstermektedir<sup>75</sup>. Ortak hayatın neden kurulamadığı ise, bu boşanma sebebi bakımından önem taşımaz<sup>76</sup>.

Üç yıllık süre maddi hukuka ait bir dava şartıdır, hâkim tarafından resen dikkate alınır ve eğer bu koşul gerçekleşmemişse dava reddedilir<sup>77</sup>. Üç yıllık süre gerçekleşmediği için verilen ret kararı, üç yılın dolmasıyla birlikte aynı sebeple yeniden dava açılmasına engel değildir<sup>78</sup>. Boşanma davası açıldığında üç yıllık fiili ayrılığın gerçekleşmiş olması ve ortak hayatın halen kurulamamış olması gerekir<sup>79</sup>. Ortak hayat bir kez kurulduktan sonra yeniden başlayacak fiili ayrılık süresi ne olursa olsun, fiili ayrılık sebebiyle boşanma kararı verilmesine engel olacaktır<sup>80</sup>. Bu halde

<sup>73</sup> ÖZTAN, s. 703; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; ERGÜN, s. 94; GENÇCAN (boşanma), s. 1009; İPEK, s. 132; ÇAKIN, s. 86; ÜNAL, s. 304; OŞAR ŞAHİN, s. 41; Yarg. 2. HD., 12.02.1990 T., 1989/10488 E., 1990/1783 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s.379; ÖZKAN, s. 557; Yarg. 2. HD., 27.09.1990 T., 3050 E., 8636 K. sayılı kararı, TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1093.

<sup>74</sup> ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; ÇAKIN, s. 89; ÜNAL, s. 304; İPEK, s. 132.

<sup>75</sup> İPEK, s. 132; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s.136.

<sup>76</sup> KILIÇOĞLU, s. 115; ERGÜN, s. 95; “İlk davanın ret nedeni önemli olmadığı gibi ortak hayatın yeniden kurulamamasının nedeninin de bir önemi yoktur.” Yarg. 2. HD., 27.11.2006 T., 2006/9680 E., 2006/16417 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 389.

<sup>77</sup> ÖZTAN, s. 702; ÖZTAN (Boşanma), s.727; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; TUTUMLU, s. 249; ÜNAL, s. 302; ERGÜN, s. 94; İPEK, s. 135; SAMAT, s. 105 dn. 383; ÖZCAN ÇELİK, s. 120; BOZDAĞ, s. 109; GÜNEŞLİOĞLU, s. 19; Yarg. 2. HD., 06.07.2011 T., 2010/10639 E., 2011/11578 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 343; Yarg. 2. HD., 13.06.1995 T., 5770 E., 6944 K. sayılı kararı için bkz. ÇAKIN, s. 85, İPEK, s. 385.

<sup>78</sup> Yarg. 2. HD., 15.12.2014 T., 2014/14818 E., 2014/25711 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN (Boşanma), s. 984-985.

<sup>79</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127.

<sup>80</sup> ÖZTAN, s. 703; ERGÜN, s. 94; İPEK, s. 133; Yarg. 2. HD., 27.09.1990 T., 3050 E., 8636 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 558; TUTUMLU, s. 300-301; Yarg. 2. HD., 27.09.1990 T., 3050 E., 8636 K. Sayılı kararı, TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s.

sürenin baştan başlaması diğer bir ifadeyle sıfırlanması gibi bir durum söz konusu olmayacak, halihazırda eşlerin bu sebebe dayalı olarak dava açma hakları ortadan kalkacaktır. Eşlerin ret kararı kesinleşmeden önce ortak hayatı kurup, ret kararı kesinleşince ayrı yaşamaları ve üç yıllık süre dolduğunda dava açmaları, Yargıtay tarafından hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmekte ve bu halde dava açamayacakları kabul edilmektedir<sup>81</sup>. Eşler üç yıllık süre içinde ortak hayatı kuramadıkları halde, üç yıl geçtikten sonra kurmuşlarsa yine bu sebebe dayanarak boşanma davası açılmaz<sup>82</sup>. Şu hâlde dava üç yıllık süreden çok daha sonra açılrsa da evlilik birliğinin fiilen çözülmesi ve ortak hayatın kurulamaması, üç yıllık süre dolduktan sonraki süreçte devam ediyor olmalıdır<sup>83</sup>.

Boşanma davası açılmış ancak sonrasında ortak hayat kurulmuş ise, bu durum mahkemenin boşanma kararı vermesine engel olmaz<sup>84</sup>. Bu halde ancak dava açan eşin feragat etmesi halinde boşanma kararı verilemeyecektir<sup>85</sup>. Reddedilen boşanma davasından sonra ikinci bir boşanma davası açılmışsa, ilk davanın kesinleşmesinden itibaren başlayan süreyi etkilemez ve bu ilk davanın fiili ayrılık sebebiyle açılan boşanma davasına esas alınmasına engel olmaz<sup>86</sup>. Zira bir Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere, fiili ayrılığa dayanan boşanma kararı verilmesi için reddedilen boşanma davasının, taraflar arasındaki en son boşanma davası olması şart değildir<sup>87</sup>.

---

1093; Yarg. HGK., 08.03.2000 T., 2000/2-129 E., 2000/169 K sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 396.

<sup>81</sup> ÖZTAN, s. 703; Yarg. 2. HD., 12.04.1996 T., 3014 E., 4080 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 386-387.

<sup>82</sup> ÖZTAN, s. 703; OĞUZMAN/DURAL, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126-127; HELVACI, s. 1167; İPEK, s. 133.

<sup>83</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 131; İPEK, s. 133.

<sup>84</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; İPEK, s. 133.

<sup>85</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127.

<sup>86</sup> ERGÜN, s. 92; İPEK, s. 129; Yarg. 2. HD., 23.01.2012 T., 2011/2627 E., 2012/866 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 342-343.

<sup>87</sup> ERGÜN, s. 94; Yarg. 2.HD., 20.04.2004 T., 2004/2016 E., 2004/5035 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 382.

## b. Üç Yıllık Süreye Yönelik Eleştiriler

Fiili ayrılığa ilişkin hükümlerde dikkat çeken noktalardan biri, sürenin ne kadar olması gerektiğine, eşlerin ne kadar ayrı kalmaları halinde boşanmaya karar verilebileceğine ilişkin düzenlemedir<sup>88</sup>. Fiili ayrılığa dayalı boşanma sisteminin doğru ve sağlıklı işlemesi ve toplum menfaatine sonuçlar doğurması için ayrılık süresi özenle belirlenmelidir<sup>89</sup>. Bu sürenin uzun olması yeni bir hayata başlamayı geciktirdiği için eşler açısından eziyet verici, usandırıcı olabileceği gibi, kısa olması da eşler için ayrılığa özendirici, adeta tek taraflı boşanmanın gerçekleştirilmesini sağlayıcı sonuçlar doğurabilir<sup>90</sup>. Fiili ayrılık süresi Belçika'da bir yıl<sup>91</sup>, İsviçre ve Fransa'da iki yıl, Almanya'da<sup>92</sup> ve İtalya'da<sup>93</sup> ise üç yıl olarak belirlenmiştir<sup>94</sup>. Sürelerin başlaması için dayanak dava açılması gerekmediği düşünüldüğünde fiili ayrılık sebebiyle boşanmanın Hukukumuz bakımından çok daha fazla zaman aldığı görülecektir. Doktrinde de Hukukumuzdaki üç yıllık süre uzun olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte, İsviçre Medeni Kanun'unda düzenlenen sürenin daha kısa olduğu da dile getirilerek<sup>95</sup>, sürenin kısaltılması önerisinde bulunmaktadır<sup>96</sup>. Doktrinde bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte, çoğunluk, sürenin uzun olduğu ve kısaltılması gerektiği, bir ya da iki yıla indirilmesinin uygun olacağı görüşündedir<sup>97</sup>. KILIÇOĞLU, bu sürenin oldukça uzun olduğunu, düzenlemenin

<sup>88</sup> VATANSEVER, s. 17.

<sup>89</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072.

<sup>90</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2073; VATANSEVER, s. 17; CEYLAN, s. 322.

<sup>91</sup> CEYLAN, s. 329.

<sup>92</sup> Alman Hukukunda boşanma sebeplerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BURCUOĞLU (Alman Hukuku), s. 114 vd.; ÖZCAN ÇELİK, s. 39 vd.; Alman hukukunda temel boşanma sebebi evlilik birliğinin başarısızlığa uğramasıdır. Üç yıldır ayrı yaşama, evlilik birliğinin başarısız olduğuna ilişkin kesin karinedir. Bkz. BGB § 1656-1566 çevirisi için ODENDAHL/USLU (Çeviren), s. 1499; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 113.

<sup>93</sup> İtalyan hukukundaki durum için bkz. CEYLAN, s. 330.

<sup>94</sup> BURCUOĞLU (Alman Hukuku), s. 115; KILIÇOĞLU, s. 115, dn. 175; CEYLAN, s. 326,328; ÜNAL, s. 294; ÖZCAN ÇELİK, s. 34,42.

<sup>95</sup> BOZDAĞ, s. 111.

<sup>96</sup> BOZDAĞ, s. 111.

<sup>97</sup> Doktrinde VELİDEDEOĞLU, henüz bu konuda hiçbir hukuki düzenlemenin hatta tasarının olmadığı 1943 yılında vermiş olduğu bir konferansta, beş seneden fazla bir süre fiilen ayrı yaşayan ve barışmalarına imkân olmayan karı kocanın boşanabilmesi

bu şekliyle davaların sonuçlanmasının bazen dokuz yılı bile bulabileceğini, temelinden sarsılmış ve çekilmez hale gelmiş bir aileyi bir arada tutup, yeni yuva kurmalarının önüne geçmenin, hayatlarının en güzel yıllarından bu kadar uzun bir sürenin çalınması anlamına geleceğini dile getirmektedir<sup>98</sup>. Yazar, İsviçre’de bu sürenin önceden 4 yıl iken 01.01.2000 tarihinden itibaren iki yıla indirildiğini bizde de üç yıllık ayrılık süresinin bir yıla ya da hiç olmazsa iki yıla indirilmesinin gerektiğini ifade etmektedir<sup>99</sup>. YALÇINKAYA/KALELİ, üç yıllık sürenin fazla olduğunu, ülke gerçekleri açısından iki yıllık süre konusundaki düşüncenin isabetli olduğunu, sürenin bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmayacak şekilde belirlenmesinin hukuki, toplumsal ve siyasal açıdan daha faydalı olabileceğini ifade etmektedirler<sup>100</sup>. ÜNAL’a göre, ilk boşanma davası, bir ön şart olmasıyla birlikte, bu dava taraflara itiraz hakkı ve hâkime takdir yetkisi imkânı tanıdığına göre, süreyi kısa tutmanın bir sakıncası olmayacağından, süre 2 yıldan fazla olmamalıdır<sup>101</sup>. ÇAKIN ise halihazırdaki üç yıllık sürenin uzun olduğu, süre ne kadar uzun olursa yaşama sevincini, hayata yeniden yön verme ve başlama ümidini kaldırabilmesi ve evlilik dışı ilişkilere yol açma tehlikesi bulunması gerekçeleriyle kısaltılarak bir yıla indirilmesinin uygun olacağını dile getirmektedir<sup>102</sup>. Yazar, sürenin bir yıla indirilmesi halinde, bu boşanma sebebinin düzenlenmesi ile hedeflenen amacın, toplum açısından daha kolay gerçekleşeceğini ileri sürmektedir<sup>103</sup>. HATEMİ ise sürenin davanın açılması ile başlaması ve iki yıla indirilmesinin yerinde olacağı görüşündedir<sup>104</sup>. Sürenin iki yıl olması yönündeki görüşe katılmakla birlikte, sürenin başlaması için öncelikle açılmış boşanma davasının reddinin kesinleşmesi yani dayanak bir dava açılmasının aranmasının gerekmediği görüşündeyiz. Bu durumda hem OKTAY

---

için böyle bir sebebin düşünülmesinin yersiz olmadığını ifade etmiştir. Bkz VELİDE-DEOĞLU, s. 26.

<sup>98</sup> KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>99</sup> KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>100</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2073.

<sup>101</sup> ÜNAL, s. 310.

<sup>102</sup> ÇAKIN, s. 87.

<sup>103</sup> ÇAKIN, s. 87.

<sup>104</sup> HATEMİ, s. 124; Aynı yönde görüş için bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2073 dn. 4048.



ÖZDEMİR<sup>105</sup> ve YALÇINKAYA/KALELİ'nin<sup>106</sup> ifade ettikleri gibi sebep-siz ya da dayanaksız boşanma davası açmaya neden olabilecek, kötüye kullanımı mümkün olan bir düzenlemenin önüne geçilerek, modern bir düzenleme yapılmış olacak hem de daha önce “Önceki Açılan Dayanak Davadan Feragat Edilmesine İlişkin Hususlar” başlığı altında değindiğimiz, davadan feragat yoluyla elde edilmeye çalışılan istenmeyen durumların önüne geçilebilecektir.

### c. Ortak Hayatın Kurulamaması Koşulu

Ortak hayatın kurulmasından ne anlaşılması gerektiği, fiili ayrılık sebebiyle boşanma açısından oldukça önem arz eder ve açılan davada bu durumun tespiti için kriterlerin ne olduğunun açıkça ortaya konulması gerekir<sup>107</sup>. Ortak yaşamın kurulmasını dar yorumlamak, hükmü uygulamayı imkânsız hale getirebilir<sup>108</sup>.

Ortak hayatın kurulması ile kastedilen eşlerin evlilik birliğindeki<sup>109</sup> ortak yaşamlarını yeniden kurmak ve sürdürmek için bir araya gelmeleri<sup>110</sup>, aynı evde karı koca olarak birlikte yaşamaları<sup>111</sup> ve buna ilişkin niyetlerinin anlaşılabilir olmasıdır<sup>112</sup>. Ortak hayatın kurulması için eşler,

<sup>105</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 39; Aynı yönde bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072.

<sup>106</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071.

<sup>107</sup> ERGÜN, s. 95.

<sup>108</sup> ERGÜN, s. 95; TEKİNAY'ın hükmün genel eleştirisini yaparken değindiği ve eleştirdiği bir noktaya bu açıdan dikkat etmek gerekir. Yazar, boşanma davasının reddinden sonra ortak hayatın kurulmasının zorlaşmasına bizzat bu hükmün neden olabileceğinden bahsetmektedir. Yazar'a göre üç senelik devrede geçici bir süre için olsun eşyle birleşirse fiili ayrılık sebebiyle boşanma hakkını kaybeden eş, barışmamayı tercih edecektir. Hukuk düzeni ailenin korunmasını teşvik etmek yerine dağılmasına yol açabilecek bir duruma neden olmamalıdır. Bu çerçevede hükmün geniş yorumu yoluyla bu sakıncanın giderilmesi sağlanabilir. Bkz. TEKİNAY, s. 197.

<sup>109</sup> “Evlilik birliği, eşler arasında kurulan, eşlere çeşitli haklar vermekle birlikte, yükümlülükler de yükleyen, tüzel kişiliği olmayan hem Anayasa'da hem de Medeni Kanun tarafından özel olarak korunan bir birliktir.” Bkz. AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 14.

<sup>110</sup> TUTUMLU, s. 250.

<sup>111</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 131.

<sup>112</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; ÜNAL, s. 304; ÇAKIN, s. 88-89; 3444 sayılı kanunun Hükümet Tasarısı Gerekçesinde bu duruma ilişkin olarak şu ifadeler yer almaktadır: “Bu fıkradaki ortak hayatın yeniden kurulmasından maksat karı- kocaya evlenmenin umumi hükümlerinde tanınan hakların kullanılması, yükletilen vazifelerin yerine getirilmesini

evlilik birliğine ilişkin hak ve yükümlüklerin yerine getirilmesi amacıyla bir arada yaşmalıdır<sup>113</sup>. Evlilik birliğine ilişkin hak ve yükümlülükler genel olarak, ailenin birlik ve mutluluğunu sağlayacak özeni gösterme ve uygun davranış içinde olma, sadakat yükümlüğüne uygun davranma, evlilik birliğini beraberce yönetme, birliğin giderlerine güçleri oranında katılma, birbirlerine yardımcı olma, ailenin sürekli ihtiyaçları için birliği temsil etme vb. şeklinde sayılabilir<sup>114</sup>. Bir arada yaşamının evlilik birliğinin yeniden kurulmasına yönelik olduğunun kabulü için eşin ya da eşlerin başkalarıyla olan karı koca hayatı niteliğindeki yaşamlarına ve birlik-teliklerine son vererek sadakat yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeleri gerekir<sup>115</sup>. Bu nedenle üç yıllık süre içerisinde eşlerin arada bir buluşmaları ve görüşmeleri, ortak hayatın kurulduğu anlamına gelmez<sup>116</sup>. Ortak hayatı kurup kurmama konusundaki görüşmeler de ortak hayatın kurulduğu sonucuna götürmez<sup>117</sup>. Bu konuya ilişkin bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, tarafların dört gün süreyle bir otelde evlilik birliğinin kurulup kurulmayacağı konusunda müzakerelerde bulunmak amacıyla buluşmasının, evlilik birliğinin yeniden kurulduğunu göstermeyeceği

---

*üstlenecek şekilde eşlerin bir araya gelmesidir. Fiilen ayrı yaşayan eşlerin zaruri sebeplerle, çocuklar yüzünden veya bazı münferit nedenlere dayalı olarak bir araya gelmesinin ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmeyeceği açıktır.”* Bkz. <https://www.e-uyar.com>; Aynı yönde Yarg. 2. HD., 19.06.1991 T., 6070 E., 9558 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (boşanma yargılaması), s. 1088-1089.

<sup>113</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; ÖZTAN (Boşanma), s. 727; ERGÜN, s. 96; KILIÇOĞLU, s. 115; ÜNAL, s. 296; ÇAKIN, s. 87; İPEK, s. 131; Yarg. 2. HD., 2007/3770 E., 2007/17648 K. sayılı kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<sup>114</sup> ÜNAL, s. 296; ERGÜN, s. 95-96; SAMAT, s. 33 vd.

<sup>115</sup> İPEK, s. 132.

<sup>116</sup> ÖZTAN, s. 703; ÖZTAN (Boşanma), s. 727; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; GENÇCAN (Boşanma), s. 992 vd.; İPEK, s. 133; VATANSEVER, s. 127; Yarg. 2. HD., 24.02.2003 T., 2003/1273 E., 2003/2268 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 390; yalnızca cinsel birleşme amaçlı bir araya gelmenin süreyi keseceğini kabul etmek gerektiği yönünde bkz. ÜNAL, s. 304-305; eşlerin ortak yaşamı sürdürmek amaç ve niyeti olmaksızın zaman zaman özel birliktelikler yaşamalarının ortak hayatın kurulduğu şeklinde yorumlanmaması gerektiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s. 115; fiili ayrılık süresinin uzun bir süre olup, bu süre içinde eşlerin birbiri ile cinsel ilişki kurmasına olumsuz bakan anlayışı insani bulmanın zor olduğu yönünde bkz. ERGÜN, s. 97.

<sup>117</sup> TUTUMLU, s. 1080; ERGÜN, s. 97.

yönündedir<sup>118</sup>. Yargıtay kararlarında “kocanın zaman zaman kısa süreli olarak davalının evine gitmesinin, evlilik birliğinin yeniden kurulduğu biçiminde yorumlanamayacağını<sup>119</sup>”, erkeğin kısa sürelerle davalı kadının yanına gelip, çocukların ihtiyacını karşılamasının, çocukları ziyaret amaçlı olarak zaman zaman eve gelmesinin<sup>120</sup>, ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir<sup>121</sup>. Zira eşlerin zaruri sebeplerle, çocukların eğitimi vb. ile ilgili olarak, aralarındaki mali konuların çözüme kavuşturulması için ya da kaza, hastalık gibi sebeplerle bir araya gelmeleri, süreyi kesen sebepler olarak görülmez<sup>122</sup>. Aynı şekilde eşlerin medeni ilişkiler çerçevesinde<sup>123</sup> doğum, bayram<sup>124</sup>, kariyerde yükselme, ödül töreni vb. durumlarda dostça görüşmeleri, ortak hayatın kurulduğu anlamına gelmez<sup>125</sup>. Konuyla ilgili bir başka kararında Yargıtay,

<sup>118</sup> Yargı HGK., 30.04.1997 T., 1997/2-110 E., 1997/369 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s.394; bir haftalık bir süre ile bir arada kalmanın, evlilik birliğinin yeniden kurulduğunun kabulü için yeterli bir süreç olarak değerlendirilmeyeceği, yeniden evlilik birliğinin kurulması amacı ile bir araya gelindiğinin açık olması ve kanıtlanması gerektiği yönünde Yarg. 2. HD., 15.03.2001 T.2001/1986 E., 2001/3194 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 507.

<sup>119</sup> Yarg. 2. HD., 14.04.2003 T., 1795 E., 5401 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 581.

<sup>120</sup> “Toplanan delillere göre davacının zaman zaman davalının evine gitmesinin evlilik birliğini yeniden kurmaya yönelik olmayıp çocuklarını ziyaret amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. TMK 166/son maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Davanın kabulü gerekirken...” Yarg. 2. HD., 28.12.2006 T., 2006/19707 E., 2006/18593 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 388-389.

<sup>121</sup> Yarg. 2. HD., 30.06.2015 T., 2015/93 E., 2015/14013 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 342; Yargıtay konuyla bir diğer kararında, aynı binanın farklı katlarında oturmanın, ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmeyeceği yönünde karar vermiştir. Yarg. 2. HD., 24.10.2011 T., 2011/12970 E., 2011/16861 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 345.

<sup>122</sup> ÖZTAN, s. 703; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; GENÇCAN (Boşanma), s. 992 vd.; KILIÇOĞLU, s. 115; İPEK, s.131; ÇAKIN, s. 87.

<sup>123</sup> “Üç yıllık süre hem tam kusurlu hem de kusursuz eşin cezalandırılması için düşünülmüş bir süre değildir. Bu süre içinde eşler birbiri ile çekinmeden görüşebilmeli, oturup sorunlarını konuşabilmeli, ortak yaşamı kurmaya yönelik olarak pek de uzun sayılmayacak bir süre birlikte olabilmeli, eğer karşılıklı olarak istiyorlarsa neslin devamını temine yönelik olmamak koşuluyla birbirleriyle cinsel ilişki kurabilmelidir.” Bkz. ERGÜN, s. 97.

<sup>124</sup> “...Tanık beyanlarından da açıkça anlaşıldığı üzere taraflar he ne kadar bir araya gelmiş işler de görüşmeleri sonucu evlilik birliği kurulamamıştır. Aksi düşünce ayrı yaşayan eşlerin bayram veya diğer günlerde çocuklarının evlerinde dahi bir araya gelmemeleri sonucunu doğurur...” Yarg. HGK.,02.11.1994 T., 1994/2-406 E., 1994/685 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 396-397; UYAR, s. 1249.

<sup>125</sup> KILIÇOĞLU, s. 115; GENÇCAN (Boşanma), s. 994 vd.

çocuklarını görmek amaçlı onlarla tatile çıkan eşin, ortak hayatı kurup devam ettirme iradesinin olduğunu kabul etmek için, bu durumun yeterli olmadığını ifade etmiştir<sup>126</sup>. Eşler aynı evde karı koca olarak yaşamak için bir araya geldiyse, bu durum kısa süre için bile olsa, fiili ayrılık sebebiyle boşanma davası açılmaz<sup>127</sup>. Bu hal evlilik birliğinin devam etmesi ihtimalinin hala mevcut olduğunu gösterir<sup>128</sup> ve bir fiili karine teşkil eder. Nitekim Yargıtay, evlilik birliğini kurmak amacıyla bir ay süreli bir beraberliğin, davanın reddini gerektireceğine karar vermiştir<sup>129</sup>. Aynı konutta oturmalarına rağmen, evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerden kaçınan, ayrı odalarda kalan, birliği devam ettirme arzu ve hevesi bulunmayan eşler, fiilen ayrı yaşıyor gibi kabul edilir<sup>130</sup>. Eşlerin aynı gecekondunun ayrı yerlerinde oturduğu, giriş kapılarının ayrı olduğu, kocanın kendi bölümünü bir başka kadınla paylaştığı bir olayda Yargıtay, bu durumda eşlerin evlilik birliğini yeniden kurdukları anlamı çıkarılamayacağına karar vermiştir<sup>131</sup>. Aynı konutun içinde ayrı yaşam kurulduğunun ispatının, hâkimin eşlerin gizlilik alanına girmesini kaçınılmaz hale getirebilecek bir husus olduğuna dikkat edilmelidir<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> Yarg. 2. HD., 10.10.2010 T., 2010/14252 E., 2011/15321 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 346.

<sup>127</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; İPEK, s. 133; AKINTÜRK/ATEŞ'e göre yeniden kurulma ancak eşlerin bir araya gelip evlilik birliğini fiilen ve sürekli olarak sürdürmeleri halinde gerçekleşmiş sayılır, aksi durumda yeniden kurulmadan söz edilemez. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274; Yarg. 2. HD., 23.06.2011 T., 2011/10029 E., 2011/11231 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 345.

<sup>128</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126.

<sup>129</sup> Yarg. 2. HD., 05.02.2003 T., 52 E., 1658 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s.575; aynı yönde iki ay 5 gün süreyle birlikte yaşayan eşler açısından davanın reddi gerekeceğine ilişkin Yarg. 2.HD. 06.02.2003 T., 2003/292 E., 2003/1749 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 266; ilk davadan sonra 5-6 ay süreyle evlilik birliğini sürdürmek amacıyla birlikte yaşamamanın fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya engel olacağı yönünde bkz. Yarg. 2. HD., 30.06.2003 T., 2003/8823 E., 2003/9868 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 151

<sup>130</sup> YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; İPEK, s. 132.

<sup>131</sup> Yarg. 2. HD., 05.02.2003 T., 475 E., 1671 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 574-575; kadın olan eşin gidecek yeri olmadığı için evden ayrılmadığı, aynı evin farklı odalarında bir araya gelmeksizin 3 yıllık süreyi doldurdukları bir olayda boşanma kararı verilebileceğine ilişkin Yarg. 2. HD, 05.04.2005 T., 4782 E., 5442 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, s. 278.

<sup>132</sup> BURCUOĞLU (Alman Hukuku), s. 122.

Fiili ayrılık süresi içinde eşlerin birbirlerine karşı nafaka, ecri misil, alacak, şahsi ilişki tesisi, çocuk teslimine muhalefet vb farklı davalar açmış olmaları, fiili ayrılığa ilişkin boşanma davasında dikkate alınmaz. Ancak bu tür davalar taraflar arasında ortak hayatın kurulmadığına ilişkin bir ispat vasıtası olarak değerlendirilebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu davalar devam ederken, eşlerin bir araya gelmelerinin kabulünü, hayatın olağan akışına aykırı bulmuş ve eşlerin bir araya gelmedikleri yönünde değerlendirmede dikkate almıştır<sup>133</sup>.

İlk açılan boşanma davasının reddi ile kesinleşmesi arasındaki sürede eşlerin bir araya gelmesi, Kanun hükmünün lafzından anlaşılacağı üzere boşanmaya engel olmaz<sup>134</sup>. Ancak Yargıtay, ret ile kesinleşme arasında geçen iki buçuk yıl civarındaki sürede eşlerin barışıp bir araya geldikleri bir olayda, kocanın ret kararının kesinleşmesinden sonra fiili ayrılığa dayanarak dava açmasını, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve davanın reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>135</sup>.

Fiili ayrılık döneminde eşlerden birinin sunduğu barışma önerisine rağmen diğer taraf bu öneriyi kabul etmemiş ve ortak hayat kurulamamışsa, bu barışma önerisini TMK 166/1 maddesi kapsamında görülen dava bakımından bir af olarak nitelendirmek mümkün olmaz, somut olay bakımından bu durumun bir af niteliği taşıdığı iddia ediliyorsa diğer eş tarafından ileri sürülmeli ve ispat edilmelidir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Yarg. HGK.,03.11.1999 T., 2-831 E., 1999/898 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1089-1090; İPEK, s. 395.

<sup>134</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 131.

<sup>135</sup> Yarg. 2. HD., 12.04.1996 T., 3014 E., 4080 K. sayılı kararı, TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1094; İPEK, s. 378.

<sup>136</sup> "...kadın eşin ilk davanın kesinleşmesinden sonraki fiili ayrılık süresi içinde evlilik birliğini kurtarmak amacıyla sunmuş olduğu barışma önerisi, ortak hayatın yeniden kurulması için iyi niyetli bir girişim olup, erkek eş tarafından kabul edilmemiştir. Kadın eşin iyi niyetli teklifi sonrasında taraflar arasında barışma gerçekleşerek ortak hayat yeniden kurulmadığı gibi erkek eş tarafından böyle bir iddianın ileri sürülmemiş olduğu gözetildiğinde kadın eşin bu eyleminin "af" olarak nitelendirilmesi somut olayın özelliğine uygun düşmemektedir. Eş anlatımla barışma girişimi kabul ile sonuçlanmadığından, bir aften söz etme olanağı bulunmamaktadır. Nitekim aynı ilkeler HGK'nın 27.11.2015 tarihli ve 2014/2-5871 E., 2015/2704 K. ve 03.06.2020 tarihli ve 2017/2-2651 E., 2020/333 K. sayılı kararları ile de benimsenmiştir..."

## 5. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması

### a. Davaya İlişkin Genel Hususlar

Fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasını, eşlerden herhangi birinin açması mümkündür<sup>137</sup>. Davacı konumundaki eşin önceki reddedilen boşanma davasında davacı veya davalı konumunda yer alması, dava açmasına engel olmaz<sup>138</sup>. Önceki davada davalı konumunda olan eş, bu davada davacı konumunda olabilir<sup>139</sup>. Davayı açacak olan eşin kusurlu ya da kusura sız olması da bu davayı açma bakımından önem taşımaz<sup>140</sup>. Davayı açan eş, boşanmaya yol açan olayların sorumlusu olsa ve daha önce açtığı dava reddedilse dahi, şartlar gerçekleşmişse, hâkim boşama kararını vermek zorundadır<sup>141</sup>. Bu durumda hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır<sup>142</sup>. Üç yıllık fiili ayrılık, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin karine teşkil eder<sup>143</sup>. Eşlerin bunun aksini ispat etmeleri mümkün

---

Yarg. HGK. 2020/244 E., 2020/881 K. sayılı kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19.05.2021).

<sup>137</sup> HATEMİ, s. 124; ÖZTAN, s. 700; ÖZTAN (Boşanma), s. 727; KILIÇOĞLU, s. 115; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274; HELVACI, s. 1168; ÜNAL, s. 307; İPEK, s. 136; SAMAT, s. 106; ayırt etme gücü olmayan eşin yasal temsilcisinin onun adına fiili ayrılığa dayanan boşanma davası açabileceği yönünde bkz. ÖZTAN, s. 727.

<sup>138</sup> HATEMİ, s. 124; KILIÇOĞLU, s. 115; TUTUMLU, s. 251; HELVACI, s. 1168; SAMAT, s. 106.

<sup>139</sup> KILIÇOĞLU, s. 115; HELVACI, s. 1168.

<sup>140</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; HELVACI, s. 1168; ÇAKIN, s. 89; ÜNAL, s. 307-308; OŞAR ŞAHİN, s. 24; Yarg. 2. HD., 08.01.1990 T., 1989/9499 E., 1990/25 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 381.

<sup>141</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 132; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274; HELVACI, s. 1168; UYAR, s. 1240; ÇAKIN, s. 89; İPEK, s. 126; ÜNAL, s. 308; ÖZCAN ÇELİK, s. 125; VATANSEVER, s. 127.

<sup>142</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 132; ÖZTAN (Boşanma), s. 727; ; ÖZTAN (3444 S. Kanun) , s. 135; HELVACI, s. 1168; UYAR, s. 1240; TUTUMLU, s. 251; ÇAKIN, s. 89; ÜNAL, s. 308, İPEK, s. 127; BOZDAĞ, s. 111; GÜNEŞLİOĞLU, s. 19; VATANSEVER, s. 127; fiili ayrılığa ilişkin tüm şartlar yerine gelmiş olsa dahi hâkime takdir hakkı verilmesinin isabetli olacağı görüşü için bkz. İPEK, s. 127; fiili ayrılığa ilişkin tüm şartların varlığına rağmen sadece çok olağanüstü durumlarda takdir yetkisi verilmesinin isabetli olacağı böylece düzenlemeye esneklik getirilebileceği yönündeki görüş için bkz. ÖZTAN (3444 S. Kanun) , s. 137.

<sup>143</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 113; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; KILIÇOĞLU, s. 114-116; TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1088; GENÇCAN (Boşanma), s. 975-976; ÜNAL, s. 291; BURCUOĞLU (A0yırılık Kurumu), s. 68-69; İPEK, s. 126; ÖZCAN

değildir<sup>144</sup>. Diğer şartlar da gerçekleşmişse hâkimin, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yönündeki karineye dayanıp, boşanma kararı vermesi gerekir<sup>145</sup>. Fiili ayrılık, mutlak bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir<sup>146</sup>. Fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya karar verilmesi için evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi ve bunun ispatlanması gerekmez<sup>147</sup>.

### **b. Davayı Kusurlu Eşin de Açabilmesine Yönelik Eleştiriler**

Fiili ayrılık kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir<sup>148</sup>. Ret ile sonuçlanan önceki boşanma davasında daha az, daha fazla veya hiç kusursuz olma durumları, bu davayı açma bakımından önem taşımaz<sup>149</sup>. Davayı açan eşin fiili ayrılık süresince, ortak hayatı kurmaktan kaçınan taraf olması da bu sonucu değiştirmez<sup>150</sup>. Üç yıllık süre içinde başka kadın veya erkeklerle cinsel ilişki ve birliktelik yaşamak da bu davanın kabulüne engel olmaz<sup>151</sup>. Zira fiili ayrılık sebebiyle boşanmada, davacı tarafın daha kusurlu olduğunu ileri sürerek boşanma kararının verilmesi engellenemez<sup>152</sup>. Kaldı ki fiili ayrılık süresince ortak hayatı kurmaktan kaçınıyor olmak bu boşanma sebebi bakımından bir kusur olarak da görülemez. Hâkimin tarafları neden ortak hayatı kuramadıkları konusunda sorgulama yetkisi olmadığı gibi, fiili ayrılığa sebep olan durum da bu dava bakımından önem taşımaz<sup>153</sup>. TMK 166/IV maddesinin en çok eleştirildiği nokta kusur konusundadır. Düzenleme özellikle daha fazla veya

---

ÇELİK, s. 114-115; BOZDAĞ, s. 111; GÜNEŞLİOĞLU, s. 19; Alman Hukukunda bu durumda evliliğin başarısızlığı bakımından aksi ispatlanamayan kesin bir karinenin olduğuna ilişkin bkz BURCUOĞLU (Alman Hukuku), s. 116.

<sup>144</sup> KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>145</sup> ÜNAL, s. 298; İPEK, s. 127; BOZDAĞ, s. 111.

<sup>146</sup> HATEMİ, s. 124; GENÇCAN (Boşanma), s. 975; ÜNAL, s. 298; İPEK, s. 124; BOZDAĞ, s. 105; VATANSEVER, s. 127, mutlak boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olmanın kötü niyetli eşlerin korunmasına sebebiyet verebileceği yönünde bkz. İPEK, s. 127.

<sup>147</sup> HATEMİ, s. 124; KILIÇOĞLU, s. 116; BOZDAĞ, s. 105; İPEK, s. 125.

<sup>148</sup> ÜNAL, s. 299; GENÇCAN (Boşanma), s. 1014.

<sup>149</sup> TUTUMLU, s. 251; İPEK, s. 136; ÜNAL, s. 299; ÖZCAN ÇELİK, s. 115.

<sup>150</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; Yarg. 2. HD., 19.06.1996 T., 4554 E., 6880 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 564; TUTUMLU, s. 250.

<sup>151</sup> TUTUMLU, s. 1080; ÖZCAN ÇELİK, s. 115; Yarg. 2. HD., 08.01.1990 T., 1989/9499 E., 1990/25 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 381.

<sup>152</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; ÖZTAN, s. 700.

<sup>153</sup> TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1086; Yarg. HGK. 14.10.1998 T., 2-713 E., 717 K., sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1086-1087.

tamamen kusurlu eş tarafından boşanma hükmünün elde edilebilmesini sağlaması ve bunun “kişinin kendi kusurlu hareketiyle hak kazanamayacağı” ve “hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı”<sup>154</sup>” ilkelerinin ihlaline yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>155</sup>. Yargıtay, başka bir kadınla ilişkisi olan kusurlu eşin açtığı bir davada, bu durumun hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamayacağına, kanunun açık hükmü nedeniyle boşanmaya karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>156</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu TMK 164/IV te yer alan düzenlemenin “kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceğine” ilişkin ilkeye aykırılığına yönelik bir kararında: “...Kanunkoyucunun getirdiği özel hükümle, boşanma davalarında güttüğü sosyal amaç ele alındığında genel hukuk kuralına başvurmak, yasanın iradesine ters düşeceği gibi, özel kuralın önceliği ilkesiyle de bağdaşmayacağı açıktır...” ifadelerine yer vermiştir<sup>157</sup>.

Doktrinde TEKİNAY, hükmün isabetine hiçbir şekilde inanmadığını ve ne kadar haksız ve kusurlu olursa olsun boşanmak isteyen tarafa sadece belli sürenin geçmesi ile mutlak boşanma imkanının sağlanmasının, keyfi boşanma yolunu açacağına ilişkin kaygısını dile getirmiştir<sup>158</sup>. Yazar’a göre boşanmaya kendi haksız davranışı ile sebep olan bir koca, karısını büyük bir kolaylıkla boşayabileceğinden, hukuk düzeni biraz da onun kaprislerine hizmet eder duruma gelebilecektir<sup>159</sup>. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ de hükmün yerindeliğinin tartışılabileceğini, bir ölçüde boşanmaya sebep olan eşe prim verildiğini, örneğin zina yapan eşin

<sup>154</sup> Bu durumda Kanunun tanıdığı bir hakkın kullanıldığı ve hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığı, dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olmayacağına ilişkin Yarg. 2. HD, 25.09.1997 T., 8162 E., 9641 k. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1071.

<sup>155</sup> TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1067; ERGÜN, s. 91; İPEK, s. 127; “Kanunkoyucunun özellikle boşanma sebebini kendi kusuru ile yaratan eşin ve çok kere başka kadınla yaşayan kocaların hiçbir şekilde boşanma imkânı bulamamalarının bazı çevrelerde yarattığı huzursuzluğu önlemek amacıyla hükmü kabul ettiği anlaşılmaktadır.” Bkz. OĞUZMAN/DURAL, s. 132.

<sup>156</sup> Yarg. 2. HD., 08.01.1990 T., 1989/9499 E., 1990/25 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 381

<sup>157</sup> Yarg. HGK., 02.04.1997 T., 2-1 E, 264 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1070.

<sup>158</sup> TEKİNAY, s. 196.

<sup>159</sup> TEKİNAY, s. 196-197.



açtığı davanın daha kusurlu olması sebebiyle reddinden sonra, üç yıl bekleyip istediği sonuca ulaşabileceğini dile getirmektedir<sup>160</sup>. OĞUZMAN/DURAL, hükmün isabetli olup olmadığının tartışılabilirliği, kusurunun boşanmayı engellediği düşüncesiyle evlilik birliğini sürdürmeyi tercih edenlerin, kolayca boşanmalarına imkân tanınmasının, ailenin korunması fikriyle kolaylıkla bağdaşmayacağı görüşündedir<sup>161</sup>.

Aksi görüşte olan ÖZTAN'a göre tamamen kusurlu olan eşin davasının TMK 166/2 ye göre reddedildiği halde aynı eşin 3 yıl sonra fiili ayrılık sebebiyle boşanma davası açması, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmeyecektir<sup>162</sup>. Zira Kanun koyucu burada üç yıl boyunca ortak hayatı kuramamış kişilerin evliliği yürütemeyeceğini kabul etmiş, önceki boşanma davasının reddinin kesinleşmesini sadece sürenin tespiti amacıyla düzenlemiştir<sup>163</sup>. TUTUMLU 'ya göre evlilik bu durumda aslında fiilen bitmiş, sadece kâğıt üzerinde görünen bir evlilik kalmıştır ve hâkime takdir hakkı tanınarak süreyi uzatmanın, eşlerin kaderini belirsiz bir geleceğe bırakmanın eşler, çocuklar ve toplumsal düzen açısından bir yararı yoktur<sup>164</sup>. Kanun koyucu burada kusur esasını değil, evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasını benimsemiştir<sup>165</sup>. Kanun koyucunun amacı, kusurun araştırılıp sorgulanması değil, fiilen çözülmüş, sürdürülmesi eşler, çocuklar ve toplum yönünden faydasız evliliklerin hukuken sona erdirilmesini mümkün kılmaktır<sup>166</sup>.

Kanundaki fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya ilişkin hükmün uygulanması, hâkimi adeta bilirkişilik görevi yapmak, maddi olayı tespit etmekle yetinmek zorunda bıraktığı gerekçesiyle bir Yargıtay kararındaki

<sup>160</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; 1971 Tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısının gerekçesinde bu duruma ilişkin olarak *"Tasarıyla kusurlu eşe tanınmış bir olanakmış gibi görünen bu düzenlemede, tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kurulması bakımından, kusursuz eşin tazminat ve nafaka talep hakları saklı tutulmuştur."* ifadeleri yer almaktadır. Bkz. TUTUMLU, s. 239.

<sup>161</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 132.

<sup>162</sup> ÖZTAN, s. 704-705; ÖZTAN (Boşanma), s. 728; aynı yönde bkz. İPEK, s. 136.

<sup>163</sup> ÖZTAN, s. 704-705 ÖZTAN (Boşanma), s. 728; karşılaştırınız ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 137.

<sup>164</sup> TUTUMLU, s. 252; Aynı yönde bkz. ÖZCAN ÇELİK, s. 127.

<sup>165</sup> TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1068.

<sup>166</sup> TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1068; ÜNAL, s. 295.

karşı oy yazısında eleştirilmiştir. Hâkimi hukuka ve vicdani kanaatlerine uygunluk denetimi yapma hakkından yoksun bıraktığı ayrıca evli kadını kocasına karşı korumasız bırakabileceği için hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu dile getirilmiştir<sup>167</sup>. Ayrıca maddi hukuk bakımından bu hükmün TMK 184. maddesi (eski Medeni Kanun 150.md) ile çatıştığı, hâkimi hukukun ana ilkelerini uygulamaktan alıkoymuş ifade edilmiştir<sup>168</sup>. Fiili ayrılığa ilişkin kanun maddesinin Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılmış ancak 3 yıllık süreyi koymanın Kanun koyucunun takdirinde olduğu ve üç yıllık sürenin geçtiği halde eşlerin bir araya gelememesi ve evlilik birliğini sürdürememeleri durumunda, aile birliğinin korunması yönünden kişisel ve toplumsal bir zararın doğmayacağı gerekçesiyle oyçokluğu ile reddedilmiştir<sup>169</sup>.

## II. FİİLİ AYRILIK DAVASININ GÖRÜLMESİNE İLİŞKİN DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR

Fiili ayrılık sebebiyle boşanma kararı verilebilmesi için eşlerin kusur durumlarının mahkeme tarafından ayrıca araştırılmasına gerek yoktur<sup>170</sup>. Kusur durumunun araştırılması ancak nafaka ve tazminat gibi boşanmaya ek taleplerin varlığı halinde söz konusu olur<sup>171</sup>. TMK 175.

<sup>167</sup> Hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde görüşü ve gerekçeleri için bkz. TEKİNAY, s. 197.

<sup>168</sup> Söz konusu karşı oy yazısı ve ilgili Yarg. 2. HD., 18.12.1996 T., 11110 E., 13467 K. sayılı karar için bkz. ÖZKAN, s. 564-571.

<sup>169</sup> Anayasa Mahkemesi 08.04.1997 T., 1996/47 E., 1997/43 K. sayılı kararı bkz. 25.04.1998 T., 23323 sayılı RG, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23323.pdf> (Erişim Tarihi: 19.05.2021); Ayrıca bkz. TUTUMLU, s. 240 vd.; ERGÜN, s. 91-92; ÜNAL, s. 293; ÇAKIN, s. 74 vd.

<sup>170</sup> ÖZTAN, s. 705; TUTUMLU, s. 246,251; GENÇCAN (Boşanma), s. 1014; ÖZCAN ÇELİK, s. 114; BOZDAĞ, s. 112; GÜNEŞLİOĞLU, s. 19; Yarg. 2. HD., 29.01.1991 T., 10926 E., 13771 K. sayılı karar için bkz. TUTUMLU, s. 283-284.

<sup>171</sup> HATEMİ, s. 124; TUTUMLU, s.251; GENÇCAN (Boşanma), s. 1014 vd.; ÜNAL, s. 299; İPEK, s. 123; ÖZCAN ÇELİK, s. 115; Yarg. 2. HD., 13.03.2017 T., 2015/23557 E., 2017/2629 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 340-341; fiili ayrılık sebebiyle açılan boşanma davasını, davaya esas olan ve reddedilmiş olan ilk boşanma davasında kusurlu olan eş açmışsa, şartları bulunduğu takdirde maddi ve manevi tazminat istemek mümkündür. Bkz. DURAL/ÖÇÜZ/GÜMÜŞ, s. 151; manevi tazminat istenebileceğine ilişkin Yarg. HGK. 31.10.1990 T., 366 E., 556 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.e-uyar.com> (Erişim Tarihi: 19.05.2021); fiili ayrılığa dayalı olarak açılmış davada daha

maddesi gereğince kusuru daha ağır olmayan yani daha az kusurlu veya eşit kusurlu olan ve boşanma neticesinde yoksulluğa düşecek olan eş, boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren ödenmek üzere, diğer eşten mali gücü oranında yoksulluk nafakası isteyebilir<sup>172</sup>. Kanun gereğince kusuru daha fazla olan eş yoksulluk nafakası isteyemez<sup>173</sup>. Tedbir nafakası bakımından eşlerin kusurunun bir önemi olmadığı için, gerekli görülen durumda hâkim kendiliğinden ekonomik yönden kötü durumdaki eş için davanın açılmasından kararın kesinleşmesi aşamasına kadar, tedbir nafakası ödenmesine karar verilebilir<sup>174</sup>. Kanunda fiili ayrılığa ilişkin düzenlemenin eleştirildiği noktalardan biri de kadının ve çocukların durumuna ilişkin özel bir düzenleme içermemesi, TMK 166/3'te olan düzenlemeye benzer bir hükmün bu fıkroda yer almamasıdır<sup>175</sup>.

Yargıtay bir kararında fiili ayrılık sebebiyle açılmış bir boşanma davasında, tarafların kusur durumları belirlenirken, daha önce görülüp kesinleşen boşanma davasındaki kusur durumlarının yanında, fiili ayrılık süresindeki kusurlu davranışlarının da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>176</sup>. Söz konusu kararda davacı erkeğin ayrılık süresi içinde sadakatsiz olduğu kanıtlandığı için bu durumun da kusurun belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak Yargıtay'ın bir başka kararında ifade ettiği üzere, fiili ayrılık davasına dayanak olan davada yani önceki reddedilip kesinleşen boşanma davasında, ileri sürülmemiş veya ileri sürüldüğü halde kanıtlanamamış olaylar, kusurun belirlenmesinde kullanılmayacaktır<sup>177</sup>. Doktrinde BURCUOĞLU, günümüzde çekişmeli boşanma davalarının büyük şehirlerdeki süresinin 4 ile 5 yıl arasında değiştiğini, uygulamada davanın açılmasından ve ön inceleme aşamasından sonra öğrenilen sadakatsizliğin ayrı bir boşanma davasına

---

fazla kusurlu olmayan eşin maddi tazminat isteyebileceğine ilişkin Yarg. 2. HD., 14.07.2003 T., 2003/8626 E., 2003/10736 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 147-148.

<sup>172</sup> ÖZCAN ÇELİK, s. 115-116.

<sup>173</sup> ÖZCAN ÇELİK, s. 115-116.

<sup>174</sup> ÖZCAN ÇELİK, s. 115-116.

<sup>175</sup> ÇAKIN, s. 74.

<sup>176</sup> Yarg. 2. HD., 13.04.2017 T., 2015/25951 E., 2017/4210 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 340; GENÇCAN (Boşanma), s. 1020.

<sup>177</sup> Yarg. 2. HD., 05.07.2011 T., 2010/10833 E., 2011/11467 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 343-344.

konu olacağı ve önceki dava ile birleştirileceği yönündeki görüşe de katılmadığını ifade etmiş, zaten sarsılmış olan evlilik birliğine sonradan yapılan bu sadakatsizliğin etkisinin olmayacağını, aralarında nedensellik bağı kurulamayacağını, bu görüşün bu sürede insanları Katolik rahibi veya rahibesi gibi yaşamak zorunda bırakacağını dile getirmiştir<sup>178</sup>. Anılan gerekçelerle Yazar'ın görüşüne katılıyoruz.

Açılıp reddedilen ilk boşanma davasından sonra ortak hayat kurulmamış olsa dahi, eşlerin evliliğe ilişkin yükümlülükleri devam etmekte ve bu yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklı, şartları oluşmuşsa diğer boşanma sebeplerine dayalı dava açma imkânı da bulunmaktadır<sup>179</sup>.

Açılan boşanma davasında hâkim, tarafların hukuki nitelendirmelerine bakmaksızın, başka sebeplere dayanan bir boşanma davası açılmış olsa dahi eğer fiili ayrılığa ilişkin bütün şartlar gerçekleşmişse, bu sebepten boşanma kararı verebilecektir<sup>180</sup>. Davada ispat yükü davacı eşte olup, bu boşanma sebebine ilişkin koşulların gerçekleştiğini kanıtlamakla yükümlüdür<sup>181</sup>. Davacı her tür delille, fiili ayrılığın şartlarının vaki olduğunu ispatlayabilir<sup>182</sup>. Ancak eşlerin bir araya geldikleri yolundaki delillerin hükme esas alınabilmesi için bu konuda kanaat oluşturabilecek nitelikte olması gerekir. Hâkim boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz<sup>183</sup>. Örneğin tanıkların duyumlarına ve soyut nitelikteki anlatımlarına dayanan ifadeleri hükme esas alınamaz<sup>184</sup>. Tanık olan akrabaların ifadelerinin dikkate alınması mümkündür ancak duygusal yaklaşımları olabileceği

<sup>178</sup> BURCUOĞLU (Boşanmada Kusur), s. 5-6.

<sup>179</sup> ÜNAL, s. 305.

<sup>180</sup> Yarg. 2. HD., 09.09.2015 T., 2015/1136 E., 2015/15259 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 341-342.

<sup>181</sup> TUTUMLU, s. 251; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 135; ÜNAL, s. 306; İPEK, s. 133; ÖZCAN ÇELİK, s. 122; Yarg. 2. HD., 20.05.2004 T., 2004/5494 E., 2004/6508 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 383,391-392; Yarg. 2. HD., 23.06.2011 T., 2011/10841 E., 2011/11274 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 344.

<sup>182</sup> ÇAKIN, s. 88; İPEK, s. 134.

<sup>183</sup> Yarg. 2. HD., 20.05.2004 T., 2004/5494 E., 2004/6508 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 383, 391-392.

<sup>184</sup> İPEK, s. 134; GENÇCAN (Boşanma), s.1000; Yarg. 2. HD., 21.06.2011 T., 2010/7689 E., 2011/11052 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 343.

dikkate alınmalıdır<sup>185</sup>. Düzenli olarak nafaka alan bir eş varsa, bu durum, ortak hayatın kurulmadığına ilişkin tanık beyanlarını dikkate almayı önleyebilecek, kuvvetli bir karine oluşturur<sup>186</sup>. Yargıtay da bir kararında aralıksız tahsil edilen nafakanın, eşlerin bir araya gelmediklerine ilişkin tanık beyanlarını desteklediğini, bu nedenle boşanmaya karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>187</sup>. Bir diğer kararında Yargıtay, taraflardan birinin açtığı tedbir nafakası ve nafakanın artırılması davalarının varlığının, bir araya gelmeme hususundaki kanaatin oluşması açısından, dikkate alınması gerektiği hususuna yer vermiştir<sup>188</sup>. Yargıtay'ın tarafların evlilik birliğini yeniden kurmak için bir araya gelmediklerine, açılan tedbir nafakası davasını, kanıt kabul ettiği de görülmektedir<sup>189</sup>. Zira hem nafaka alınıp ya da verilip hem de ortak hayatın sürdüğü iddiasında bulunmak, hayatın olağan akışına aykırıdır<sup>190</sup>. Ayrıca Yargıtay'ın tarafların bir araya gelmedikleri konusunda, ekonomik durumlarının araştırılmasına ilişkin zabıta raporunu, delil olarak kabul ettiği bir kararı da vardır<sup>191</sup>.

Davalının, davacı eşin iddialarını kabul etmiş olması, davacı eşin delil gösterme ve ispat külfetini ortadan kaldırmaz, hâkim davada tarafların ikrarı ile bağlı olmaz<sup>192</sup>. Davalı eşin bu durumda üç yıllık süre içinde

<sup>185</sup> İPEK, s. 140.

<sup>186</sup> Bu durumda tanık beyanlarının bu karinenin aksini ispatlayabilecek nitelikteyse dikkate alınabileceği görüşü için bkz. İPEK, s. 135.

<sup>187</sup> Yarg. 2. HD., 19.04.2004 T., 2004/3608 E., 2004/4972 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 373-374.

<sup>188</sup> Yarg. 2. HD., 08.04.2003 T., 2003/1913 E., 2003/5108 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 384.

<sup>189</sup> Yarg. 2. HD., 19.04.2007 T., 2006/17773 E., 2007/6604 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 389.

<sup>190</sup> İPEK, s. 135; ÖZCAN ÇELİK, s. 123; Yarg. HGK., 03.11.1999 T., 2-831 E., 1999/898 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1089-1090; İPEK, s. 395.

<sup>191</sup> Yarg. 2. HD., 21.02.2005 T., 2005/567 E., 2005/2418 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 400.

<sup>192</sup> ÖZTAN, s. 734; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; TUTUMLU, s. 251; ERGÜN, s. 94-95; İPEK, s. 134; Yarg. 2. HD., 23.09.1993 T., 7098 E., 8174 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1080-1081; Yarg. 2. HD., 20.05.2004 T., 2004/5494 E., 2004/6508 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 383; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu bu konuda farklı sonuçlara varmıştır. Hukuk Genel Kurulu'nun ikrarı esas aldığı kararına yönelik TUTUMLU, ikrara sonuç bağlanmamasının, hâkim tarafından hiçbir şekilde nazara alınıp değerlendirilmeyeceği anlamına gelmeyeceğini, ortak yaşamın kurulmadığını eşlerin her ikisinin kabul etmesine rağmen davacıyı delil ile ispata zorlamanın TMK 184/3 maddesinin şekli ve katı bir yorumu

ortak yaşamın kurulduğunu, evlilik birliğini sürdürmek amacı ile kısa süreli bile olsa birlikte bir hayat kurulduğunu ispat ederek davaya karşı koyması mümkündür<sup>193</sup>.

Ortak hayatı kurmaktan kaçınan eşe karşı, üç yıllık sürenin dolmasını beklemeden, terkin bütün şartlarını gerçekleştirerek, terk sebebine dayalı boşanma davası açabilir<sup>194</sup>. Üç yıllık süre dolduktan sonra hem terk hem de fiili ayrılık sebebine dayanarak boşanma davası da açılabilir<sup>195</sup>. Bu durumda mahkeme her iki boşanma sebebinin de değerlendirilerek, kararında her iki boşanma sebebi hakkında da olumlu ya da olumsuz hükmünü gerekçeli olarak belirtmelidir<sup>196</sup>. Aynı şekilde evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile fiili ayrılığa ilişkin boşanma davası aynı anda, aynı dava dilekçesi ile açılabilir ancak bu durumda da her iki boşanma sebebi bakımından ayrı ve gerekçeli hüküm tesis edilmelidir<sup>197</sup>. TMK 164/4'e dayanılarak dava açılması ve kabulü halinde, TMK 167 hükmünden yola çıkarak boşanma yerine ayrılık kararı istenmesi ve mahkeme

---

anlamına geleceğini, TMK 166/IV hükmünün amacına da pek uygun olmayacağını ifade etmiştir. TUTUMLU, s. 1085; Yarg. HGK. 11.10.1995 T., 2-605 E., 795 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1083 vd.

<sup>193</sup> İPEK, s. 133; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 135.

<sup>194</sup> ÖZTAN, s. 706; OĞUZMAN/DURAL, s. 132; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; ÜNAL, s. 305; eşlerin uzun süre ayrı kalmaları sonucunda doğan olumsuz sonuçları kaldırmak için terk sebebiyle boşanma davası açma imkanının yeterli olduğu, fiili ayrılığa ilişkin boşanma sebebinin gereksiz bir düzenleme olduğu yönünde bkz. İPEK, s.123,dn.3; terk halinin fiili ayrılıktan farklı olduğuna, terk halinde boşanma davası açma hakkının her iki eşe değil, haklı sebep olmaksızın kusuru ile ortak hayata son veren eşin terk sebebiyle boşanmaya başvuramayacağına ilişkin bkz. KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU, s. 120.

<sup>195</sup> OĞUZMAN/DURAL, s. 132; ÜNAL, s. 296; Yarg. 2. HD., 08.02.2018 T., 2016/10343 E., 2018/1656 K. Sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 340; boşanma davalarından birinin terk diğerinin fiili ayrılığa dayanması durumunda derdestlik itirazının kabul edilme-yeceğine ilişkin bkz. Yarg. 2HD., 12.02.1990 T., 1990/10473 E., 1990/1730 K. sayılı karar için bkz. İPEK; s. 381.

<sup>196</sup> Yarg. 2. HD., 08.02.2018 T., 2016/10343 E., 2018/1656 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 340.

<sup>197</sup> ERGÜN, s. 93-94; İPEK, s. 124; ÖZCAN ÇELİK, s. 116; Yarg. 2. HD., 27.03.2003 T., 2003/3279 E., 2003/ 4387 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 390-391; aynı dava dilekçesinde geçimsizlik, fiili ayrılık ve pek fena muamele sebeplerine dayanabileceğine ilişkin Yarg. HGK., 27.03.1991 T., 2-34 E., 146 K. sayılı kararı için bkz. UYAR, s. 1259.

tarafından ayrılık kararına hükmedilmesi söz konusu olmaz<sup>198</sup>. Bu nedenle ayrılık süresi sonunda açılan fiili ayrılığa dayalı bir boşanma davası söz konusu ise, hâkim bu durumda boşanma kararı vermek zorundadır, ayrılık kararı vermesi mümkün değildir<sup>199</sup>. Zira bu halde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı, eşlerin artık bir araya gelme ve barışma ihtimallerinin kalmadığı kabul edilir<sup>200</sup>. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, bu duruma ilişkin gerekçeleri ayrıntılı olarak tartışarak, hükmün emredici olması sebebiyle hâkimin boşanmaya karar vermek zorunda olup, bu konuda takdir yetkisi olmadığı için ayrılık kararı verilemeyeceğini, tek başına yeterli bir gerekçe kabul etmemektedir<sup>201</sup>. Bu konuda ikinci bir gerekçenin bu hükme göre açılan boşanma davasının uygulaması düşünüldüğünde, fiili ayrılığın dört beş yıldır sürebildiği, bir de üstüne hâkime bu ayrılık süresinin bir ile üç yıl kadar daha uzatma yetkisi tanınmanın Kanun hükmünün amacına yani korunmaya değer olmaktan çıkmış evliliklerin tasfiyesi hedefine ters düşüleceği görüşündedir<sup>202</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki hâkimin uygun gördüğü hallerde başvuracak olduğu sulh teşebbüsü yani tarafları uzlaştırma girişimi fiili ayrılık sebebiyle açılan boşanma davalarında söz konusu olmaz<sup>203</sup>. Bu boşanma sebebinin niteliği sulh teşebbüsüne engel olur<sup>204</sup>.

Akıl hastalığının varlığı veya fiili ayrılığın eşlerden birinin akıl hastalığı sebebiyle gerçekleşmiş olması, fiili ayrılık sebebiyle dava açılmasını engellemez<sup>205</sup>. Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, bu durumda akıl hastası eşin yasal temsilcisinin fiili ayrılığa dayanan boşanma davası

<sup>198</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 119; ÖZTAN, s.708; HATEMİ, s. 131; OĞUZMAN/DURAL, s. 137; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 128, 135-136; BURCUOĞLU (Ayrılık Kurumu), s. 68-69; GENÇCAN (Boşanma), s. 1017; AYAN, s. 285; ÜNAL, s. 307.

<sup>199</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 119; ÖZTAN, s. 708; HATEMİ, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 135-136; YALÇINKAYA/KALELİ, s.2082; GENÇCAN (Boşanma), s. 1017; AYAN, s. 285, 287, dn. 301.

<sup>200</sup> ÖZTAN, s. 708.

<sup>201</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 119.

<sup>202</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 120; Yazarın bu konuya ilişkin diğer gerekçeleri için bkz. s. 120-121.

<sup>203</sup> ÖZTAN, s. 719; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 132.

<sup>204</sup> ÖZTAN, s. 719; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 132.

<sup>205</sup> GENÇCAN (Boşanma), s. 990; İPEK, s. 135.

açmasına bir engel olmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız<sup>206</sup>. Tarafların kusuru ya da kusursuzluğu bu dava bakımından önem taşımamakta, üç yıllık sürenin akıl hastası olarak geçirilmesi, süreyi kesmemektedir<sup>207</sup>. Nitekim Yargıtay da bir kararında Kanun koyucunun bu konuda düzenleme yaparken “her ne sebeple olursa olsun” ifadesini kullanmakla, ortak hayatın kurulamaması olgusunu yeterli saydığından, bunun sebebinin sonuca etkili olmadığından, bu durumun akıl hastalığından kaynaklanmasının sonucu değiştirmeyeceğinden bahsetmekte ve bu durumda da boşanmaya karar verilmesi gerektiğini dile getirmektedir<sup>208</sup>.

## SONUÇ

Türk Medeni Kanunu’nda 166/4 maddesinde yer alan ortak yaşamın kurulamaması sebebiyle boşanma genel, kusura dayanmayan ve mutlak bir boşanma sebebidir. Kusura dayanmamasının da etkisiyle modern boşanma hukuklarında fiili ayrılığın ve anlaşmalı boşanmanın tercih edilen boşanma sebepleri olduğu, ayrıca özel boşanma sebepleri düzenleme yaklaşımından gittikçe uzaklaşıldığı görülmektedir. Değişen dünya düzeniyle birlikte hukukumuzda da ilerde yapılacak düzenlemelerin, kusur esasından uzak boşanma sebepleri olacağı öngörülebilir. Bu nedenle halihazırda var olan fiili ayrılık sebebiyle boşanma sebebi ve onun yıllar içindeki uygulaması önem taşımaktadır. Hem yürürlüğe girmeden önce hem de 1988 yılında 3444 Sayılı Kanun’la yürürlüğe girdikten sonra, fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya ilişkin tartışmalar sürmüştür. Özellikle yürürlüğe girdiği dönemde çok fazla eleştiri konusu olmuş, Anayasaya

<sup>206</sup> TMK 166/4’te boşanma için fiili bir durumun arandığı, kişinin hislerini yakından ilgilendiren bir durum olmadığı için yasal temsilcinin dava açabileceği yönünde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.131; benzer görüş için bkz. YAĞCIOĞLU, Burcu, “Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 29, S: 2, 2021, s. 985-986; farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. YAĞCIOĞLU, s. 983 vd.; doktrinde ÜNAL bu halde fiili durum arandığından dolayı yasal temsilcinin dava açabileceği görüşüne katılmamakta, her durumda değil, ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin menfaati gerektiriyorsa, yasal temsilcinin dava açabileceği yönünde görüş beyan etmektedir. Bkz. ÜNAL, s. 307-308.

<sup>207</sup> İPEK, s. 135.

<sup>208</sup> Yargıtay 2. HD., 22.11.1990 T., 1990/11365 E., 1990/11324 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 374.



aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dahi başvurulmuş ancak bu başvuru reddedilmiştir.

Fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için boşanma sebeplerinden herhangi birine dayanarak açılmış ve reddedilmiş bir dayanak davanın varlığı aranmaktadır. Kanuna göre bu davanın reddedilerek kesinleşmesinin ardından üç yıllık süre içinde eşler ortak hayatı kuramadıysa artık evlilik birliğinin temelden sarsıldığı kabul edilir. Bu kanuni ve kesin bir karinedir. Artık eşlerden biri, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, fiili ayrılığa dayanan boşanma davasını açabilir. Davanın açılması için öncesinde bir dayanak davanın aranmasının süreci uzatması, kusurlu eşin bu davayı açabiliyor olmasının hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecek olması, düzenlemenin eleştirilen yönlerindedir. İsviçre ve Alman boşanma hukukunda bu şekilde bir dayanak dava aranmamaktadır. Ayrıca üç yıllık sürenin, tüm prosedür düşünüldüğünde ve boşanmanın çok daha uzun yıllarda gerçekleşebileceği göz önüne alındığında, uzun bir süre olduğu görülür. Bu nedenle doktrinde genel eğilim sürenin kısaltılması, bir ya da iki yıl olması yönündedir. Ayrıca sürenin dayanak davanın reddedilmesinden değil, açılmasından itibaren başlatılarak yedi sekiz yıl sürebilecek olan boşanma sürecinin kısaltılmasının mümkün olabileceği de dile getirilmektedir. Bu şekilde uygulamada göstermelik dava açıp feragat ederek davayı kesinleştiren ve istediği sonuca ulaşmaya çalışanlarla, uzun dava süreci yaşayanlar arasındaki hakkaniyete aykırı olabilecek durum da giderilmiş olabilecektir.

Etkili bir çözüm olarak boşanma hukukumuzda yapılacak kökten ve yeni düzenlemelerle artık kusura dayalı boşanma sebeplerinden uzaklaşılması, fiili ayrılıkla ilgili düzenlemenin yeniden yapılarak, aranılan dayanak davanın tamamen kaldırılması, ortak hayatın kurulamaması için aranan sürenin de iki yıla indirilmesi düşünülebilir. Kusura dayalı boşanmadan uzaklaşılması, eşlerin özel hayatlarının ortaya dökülmesine, mahremiyetlerinin zedelenmesine yol açan ve yıllar süren boşanma davalarının da azalmasını sağlayabilir. Boşanma sebeplerine ilişkin yapılacak bu şekilde köklü bir değişimde, fiili ayrılık sebebiyle boşanma mutlaka yer almalı ancak şimdiki haline ilişkin çalışmamızda belirtilen sorunlar da dikkate alınarak, ileride doğabilecek sakıncaların önüne geçilmelidir.

## KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara, 2004.
- BOZDAĞ, Cahide Işıl, "Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusurun Etkisi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019.
- BURCUOĞLU, Haluk, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 48, S: 1-4, İstanbul, 1983, s. 113-140 (Alman Hukuku).
- BURCUOĞLU, Haluk, "Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu", Bülent Davran'a Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1998, s. 59-74 (Ayrılık Kurumu).
- BURCUOĞLU, Haluk, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, 2018, s. 1-12 (Boşanmada Kusur).
- CEYLAN, Ebru, "İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S: 12, Y: 2018, s. 315-334.
- ÇAKIN, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- ERGÜN, Zafer, Boşanma Davaları, 3. Basım, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Mahkemesi Davaları-Açıklama-Dilekçe Örnekleri, Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Boşanma).
- GÜNEŞLİOĞLU, Filiz, "Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

İPEK, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul, 2021.

HELVACI, Serap, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul, 2002, s. 1151-1169.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2020.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "Medeni Kanun'un 3444 Sayılı Kanun'la Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmenebilir mi?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 113-121.

MONTESQUIEU, İnan Mektupları, Çev. Dr. Av. Muhiddin Göklü, Hüsniyat Matbaası, İstanbul, 1963.

ODENDAHL, Hanswerner/USLU, Burcu (Çevirenler), "Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, II. Cilt., Ankara, 2010, s. 1499-1515.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB-Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 35, Sayı: 1, s. 29-46.

OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

OŞAR ŞAHİN, Aslı, "Boşanma Sebeplerinde Kusur İlkesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

ÖZCAN ÇELİK, Berna, "Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

ÖZKAN, Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

- ÖZTAN, Bilge, “Medeni Kanun’un Kabulününün 70. Yılında Aile Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 44, S:1, Ankara, 1995, s. 79-125 (70. Yıl).
- ÖZTAN, Bilge, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 713-728 (Boşanma).
- ÖZTAN, Bilge, “3444 Sayılı Kanun’la Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134. Maddesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1990, s. 111-137 (3444 S. Kanun).
- SAMAT, Murat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C: 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005 (Boşanma Yargılaması).
- UYAR, Talih, “Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1229-1281.
- ÜNAL, Akın, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1-2, Kayseri, 2007, s. 291-311.
- VATANSEVER, Müge, “Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, “Evlenme ve Boşanma Hukukunda Medeni ve Cezai Bakımdan Ne Gibi Tadilata İhtiyaç Vardır?”, Türk

Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi No: 79, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1944.

YAĞCIOĞLU, Burcu, "Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 29, S: 2, 2021, s. 933-998.

YALÇINKAYA, Namık/ KALELİ, Şakir, Boşanma Hukuku, C: 1-2, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

### **İnternet Kaynakları**

<https://www.e-uyar.com>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr>



## ULUSLARARASI HUKUKTA MEŞRU MÜDAFAA HAKKINA YENİ BİR YAKLAŞIM: İSTEKSİZ VEYA ACİZ DEVLET DOKTRİNİ

Arş. Gör. Nesrin SİNGİL\*

### Öz

1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı ile üye devletlerin kuvvet kullanması yasaklanmıştır. Bu yasağın bir istisnası olarak ise, meşru müdafaa hakkı düzenlenmiştir. Başlarda bu hakkın, sadece bir devletten başka bir devlete karşı gerçekleşen silahlı saldırılar bakımından ele alındığı görülmektedir. Sonraları, bu hak eylemleri bir devlete atfedilebilir olan devlet dışı aktörler bakımından da uygulanmaya başlamıştır. Günümüzde bazı devlet dışı aktörlerin, devletlerden bağımsız faaliyetler gerçekleştirdiği görülmektedir. Bu aktörlerin saldırılarına maruz kalan devletin, meşru müdafaa hakkına başvurup başvuramayacağı hususu tartışılmaktadır. Burada devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesinin temeli, isteksiz veya aciz devlet doktrinine dayanmaktadır. Bu doktrini destekleyen devletlerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Ancak doktrine ilişkin, henüz genel bir kabul bulunmamaktadır. Genel bir kabül oluşabilmesi için, doktrinin sağlam bir zemine oturtulması önem arz etmektedir. Bunu sağlamak için ise, doktrinde bazı koşulların ele alındığı görülmektedir. Bu çalışmanın birinci bölümünde meşru müdafaa hakkı detaylandırılmıştır. İkinci bölümünde, isteksiz veya aciz devlet doktrinine ilişkin süreç, devlet uygulamaları ve Uluslararası Adalet Divanı Kararları bakımından ele alınmıştır. Son bölümde ise, doktrine ilişkin açıklamalar ve koşullara yer verilmiştir.

\* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Research Assistant, Istanbul University, Faculty of Law, Department of Public International Law, Istanbul, Turkey.

✉ nesrinsingil@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0003-1983-178X

✎ **Atıf Şekli | Cite As:** SİNGİL Nesrin, "Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkına Yeni Bir Yaklaşım: İsteksiz veya Aciz Devlet Doktrini", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2387-2414.

✎ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

**Anahtar Kelimeler**

Kuvvet Kullanma Yasağı • Meşru Müdafaa Hakkı • Devlet-Dışı Aktörler • İsteksiz veya Aciz Devlet Doktrini • 11 Eylül Saldırıları

**A NEW APPROACH TO THE RIGHT TO SELF-DEFENSE IN INTERNATIONAL LAW: UNWILLING OR UNABLE STATE DOCTRINE****Abstract**

The use of force is prohibited for the member states by the 1945 United Nations Charter. As an exception to this prohibition, the right to self-defense is regulated. Initially, it is seen that this right was dealt with only in terms of armed attacks from one state to another. Later, it began to be applied also in terms of non-state actors whose actions are attributable to a state. Today, it is seen that these actors carry out independent activities from states. The issue of whether the state, which is exposed to the attacks of these actors, can apply for the right of self-defense is being discussed. Herein, the basis for exercising the right of self-defense against non-state actors is based on the unwilling or unable state doctrine. The number of States supporting this doctrine is increasing day by day. However, there is no general acceptance regarding the doctrine yet. For a general acceptance of the doctrine, it is important that the doctrine be based on a safe ground. In order to achieve this, it is seen that some conditions are discussed in the doctrine. In the first part of this study, the right of self-defense is detailed. In the second part, the process regarding unwilling or unable state doctrine is discussed in terms of state practices and the decisions of the International Court of Justice. In the last part, explanations and conditions regarding the doctrine are mentioned.

**Key Words**

Prohibition of Use of Force • Right to Self-defense • Non-state Actors • Unwilling or Unable State Doctrine • 9/11 Attack

**GİRİŞ**

1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(4). maddesi ile kuvvet kullanma yasaklanmıştır. Bu yasağın bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan biri, devletlerin meşru müdafaa hakkına başvurusudur. Birleşmiş Milletler Şartı'nda meşru müdafaa hakkının devletler arasında uygulanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen, uzun yıllar meşru müdafaa hakkının bir devletin başka bir devlet tarafından gerçekleştirilen silahlı saldırılarına bir karşılık olarak kullanılacağı kabul



edilmiştir. Ancak zamanla bu kavramın uygulama alanı genişletilmiş ve eylemleri bir devlete atfedilebilen devlet dışı aktörler bakımından da bu hakkın varlığı kabul edilmiştir.

Günümüze gelindiğinde ise en büyük sorunu, eylemleri bir devlete atfedilebilir olmayan devlet dışı aktörlerin gerçekleştirdiği silahlı saldırıların oluşturduğu görülmektedir. Bu tür aktörlere karşı elbette ki saldırılara maruz kalan devletin tepkisiz kalması beklenemez. Bununla birlikte bu devlet dışı aktörler genellikle başka bir devletin ülkesinde barınmakta ve eylemlerini de buradan yürütmektedir. Bu durum ise, bu aktörlere karşı meşru müdafaa hakkının kullanılmasının yanında, bu aktörlerin barındıkları devletin egemenlik haklarının ihlalini söz konusu olmasını da beraberinde getirmektedir. İşte bu iki çatışma arasında “isteksiz veya aciz devlet doktrininin” uygulanması yol gösterici olacaktır.

İsteksiz veya aciz devlet doktrini, günümüzde bazı devletler bakımından kabul edilmekte iken, diğerleri tarafından reddedilmemektedir. Bununla birlikte, ilerleyen süreçte sınır aşan terörizm ile mücadelede bu doktrine başvurulmasının kaçınılmaz olacağı gerçeği ile bu doktrini kabul eden devlet sayısının artacağı beklenmektedir. Doktrinin sağlam bir zemine oturtulması, uluslararası hukukun *jus cogens* normlarından olan kuvvet kullanma yasağının ihlal edilmemesi ve uluslararası toplum bakımından doktrinin kabul edilmesinin sağlanmasında önemli bir rol oynayacaktır. Bu sebepler ile doktrinde, meşruluğu desteklemek adına bazı koşulların ele alındığı görülmektedir. Elbette bu koşulların sağlanmamış olması, doktrine başvurulamayacağı anlamına gelmez. Bununla birlikte, bu koşulların sağlanmış olması son çare olarak meşru müdafaa hakkına başvurulduğunun bir nevi kanıtını teşkil edecek ve uluslararası toplum tarafından gelen eleştirileri önlemede adeta bir kalın görevi görecektir.

## **I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ŞARTI'NIN 51. MADDESİ BAĞLAMINDA MEŞRU MÜDAFAA HAKKI**

Uluslararası örf ve âdet hukukunun en temel ilkelerinden biri kuvvet kullanma yasağıdır. Bu yasak, 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2 (4). maddesinde tanımlanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, “üye devletlerin başka bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlı-

ğına karşı, Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak şekilde kuvvet kullanması ya da kuvvet kullanma tehdidinde bulunması yasaktır"<sup>1</sup>. Bununla birlikte, bu yasağın bazı istisnaları bulunmaktadır. Bunlar, uluslararası hukuk bağlamında meşru müdafaa hakkının kullanılması; bir devletin ülkesinde kuvvet kullanımına ilişkin BM Güvenlik Konseyi kararının bulunması ve ilgili devletin bu hususta rızasının bulunmasıdır. Bunun dışındaki haller bakımından ise o devletin egemenliğinin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır<sup>2</sup>.

Bu istisnalardan biri olan ve bu çalışmanın da temelini oluşturan meşru müdafaa hakkı, BM Şartı'nın 51. maddesinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, doğal bir hak olan meşru müdafaaya ilişkin birtakım koşulların varlığının arandığı söylenebilir. Bu koşullardan ilki, Birleşmiş Millet üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması yani "silahlı bir saldırının" var olmasıdır. Bu bağlamda, silahlı olmayan saldırılara yönelik bu hakkın doğması söz konusu değildir. İkincisi, bu hakkın uluslararası barış ve güvenliği koruması için gerekli olan tedbirlerin BM Güvenlik Konseyi tarafından alınuncaya dek kullanılabilmesidir. Diğer bir koşul ise, meşru müdafaa hakkına başvuran üye devletin, aldığı tedbirleri derhal BM Güvenlik Konseyi'ne bildirmesinin gerekli olmasıdır. Meşru müdafaa hakkına, bireysel olarak (bireysel meşru müdafaa) başvurulabileceği gibi toplu olarak (kolektif meşru müdafaa) başvurulabilmesi de mümkündür<sup>3</sup>. Ayrıca sayılan bu koşullara ek olarak örf ve âdet hukukunun bir parçası olan, bu hakkın kaybedilen bir ülkenin geri alınması ya da bir devlete ait silahlı kuvvetlerin gerçekleştirildiği saldırıların bastırılması amacıyla kullanılması<sup>4</sup> diğer bir deyişle

<sup>1</sup> Charter of the United Nations, signed on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945, Art.2(4), <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> (Erişim Tarihi:24.01.2021); Türkçe metin için bkz. KAYA İbrahim, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler: Basic Documents in International Law, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, ss. 12-48.

<sup>2</sup> AYDIN OKUR Derya, "İŞİD'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından İsteksiz ya da Aciz Devlet Teorisi", İKÜHFD, C. 14, S. 2, 2015, s. 52.

<sup>3</sup> Charter of the United Nations, signed on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945, Art.51, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, (Erişim Tarihi:24.01.2021).

<sup>4</sup> AKSAR Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuku II, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 124.

“gerekli olması”, bu saldırılara karşı gerçekleştirilecek olan meşru müdafaaanın “orantılı olması”<sup>5</sup> ve “derhal” yapılması gerektiği de belirtilmektedir. Bu sebeple bir devletin kendisine karşı devlet-dışı aktörler tarafından başka bir devletin ülkesinden gerçekleştirilen silahlı saldırılara vereceği karşılığın, her şeyden önce gerekli, derhal ve orantılı olması gerekir. Bu koşulların sağlanmadığı bir karşılık bakımından elbette ki aciz veya isteksiz devlet doktrinin gündeme gelmesi de söz konusu olmayacaktır.

## II. ACİZ VEYA İSTEKSİZ DEVLET DOKTRİNİN GELİŞİMİNE İLİŞKİN TARİHSEL SÜREÇ

### A. 11 Eylül 2001 Öncesi Dönem

BM Şartı ve kuvvet kullanma yasağının kabul edilmesinden sonra devletlerin, devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa hakkını kullanırken farklı gerekçelendirmeler yaptıkları görülmektedir. Bu çerçevede 1950 ile 1960’lı yılları arasında, bu gerekçelendirmenin “*bir devlet tarafından gönderilmesi ya da bir devletin kontrolünde olması*”<sup>6</sup> kriterine dayandırıldığı görülmektedir. 1960’lı yılların sonlarına doğru ise, bunun “*açık bir biçimde destek olma*”<sup>7</sup> kriterine doğru evrildiği göze çarpmaktadır.

1970 yılında BM Genel Kurulu, devletlerin diğer devletlere saldırmak amacıyla düzensiz birlikler, paralı asker veya silahlı grupları örgütlemek ya da destek olmaktan kaçınılması gerektiğini beyan etmiştir<sup>8</sup>. Yine 1970 tarihli BM Genel Kurulu Kararı’nda, kuvvet kullanma yasağına aykırı olarak başka bir devletin ülkesinde gerçekleştirilen eylemlere yardım eden devletlerin bu eylemleri de kuvvet kullanma ile

<sup>5</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, para.176, 194.

<sup>6</sup> TIBORI-SZABÓ Kinga, “The ‘Unwilling or Unable’ Test and the Law of Self-defence”, Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives, Ed. Christophe Paulussen, Tamara Takács, Vesna Lazić, Ben Van Rompuy, Heidelberg, Springer, 2016, s. 76.

<sup>7</sup> TIBORI-SZABÓ Kinga, s. 76.

<sup>8</sup> UNGA, A/RES. 2625 (XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (A/8082) 24 October 1970, [https://undocs.org/en/A/RES/2625\(XXV\)](https://undocs.org/en/A/RES/2625(XXV)) (Erişim Tarihi:30.01.2021).

eşdeğer olduğu belirtilmiştir<sup>9</sup>. 1974 yılında ise, bir devlet tarafından ya da bir devlet adına gönderilen silahlı grup, paralı asker ya da düzensiz birlikler tarafından başka bir devlete karşı gerçekleştirilen eylemlerin silahlı saldırı olarak kabul edileceğine karar verilmiştir<sup>10</sup>.

1970'li yıllar boyunca üç durum<sup>11</sup> bakımından açık bir biçimde, isteksiz veya aciz devlet doktrininin kabul edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, 30 Nisan 1970 tarihinde ABD Başkanı Richard Nixon'un, Kamboçya topraklarını kullanan Vietkong'un (Vietnam Ulusal Kurtuluş Cephesi) saldırılarını önleyebilmek amacıyla ABD ve Güney Vietnam arasında akdedildiğini duyurduğu iki taraflı bir andlaşmaya ilişkindir. ABD tarafından, Vietkong'a yönelik gerçekleştirilen saldırılar bakımından, Kamboçya hükümetinin ülkesinin bazı kısımlarında kontrolünü kaybettiği ve bu sebeple de Kamboçya'ya yönelik bir saldırı olarak algılanamayacağı belirtilmiştir<sup>12</sup>. Burada aslında, Kamboçya'nın ülkesinin bazı bölgeleri bakımından kontrolünü kaybetmesi, acizliğin bir görünümü olarak değerlendirilebilir.

İkinci durum, 1978-1982 tarihleri arasında, İsrail'in Filistin Kurtuluş Örgütü'nün eylemlerine son vermek amacıyla Lübnan'a gerçekleştirdiği operasyonlar bakımından gündeme gelmiştir. İsrail'in BM Büyükelçisi Haim Herzog, Fawcett'in BM Şartı'nın 51. maddesi bağlamında isteksiz veya aciz devlet doktrinine atıf yaparak, bir devlete karşı başka bir devletin ülkesinde ortaya çıkan tehditleri ortadan kaldırmak için, müdahalede bulunmanın meşru olacağını ileri sürmüştür<sup>13</sup>.

Son açık kabul ise, ABD ile İran arasında Tahran'daki rehinerler krizi neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu kriz UAD'nin 1979 tarihli Kararı ile

<sup>9</sup> UNGA, A/RES. 2625 (XXV).

<sup>10</sup> UNGA, Res. 3314 (1974) md. 3 (g), [https://undocs.org/en/A/RES/3314\(XXIX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3314(XXIX)), son erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>11</sup> Fransa'nın 12 Ocak 2013 tarihinde Mali'nin kuzeyine gerçekleştirdiği askeri müdahalesini de bu doktrin bağlamında ele alan görüş için bkz. HAKIMI, Monica, "Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play", *International Law Studies*, Vol. XCI, 2015, ss. 1-31, s. 14.

<sup>12</sup> MAHMOUDI Said, "The Unwilling or Unable Doctrine: The Right to Use Extraterritorial Self-Defense Against Non-State Actors", *Thesis in International Public Law*, Stockholm University Faculty of Law, 2017, s. 43.

<sup>13</sup> MAHMOUDI, s. 44.

sonuçlanmıştır. İranlı öğrenciler, Tahran'daki Amerikan Büyükelçiliği'ni ve farklı yerlerde bulunan konsolosluklarını işgal ederek, ellinin üzerinde personeli 444 gün boyunca rehin almışlardır. ABD'nin çok sayıda talebi bulunmasına rağmen İran hükümeti bu hususta gerekenleri yapmamıştır. 26 Nisan 1980 tarihinde ABD Başkanı Jimmy Carter, bir devletin vatandaşlarını barındıran devletin koruyamadığı ya da koruma bakımından istekli olmadığı durumlarda BM Şartı'nın 51. maddesi bağlamında müdahalede bulunmanın meşru olacağını belirtmiştir<sup>14</sup>. İran devletinin, taleplere karşılıksız kalması İran'ın bu durumla mücadelede isteksizliğinin bir görünümü olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda belirtilen tarzdaki argümanların çoğunlukla, Güney Afrika, Portekiz, İsrail ve ABD tarafından ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu devletler arasından İsrail "*bir devletin ülkesinde kasten silahlı grupların barınmasının sağlanması*"<sup>15</sup> temel argümanına dayanmıştır. İsrail'in, 1968-1969 tarihleri arasında Ürdün, 1970'li yıllarda ise Lübnan'a çeşitli askeri müdahaleler gerçekleştirdiği bilinmektedir. 1972 gibi çok erken bir tarihte İsrail, Lübnan'ın kendi ülkesinden İsrail'e karşı gerçekleşen silahlı saldırıları engellemek hususunda isteksiz veya aciz olduğu savını ileri sürmüştür. İsrail, 1981 yılında Güvenlik Konseyi'nde kendi ülkesinde başka devlete karşı gerçekleştirilen silahlı saldırılar bakımından isteksiz veya aciz olan devletlerin söz konusu olması durumunda, silahlı saldırılara maruz kalan devletin gereken tüm önlemleri alma hakkının olduğunu belirtmesine karşın, bu görüş BM Güvenlik Konseyi üyelerinin çoğu tarafından reddedilmiştir<sup>16</sup>. 15 Nisan 1996 tarihinde, İsrail tarafından, Lübnan'da bulunan Hizbullah terör örgütüne karşı gerçekleştirdiği operasyonlara ilişkin, vatandaşlarının güvenliğinin sağlanması bakımından, bu örgütün saldırılarına izin verilmeyeceği, Lübnan'ın bu devlet dışı aktörün saldırılarını kontrol altına almada isteksiz ve aciz oldu-

<sup>14</sup> MAHMOUDI, s. 44.

<sup>15</sup> TIBORI-SZABÓ, s. 77.

<sup>16</sup> SCOR, UN Doc. S/PV. 2292, 17 July 1981, paras. 54, 131, <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/43220E2368A3DDDF7052568000052412C>, (Erişim Tarihi:01.02.2021).

ğu, bu nedenlerle de İsrail'in gerekli tüm önlemleri alarak güvenliğini koruması gerektiği dile getirilmiştir<sup>17</sup>.

1996 yılında, Türkiye Dışişleri Bakanı, BM Güvenlik Konseyi ve Genel Sekreteri'ne ilettiği bir mektupta Irak'ta barınan PKK ile mücadelesi bakımından açıkça isteksiz veya aciz devlet doktrinine dayanmıştır. Buna göre, ev sahibi devletin, kendi topraklarının silahlı saldırılar için kullanılmasını önlemede isteksiz veya aciz olması durumunda, mağdur devletin, ülkesine karşı gerçekleşen bu silahlı saldırıları önlemek için gerekli ve uygun bir karşılık vermesinin kaçınılmaz olduğu dile getirilmiştir<sup>18</sup>. Benzer şekilde, ABD Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Nicholas Burns'de bu durum bakımından sorulan bir soruyu cevaplandırırken isteksiz veya aciz devlet doktrinini vurgulamıştır<sup>19</sup>. 1998 yılına gelindiğinde ise, ABD'nin Kenya ve Tanzanya'daki büyükelçiliklerinin bombalanmasına bir karşılık olarak, Afganistan'daki Taliban rejimi ve Sudan hükümetini ikna etme çabalarının sonuç vermemesi neticesinde, Afganistan ve Sudan'daki El-Kaide örgütüne ait hedefler ABD tarafından bombalanmıştır. Bu eylemi İngiltere, Almanya, Avustralya, İsrail ve Yeni Zelanda da dahil ABD'nin müttefiklerinin de desteklediği görülmektedir<sup>20</sup>. Ancak burada ABD'nin argümanı, isteksiz veya aciz devlet doktrininden ziyade, barındıran devlet olarak iş birliği yapılmış olmasıdır<sup>21</sup>.

## B. 11 Eylül 2001 Sonrası Dönem

ABD, 2001 yılında ve sonrasında El-Kaide ile, başta Afganistan olmak üzere bu örgüte ev sahipliği yapan diğer devletlerin topraklarında, meşru müdafaa hakkı çerçevesinde mücadele etmiştir. Dışişleri Bakanlığı Hukuk Danışmanı John Bellinger, Afganistan'ın El-Kaide'nin saldırıları planlamak ve eğitim tesislerine ev sahipliği yapmak için top-

<sup>17</sup> UN Doc. S/PV. 3653, 15 April 1996, <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/310AC20FB347D24185256311004E0E4B>, (Erişim Tarihi: 01.02.2021).

<sup>18</sup> UNGA, UN Doc. A/50/1016, S/1996/614, 1 August 1996, <https://digitallibrary.un.org/record/219759>, (Erişim Tarihi: 01.02.2021).

<sup>19</sup> MAHMOUDI, s. 47.

<sup>20</sup> TIBORI-SZABÓ, s. 79.

<sup>21</sup> TIBORI-SZABÓ, s. 80.

raklarını kullanmasına izin verdiği, örgütün eylemlerini engelleme konusunda isteksiz davrandığını ve ABD'nin taleplerine karşın topraklarında barınan teröristlerin teslimini de reddettiğini belirtmiştir<sup>22</sup>. Bu çerçevede, *“Yüzyıldan fazla süren devlet uygulamaları, bir devletin, en azından barınan devletin saldırıları bastırmak için isteksiz olduğu veya harekete geçemediği durumlarda, devlet dışı aktörler tarafından kendi toprakları dışında gerçekleşen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkı çerçevesinde askeri gücü ile karşılık verebilir”*<sup>23</sup>. şeklinde isteksiz veya aciz devlet doktrininin vurgulandığı görülmektedir. Bellinger 2006 tarihli bir konuşmasında, *“şayet terörist gruplar sivillere zarar verme niyetindeyse ve barındıran devlet isteksiz veya aciz ise, sivilleri tehlikede olan devletin hangi seçenekleri vardır?”*<sup>24</sup> sorusunu sorarak, böyle bir durumda meşru müdafaa hakkının var olması gerektiği düşüncesine bir kez daha dikkatleri çekmiştir. Yine 2011 yılında ABD'nin aynı doktrine dayanarak, Pakistan'da Bin-Ladin Operasyonunu gerçekleştirdiği de bilinmektedir.

2002 ve 2007 tarihlerinde Rusya'nın, Gürcistan topraklarında bulunan Çeçen isyancıların gerçekleştirdiği saldırılara müdahalesi bakımından, bu doktrine dayandığı görülmektedir<sup>25</sup>. Buna göre, çeşitli nedenlerden dolayı ev sahibi devletin isteksiz veya aciz olduğu ve devlet dışı aktörlerin ülkesindeki varlıklarını kontrol edemediği durumlarda, terörizm ile etkin mücadele karmaşıklaşmaktadır. Bu çerçevede Pankisi Geçidi'nde düzeni sağlamaya yönelik defalarca kez güvence veren Gürcistan yetkililerinin, pratik önlemler alma konusunda isteksiz olduğu dile getirilmiştir<sup>26</sup>. Bu örnekte, Gürcistan'ın isyancıları kontrol altına almada bazı önlemler aldığı görülse de bu önlemlerin etkili olamadığı göze çarpmaktadır<sup>27</sup>. Böyle bir durumun ise kapasiteye ilişkin soruları gündeme getireceği açıktır.

<sup>22</sup> MAHMOUDI, s. 48.

<sup>23</sup> CHACKO Elena/DEEKS Ashley, “Which States Support the Unwilling and Unable Test?”, 10 October 2016, <https://www.lawfareblog.com/which-states-support-unwilling-and-unable-test>, (Erişim Tarihi:24.01.2021).

<sup>24</sup> CHACKO/DEEKS.

<sup>25</sup> HAKIMI, s. 14.

<sup>26</sup> CHACKO/DEEKS.

<sup>27</sup> HAKIMI, s. 14.

2006-2008 yılları arasında Türkiye'nin Irak'ta bulunan PKK'ya karşı yürüttüğü operasyonlar bağlamında yapılan resmî açıklamalarda bu doktrine rastlanmamaktadır<sup>28</sup>. Ancak doktrinde kimi yazarlar, bu operasyonların yasal dayanağının bu doktrin olduğunu savunmaktadır<sup>29</sup>.

2014'te ABD, DAEŞ ile mücadelede ilk kez Irak'ı kolektif meşru müdafaa hakkı çerçevesinde desteklemiştir. Bunu benzer şekilde, 2015 ve 2016 yılları arasında Kanada, Türkiye, Birleşik Krallık, Fransa, Almanya, Hollanda, Belçika, Danimarka ve Norveç'in kolektif meşru müdafaa haklarına başvurmaları takip etmiştir<sup>30</sup>. 23 Eylül 2014 tarihinde ABD, BM Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektubunda, Suriye yönetiminin bu tür saldırılar bakımından tehdidin bulunduğu toprakların kullanımını önlemede isteksiz veya aciz olduğunu belirtmiştir<sup>31</sup>. Doktrinde bu ifadenin "aciz veya isteksiz devlet doktrinine" ilişkin olarak en çarpıcı örnek olduğu dile getirilmektedir<sup>32</sup>. Benzer şekilde 31 Mart 2015 tarihinde Kanada'nın BM Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektupta, kendi ülkesinde ortaya çıkan tehditleri önlemede aciz veya isteksiz olan devletin varlığı durumunda devletler bakımından meşru müdafaa hakkının doğacağı vurgulanmıştır<sup>33</sup>.

24 Temmuz 2015 tarihinde Türkiye'nin BM Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektupta ise, ABD ve Kanada'nın görüşlerini destekler biçimde Suriye topraklarından kendi ülkesine karşı gerçekleşen saldırıları da işaret ederek Suriye Rejiminin tehditleri önlemede ne yeterli kapasiteye sahip olduğunu ne de istekli davranışlar sergilemediğinin açık ol-

<sup>28</sup> CHACKO/DEEKS.

<sup>29</sup> Bkz. HAKIMI, s. 13.

<sup>30</sup> LEHTO Marja, "The Fight against ISIL in Syria: Comments on the Recent Discussion of the Right of Self-defence against Non-state Actors", *Nordic Journal of International Law*, Vol. LXXXVII, 2018, s. 8.

<sup>31</sup> UN Doc. S/2014/695, 23 September 2014, <https://undocs.org/S/2014/695>, (Erişim Tarihi:01.02.2021).

<sup>32</sup> BODE Ingvild, "Manifestly Failing and Unwilling or Unable as Intervention Formulas: A Critical Assessment", *Rethinking Humanitarian Intervention in the 21st Century*, Ed. Aiden Warren, Damian Grenfell, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2017, s. 165.

<sup>33</sup> UN Doc. S/2015/221, 31 March 2015, <https://undocs.org/S/2015/221>, (Erişim Tarihi:01.02.2021).



duğu ifade edilmiştir<sup>34</sup>. Türkiye 2015 yılında Irak'ta bulunan DAES ve PKK örgütleri ile mücadele bakımından, Irak hükümetinin tüm toprakları bakımından egemenliğinin söz konusu olduğu gözetildiğinde, gerçekleşen terör saldırılarının engellenmesinin beklenmesi yönünde bir hakkı olduğunu, bununla birlikte bu iki örgütün Türkiye'nin barış ve güvenliği bakımından önemli bir tehdit olmaya devam ettiğinden dolayı bu örgütlere karşı meşru müdafaa hakkının var olduğu dile getirilmiştir<sup>35</sup>. Türkiye'nin, Suriye'de DAES ile mücadele bağlamında yürüttüğü operasyonlarda ABD ile benzer şekilde hem bireysel hem de kolektif meşru müdafaa hakkı bağlamında, isteksiz veya aciz devlet doktrinine dayandığı belirtilmektedir<sup>36</sup>. 20 Kasım 2015 tarihli BM Güvenlik Konseyi Kararı'nda ise, açıkça bu ilkeye başvurulmasa da kapasitesi bulunan devletlere DAES'in kontrolü altında bulunan yerlerde gerekli önlemleri almaları çağrısında bulunulmaktadır<sup>37</sup>.

Almanya Federal Hükümeti'nin, 1 Aralık 2015 tarihinde Federal Meclis'e yaptığı başvuruda, *"Bazı devletler, Irak'ın talebi üzerine DAES tarafından Suriye topraklarından Irak topraklarına karşı gerçekleşen saldırılara karşılık vermek amacıyla, BM Şartı'nın 51. maddesi bağlamında kolektif meşru müdafaa hakkına başvurmayı seçmiştir. Bununla birlikte Suriye hükümeti, DAES tarafından kendi topraklarında düzenlenen saldırıları durdurmada isteksiz veya aciz olduğundan dolayı, Suriye topraklarından bu saldırılar gerçekleştirilmektedir"*<sup>38</sup>. şeklinde açıkça doktrine dayandığı görülmektedir. Almanya'nın Suriye'de DAES ile mücadele bağlamında yürüttüğü operasyonlar bakımından, 10 Aralık 2015 tarihinde BM Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektupta<sup>39</sup> bu hususta bir açıklık bulunmasa da örtülü bir

<sup>34</sup> UN Doc. S/2015/563, 24 July 2015, <https://undocs.org/S/2015/563> (Erişim Tarihi:01.02.2021).

<sup>35</sup> CHACKO/DEEKS.

<sup>36</sup> KURAN Selami/GÜR Hande, "Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaa İsteksiz veya Aciz Doktrini: Suriye ve DAES Örneği", MÜHF-HAD, C. 23, S. 1, 2017, s.76.

<sup>37</sup> UN Doc. S/RES/2249(2015), 20 November 2015, [https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_res\\_2249.pdf](https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_res_2249.pdf) (Erişim Tarihi 03.02.2021).

<sup>38</sup> CHACKO/DEEKS.

<sup>39</sup> UN Doc. S/2015/946, 10 December 2015, <https://undocs.org/S/2015/946>, (Erişim Tarihi:03.02.2021).

şekilde isteksiz veya aciz devlet doktrinine dayanıldığı anlaşılmaktadır<sup>40</sup>.

### C. Uluslararası Adalet Divanı Kararları Bakımından Süreç

Bu kapsamda ele alabileceğimiz ilk dava 1986 tarihli Nikaragua Davası'dır. Bu Dava'da, Divan başka bir devletin topraklarında bulunan ve faaliyetleri bir devlet ile ilişkilendirilebilir silahlı grupların saldırılarının "*ölçeği ve etkileri sebebiyle*", 51. madde kapsamında silahlı saldırı olarak değerlendirilebileceğini, ancak bu gruplara silah, lojistik veya diğer destek sağlamanın bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir<sup>41</sup>. Ancak Yargıç Jennings, "*lojistik veya diğer destek*" sağlamanın silahlı saldırı olmadığını söylemenin, çok ileri giden bir yorum olabileceğini belirtmiştir. Çünkü lojistik kelimesinin sözlükteki anlamı, "*asker ve teçhizatı taşıma, yerleştirme ve sağlama*" şeklindedir. Diğer destekler bakımından ise, bunun kapsamının ne olduğunu anlamak bir hayli güçtür<sup>42</sup>.

Aynı Davada Yargıç Schwebel ise, bir devlet tarafından gönderilen silahlı gruplara silah veya lojistik destek sağlanması durumunda, bunun silahlı saldırıya ilişkin olması durumunda böyle bir desteğin silahlı saldırı ile eş değer tutulamayacağı sonucuna ulaşamayacağını belirtmiştir. Ayrıca Nikaragua Devleti'nin El Salvador'da gerçekleşen saldırıları uzunca bir süredir yaygın bir biçimde desteklemesi, böyle bir durumun ortaya çıkmasında kritik bir faktör olarak da görülebilir<sup>43</sup>.

2004 tarihli İşgal Altındaki Filistin Ülkesinde Duvar İnşasının Hukuki Sonuçlarına İlişkin Danışma Görüşü'nde ise, Divan, İsrail'in işgal

<sup>40</sup> NUSSBERGER Benjamin, "Sustainable Self-Defense? How the German Government justifies continuing its fight against ISIL in Syria", 2 October 2019, <https://www.ejiltalk.org/sustainable-self-defense-how-the-german-government-justifies-continuing-its-fight-against-isil-in-syria/>, (Erişim Tarihi:24.01.2021).

<sup>41</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, para. 195.

<sup>42</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Dissenting Opinion of Judge Sir Robert Jennings, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, s. 543.

<sup>43</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Dissenting Opinion of Judge Schwebel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, para. 171.

altındaki Filistin topraklarından ülkesine yönelik gerçekleşen saldırıları önlemek amacıyla inşa etmesi bakımından bu durumun BM Şartı'nın 51. maddesi ile ilgili olmadığı sonucuna varmıştır. Buradaki devlet dışı aktörlerin Filistin'e isnat edilebilir olmamasından dolayı Divan, BM Güvenlik Konseyi'nin 1368 (2001) ve 1373 (2001) kararlarının İsrail'in iddiaları bakımından bir dayanak teşkil etmeyeceğini belirtmiştir<sup>44</sup>. Ancak Yargıç Higgins'e göre, 51. maddede meşru müdafaa ancak bir devlet tarafından gerçekleştirilen saldırılar bakımından söz konusu olacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir<sup>45</sup>.

Uganda'nın meşru müdafaa iddiasının incelendiği, 2005 tarihli Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler Davası'nda Uganda, 11 Eylül 1998 tarihine kadar Demokratik Kongo Cumhuriyeti (DKC) topraklarına karşı gerçekleştirilen eylemlerin DKC'nin rızası ile gerçekleştirildiği ve bu tarihten sonraki eylemlerin ise meşru müdafaa hakkı çerçevesinde gerçekleştirdiğini ileri sürmüştür<sup>46</sup>. Divan saldırıların Müttefik Demokratik Kuvvetler (ADF) tarafından gerçekleştirildiği ve DKC'ye atfedilebilir olmadığına, bu sebeple de Uganda'nın meşru müdafaa hakkının bulunmadığına karar vermiştir. Uganda Halkı Savunma Kuvvetleri (UPDF) tarafından yapılan resmî açıklamada ise, DKC'nin Kongo topraklarında etkin kontrolünün bulunmadığı iddiası ileri sürülmüştür<sup>47</sup>. Davada, Yargıç Simma, 51. maddenin uzunca bir süre katı bir şekilde dikkate alınmasının uluslararası hukukta meşru müdafaaaya ilişkin uygulamayı iyi bir şekilde yansıtmış olabileceği, ancak 11 Eylül saldırıları sonrasında yaşanan gelişmeler neticesinde, bu uygulamanın acilen yeniden değerlendirilmesinin gerekli olduğu dile getirilmiştir<sup>48</sup>. Divan'ın

<sup>44</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2004, para. 139.

<sup>45</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Separate Opinion of Judge Higgins, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2004, para. 33.

<sup>46</sup> TÜTÜNCÜ Ayşe Nur vd., Milletlerarası Adalet Divanı Kararları: 1990-2007, İstanbul, Beta, 2008. s. 63.

<sup>47</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports, 2005, para. 109.

<sup>48</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Separate Opinion of Judge Simma, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, para. 11.

düzensiz birlikler ile mücadelede devletin isteksiz veya aciz olması durumunun mağdur devlet bakımından meşru müdafaa hakkının doğumu için yetersiz olduğu imasında bulunmasına karşın, Yargıç Simma ve Kooijmans eylemleri bir devlete atfedilebilir olsun ya da olmasın düzensiz birlikler tarafından gerçekleştirilen silahlı bir saldırının varlığında meşru müdafaa hakkının doğması bakımından yeterli olduğunu belirtmişlerdir<sup>49</sup>.

### III. İSTEKSİZ VEYA ACİZ DEVLET DOKTRİNİ

İsteksiz veya aciz devlet doktrini, “*ev sahibi devletin, ülkesi içerisinde devlet dışı aktörlerin yarattığı tehdidi kaldırmak için gerekli önlemleri almada isteksiz veya aciz olduğu ve bu sebeple bu devletin rızasının alınması ihtiyacının ortadan kalktığı durumlarda, mağdur devletin sınıraşan meşru müdafaa hakkının doğması*”<sup>50</sup> şeklinde açıklanabilir. 2005’te düzenlenen Dünya Zirvesi’nde, “isteksiz veya aciz devlet” ifadesi yerine uluslararası toplumun desteğinin artmasını sağlamak amacıyla “*açıkça başarısız devlet*” ifadesine yer verildiği görülmektedir<sup>51</sup>.

Bu doktrin bağlamında üç kavrama dikkat etmek gerekir. Bunlardan ilki, bir devletin ülkesinden, başka bir devlete yönelik silahlı saldırı eylemlerini gerçekleştiren ve bu eylemleri hiçbir devlete atfedilemeyen devlet dışı aktör (*non-state actors*), ikincisi bu devlet dışı aktörün silahlı saldırılarına maruz kalan mağdur devlet (*victim state*) ve sonuncusu ise devlet dışı aktörün eylemleri sırasında ülkesini kullandığı ev sahibi (*territorial state*) ya da barındıran devletin (*harbouring state*) varlığıdır.

Doktrin bakımından esas mesele silahlı saldırıların bir devlet tarafından değil, devlet dışı bir aktör tarafından gerçekleştirilmesi ve bu saldırıların ev sahibi ya da barındıran devlete atfedilebilir olmamasıdır. Böyle bir durumda, ev sahibi devletin topraklarına karşı mağdur devlet

<sup>49</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Separate Opinion of Judge Simma, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, paras. 7-12; Congo Case, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Separate Opinion of Judge Kooijmans, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, paras. 26-30.

<sup>50</sup> WILLIAMS Gareth D., “Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the Unwilling or Unable Test”, UNSW Law Journal, Vol. 36 (2), 2013, s. 625.

<sup>51</sup> BODE, s. 168.

tarafından gerçekleştirilecek bir saldırının ev sahibi devletin egemenliğinin ihlali ile buna karşın mağdur devletin meşru müdafaa hakkının varlığı gibi iki temel ilkenin çatışması söz konusu olacaktır<sup>52</sup>. Ancak çatışma dolayısıyla, mağdur devletin meşru müdafaa hakkının görmezden gelinmesine yol açacak bir uygulamanın kabul edilmesinin adil olmayacağı da unutulmamalıdır. Bu sebeple Chatham House İlkeleri'nde belirtildiği gibi, ev sahibi devletin ülkesinde devlet dışı aktörlerin yarattığı tehdidi engellemede acizliği veya isteksizliği söz konusu ise, mağdur devletin bu aktörlere karşı son çare olarak meşru müdafaa hakkına başvurabilmesi mümkündür<sup>53</sup>. Bu sebeple öncelikle diğer yasal yollara başvurulmalıdır ve bu yollardan bir netice elde edilemediği durumlarda son olarak kuvvet kullanımı gündeme gelmelidir<sup>54</sup>. Benzer şekilde Leiden İlkeleri'nde ise, başka devletin ülkesindeki terör örgütlerine karşı ev sahibi devletin saldırıyı önlemek istemediği durumlarda, mağdur devletin meşru müdafaa hakkının doğacağı dile getirilmiştir<sup>55</sup>. Ancak ne Chatham House İlkeleri'nin ne de Leiden İlkeleri'nin doktrinin uygulanmasına dair detaylı bir yol haritası belirlemediği görülmektedir. Örneğin, mağdur devlet bu kararı tek başına mı vermelidir ya da ev sahibi devletin isteksizlik veya acizliği hangi kriterlere göre belirlenmelidir vb. gibi sorulara bir cevap bulunamamaktadır<sup>56</sup>.

Yukarıda da bahsedildiği üzere doktrinin uygulanması bakımından devlet uygulamalarında genel bir kabul bulunmamaktadır. Doktrini reddedenler tarafından, doktrin ile çok taraflı çözümler aramak yerine müdahale bakımından yeterli bir zemin oluşabileceği, bunun ise çok taraflılık ve *jus contra bellum* sistemi bakımından bir tehlike arz edebile-

<sup>52</sup> MAHMOUDI, s. 31.

<sup>53</sup> WILMSHURST Elizabeth, Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence, Chatham House, ILP WP 05/01, 2005, s. 12.

<sup>54</sup> DINSTEIN Yoram, War, Aggression and Self-Defence, 5th edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, s. 275.

<sup>55</sup> SCHRIJVER Nico/VAN DEN HERIK Larissa, "Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 57 (3), s. 544, para. 42.

<sup>56</sup> CRAIG Martin, "Challenging and Refining the Unwilling or Unable Doctrine", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 52:387, 2019, s. 406.

ceği yönünden eleştiriler dile getirilmektedir<sup>57</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, mağdur devletlerin kendisine karşı başka devletlerin topraklarında devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen saldırılara karşı, ev sahibi devletin isteksiz veya aciz olduğu durumlar bakımından tepkisiz kalması beklenemez. Bununla birlikte, bu doktrine daha sağlam temellere oturtularak başvurulması, doktrinin uluslararası toplum tarafından kabulünü kolaylaştıracaktır. Bu sebeple doktrinin *jus ad bellum* yerleşik ilkeleri ile uyumlu hale getirilmesi bu temellerin sağlamlaştırılmasına katkı sağlayacaktır<sup>58</sup>. Bu belirtilen koşulların bir bütün olarak dikkate alınması; ev sahibi devletin devlet dışı aktörlerin yarattığı tehdide karşılık vermesi için birçok imkân sağlarken, ev sahibi devletin isteksizlik veya acizliğini değerlendirmede yol gösteren bir kılavuz işlevi görecektir<sup>59</sup>. Kanaatimizce bu koşulların yerine getirilmesi mağdur devletin, ev sahibi devletin ülkesinde meşru müdafaa hakkı bağlamında kuvvet kullanımının gerekçelendirilmesine de yardımcı olacaktır.

Aşağıda, doktrinin meşruiyetinin sağlanması bakımından bazı yazarlar tarafından önerilen koşullar bir araya getirilerek, detaylandırılmıştır. Bu koşulların varlığının yanı sıra, bu kapsamda gerçekleştirilen bir karşılığın gerekli, orantılı ve derhal koşullarını da sağlaması gerektiğine ilişkin hiç kuşku bulunmamaktadır. Zira, bu koşulların sağlanmadığı bir müdahalenin, meşru müdafaa hakkı bağlamında ele alınabilmesi söz konusu olmayacaktır.

### A. Silahlı Saldırının Varlığı

BM Şartı'nın 51. maddesi, "...Birleşmiş Millet üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, ...bu üyenin... bireysel ya da kolektif meşru müdafaa hakkına halel getirmez<sup>60</sup>." şeklindedir. 2005 tarihli Kongo Ülkesinde Silahlı Faaliyetler Davası'nda Divan, "Şart'ın 51. maddesi, meş-

<sup>57</sup> CHRISTAKIS Thedora, "Challenging the Unwilling or Unable Test", ZaöRV, Vol. 77, 2017, ss. 20, 21.

<sup>58</sup> CRAIG, s. 460.

<sup>59</sup> QURESHI, Waseem Ahmad, "International Law and the Application of the Unwilling or Unable Test in Syrian Conflict", Drexel Law Review, Vol. 11, 2018, s. 72.

<sup>60</sup> Charter of The United Nations, signed on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945, Art. 51, <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>, (Erişim Tarihi:09.02.2021).

*ru müdafaa bağlamında kuvvet kullanımını yalnızca, Şart'ta belirtilen katı sınırlar dahilinde meşru kılabilir. Bir devletin güvenlik çıkarlarını bu parametrelerin ötesinde korumak için kuvvet kullanımına izin vermemektedir*<sup>61</sup>." biçiminde, Şart'ta belirtilen silahlı saldırı koşulunun açıkça arandığı ifade edilmektedir. Eritre-Etiyopya İddiaları Komisyonu *Jus Ad Bellum* Kısmi Kararı'nda bu gereklilik, "Şart'ın 51. maddesinde açıkça görüldüğü üzere, Şart'a göre geçerli bir meşru müdafaa iddiasının dayanağı, kuvvet kullanımına başvuran tarafın silahlı bir saldırıya maruz kalmış olmasıdır"<sup>62</sup>." denilerek dile getirilmiştir.

Doktrinde, mağdur devletin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde kuvvet kullanımına gelecekteki gerçekleşmesi muhtemel silahlı saldırılar bakımından değil, halihazırda gerçekleştirilen silahlı saldırılar bakımından başvurulabilmesinin mümkün olduğu beyan edilmektedir. Ayrıca, başka devletin topraklarında devlet dışı aktörlere karşı gerçekleştirilen kuvvet kullanma eylemlerinin savunma amaçlı olduğu düşüncesinin bir ürünü olarak, bu silahlı saldırıların gelecekte tekrarının da muhtemel olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>63</sup>.

## B. Rıza veya İş Birliği

Ev sahibi devlet topraklarında mağdur devletin kuvvet kullanımına rıza göstermiş ya da ülkesinde devlet dışı aktörlerin yarattığı tehdidi ortadan kaldırmada mağdur devlet ile iş birliğini kabul etmiş ise, artık böyle bir durumda ev sahibi devletin isteksizliği veya acizliği söz konusu olmayacaktır<sup>64</sup>. Bu kapsamda en çarpıcı örneklerden biri, Suriye'nin DAEŞ ile mücadelede Rusya'yı davet etmesidir<sup>65</sup>. Yine son yıllarda ABD'nin, Yemen'in rızası ile Yemen'de bulunan devlet dışı aktörlere

<sup>61</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports, 2005, p. 168, para. 148.

<sup>62</sup> Eritrea-Ethiopia Claims Commission - Partial Award: Jus Ad Bellum - Ethiopia's Claims 1-8, Reports of International Arbitral Awards, 19 December 2005, Vol. XXVI pp. 457-469, para. 11

<sup>63</sup> DINSTEIN, s. 275.

<sup>64</sup> DEEKS Ashley S., "Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense", Virginia Journal of International Law, Vol. 52, 2012, s. 519.

<sup>65</sup> SJOSTEDT Britta, "Applying the Unable/Unwilling State Doctrine-Can a State Be Unable to Take Action?", ZaöRV, Vol. 77, 2017, s. 42.

karşı insansız hava araçlarını kullanması, bunun bir diğer örneğini teşkil etmektedir<sup>66</sup>. Benzer şekilde Irak Hükümeti'nin BM Güvenlik Konseyi'ne göndermiş olduğu 20 Eylül 2014 tarihli mektupta, DAES'in ülkesinde yarattığı tehditlerin ortadan kaldırılması için ülkesinde diğer devletlerin kuvvet kullanımına rıza gösterdiği dile getirilmiştir<sup>67</sup>.

Mağdur devlet, ev sahibi devletin rızasını almış olsa dahi iş birliği ile bu tehdidi ortadan kaldırma imkânı olup olmadığını araştırmalıdır<sup>68</sup>. Ayrıca mağdur devlet, kendi ülkesinde kuvvet kullanımına ilişkin rızası olmayan ev sahibi devlete iş birliği önerisinde de bulunmalıdır<sup>69</sup>.

Benthlem'in 11. İlkesine göre, bir devletin devlet dışı aktörle gizli anlaşma yaptığı veya barındıran devletin devlet dışı aktörün ülkesindeki faaliyetlerine ilişkin isteksiz olduğu sonucuna varılması bakımından makul ve nesnel bir dayanağın bulunduğu durumlarda müdahale için rıza koşulu aranmamaktadır<sup>70</sup>. Bu sebeple rızanın yokluğu durumunda, gizli bir anlaşma bulunuyor ya da ev sahibi devletin isteksiz veya acizliği söz konusu ise, elbette ki mağdur devletin meşru müdafaa hakkına başvurabilmesi gerekir.

### C. Tehdit ve Riskin Değerlendirilmesi

Bu çerçevede mağdur devlet tarafından, devlet dışı aktörün bulunduğu coğrafyanın kapsamı ve yoğunluğu, bulunduğu coğrafyada belirli bir alandaki aktörlerin sayısı, aktörler arası ast-üst ilişkisi, devlet dışı aktörlerce üstlenilen ya da gelecekte üstlenilmesi beklenen saldırıların karmaşıklığı gibi hususlar değerlendirilmelidir<sup>71</sup>. Ayrıca bu değerlendirmelerde üç unsurun özellikle dikkate alınması gerektiği vurgu-

<sup>66</sup> QURESHI Waseem Ahmad, "Examining the Legitimacy and Reasonableness of the Use of Force: From Just War Doctrine to the Unwilling or Unable Test", Oklahoma City University Review, Vol. 42, No. 3, 2018, s. 273.

<sup>67</sup> UN Doc. S/2014/691, 22 September 2014, <https://undocs.org/S/2014/691>, (Erişim Tarihi:09.02.2021).

<sup>68</sup> DEEKS, s. 520.

<sup>69</sup> QURESHI, "Examining the Legitimacy and Reasonableness of the Use of Force", s. 274.

<sup>70</sup> BETHLEHEM Daniel, "Notes and Comments: Principles Relevant to the Scope of a State's Right of Self-Defense against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors", The American Journal of International Law, Vol. 106, 2012, s. 7.

<sup>71</sup> DEEKS, s. 521.



lanmaktadır. Bu unsurlar; devlet dışı aktörlerin çok yönlü saldırılar ile mücadele edebilme kapasitesi, ev sahibi devletin askeri gücünün kapasitesi ve coğrafi bölge gibi dış etmenlerdir<sup>72</sup>. Şayet bu devlet dışı aktörler, geçmişte birçok insanın ölümüne sebep olmuş ve yakın bir tarihte de benzer saldırılara ilişkin planlarının olduğu tespit edilmiş ise, ev sahibi devletin bu tehdidi ortadan kaldırmaya yönelik kendi kapasitesini değerlendirmesi talep edilebilecektir<sup>73</sup>.

#### D. Ev Sahibi Devletin İsteksizliğinin Değerlendirilmesi

İsteksizlik, “bir şey yapmayı istememek ya da bir şeyi yapmayı reddetmek<sup>74</sup>” şeklinde tanımlanmaktadır. Benthlem’in 12. ilkesine göre ise, barındıran devletin devlet dışı aktörleri ortadan kaldırmak için harekete geçmeyi erteleme, harekete geçmede yetersiz kalma, silahlı saldırı riskini ve gelecekteki saldırılara karşı savunmasızlığı artırabilir ve meşru müdafaa hakkının doğmasına yol açabilir<sup>75</sup>. Bu kapsamda ev sahibi devlet, ne mağdur devletin devlet dışı aktörlere karşı güç kullanması hususunda bir rıza gösteriyor, ne de bu aktörlerin yarattığı tehdit ile mücadelede ortak bir operasyon yapılması bakımından iş birliğine yanaşıyorsa, mağdur devlet ev sahibi devlete belirli bir zaman dilimi vererek ondan gerekli adımları atmasını talep eder. Ev sahibi devlet bu teklife uygun gerekli adımları atarsa böyle bir durumda devletin isteksizliği söz konusu olmayacaktır<sup>76</sup>. Ayrıca sabit bir sürenin verilmesi, ev sahibi devletin isteksiz olduğunun tespitine bir kanıt teşkil edecektir<sup>77</sup>.

Ev sahibi devletin ülkesinde, mağdur devletin devlet dışı aktörleri ortadan kaldırmaya yönelik bir müdahaleye rıza göstermemesi ve bu aktörler ile mücadelede harekete geçmeyi reddetmesi durumunda devletin, devlet dışı aktörlerin yarattığı tehdidi ortadan kaldırmada isteksiz

<sup>72</sup> QURESHI, “International Law and the Application of Unwilling or Unable Test in the Syrian Conflict”, s. 69.

<sup>73</sup> DEEKS, s. 521.

<sup>74</sup> <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>, (Erişim Tarihi:09.02.2021).

<sup>75</sup> BETHLEHEM, s. 7.

<sup>76</sup> QURESHI, “International Law and the Application of Unwilling or Unable Test in the Syrian Conflict”, s. 69.

<sup>77</sup> QURESHI, “Examining the Legitimacy and Reasonableness of the Use of Force”, s. 275.

olduğu sonucuna varılacaktır<sup>78</sup>. Benthlem'in 12. İlkesine göre de mağdur devlet tarafından önerilen makul ve etkili bir eylem planını kabul etmemesi, söz konusu devletin gizli anlaşma devleti veya barındıran devlet olarak görülmesini destekler nitelikte bir davranış olarak görülmektedir<sup>79</sup>.

Ev sahibi devlet, mağdur devletin iddiasını ispatlamasını isteyebilir. Böyle bir durumda mağdur devlet kanıtları paylaşıp paylaşmamakta serbesttir. Çünkü, bu tarz bir paylaşım örneğin ev sahibi devletin, devlet dışı aktörler ile gizli bir bağlantısının olduğu durumlarda, mağdur devlete zarar verebilecektir. Ancak mağdur devletin iddialarını ispatlaması, uluslararası toplum tarafından hukuki dayanağı olmadan güç kullanıldığı yönünden eleştirilmesinin önüne geçilmesini sağlayacaktır<sup>80</sup>.

11 Eylül 2001 saldırısı sonrasında, 1-5 Ekim 2001 tarihinde ABD tarafından meşru müdafaa hakkı çerçevesinde gerçekleştirilen eylemlerin BM Genel Kurulu'nda Küba hariç diğer devletlerce desteklendiği görülmektedir. Bu süreçte ABD, Afganistan'dan Usame Bin Ladin'i iade etmesini istemiş, ancak Afganistan hükümeti bunu reddetmiştir. Ayrıca Afganistan, El-Kaide ile mücadelede istekli olduğuna ilişkin belirtiler de göstermemiştir. Tüm bu sebepler ile Afganistan'ın El-Kaide tehdidi ile mücadelede isteksiz devlet kapsamında ele alındığı görülmektedir<sup>81</sup>.

### E. Ev Sahibi Devletin Acizliğinin Değerlendirilmesi

Ev sahibi devlet ülkesindeki devlet dışı aktörlerin oluşturduğu tehdidi önlemede istekli olabilir, ancak kapasite yetersizliği sebebiyle atacağı adımlar ile etkili olabilmesi mümkün değildir<sup>82</sup>. İşte böyle bir durumda ev sahibi devletin acizliği gündeme gelecektir. Acizlik, *"bir şeyi yapmak için gerekli olan güç, bilgi, beceri, zaman vs. sahip olmamak"*<sup>83</sup>

<sup>78</sup> QURESHI, "International Law and the Application of Unwilling or Unable Test in the Syrian Conflict", s. 70.

<sup>79</sup> BETHLEHEM, s. 7.

<sup>80</sup> QURESHI, "International Law and the Application of Unwilling or Unable Test in the Syrian Conflict", s. 70.

<sup>81</sup> SJOSTEDT, s. 41.

<sup>82</sup> QURESHI, "International Law and the Application of Unwilling or Unable Test in the Syrian Conflict", s. 70.

<sup>83</sup> <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>, (Erişim Tarihi:09.02.2021).

şeklinde tanımlanmaktadır. Bir başka tanımlamaya göre acizlik, “*beceriksizlik, güçsüzlük*<sup>84</sup>” olarak dile getirilmektedir.

Mağdur devletin, acizliği tespit etme sorumluluğu söz konusudur. Bu tespit yapılırken özellikle, ev sahibi devletin kontrolünde olmayan alanlar iyi araştırılmalıdır. Yargıç Simma ve Kooijmans ev sahibi devletin, ülkesinin bir kısmında etkin kontrolünü kaybetmesi durumunda, mağdur devletin meşru müdafaa hakkının reddedilmesinin makul olmayacağını belirtmişlerdir<sup>85</sup>. Doktrinde kontrol kaybının, acizliğin bir görünümü olarak ele alınabileceği belirtilmiştir<sup>86</sup>. Ayrıca ev sahibi devlet istekli olduğu ancak aciz olduğu durumlar bakımından, mağdur devletin müdahalesine rıza göstermiyorsa, burada aslında üstü kapalı bir isteksizliğin söz konusu olduğu da söylenmektedir<sup>87</sup>.

Randelzhöfer ve Nolte, ülkesindeki silahlı gruplar tarafından gerçekleştirilen büyük çaplı saldırıları önlemek için ev sahibi devletin ciddi adımları atmada kapasitesinin olmadığı durumlarda, açık/bariz acizliğin söz konusu olacağını belirtmişlerdir. Buna göre açık acizlik ifadesinden, başarısız devlet (failed states) anlaşılmalıdır<sup>88</sup>.

Doktrinde, mağdur devletin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde kuvvet kullanımına başvurmasının, sadece mağdur devletin, yeterli çözümlerin üretilmesine ilişkin talebine karşılık ev sahibi devletin bu hususta başarısız olduğunun ispatlandığı durumlar bakımından haklı olacağı da ileri sürülmektedir<sup>89</sup>. Bütün bunlarla ilgili olarak aslında pek çok durumda ev sahibi devletin acizliği söz konusu ise, aciz devletin ülkesi-

<sup>84</sup> <https://www.tdk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi:09.02.2021).

<sup>85</sup> Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Separate Opinion of Judge Kooijmans, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, paras. 30, 31; Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Separate Opinion of Judge Simma, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, paras. 12, 13.

<sup>86</sup> LEHTO, s. 13.

<sup>87</sup> MAHMOUDI, ss. 32, 33.

<sup>88</sup> RANDELZHOFFER Albrecht/NOLTE George, “Article 51”, The Charter of the United Nations: A Commentary, Ed. Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Adreas Paulus, Nikolai Wessendorf, 3rd edn, Vol. I, Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2012, ss. 1418, 1419.

<sup>89</sup> DEEKS, s. 522.

ne yönelik müdahalelere rıza göstermesi de söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumun ortaya çıkması ise zaten mağdur devletin meşru müdafaa hakkının var olup olmadığına ilişkin bir tartışmaya gerek olmadığına işaret etmektedir<sup>90</sup>.

#### F. Ev Sahibi Devletin Önerdiği Planın Değerlendirilmesi

Mağdur devletin, tehdide karşılık olarak ev sahibi devletin önerdiği planları değerlendirmesi gerekmektedir. Değerlendirme hem şekli hem de esasa ilişkin unsurların ele alınmasını içermektedir. Böyle bir değerlendirme, ev sahibi devletin önerisinde tehdide karşı kapasitesini hangi biçimde uygulayacağına dair ayrıntıların belirlenerek, devletin isteklilik ve kapasitesinin görülmesine de yardımcı olacaktır. Özellikle tehdidi ortadan kaldırmada hangi adımların atılması gerektiği, ev sahibi devletin mağdur devletten daha az bir maliyet ile kuvvet kullanmanın getireceği yüklerle katlanabilip katlanamayacağı, mağdur devletin değerlendirme neticesinde ev sahibi devletin topraklarında kuvvet kullanmaya ikna olup olmadığı gibi sorulara cevaplar bulunur<sup>91</sup>.

Bu kapsamda örneğin A devletinin defalarca B devletinde bulunan devlet dışı aktörlerin saldırılarına maruz kaldığı varsayımında, B devletin A devlete tehdit ile mücadele için bölgeye askeri bir grubun gönderildiğinin bildirmesi ve A devletince B devlete ilişkin yapılan değerlendirmede grubun büyüklüğü, silah stoku vb. gibi hususlar göz önüne alındığında, tek başına bu müdahalenin yeterli olacağı kanısına varması durumunda, yine de B devletinin isteksiz olduğu söylenebilir mi? Buradaki kriter, makul bir devletin temel amacı olan tehdidin varlığının sona erdirilmesi amacına ulaşmak olmalıdır. Doktrinde makul devletlerin aceleci davranmadıkları, ancak yaklaşan saldırılar bakımından ortaya çıkan belirtilere de kayıtsız kalmadıkları dile getirilmiştir<sup>92</sup>.

Bu değerlendirme sayesinde ev sahibi devletin bağımsız bir biçimde bu durumla mücadele edip etmeyeceği ya da bu mücadelede mağdur devlete ihtiyacı olup olmadığı tespit edilir. Bunun neticesinde ise, ev sahibi devletin devlet dışı aktörler ile mücadelesi bakımından

<sup>90</sup> WILMSHURST, s. 66.

<sup>91</sup> DEEKS, s. 529.

<sup>92</sup> DEEKS, s. 530.

mağdur devlete ihtiyacı olduğu belirlenir, ancak ev sahibi devlet mağdur devletin yardım önerisini kabul etmezse bu devletin isteksiz olduğu sonucuna ulaşılabilecektir<sup>93</sup>.

### G. Ev Sahibi Devlet ile Daha Önceki İlişkilerin

#### Değerlendirilmesi

Ev sahibi devletin isteksiz veya aciz olup olmadığı değerlendirilmesinin daha iyi yapılabilmesi için mağdur devletin, ev sahibi devlet ile önceki ilişkilerini de dikkate alması önem arz etmektedir. Bu çerçevede özellikle, mağdur devletin daha önceki dönemlerde devlet dışı aktörler ile mücadeleye ilişkin taleplerine ev sahibi devletin ne şekilde tepkiler verdiği, bu belirlemede mağdur devlete yol gösterebilir. Böylelikle ev sahibi devletin mevcut ve gelecekteki benzer durumlar bakımından vereceği tepkilerine dair çıkarımlar yapılabilecektir<sup>94</sup>.

Ev sahibi devlet geçmişte mağdur devlete yardım etmiş ise, bunu gelecekte yapması da muhtemeldir. Ancak, ev sahibi devlette gerçekleşen bir değişiklik, bu devletin mağdur devlete karşı duruşunun da değişmesine yol açabilir<sup>95</sup>. Örneğin hükümet veya siyasi rejim değişikliği, ev sahibi devletin silahlı kuvvetlerinin kapasitesindeki değişim ya da devletin koşullarının önceki talepten bu yana önemli bir şekilde değiştiği durumlarda, ev sahibi devletin geçmişte verdiği tepkilerin göz önüne alınması doğru sonuçlara ulaştırmayabilir<sup>96</sup>. Böyle bir durumun varlığında, bu ilişkilerin tekrar değerlendirilmesi sağlıklı bir karar verilmesini sağlayacaktır.

### SONUÇ

Uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkının başlarda sadece devletlere karşı kullanılabileceği kabul edilirken, sonraları eylemleri bir devlete atfedilebilir olan devlet-dışı aktörler bakımından da bu hakkın kullanımı kabul edilmiştir. BM Şartı'ndaki düzenlemeye bakıldığında da

<sup>93</sup> QURESHI, "International Law and the Application of Unwilling or Unable Test in the Syrian Conflict", s. 71.

<sup>94</sup> DEEKS, s. 531.

<sup>95</sup> QURESHI, "International Law and the Application of Unwilling or Unable Test in the Syrian Conflict", s. 72.

<sup>96</sup> DEEKS, s. 531.

bu hakkın sadece devletler tarafından gerçekleştirilen silahlı saldırılara karşı var olduğu sonucuna ulaşılamamaktadır. Bir devletin kendisine karşı gerçekleşen silahlı saldırılar bakımından, nereden kaynaklandığına bakılmaksızın, bu saldırıları defetmesi en doğal hakkıdır.

Günümüzde yukarıda belirtilen kabullerin değişmesine yol açan, eylemleri bir devlete atfedilebilir olmayan devlet-dışı aktörler bakımından da meşru müdafaa hakkının ele alındığı görülmektedir. Bununla birlikte bu devlet-dışı aktörlerin birçoğu başka bir devletin ülkesinde barınmaktadır. Bu aktörlere karşı meşru müdafaa hakkının kullanılması ise, ev sahibi devletin ülkesine karşı kuvvet kullanılmasına ve bu devletin egemenliğinin ihlal edilmesine yol açmaktadır. Ancak buna karşın mağdur devletin, meşru müdafaa hakkının doğmayacağını söyleyerek, ülkesine karşı gerçekleşen silahlı saldırılara sessiz kalmasını beklemek de pek adil gözükmemektedir. İşte bu ikilem arasındaki dengeyi kurabilecek yegâne durum, isteksiz veya aciz bir devletin var olmasıdır. Böyle bir durumda mağdur devlet, ev sahibi devletin isteksiz veya aciz olduğunu tespit etmiş ise, müdahalenin gerekli, orantılı ve derhal olması kaydıyla, bu devlet-dışı aktörlere karşı meşru müdafaa hakkını kullanabilecektir.

İsteksiz veya acizliğin tespitinde, yukarıda ele alınan koşulların yerine getirilmesi, bu hakka başvurmada meşruiyetin sağlanmasına katkı bulunacaktır. Bu ise, uluslararası toplum bakımından doktrine ilişkin kabulün artmasını sağlar. Belirtmek gerekir ki bu koşullar tavsiye niteliğindedir. Doktrinin daha sağlam bir zemine oturtulmasının sağlanması amacıyla öngörülmüştür. Bu koşulların sağlanmamış olması, bu doktrine başvurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak koşulların yerine getirilmesi; eleştirilerin önüne geçilmesine katkı sağlayarak, uluslararası toplumun kabulünü artırır.

## KAYNAKLAR

- AYDIN OKUR, Derya, "İŞİD'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından İsteksiz ya da Aciz Devlet Teorisi", İKÜHFD, C. 14, S. 2, 2015, ss. 39-65.
- BETHLEHEM, Daniel, "Notes and Comments: Principles Relevant to the Scope of a State's Right of Self-Defense against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors", *The American Journal of International Law*, Vol. 106, 2012, ss. 1-8.
- BODE, Ingvild, "Manifestly Failing and Unwilling or Unable as Intervention Formulas: A Critical Assessment", *Rethinking Humanitarian Intervention in the 21st Century*, Ed. Aiden Warren, Damian Grenfell, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2017, ss. 164-191.
- CHACKO, Elena/DEEKS, Ashley, "Which States Support the Unwilling and Unable Test?", 10 October 2016, <https://www.lawfareblog.com/which-states-support-unwilling-and-unable-test>.
- CHRISTAKIS, Theodore, "Challenging the Unwilling or Unable Test", *ZaöRV*, Vol. 77, 2017, ss.19-22.
- CRAIG, Martin, "Challenging and Refining the Unwilling or Unable Doctrine", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 52, 2019, ss. 387-461.
- DEEKS, Ashley S., "Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, 2012, ss. 483-550.
- DINSTEIN, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, 5th edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- HAKIMI, Monica, "Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play", *International Law Studies*, Vol. XCI, 2015, ss. 1-31.
- HELLER, Kevin Jon, "Eric Posner Rejects the Unwilling or Unable Test!", 9 October 2012, <http://opiniojuris.org/2012/10/08/eric-posner-rejects-the-unwilling-or-unable-test/>.
- KAYA, İbrahim, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler: Basic Documents in International Law*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, ss. 12-48.

- KURAN, Selami/GÜR, Hande, "Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaada İsteksiz veya Aciz Doktrini: Suriye ve DAESH Örneği", MÜHF-HAD, C. 23, S. 1, 2017, ss. 57-88.
- LEHTO, Marja, "The Fight against ISIL in Syria: Comments on the Recent Discussion of the Right of Self-defence against Non-state Actors", Nordic Journal of International Law, Vol. LXXXVII, 2018, ss. 1-25.
- MAHMOUDI, Said, "The Unwilling or Unable Doctrine: The Right to Use Extraterritorial Self-Defense Against Non-State Actors", Thesis in International Public Law, Stockholm University Faculty of Law, 2017.
- NUSSBERGER, Benjamin, "Sustainable Self-Defense? How the German Government justifies continuing its fight against ISIL in Syria", 2 October 2019, <https://www.ejiltalk.org/sustainable-self-defense-how-the-german-government-justifies-continuing-its-fight-against-isil-in-syria/>.
- QURESHI, Waseem Ahmad, "Examining the Legitimacy and Reasonableness of the Use of Force: From Just War Doctrine to the Unwilling or Unable Test", Oklahoma City University Review, Vol. 42, No. 3, 2018, ss. 221-289.
- QURESHI, Waseem Ahmad, "International Law and the Application of the Unwilling or Unable Test in Syrian Conflict", Drexel Law Review, Vol. 11, 2018, ss. 61-99.
- RANDELZHOFFER, Albrecht/NOLTE, George, "Article 51", The Charter of the United Nations: A Commentary, Ed. Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf, 3rd edn, Vol. I, Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2012.
- SCHRIJVER, Nico/VAN DEN HERIK, Larissa, "Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law", Netherlands International Law Review, Vol. 57 (3), ss. 531-550.
- SJOSTEDT, Britta, "Applying the Unable/Unwilling State Doctrine-Can a State Be Unable to Take Action?", ZaöRV, Vol. 77, 2017, ss. 39-42.



- TIBORI-SZABÓ, Kinga, "The 'Unwilling or Unable' Test and the Law of Self-defence", *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, Ed. Christophe Paulussen, Tamara Takács, Vesna Lazić, Ben Van Rompuy, Heidelberg, Springer, 2016, ss. 73-97.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur/ŞİMŞEK G., Engin/UZUN, Elif/ARIKOĞLU, Enver/AKÜN, Neslihan Verda/BAŞKARACAOĞLU, Elif/KORKMAZ SÜRER, Mukaddes/GÜNEYSU, Gökhan/GÖKALP, İbrahim, *Milletlerarası Adalet Divanı Kararları: 1990-2007*, İstanbul, Beta, 2008.
- WILLIAMS, Gareth D., "Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the Unwilling or Unable Test", *UNSW Law Journal*, Vol. 36 (2), 2013, ss. 619-641.
- WILMSHURST, Elizabeth, *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, Chatham House, ILP WP 05/01, 2005.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports, 2005, p. 168.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Separate Opinion of Judge Kooijmans, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, p. 306.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Separate Opinion of Judge Simma, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, p. 334.
- Eritrea-Ethiopia Claims Commission-Partial Award: Jus Ad Bellum - Ethiopia's Claims 1-8, Reports of International Arbitral Awards, 19 December 2005, Vol. XXVI pp. 457-469.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2004, p. 136.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Separate Opinion of Judge Higgins, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2004, p. 207.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Dissenting Opinion of Judge Schwebel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p. 259.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p. 14.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Dissenting Opinion of Judge Sir Robert Jennings, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p. 528.

Charter of the United Nations, signed on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>.

SCOR, UN Doc. S/PV. 2292, 17 July 1981, <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/43220E2368A3DDF7052568000052412C>.

UN Doc. S/2014/691, 22 September 2014, <https://undocs.org/S/2014/691>.

UN Doc. S/2014/695, 23 September 2014, <https://undocs.org/S/2014/695>.

UN Doc. S/2015/221, 31 March 2015, <https://undocs.org/S/2015/221>.

UN Doc. S/2015/563, 24 July 2015, <https://undocs.org/S/2015/563>.

UN Doc. S/2015/946, 10 December 2015, <https://undocs.org/S/2015/946>.

UN Doc. S/PV. 3653, 15 April 1996, <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/310AC20FB347D24185256311004E0E4B>.

UN Doc. S/RES/2249(2015), 20 November 2015, [https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s\\_res\\_2249.pdf](https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_res_2249.pdf).

UNGA, A/RES. 2625 (XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, (A/8082) 24 October 1970, [https://undocs.org/en/A/RES/2625\(XXV\)](https://undocs.org/en/A/RES/2625(XXV)).

UNGA, Res. 3314 (1974), [https://undocs.org/en/A/RES/3314\(XXIX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3314(XXIX)).

UNGA, UN Doc. A/50/1016, S/1996/614, 1 August 1996, <https://digitallibrary.un.org/record/219759>.

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>.

<https://www.tdk.gov.tr/>.



## MUKAYESELİ HUKUK VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ELEKTRONİK TEBLİGATIN YAPILMIŞ SAYILDIĞI TARİH

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK\*

### Öz

Elektronik tebligatın yapılmış sayılacağı tarihe ilişkin doktrinde ve uygulamada tartışmalar bulun-maktadır. Bu tartışmaların çözümünde, tebligata ilişkin kuralların niteliği ve önemi değerlendirilmelidir. Çünkü, tebligat, ilgililerin haklarının korunması için hukuki güvencelerin, temel hakların ve ilkelerin sağlanmasına aracılık etmektedir. Elektronik tebligatın tebliğ tarihine ilişkin mevzuatımızda hükümler bulunmaktadır. Mevcut hükümlere ve yargı kararlarına rağmen bu konuda tartışmalar yaşanmaktadır. Çünkü elektronik tebligatın tebliğ tarihine yönelik hükümler özellikle menfaat çatışmasının yoğun olarak yaşandığı icra ve iflas hukuku alanında sorunlara neden olmaktadır. Bu çerçevede çalışmamızda, elektronik tebligat mesajının UETS üzerinden açılma anının tebliğ anı olarak kabul edilip edilemeyeceğine değinilmektedir. Ancak makalemizin asıl amacı, olan hukuk bakımından bu tebliğ anına ilişkin bu değerlendirmeler yapılırken olması gereken hukuk bakımından da görüşlerimize yer vermektir. Elektronik tebligata ilişkin tebliğ anına ilişkin olarak yabancı hukuktaki elektronik tebligat düzenlemeleri de incelenmeye çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Elektronik Tebligat • Tebliğ Tarihi • Delil Kaydı • Tebligatın Açılma Anı • Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi

\* Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye | Assoc. Prof., Cukurova University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement - Bankruptcy Law, Adana, Turkey.

✉ hknalbayrak@hotmail.com • ORCID 0000-0001-6097-1296

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ALBAYRAK Hakan, "Mukayeseli Hukuk ve Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayıldığı Tarih", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2414-2453.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE DATE THAT THE ELECTRONIC NOTIFICATION IS DEEMED TO HAVE BEEN MADE IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW AND JUDICIAL DECISIONS

### Abstract

There are discussions about the served date of electronic notification in doctrine and practice. In re-solving these disputes, the nature and importance of the notification rules should be considered. There are provisions in our legislation regarding the date of notification. Provisions regarding the date of notification of electronic notification cause problems especially in the field of enforcement and bankruptcy law, where conflicts of interest are intense. In our study, it is discussed whether the moment of reading the electronic notification message in UETS can be accepted as the served date of notification. In our study, it is also included electronic notification regulations in foreign law.

### Key Words

Electronic Notification • The Served Date Of Electronic Notification • Incident Logging • The Read Date Of Electronic Notification • National Electronic Notification System

### GİRİŞ

Hukuk düzenlerinde tebligat, ilgililerin korunması, bilgilendirilmesi ve ilgililere hukuki güvencelerin sağlanması açısından önem taşımaktadır. Bu sebeple tebligatın hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinin, hukuki güvencelerin sağlanması ile temel hak ve özgürlüklerin tanınması yönü bulunmaktadır<sup>1</sup>. Tebligat, ilgililerin haklarının korunması için hukuki güvencelerin, temel hakların ve ilkelerin sağlanmasına aracılık etmektedir<sup>2</sup>.

Bilgi ve iletişim teknolojisinde yaşanan olağanüstü gelişmelere paralel olarak elektronik iletişimin ve internetin günlük hayatın bir parçası

---

<sup>1</sup> Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Üçüncü, S. Hilal, Tebligat Hukuku, 3. B., Ankara 2020, s. 20; Muşul, Timuçin, Tebligat Hukuku, 7. B., Ankara 2018, s. 565; Özbay, İbrahim/Yardımcı, Taner Emre, Tebligat Hukuku 2. B., Ankara 2020, s. 17; Akcan, Recep/Albayrak, Hakan, Tebligat Hukuku, 3. B., Ankara 2016, s. 31; Albayrak, Hakan, Tebligat Hukuku, Ankara 2021, s. 25.

<sup>2</sup> Häublein, Martin, Müller, Maximilian, Münchener Kommentar zur ZPO (MüKoZPO), (Herausgeber, Rauscher, Thomas, Krüger, Wolfgang), 6. Auflage, Verlag, C.H.Beck, München 2020, ZPO Art. 166, Rn. 5; Atalı/Ermenek/Üçüncü, s. 20-21; Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal, Tebligat Hukuku Bilgisi, 5. B., Ankara 2019, s. 19.

olması, “e-adalet” ve “elektronik tebligat” kavramlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>3</sup>. Bu çerçevede gerek yabancı hukuk düzenlerinde gerekse Türk hukukunda buna ilişkin olarak yasal düzenlemeler yapılmıştır. Elektronik tebligatın çağımızın bir gerekliliği olduğu artık şüphe götürmeyen bir husustur. Bu kurumun hukukumuzda girmesi ve uygulamasının yaygınlaşmasıyla elektronik tebligatın yapılmış sayıldığı tarih hususunda tartışmalar gündeme gelmiştir.

Tebligat Kanunu’nun 7/a maddesinin dördüncü fıkrasında elektronik tebligatın yapılmış sayılacağı tarih, “*Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak elektronik tebligatın yapıldığı elektronik alt yapıya ilişkin sistemde, tebligatın ulaştığı tarih ve muhatabın bu tebligatı okuduğu tarih bilgilerine yer verilmesi, uygulamada elektronik tebligatın yapılmış sayılacağı tarih hususunda farklı değerlendirmeler yapılabilmesine imkân tanımaktadır.

Çalışmamızda elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci gün sonunda mı, yoksa muhatabın bu tebligatı okuduğu tarihte mi yapılmış sayılacağına değerlendirilmesi yapılacaktır. Bu çerçevede genel olarak elektronik tebligat kurumuna değinilecek ve sonrasında elektronik tebligatın yapılmış sayılacağı tarih hususunda doktrindeki görüşler, uygulamadaki durum ve görüşümüz ele alınacaktır.

## I. GENEL OLARAK ELEKTRONİK TEBLİGAT

Hukumumuza elektronik tebligat, 7201 sayılı Tebligat Kanunu’na 11.01.2011 tarihinde 7/a maddesinin eklenmesiyle girmiştir. Bu düzenlemeyle elektronik tebligat imkânı düzenlemeye kavuşturulmuştur. Düzenlemenin ilk halinde sınırlı uygulama alanı olan elektronik tebligat, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7101 sayılı Kanun’da getirilen düzenlemelerle birtakım değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerle uygulama alanı genişlemiştir. Elektronik tebligatın uygulanma usul ve esasları, 06.12.2018 tarihinde yayımlanan

<sup>3</sup> Karaaslan, Varol, “Elektronischer Rechtsverkehr im Deutschen Recht und Überlegungen zum Türkischen Recht”, (Annales XLI, N. 58, 197-217, 2009) s. 197; Brändli, Beat, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Stämpfli Verlag-Bern 2013, s. 184, Pn. 402.

ve 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren Elektronik Tebligat Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Tebliğat, hukuki sonuç doğurmaya elverişli iş ve işlemlerin, yetkili makamlarca, ilgililere, mevzuata uygun şekillerle bildirilmesi ve bu bildirmenin belgelendirilmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>4</sup>. Elektronik tebligat da mevzuat tarafından benimsenen bildirme şekillerinden biridir. Hukuki kurum olarak tebligatın önemli iki unsuru bildirme ve belgelendirme olarak sayılabilir<sup>5</sup>. Bu unsurların mevzuattaki şekilde elektronik olarak gerçekleşmesi elektronik tebligattır.

Elektronik tebligat çıkarmaya yetkili kişi, kurum ve kuruluşlar, 7201 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki mercilerdir. Bu anlamda tebligat çıkarmaya yetkili mercilerin, elektronik tebligat çıkarmaya da yetkili olduğu söylenebilir. Elektronik tebligat yapılacak kişiler bakımından ise ikili ayırım yapılabilecektir. İlki, elektronik tebligat yapılması zorunlu olan kişilerdir. Bu kişiler, Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin birinci fıkrası ile Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılmıştır. İkincisi ise, iradi elektronik tebligattır. İradi elektronik tebligat, mevzuatta elektronik tebligat yapılması zorunlu olan kişilerden olmayan kişilerin elektronik tebligat adresi edinmesiyle gündeme gelmektedir. Elektronik tebligat adresi edinen bu kişilere, elektronik tebligat adresleri edinmeleriyle birlikte, elektronik ortamda tebligat yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir (TK m. 7/a, II, son cümle)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Rosenberg, Leo/Schwab, Heinz, Karl/ Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München 2018, §72, s. 408, Rn. 4; Thomas, Heinz/Putzo, Hans/Hüßtege, Rainer, Zivilprozessordnung, 39. Auflage, München 2018, ZPO Art. 166, Rn. 7; MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 166, Rn. 5; Atal/Ermenek/Üçüncü, s. 18; Özbay/Yardımcı, s. 16; Akcan/Albayrak, s. 24; Albayrak, s. 20; Kurt Konca, Nesibe, "Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", (TBBB, 2014/114, s. 239-274), s. 240; Tüzüner, Özlem, "Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi", (ABD, 2011/4, s. 137-159), s. 141; Tüzüner, Özlem, "Elektronik Tebligatın Adaletin Kalitesine Katkıları", (İzm. BD. Ocak 2012, s. 60- 88), s. 61.

<sup>5</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 408, Pn. 4; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO Art. 166, Rn. 7; Atal/Ermenek/Üçüncü, s. 58-59; Akcan/Albayrak, s. 24; Albayrak, s. 20.

<sup>6</sup> Zorunlu tebligat kapsamında olan kişilere (örneğin noterlere, avukatlara, sicile kayıtlı arabuluculara ve bilirkişilere) mesleki faaliyetleri sebebiyle yapılacak olan tebligatlar dışında da elektronik yolla tebligat yapılmasının zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. Örneğin elektronik posta adresi almak zorunda olan bir avukata veya arabulucuya trafik cezası nedeniyle çıkarılacak tebligatın veya avukatın taraf olarak

Elektronik tebligatın yapılacağı sistemin kurulması, işletilmesi, güvenliği gibi yükümlülükler Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi'ne (PTT) yüklenmiştir (TK m. 7/a, V; ET. Yön. m. 20). Elektronik tebligat, Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi (UETS) aracılığıyla PTT tarafından yapılmaktadır. Tebligat çıkarmaya yetkili mercilerin çıkardığı tebligatları ulaştırmada yetkili kuruluş PTT'dir. Elektronik tebligat adresi edinilmesi için PTT'ye başvurulur ve PTT, UETS üzerinde tek ve benzersiz bir elektronik tebligat adresi oluşturur (ET. Yön. m. 8, I). Elektronik tebligat adresinin oluşturulmasıyla bu kişilere elektronik tebligat yapılabilecektir. Tebligat çıkarmaya yetkili merci tebliğ edilmesi gereken

yer aldığı bir davada kendisine yapılacak tebligatın elektronik yolla yapılıp yapılmayacağı da tereddüt uyandırabilir. Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde buna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bir görüşe göre, mesleki faaliyetleri dışında bu kişilere yapılacak tebligatlarda klasik tebligat usulünün uygulanması gerektiği belirtilmiştir [Akkan, Mine, "Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat", (MİHDER, 2018/14/39, s. 23-91), s. 69; Yardımcı, Taner Emre, "Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat", (ABD, 2019/77/3, s. 1-39), s. 9; Meriç, Nedim/Arslanpınar Tat, Tuğçe/Işık, Melih/Korkmaz, D. Nurdan/Özkan Kıdıl, Barçın, Olaylarla Tebligat Hukuku, İstanbul 2020, s. 192; Börü, Levent, "Elektronik Tebligat", (HÜHFD, 2020/10/1, s. 183-225), s. 221; Akkan, Mine, "7101 Sayılı Kanunla Elektronik Tebligat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi", (7101 Sayılı Kanunla Konkordato Ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Editör: Prof. Dr. Muhammet Özekes, İstanbul 2018, s. 149-169), s. 163]. Ancak kanaatimizce, Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesine göre elektronik tebligat adresi almak zorunda olmadığı halde elektronik tebligat adresi olarak UETS sistemine kayıt olan gerçek kişilere yapılacak olan Tebligat Kanunu çerçevesindeki bütün tebligatların artık elektronik yolla yapılması zorunludur. Aynı şekilde elektronik tebligat adresi almak zorunda olan gerçek kişilere mesleki faaliyetleri dışında yapılacak olan tebligatların da elektronik yolla yapılmasının zorunlu olması gerekir. Yani bu kişiler için yapılacak olan tebligatın mesleki faaliyet içinde olup olmadığına bakılmasına gerek olmamalıdır. Zaten zorunluluk kapsamında olan kişiler artık elektronik yolla tebligat kapsamının içine girmişlerdir. Bu kişiler için, bazı durumlarda klasik tebligat yöntemlerinin bazı durumlarda ise elektronik tebligat yönteminin kullanılması onlar açısından da belirsizlik yaratacaktır. Nitekim UETS sistemine zorunlu olarak kayıtlı olan gerçek kişilerin UETS hesaplarında "kullanım şekli" kısmı bulunmakta ve o kısımda "alıcı" ve "zorunlu alıcı" şeklinde iki kısım bulunmaktadır. UETS sistemi (bilirkişi, arabulucu, avukat) tarafından zorunlu olarak aktif hale getirildiğinde sadece "zorunlu alıcı kısmı" aktif hale gelmektedir. Ancak kullanıcı isterse kullanım şeklinde "alıcı" kısmını da sistemde belirtilen yöntemler ile aktif hale getirebilir. Bu durumda artık muhataba yapılacak bütün tebligatların UETS yolu ile yapılması mümkün hale gelmelidir.

mesajı UETS'ye teslim eder. UETS bu mesajı, zaman damgasıyla ilişkilendirerek ilgilinin adresine ulaştırır (ET. Yön. m. 9, I-II). Elektronik tebligat adresine tebligat geldiği hususunda bilgilendirilmek isteyen muhatap, bir elektronik posta adresini veya kısa mesaj alma özelliği bulunan telefon numarasını PTT'ye bildirerek bunu sağlayabilir (ET. Yön. m. 10, I-II). Ancak bu bilgilendirme mesajı tebligatın geçerliliğini etkileyen bir nitelik taşımamaktadır (ET. Yön. m. 10, III). Elektronik tebligatın muhatabın elektronik tebligat adresine tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı düzenlenmektedir (TK m. 7/a, IV; ET. Yön. m. 9, VI). UETS üzerinden yapılan elektronik tebligatlara ilişkin delil kayıtları, tebligat mesajı ulaştığı anda üretilmektedir (ET. Yön. m. 9, IV). Delil kayıtları, tebligatın UETS tarafından teslim alınmasını, muhatabın adresine ulaşmasını, okunmasını ve usulen tebliğ edilmiş sayılmasını gösterir<sup>7</sup>.

## II. ELEKTRONİK TEBLİGATIN YAPILMIŞ SAYILMASI

### A. ELEKTRONİK TEBLİGATIN YAPILMIŞ SAYILMASI İLE İLGİLİ SORUNUN TESPİTİ

Elektronik tebligatın muhatabın elektronik tebligat adresine ulaşmasını izleyen beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılması kuralı, Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin dördüncü fıkrasında ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 9. maddesinin son fıkrasında düzenlenen bir husustur<sup>8</sup>. Bu kural ile elektronik tebligatın ulaşma anı veya açılma anı tebliğ anı olarak düzenlenmemiştir. Burada ulaştığı anın beşinci günü sonunda tebliğ edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Ancak elektronik tebligata ilişkin delil kayıtlarının tutulması, korunması ve bu kayıtlara ulaşılabilmesi nedeniyle muhatapların tebligata erişimleri hakkında bilgi edinilebilmektedir. Örneğin 01.02.2021 tarihinde muhatabın avukatına ulaşan bir dava dilekçesini içeren elektronik tebligatın, avukata, kural olarak 06.02.2021 tarihinin sonunda tebliğ edilmiş sayılır. Ancak örnek olarak belirttiğimiz avukat, 02.02.2021 günü elektronik tebligatı içeren

<sup>7</sup> Delil kaydının oluşturulmasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz.; Aksakal, Abidin, Zeynel, "Beşinci Günden Önce Açılan Elektronik Tebligatın Tebliğ Tarihi", (TAAD, Y.11, S. 43, Temmuz 2020, s. 265-282), s. 272-274.

<sup>8</sup> Vergi Usul Kanunu'nun 107/a maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır.



mesajı UETS üzerinden açmışsa tebliğ tarihi ne olacaktır? Elektronik tebligatı içeren mesajın UETS üzerinden açılma anı tebliğ edilme olarak kabul edilebilecek midir? Yoksa her hâlükârda 06.02.2021 tarihi sonunda tebliğ edildiğinin kabulü mü gerekecektir?

Öncelikle uygulamada bu hususun tartışıldığını belirtmek gerekmektedir. Bu sorulara cevap verebilmek için doktrindeki görüşleri ve Yargıtay kararlarını belirterek görüşümüzü aşağıda ele alacağız. Ayrıca mevcut yasal mevzuatın özellikle menfaat çatışmasının yoğun olarak yaşandığı icra ve iflas hukuku alanında problemlere neden olduğunu ve bu problemlerin çözümüne yönelik olarak olması gereken hukuk alanında yeni yasal düzenlemelere gerek duyulduğunu belirtmek isterim.

## B. BAZI HUKUK DÜZENLERİNDEKİ DURUM

Gelişen teknolojinin hukuka yansımalarından birini elektronik tebligat oluşturmaktadır. Elektronik tebligat hakkındaki düzenlemeleri bazı hukuk düzenleri bakımından konumuz kapsamında ele almakta fayda bulunmaktadır.

### 1. İsviçre Hukuku

İsviçre hukuku teknolojik gelişmelere kayıtsız kalmayarak Medeni Usul Kanunu'nda (SchwZPO) ve Ceza Yargılaması Kanunu'nda (StPO) ve İcra ve İflas Kanunu'nda (SchKG) tarafların mahkemeye veya idari makamlara elektronik formlarını yöneltebilmesine yönelik değişiklikler yapmıştır<sup>9</sup>. Federal Meclis ise bu elektronik bildirimlerin şeklini belirleme konusunda yönerge çıkarabilme konusunda ilgili maddelerde yetkilendirilmiştir<sup>10</sup>. Bu yetkilendirme çerçevesinde, Federal Meclis 18 Haziran 2010 tarihli "Medeni Usul Hukuku, Ceza Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukukunda Elektronik İletişim Hakkında Yönergeyi" hazırlamıştır<sup>11</sup>. Ancak bu yönergenin usul kanunlarındaki yeni düzenlemeler ile

<sup>9</sup> Brändli, s. 185, Rn. 403.

<sup>10</sup> SchwZPO m. 130/2, m. 139/2, m. 400/1; StPO m. 86/2, m. 110, m. 445; SchKG m. 15/2, 33a/2-4, m.34/2. Brändli, s. 185, Rn. 403.

<sup>11</sup> "Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VeÜ-ZSSV)" vom 18 Juni 2010, SR.272.1 ("Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV" olarak anılacaktır. Brändli, s. 185, Rn. 403; Tüzüner, Kalitatif, s. 147.

birlikte 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur<sup>12</sup>. Bu koordinasyon sayesinde farklı usul düzenlemelerinin koordineli bir şekilde aynı teknik altyapıya kavuşabilmesi sağlanmıştır<sup>13</sup>. Buna paralel olarak 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren “İdare Yargılama Usulünde Elektronik İletişimin Hakkındaki Yönerge”de tamamen değişikliğe uğramış ve yeni yönerge 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>14</sup>. Ayrıca 5 Aralık 2006 tarihli<sup>15</sup> “Federal Mahkemenin Taraflar ve İlk Derece Mahkemeleri Arasındaki Elektronik Tebligat İlişkin Düzenleme” ise 01.04.2017 tarihinde ortadan kaldırılarak yenisi aynı isimle yürürlüğe girmiştir<sup>16</sup>. Bu düzenleme, taraflar ile Federal Mahkeme, Federal Mahkeme ile ilk derece mahkemeleri arasındaki mahkeme kayıtlarının ve eyaletler arasındaki elektronik tebligatın yapılış şekline ve yurtdışına ilişkin elektronik tebligata yönelik bir düzenlemedir (ReRBGer, m. 1, 2, 3)<sup>17</sup>. Ayrıca elektronik imzaya ilişkin olarak da 3 Aralık 2004 tarihli elektronik imza yönergesi yürürlükten kaldırılarak 23 Kasım 2016 tarihli yeni yönerge yürürlüğe girmiştir (VZertES m. 16)<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Tüzüner, Kalitatif, s. 147. Aynı şekilde kantonlardan da buna ilişkin olarak ilgili tanıtım projeleri hazırlamaları ve bunu gerekli bütçe fonlarıyla da desteklemeleri istenmiştir (Brändli, s. 185, Pn. 403, dn. 880).

<sup>13</sup> Brändli, s. 185, Rn. 403.

<sup>14</sup> “Verordnung vom 18. Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (VeÜ-VwV)” vom 18 Juni 2010, SR. 172.21. Brändli, s. 185, Pn. 404.

<sup>15</sup> “Reglement des Bundesgerichts über den Elektronischen Rechtsverkehr mit Parteien und Vorinstanzen (ReRBGer)”, vom 05 Dezember 2006, SR. 173.110.29.

<sup>16</sup> “Reglement des Bundesgerichts vom 20. Februar 2017 über den elektronischen Rechtsverkehr mit Parteien und Vorinstanzen (ReRBGer)”, vom 20 Februar 2017, SR. 173.110.29. Bu düzenleme 01.04.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemenin 11. maddesinde eski düzenlemenin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir (ReRBGer, m. 11).

<sup>17</sup> Bu nedenle bu düzenleme, ilk derece mahkemelerinde, mahkemeler ile taraflar arasındaki yapılacak tebligatta uygulanmaz. İlk derece yargılamasında mahkemeler ile taraflar arasında yapılacak olan tebligatta elektronik tebligatın uygulanabilmesi için SchwZPO m. 139’ daki şartların sağlanması gerekir.

<sup>18</sup> “Verordnung über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Verordnung über die elektronische Signatur, VZertES)”, vom 23 November 2016, SR.943.032. Elektronik imza konusunda bu düzenleme 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İsviçre hukukunda, taraflara elektronik yolla tebligat yapılabilmesinin kanun ile zorunlu tutulamayacağı belirtilmiştir<sup>19</sup>. Mahkemenin elektronik yolla tebligatı yapabilmesi için muhatabın bu yolla kendisine tebligat yapılmasını önceden kabul etmesi gerekir (SchwZPO m. 139)<sup>20</sup>. Elektronik tebligatlarda 18 Haziran 2010 tarihli “*Medeni Usul Hukuku, Ceza Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukukunda Elektronik İletişim Hakkında Yönerge*” (Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV) uygulama alanı bulur<sup>21</sup>. Elektronik yolla tebligatın yapılabilmesi için muhatabın kayıtlı bir elektronik posta adresinin olması gerekir (Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV m. 9/1). Muhatabın kendisine elektronik yolla tebligatı kabulü yazılı veya ispatlanabilir yazılı bir metne dönüşmüş sözlü bir protokol ile verilmelidir (Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV m. 9/5). Bu nedenle e-posta ve faks ile verilen onay geçerlidir<sup>22</sup>. Bu rızanın verildiğine yönelik ispat yükü mahkemenin üzerindedir<sup>23</sup>. Ancak, taraflar ile Federal Mahkeme, Federal Mahkeme ile ilk derece mahkemeleri arasındaki mahkeme kayıtlarının ve eyaletler arasındaki elektronik tebligatın yapılış şekline ve yurtdışına ilişkin elektronik tebligata yönelik yapılan düzenlemeye göre, tarafın veya avukatının bir kayıtlı elektronik posta adresinin olması rızasının olduğu anlamına gelir (ReRBGer, Art. 3/2)<sup>24</sup>. Bu durum sadece ilgili düzenleme kapsa-

<sup>19</sup> Ancak tarafın elektronik yolla tebligattan kaçınılabilmesinin sınırını hakkın kötüye kullanılması yasağı belirler. Tarafın elektronik yolla tebligatı farklı birçok dosyada kabul etmesine rağmen mevcut yargılamada açık bir neden olmadan kabul etmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir (BK-Berner Kommentar-ZPO, Frei Nina J, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, (Herausgeber; Hausheer, Heinz, Walter, Peter, Hans), Bern 2012, ZPO Art. 139, Rn. 8).

<sup>20</sup> Ancak doktrinde daha sonradan verilen onayında geçerli olabileceğinin düşünülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda tebligatın etkisi onay ile geçerli bir şekilde ortaya çıkabilecektir [BK-ZPO/Frei, ZPO Art. 139, Rn. 7; OFK- Orell Füssli Kommentar-ZPO, Reto M Jenny, Daniel Jenny, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, (Herausgeber; Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), Zürich 2015, Art. m. 139, Rn. 1].

<sup>21</sup> OFK-ZPO/Reto/Daniel, ZPO Art. 139, Rn. 2; Gasser/Rickli, ZPO Art. 139, Rn. 3.

<sup>22</sup> Staehelin, Adrian, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, (Herausgeber, Sutter-Somm Thomas, Hasenböhler Franz, Leuenberger Christoph) 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 139, Rn. 4; BK-ZPO/Frei, ZPO Art. 139, Rn. 8.

<sup>23</sup> BK-ZPO/Frei, ZPO Art. 139, Rn. 9

<sup>24</sup> Staehelin, Kommentar zur Schw. ZPO, Art. 139, Rn. 4.

mında belirtilenler arasında yapılacak olan tebligatlar için geçerlidir. Ancak böyle bir zımni kabul, İsviçre Medeni Usul Kanunu kapsamında yapılan yargılamalar için geçerli değildir<sup>25</sup>. Dolayısıyla ilk derece yargılamalarında muhatabın kendisine elektronik yolla tebligat yapılabilmesi için rıza gerekli olup bu rızanın yazılı veya metne dönüşmüş ispatlanabilir bir sözlü protokol ile verilmesi gerektir (Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV m. 9/5). Tarafın vermiş olduğunu bu onay, sadece devam etmekte olan o prosedür için yapılacak tebligatlar için geçerli olacaktır<sup>26</sup>. Bir başka deyişle tarafın verdiği rıza sadece o dosya kapsamında yapılacak olan tebligatlar için geçerli olacaktır. Bununla birlikte genel olarak bir avukatın belirli bir mahkemede kendisine yapılacak olan tebligatlar için de onay vermesi mümkündür (Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV m. 9/3). Verilen bu onayın geri alınması da mümkündür (Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV m. 9/5). Geri alma da onayın şeklinde bağlıdır. Kural olarak bu geri alma imkânı sınırlandırılmaz ise de bu onayın geri alınması hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olarak kullanılabilir<sup>27</sup>. Ayrıca bu rıza beyanına kayıtlı elektronik posta adresinin de gösterilmesi gerekir (Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV m. 9/2). Dolayısıyla taraflar tebligatı elektronik olarak almak istiyorlar ise, Elektronik İletişim Hakkında Yönerge'ye uygun bir kayıtlı bir elektronik posta adresi edinmeleri gereklidir (Elektronik İletişim Hakkında Yönerge-VeÜ-ZSSV m. 9/2)<sup>28</sup>.

İsviçre hukukunda, Medeni Usul Hukuku, Ceza Usul Hukuku ve İcra ce İflas Hukukunda Elektronik İletişim Hakkında Yönerge ile tebligatın yapıldığı an düzenlenmiştir (Elektronik İletişim Hakkında Yöner-

<sup>25</sup> Staehelin, Kommentar zur Schw. ZPO, Art. 139, Rn. 4; BK-ZPO/Frei, ZPO Art. 139, Rn. 9.

<sup>26</sup> Staehelin, Kommentar zur Schw. ZPO, Art. 139, Rn. 4; OFK-ZPO/Reto/Daniel, ZPO Art. 139, Rn. 1.

<sup>27</sup> Staehelin, Kommentar zur Schw. ZPO, Art. 139, Rn. 4. Aynı şekilde tarafın elektronik yolla tebligattan kaçınılabilmesinin sınırını da hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının belirleyeceği, tarafın elektronik yolla tebligatı farklı birçok dosyada kabul etmesine rağmen mevcut yargılamada açık bir neden olmadan kabul etmemesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği de belirtilmiştir (BK-ZPO/Frei, ZPO Art. 139, Rn. 8).

<sup>28</sup> BK-ZPO/Frei, ZPO Art. 139, Rn. 12.

ge-VeÜ-ZSSV m. 11). Doktrinde, İsviçre hukukunda, Türk hukukunun aksine elektronik tebligatın muhataba iletilmesinden itibaren belirli bir süre sonra tebliğ edilmiş sayılacağına yönelik bir düzenleme getirilmediği, bunun yerine alıcı tarafından elektronik tebligatın alındığı (e-posta adresine yüklendiği ve düştüğü) anda tebligatın yapıldığı kuralının getirildiği belirtilmiştir<sup>29</sup>. Ancak ilgili Yönerge incelendiğinde, tebligatın yapıldığı an, tebligatın kişinin tebliğ adresine ulaştığı an değil, tam aksine, tebligatın muhatap tarafından teslimat platformundan indirildiği an, teslim anı olarak kabul edilmiştir. Bu hükmün Türk hukukunda karşılığını söylemek istersek tebligatın muhatabın onu açıp okuduğu an tebliğ anı olarak kabul edildiği söylenebilir. Dolayısıyla aşağıda belirteceğimiz gibi bu tebliğ anının ülkemiz açısından bu şekilde okunma tarihi olarak uygulanması çok büyük sorunlara yol açabilecektir. Nitekim İsviçre Hukukunda da Yönerge'nin 11. maddesinin ikinci fıkra hükmü ile bizim hukukumuzda benzer bir varsayım düzenlenmiştir. Yönerge'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre elektronik tebligatın muhatabın kabul ettiği bir dağıtım platformuna yapılması durumunda Medeni Usul Kanunu'nun 138/3/a ve Ceza Usul Kanunu'nun 85/4/a hükümlerinde bulunan teslim ilişkine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Yönerge'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır ifadesinin sebebi, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 138/3/a ve İsviçre Ceza Usul Kanunu'nun 85/4/a hükümlerinin aslında elektronik tebligata ilişkin olarak düzenlenmiş hükümler olmasından kaynaklanmaktadır. Bu maddeler mahkeme tarafından yapılacak olan tebligatların şeklini düzenleyen maddelerdir. Dolayısıyla bu maddelerdeki varsayım sadece niteliğine uygun düştüğü ölçüde elektronik tebligat bakımından uygulama alanı bulacaktır. İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 138/3/a ve Ceza Usul Kanunu'nun 85/4/a hükümlerinde bulunan tebligata ilişkin varsayıma göre, tebligatın muhatabın kayıtlı olan adresine tebliğ edilmesine rağmen bu tebligatın muhatap tarafından alınmaması durumunda, tebligat, bu başarısız teslim girişiminden sonraki yedinci günde yapılmış sayılır<sup>30</sup>. Bu yedi günlük sürenin tebligatın teslim edilememesi tarihinden sonra 7 (yedi) gün olarak he-

<sup>29</sup> Tüzüner, Kalitatif, s. 147.

<sup>30</sup> BK-ZPO/Frei, ZPO Art. 139, Rn. 19; OFK-ZPO/Reto/Daniel, ZPO Art. 139, Rn. 2.

saplanması gerektiği doktrinde belirtilmiştir<sup>31</sup>. Bu durum Türk hukukundaki Tebligat Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen varsayıma benzetilebilir. Buna göre tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina halinde Tebligat Kanunu'nun 21. maddesindeki şartların oluşması halinde tebliğ ihbarnamenin kâpiya yapıştırıldığı tarih sayılır. İşte İsviçre hukukundan farklı olarak bizde kâpiya yapıştırılma tarihi, İsviçre hukukunda ise teslimatın yapılamamasından sonraki yedinci gün tebliğ yapılmış sayılır düzenlemesi yer almaktadır. İsviçre hukukundaki bu varsayımın niteliğine uygun düştüğü ölçüde elektronik tebligatlarda da uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir (Elektronik İletişim Hakkın Yönerge- VeÜ-ZSSV m.11/2). Bu durumda, muhatap, elektronik teslimat platformundan tebligatı yüklemese bile (tebligatı açıp okumasa bile) tebligat, tebligatın elektronik platforma teslim edildiği günden itibaren yedinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılması gerekecektir. Bu nedenle, İsviçre hukukunda, kayıtlı elektronik posta adresi ile fiziksel posta adresinin aynı şey olduğu belirtilmiştir<sup>32</sup>.

## 2. Alman Hukuku

01.01.2018 tarihinden itibaren ülke çapında hizmete giren elektronik tebligat imkânı ile mahkeme tarafından tebliğ edilecek dokümanlar elektronik olarak tebliğ edilebilir hale gelmiştir<sup>33</sup>. Özellikle avukatların elektronik özel posta adreslerinin yeniden kullanıma sunulduğu 03.09.2018 tarihinden itibaren avukatlara yapılacak olan adli tebligatların sayısı gittikçe artmıştır<sup>34</sup>. Alman hukukunda, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 174. maddesi "*teslim alındı belgesi karşılığında tebligat*"ı düzenlemektedir. Bu maddenin birinci fıkrası makbuz karşılığında tebliga-

<sup>31</sup> Staehelin, Kommentar zur Schw. ZPO, Art. 138, Rn. 8; OFK-ZPO/Reto/Daniel, ZPO Art. 139, Rn. 2; Gasser, Dominik, Rickli, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, ZPO Art. 138, Rn. 8. Ancak burada dikkat edilmesi gerektiği bazen Federal Mahkeme'nin bu süreyi teslim tarihi + 6 gün olarak uyguladığı da belirtilmiştir (Gasser/Rickli, ZPO Art. 138, Rn. 8).

<sup>32</sup> BK-ZPO/Frei, ZPO Art. 139, Rn. 16; OFK-ZPO/Reto/Daniel, ZPO Art. 139, Rn. 2.

<sup>33</sup> Biallaß, Désirée Isabella, "Der Umgang mit dem elektronischen Empfangsbeckenntnis", (NJW 2019, Cilt 48, s.3495-3497), s. 3495. Almanya'da elektronik tebligatın tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karaaslan, s. 198-199.

<sup>34</sup> Biallaß, s. 3495.

tı, ikinci fıkrası ise faks yolu ile yapılan tebligatı düzenlemektedir. Bu düzenlemenin üçüncü fıkrası teknik gelişmelerin kullanımını bir adım öteye taşımış ve elektronik posta yolu ile tebligatı mümkün hale getirmiştir<sup>35</sup>. Söz konusu düzenlemenin üçüncü fıkrasında, birinci fıkrada düzenlenmiş birtakım meslek gruplarına ve kuruluşlara, kazaî tebligatlarda, elektronik tebligat yapılabileceği düzenlenmektedir<sup>36</sup>. Alman Medeni Usul Kanunu m. 174/III hükmüne göre yapılacak olan elektronik tebligat, meslekleri gereği yüksek güvenilirliğe sahip olan avukata, notere, icra memuruna, vergi danışmanlarına veya mesleği gereği güvenilir olduğu varsayılabilir herhangi bir kişiye gönderilebilir<sup>37</sup>. Düzenlemede belirtilen meslek grupları dışındaki yargılamaya dahil olan kişilere elektronik tebligat onların bu yolla tebligatı kabul etmelerine bağlıdır<sup>38</sup>. Burada açık bir rıza gerektiğinden işlemlere dahil olan bir tarafın antetli kâğıda sadece bir e-posta adresini belirtmesi yeterli değildir<sup>39</sup>. Ayrıca davanın başında, katılanlara, belgelerin tebliğ edilmesinin önemini anlatan formların gönderilmesi tavsiye edilmektedir<sup>40</sup>. Avukatların birbirlerine yapacağı tebligatı düzenleyen Alman Medeni Usulü Kanunu'nun 195. maddesine göre, avukatlar arası tebligatlarda, yapılan yollama nedeniyle Alman Medeni Usul Kanunu'nun 174. maddesi uygulama alanı bulabilecektir. Bu nedenle avukatlar birbirilerine makbuz karşılığında,

<sup>35</sup> Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Wittschier, Johannes, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 18. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2021, Art. 174, Rn. 4.

<sup>36</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 23; Kaplan, Yavuz, "Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku", (AÜHFD, 2003/52/3, s. 199-227), s. 214; Akkan, s. 45; Kocabıyık, Tülü, Elektronik Tebligat, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020), s. 84.

<sup>37</sup> Biallaß, s. 3495; Bunun sebebi olarak, belirtilen bu kişilerin "alındı onayını" derhal geri göndermesi gerektiği varsayımına dayanmasıdır (Karaaslan, s. 206).

<sup>38</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 23; Musielak/Voit/Wittschier, ZPO Art. 174, Rn. 4; Biallaß, s. 3495; Karaaslan, s. 207; Kocabıyık, s. 84; Yamakoğlu, Alya/Altoprak, Serkan, "Elektronik Tebligat Türkiye, İsviçre, Almanya ve İngiltere Karşılaştırılması", (YÜHFD, 2019/XVI/1, s. 25-38), s. 30.

<sup>39</sup> MüKoZPO/ Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 23; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 416, Pn. 25; Kaplan, s. 214, dn. 91.

<sup>40</sup> MüKoZPO/ Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 23.

faks yolu ile veya e-mail yolu ile tebligat yapabileceklerdir. Bu durumda avukatın bir alındı belgesi vermesi mecburdur.

Düzenlemedeki meslek gruplarının birtakım zorunlulukları bulunmaktadır. Alman hukukunda güvenilir ve gizliliğin korunduğu bir iletişim aracının elektronik tebligat vasıtası olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Bu nedenle basit bir elektronik posta adresi yeterli değildir<sup>42</sup>. Elektronik dökümanlar başlıklı Alman Medeni Usul Kanunu m. 130a/IV kapsamında bir elektronik iletişim aracı kullanılmalıdır<sup>43</sup>. Güvenilir ve gizliliğin korunduğu bir iletişim aracına örnek olarak De-Mail, Kontos ve özel elektronik avukat posta kutusu gösterilebilir. Bu iletişim araçları, kişilerin kimlik bilgilerini doğrulamaya elverişli mecralardır<sup>44</sup>. Birtakım meslek gruplarının, örneğin avukatların, bu şekilde iletişim araçlarına sahip olmaları zorunluluk olarak kabul edilmiştir<sup>45</sup>. Buna ilişkin olarak Almanya Barolar Birliği Kanunu'nun 31a/1 hükmünde açık bir hüküm mevcuttur<sup>46</sup>. Buna göre Federal Barolar barolarına kayıtlı her bir baro üyesi için özel bir elektronik posta adresi sunmak zorundadır. Ayrıca Almanya Barolar Birliği tarafından çıkarılan, avukatlar için profesyonel davranış kurallarını düzenleyen yönetmeliğin 14. maddesine göre de, avukat mahkemelerden, makamlardan ve avukatlardan gelen uygun bildirimleri almalı ve derhal tarihli bir alındı teyidini vermelidir. Eğer avukata kanuna uymayan bir tebligat yapılmaya çalışılırsa bunu derhal gönderene bildirmelidir<sup>47</sup>. Bütün bu kurallara rağmen elektronik posta adresi alma zorunluluğunun yerine getirilmemesi

---

<sup>41</sup> Akkan, s. 45-46.

<sup>42</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 416, Pn. 25.

<sup>43</sup> MüKoZPO/ Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 24; Biallaß, s. 3495.

<sup>44</sup> Akkan, s. 46.

<sup>45</sup> MüKoZPO/ Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 24; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 416, Pn. 25; Akkan, s. 45.

<sup>46</sup> Deutschland Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Bundesgesetzblatt Jahrgang 1959 Teil I Nr. 35, ausgegeben am 06.08.1959, Seite 565, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.06.2020, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 30, ausgegeben am 29.06.2020, Seite 1403.

<sup>47</sup> Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA), Erlassen von der Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer, Zuletzt geändert durch Beschluss vom 06.05.2019, BRAKMitt. 2019, 245.



halinde tebligatın diğer türleri ile tebligat yapılmalıdır<sup>48</sup>. Ancak bu çok düşük bir ihtimaldir. Çünkü elektronik posta adresi, barolar tarafından üyeleri adına alınarak kendilerine verilmektedir. Ayrıca bu kişi ve kurumlara elektronik tebligat, kazaî tebligatlar bakımından, mahkemeler tarafından tercih edildiği takdirde, yapılabilmektedir<sup>49</sup>.

Tebligatın yapıldığına ilişkin ispatın nasıl olduğu maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir (Alman Medeni Usul Kanunu m. 174, IV). Burada maddenin birinci ve ikinci fıkrasına göre yapılan tebligatın ispatı ile üçüncü fıkraya göre yapılan tebligatın ispatı farklı şekilde düzenlenmiştir. Çünkü birinci ve ikinci fıkrada sadece makbuz ve faks ile yapılan tebligat düzenlendiği için bunun ispatı da buna yönelik olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, birinci ve ikinci fıkraya göre yapılan tebligatlarda, muhataplar tarafından tebligatın teslim alındığına ilişkin olarak teslim alındı kaydının mahkemelere yazılı olarak veya faksla veya Alman Medeni Usul Kanunu m. 130a hükmüne uygun olarak elektronik olarak iletilmesi halinde hukuki sonuç doğuracağı düzenlenmiştir (Alman Medeni Usul Kanunu m. 174, IV/c.1, 2). Bu bağlamda, teslim alındı belgesinin, tebligatı çıkaran merciye hükümde belirtilen şekilde geri gönderilmesiyle tebliğ edilmiş sayılır<sup>50</sup>. Burada tebligatı alan muhatapın belgeyi teslim aldığı tarihi yazılı olarak teyit etmesi gerekecektir. Bu, muhatap tarafından tebliğ edilecek belgenin alındığına ve alındığı tarihe dair bir kanıt niteliği teşkil edecektir<sup>51</sup>. Muhatap tarafından verilen “alındı belgesi”, normal tebligatlardaki “tebligat mazbatası” ile aynı değere sahiptir<sup>52</sup>. Karşı taraf bu “alındı belgesinde” yer alan bilgilerin yanlışlığına ilişkin olarak karşı ispat faaliyetinde bulunabilir<sup>53</sup>. Ancak teslim tarihinin doğruluğu konusunda zayıf şüpheler tek başına yeterli

<sup>48</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 24.

<sup>49</sup> Akkan, s. 46-47.

<sup>50</sup> Biallaß, s. 3495; Kocabıyık, s. 85. Teslim alındı belgesinin gönderilmesi gerekliliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Yardımcı, s. 26, dn. 53.

<sup>51</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 14; Musielak/Voit/Wittschier, ZPO Art. 174, Rn. 5.

<sup>52</sup> Musielak/Voit/Wittschier, ZPO Art. 174, Rn. 5.

<sup>53</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 15.

değildir<sup>54</sup>. Federal mahkeme, karşı ispat faaliyeti konusunda aşırı taleplerde bulunulmaması gerektiğini defalarca belirtmiştir<sup>55</sup>.

Hükmün üçüncü fıkrasına göre yapılacak olan elektronik belgelerin tesliminin ispatı ise muhatap tarafından gönderilecek olan “elektronik alındı onayı” ile yapılacaktır (Alman Medeni Usul Kanunu m. 174, IV/c. 3)<sup>56</sup>. Mahkeme, muhatap tarafından mahkemeye iletilecek olan bu “elektronik alındı onayı” için, veri kayıtlarını doğrulayacak sistemler kurmalıdır. “Elektronik alındı onayı” sistem tarafından öngörülen formlarda okunabilir bir şekilde iletilmelidir<sup>57</sup>. Elektronik belgenin alındığı bu veri, kayıt belgesine tıklanma suretiyle teyit edilmelidir<sup>58</sup>. Elektronik alındı onayı belgesinin bir çıktı alınarak mahkemeye iletilmesi mümkün değildir<sup>59</sup>. Şayet mahkeme bu şekilde elektronik belgelerin iletilmesine yönelik olarak bir sistem kurmamış ise elektronik belgenin alındığına yönelik olarak “alındı teyit belgesi” elektronik olarak iletilmesi gerekir. Bu şekilde bir alternatifin sunulmasının sebebi mahkemenin gerekli teknik altyapıyı kuramaması ihtimaline yöneliktir<sup>60</sup>. Bununla birlikte Alman Medeni Usul Kanunu m. 174/IV hükmü, elektronik alındı onayının öngörülen şekilde mahkemeye sunulmamasının herhangi bir yaptırımını öngörmemiştir. Bu durumun muhtemelen mahkemede artan bir iş yüküne neden olacağı belirtilmiştir<sup>61</sup>.

Muhataba elektronik mesaj gönderildikten sonra mahkeme otomatik bir teyit mesajı alır. Ancak tebligatın yapıldığı an olarak bu kabul edilmemiştir. Bunun sebebi avukatların orantısız bir hukuki sorumluluk ile karşılaşmalarının istenmeyiştir. Bu nedenle muhatap tarafından gönderilecek olan “elektronik alındı onayı” ile tebligatın yapılmış sayılmasına karar verilmiştir<sup>62</sup>.

---

<sup>54</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 15.

<sup>55</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 15.

<sup>56</sup> Biallaß, s. 3495.

<sup>57</sup> Biallaß, s. 3495.

<sup>58</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 25.

<sup>59</sup> Biallaß, s. 3495.

<sup>60</sup> MüKoZPO/Häublein/Müller, ZPO Art 174, Rn. 25.

<sup>61</sup> Biallaß, s. 3495.

<sup>62</sup> Biallaß, s. 3495.

Muhatap olan avukatın “elektronik alındı onayı” vermesi ise tebligatın kendisine gönderildiği sistem üzerinden gerçekleşir. Muhatabın kendisine gönderilen mesajı açmasından sonra aynı satırda “elektronik alındı onay” göndermeye yönelik bir satır bulunur. Muhatap buradan “gönderim oluşturun” sekmesinden girerek bildirim tarihini girer, bu şekilde “elektronik alındı onay” belgesi, bildirim tarihini içerecek şekilde tebligatı gönderen mahkemeye iletilir<sup>63</sup>. Avukatın bu tebligatı reddetmesi mümkündür. Bu durumda kullanıcının alındı onay satırında “kabul etmeme” seçeneğini tıklaması gerekecektir. Tebligatın reddedilmesinin nedeni yine sistemde otomatik olarak gözüken reddedilme nedenleri menüsünden seçilebilecektir. Şayet bu ret nedenleri arasında uygun bir ret nedeni bulunamamış ise serbest bir metin alanı da mevcuttur. Örneğin elektronik belgenin, isim karışıklığı nedeniyle yanlış bir avukata gönderilmesi durumunda “alıcının yargılamanın tarafı olmadığı” serbest metin alanında belirtilebilir<sup>64</sup>.

“Elektronik alındı onayı”, klasik olarak kâğıt şeklinde gönderilen “alındı onayının” özel bir şeklidir. Bu nedenle Alman Medeni Usul Kanunu’nun m. 174/IV hükmünün birinci ve ikinci fıkra hükümleri için öngördüğü klasik “teslimat alındı belgesi” için verilmiş içtihatların burada da uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir<sup>65</sup>. Burada üç temel sorunla karşılaşılabilir. Birinci sorun avukatın elektronik belgeyi aldığına ilişkin teslimat alındı belgesini “elektronik alındı onayı” yolu ile değil klasik kâğıt yolu ile mahkemeye geri bildirmesi sorunudur. Buradaki problem, tebligatın yapılmış sayıldığı tarihte yaşanacaktır. İki yaklaşım vardır. Birinci yaklaşım kâğıt olarak geri gönderimde yazılı olan bildirim tarihinin esas alınması, diğeri ise sistem tarafından otomatik olarak oluşturulan onay belgesidir. Ancak bu ihtimalde avukatlar için kanunda öngörülen süreleri kaçırmaması konusunda çok büyük bir sorumluluk riski mevcuttur. Bu konuda verilecek olan içtihatların nasıl olacağı zaman içinde görülecektir<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Biallaß, s. 3495.

<sup>64</sup> Biallaß, s. 3496.

<sup>65</sup> Biallaß, s. 3496.

<sup>66</sup> Biallaß, s. 3496.

İkinci sorun, avukatın herhangi bir alındı onayını mahkemeye hiç göndermemesidir. Bu durumda Alman Medeni Usul Kanunu'nun 189. maddesi uygulama alanı bulabilir. Buna göre bir belgenin teslim tarihi kanıtlanamaz ise, belgenin yasaya uygun şekilde teslim edilmesi gereken kişiye veya yasaya uygun şekilde muhatap olarak kabul edilecek kimseye fiilen verildiği an tebliğ tarihi olarak kabul edilir<sup>67</sup>. Otomatik bir "alındı teyidinin" sistemde gözükmemesine rağmen avukatın "elektronik alındı onayını" mahkemeye geri göndermemesi durumunda hangi sonuçların doğacağına ilişkin olarak iki mahkeme kararı vardır. Saarland Eyalet Bölge Yüksek İdare Mahkemesi verdiği kararda, davacının, alt derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın içeriğine sistemdeki otomatik teyit sisteminde gözüken tarihte ulaşmış olduğuna karar vererek istinaf başvurusunu reddetmiştir<sup>68</sup>. İkinci karar ise, Leipzig İdare Mahkemesinde yapılan sözlü yargılamaya, davacının duruşmaya usulüne uygun bir şekilde çağrıldığı halde katılmaması ve bu nedenle yokluğunda işlemlere devam edilebileceğine hükmetmesi konusu hakkındadır. Burada da mahkeme tarafından davacıya elektronik tebligat yapılmış ancak davacı tarafından "elektronik alındı onayı" mahkemeye iletilmemiştir. Dolayısıyla sorun tebligatın usulüne uygun olup olmadığı ve davacının sözlü yargılamaya katılmamasının haklı olup olmadığı noktasında toplanmıştır. Mahkeme, Alman Federal Almanya Barolar Birliği Kanunu'nun 31a/VI hükmüne göre, avukatın mahkemelerden, makamlardan ve avukatlardan gelen uygun bildirimleri alması ve derhal tarihli bir alındı teyidini vermesi gerektiğini, "elektronik alındı onayı" gönderilmese dahi alıcının belgeyi kabul ettiğini ve sistem tarafından otomatik bir alındı onayının 26 Mart 2019 saat 14.33 tarihinde oluşturulduğunu söyleyerek tebligatın ilk eline geçtiği tarihin teslim tarihi olarak kabul edilebileceğine ve bu nedenle tebligatın Alman İdari Yargılama Kanunu'nun ( VwVfG)<sup>69</sup> 41/2 hükmündeki kanuni varsayımın<sup>70</sup> geçerli

<sup>67</sup> Biallaß, s. 3496.

<sup>68</sup> OVG Saarlouis, Beschluss vom 24.6.2019–2 A 140/19 (NJW 2019, 2636).

<sup>69</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), In der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003, BGBl. I S. 102.

<sup>70</sup> Bu varsayımına göre, Almanya'da postane tarafından gönderilen yazılı bir idari işlem, postaneye postalandıktan sonraki üçüncü günü bildirilmiş sayılır (Alman İdari Yargılama Kanunu-VwVfG Art 41/2).

kabul edilerek tebligatın belgenin gönderilmesinden sonraki üçüncü gün (29 Mart 2019) tebliğ edilmiş sayılmasına hükmetmiştir<sup>71</sup>.

Üçüncü sorun ise, avukatın elektronik alındı onayını büyük bir gecikme ile geri göndermesidir. Lüneburg Eyalet Bölge Yüksek İdare Mahkemesi, başvuranın yetkili temsilcisinin 11.04.2019 tarihinde verilen bir karara karşı, bir aylık başvuru süresinin geçirilmesi nedeniyle reddine karar vermiştir. Bir belgenin teslim tarihi muhatap tarafından ispatlanmaz ise belge tebligatın muhataba teslim edildiği veya hukuka uygun olarak teslim edilmiş sayıldığı tarihte tebliğ edilmiş sayılacaktır. Avukat bir karara karşı kanun yoluna başvurduğunda, kanun yoluna başvurduğu karara karşı açıkça atıfta bulunuyorsa, bu, ilgilinin o kararı gerçekten aldığını ve o karar hakkında bilgisi olduğunu gösterir. Bu ise usulsüz olan tebligatın artık Alman Medeni Usul Kanunu m. 189'a göre usulüne uygun hale geldiğini gösterir. Muhatap elektronik alındı onayını 03.05.2019 tarihinde göndermiştir. Oysa bu tarihten daha önce, karara karşı kanun yoluna başvuruda bulunmuştur. Bu başvuruda da ilk derece mahkemesi kararına atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla elektronik alındı onayının bu şekilde geç gönderilmiş olması Alman Medeni Usul Kanunu m. 189'da öngörülen varsayımını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle başvurunun süresinden sonra yapılması nedeniyle reddi gerekir<sup>72</sup>.

Görüldüğü üzere Alman yargı kararlarında avukatın gönderilen tebligatları alma ve gereğini yerine getirme yükümlülüğü olduğu bu nedenle elektronik alındı onayını hiç göndermemesi yahut geç göndermesi durumunda Alman Medeni Usul Kanunu m. 189'un devreye girebileceği, bu durumda da sistem tarafından gönderilen "otomatik teyit" mesajının tebliğ tarihi olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Ayrıca 01.01.2022 tarihinden itibaren Alman Medeni Usul Kanunu m. 130d hükmüne göre, mahkemelere gönderilebilecek dilekçelerin ve eklerinin elektronik yolla gönderilmesi zorunluluğu getirilecektir<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> VG Leipzig, Urt. v. 13.5.2019 –7. Kamer, 2184/16.A, (Beck-Online Rechtsprechung-BeckRS, 2019, 10081).

<sup>72</sup> OVG Lüneburg Beschl. v. 28.5.2019 – 13 ME 136/19 (BeckRS 2019, 10125).

<sup>73</sup> Kocabıyık, s. 86; Akkan, s. 47.

### 3. Avusturya Hukuku

Elektronik tebligat konusunda özellikle Avusturya hukuku öncü bir rol oynamıştır<sup>74</sup>. Bu konuda en önemli gelişme 01.03.2004 tarihinde yürürlüğe giren Avusturya e-devlet Kanunu olup bu Kanun'la Avusturya Hükümeti, genel olarak e-devlet projelerinin çerçevesini çizmiş ve daha sonra bu temelden hareketle daha ayrıntılı konular olan e-tebligat ve e-ödeme gibi projelere başlamıştır<sup>75</sup>.

Avusturya hukukunda elektronik tebligata ilişkin temel normlar Avusturya Mahkemeler Organizasyonu Kanunu<sup>76</sup> ile Avusturya Tebligat Kanunudur. Avusturya Mahkemeler Organizasyon Kanunu'na, elektronik işlemlere ve elektronik tebligata ilişkin olarak 01.08.1989 tarihinde yürürlüğü giren yasa ile 89a ile 89d hükümlere eklenmiştir<sup>77</sup>. Bu hükümlere yönelik olarak çeşitli tarihlerde bazı değişiklikler yapılmıştır.

Avusturya hukukunda, her bir vatandaş için bir kerelik e-tebligat servis sağlayıcısına ücretsiz kayıt yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır<sup>78</sup>. Kimlik doğrulaması ve güvenlik koşullarını sağlayan servis sağlayıcısı, elektronik tebligatın alınıp gönderilmesine ilişkin delil mekanizması da oluşturmaktadır<sup>79</sup>. Elektronik tebligat hizmeti birtakım güvenlik ve gizlilik koşullarını sağlayan servis sağlayıcıları tarafından sağlanmaktadır<sup>80</sup>.

Avusturya hukukunda elektronik tebligat hizmeti, ülkemizde tekel konumunda bulunan UETS hizmet sağlayıcısından farklı olarak, KEP uygulaması döneminde olduğu gibi gerekli koşulları sağlayan bir-

<sup>74</sup> Brändli, s. 186, Pn. 405; Tanrıkulu, Cengiz, "Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat", (TBBD, 2009/85, s. 315-331), s. 323. Avusturya hukukunda elektronik tebligat ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kodek E. George/Mayr G. Peter, Zivilprozessrecht, Wien 2011, s. 149 vd.; Brändli, s. 186, Pn. 405, 406, 407; Tanrıkulu, s. 323; Kocabıyık, s. 79-82.

<sup>75</sup> Tanrıkulu, s. 323.

<sup>76</sup> Gerichtsorganisationsgesetz-GOG, 27.11.1896, RGBI.Nr.217/1896 (<https://www.jusline.at/gesetz/gog/paragraf/zitierhinw>, E.T. 28.04.2021).

<sup>77</sup> RIS-BGBl-Bundesgesetzblatt(Resmi Gazete)- 21.07.1989, Nr. 343/1989.

<sup>78</sup> Tanrıkulu, s. 324.

<sup>79</sup> Kocabıyık, s. 80; Tanrıkulu, s. 324.

<sup>80</sup> Kocabıyık, s. 81.

den fazla servis sağlayıcısı eli ile yürütülmektedir<sup>81</sup>. Bu nedenle alıcının, tebligat hizmet sunucusuna birden fazla adres bildirilebilme imkânı vardır. Birden fazla adres bildirmiş ise, elektronik bildirim bütün bu adreslere tebliğ edilmek zorundadır. Ancak tebligat süresinin hesaplanmasında en erken gönderilen esas alınacaktır<sup>82</sup>.

1982 tarihli Zustellgesetz<sup>83</sup> (Avusturya Tebligat Kanunu-ZustG), elektronik tebligat imkânını ikili bir tasnife tutmuştur<sup>84</sup>. Bu Kanun'a göre düzenlenenlerin ilki "*Tebligat Hizmet Sağlayıcısı tarafından Delil Kayıtlı Tebligat* (Avusturya Tebligat Kanunu m. 35)", ikincisi ise "*Tebligat Sistemi Tarafından Delil Kayıtsız Tebligat* (Avusturya Tebligat Kanunu m. 36)"tır. Söz konusu usuller arasındaki fark, öncelikle delil niteliğini haiz bulunan elektronik tebligat sisteminde kendisine elektronik tebligat gönderilen muhatabın tebligata erişiminden önce vatandaşlık kartına ilişkin kimlik bilgilerinin teyidinin istenmesi hususundadır. Bunun yanı sıra belgelerin servis sağlayıcısı tarafından saklanma süresi, muhataba iletilmesine yönelik prosedürler gibi hususlarda da farklılıklar yer almaktadır<sup>85</sup>.

Avusturya hukukunda, adli merciler ile son kullanıcılar arasında evrak akışını düzenleyen ERV (elektronischer Rechtsverkehr-Elektronik Hukuki Yazışma Sistemi) sistemi, ülkemizde mevcut olan UYAP sistemine benzetilebilir. Söz konusu sisteme Kanun kapsamında yer alanların dâhil olması ve tebligatlar da dâhil olmak üzere tüm yazışmaların bu sistem üzerinden yapmaları zorunludur<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> Tanrıkulu, s. 326; Kocabıyık, s. 81.

<sup>82</sup> Tanrıkulu, s. 328.

<sup>83</sup> Ulaşmak için bkz. [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erw&Dokumentnummer=ERV\\_1982\\_200](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erw&Dokumentnummer=ERV_1982_200): (ET. 10.02.2021).

<sup>84</sup> Kocabıyık, s. 82.

<sup>85</sup> Kocabıyık, s. 81.

<sup>86</sup> Bu kişiler, avukatlar, noterler, kredi ve finansa kurumları, sigorta şirketleri, sosyal sigorta sağlayıcıları, emeklilik kuruluşları, inşaat çalışanları kıdem tazminatı sandığı, eczacılık Maaş Sandığı vs. şekline sınırlı bir şekilde sayılmış ve burada yer almayan kişilerin sisteme katılımlarının zorunlu olmadığı, bunların birlikte dilerlerse sistemden faydalanabilecekleri belirtilmiştir [Avusturya Mahkemeler Organizasyon Kanunu -Gerichtsorganisationsgesetz (GOG), Art. 89c/5; Kodek/Mayr, s. 149, Pn. 278; Brändli, s. 186, Pn. 405; Kocabıyık, s. 82, dn. 187].

Elektronik tebligat sistemi tarafından iletilen gönderilerin ulaşılmış sayılacakları tarih delil niteliği taşıyan ve taşımayan tebligatlar için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, delil niteliği taşıyan tebligat türünde, tebligatın iki hafta boyunca muhatabın erişimini için hazır halde tutulacağı ve okunduğu gün ulaşılmış sayılacağı; delil niteliği taşımayan tebligat türünde ise tebligatın muhataba varması ile hüküm ve sonuçlarını doğuracağı belirtilmiştir<sup>87</sup>.

#### 4. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda, kazaî tebligatların yapılabilmesi için adres bildirilmesi gerekmektedir. Civil Procedure Rules (CPR) §6.23 beşinci fıkraya hükmüne elektronik yolla tebliğ ancak tarafın açık bir kabulüne bağlıdır. Elektronik posta adresinin veya elektronik kimlik adresinin verilmesi ve açık rıza gösterilmesi elektronik tebligatı mümkün kılmaktadır<sup>88</sup>.

İngiliz hukukunda UETS'ye benzer tek bir elektronik tebligat sistemi bulunmamaktadır. Muhataplar elektronik posta adresi veya akredite edilmiş servislerden elektronik kimlik adresi olarak elektronik tebligat adresi oluşturabilmektedir<sup>89</sup>. CPR §6.26 elektronik tebligatta tebliğ edilmiş sayılmaya ilişkin kural getirmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, elektronik tebligat bir iş günü saat 16.30'dan önce gönderilmişse o gün; diğer durumlarda ise elektronik tebligatın gönderildiği gün sonrası ilk iş günü tebliğ edilmiş sayılmaktadır<sup>90</sup>. İngiliz hukukunda kazaî tebligatlar ile tarafların mahkemelere elektronik belge sunma usulü ayrı ayrı düzenlenmektedir.

#### C. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Mevzuatımızda elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılması kuralı bulunmaktadır (TK m.7/a, ET Yön. m. 9/6). Bu kuralın elektronik tebligat mesajının muhatap tarafından daha önce açılmaması durumunda uygulanmasında bir tar-

<sup>87</sup> Kocabıyık, s. 82.

<sup>88</sup> Kocabıyık, s. 89; Yamakoğlu/Altoprak, s. 31.

<sup>89</sup> Yamakoğlu/Altoprak, s. 32.

<sup>90</sup> Bu hususa ilişkin örnekler CPR §6A.10.1-7 arasında verilmiştir. Bu yönde bkz. [http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd\\_part06a#10.1](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd_part06a#10.1): (ET. 10.02.2021).



tışma doğmayacağı açıktır. Ancak elektronik tebligatın ulaştığı tarih ile beşinci gün doluncaya kadarki süre içerisinde muhatap tarafından açılması durumunda hukuki sonucun ne olacağına ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, kural olarak elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci gün sonunda tebligatın yapılmış sayılmasının gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu görüşe göre, muhatabın, tebligatın yapılmış sayıldığı tarihten daha önce elektronik tebligatı açtığı tespit edilebilirse, elektronik tebligatın açılma anının tebliğ tarihi olarak kabulü gerekir<sup>91</sup>. Bu görüş dayanağını elektronik tebligat adreslerinde muhataba iletilen tebligatın delil kayıtlarının oluşturulmasından ve bu bilgilere ulaşılabilmemesinden almaktadır. Tebligatın asıl amacının muhatabı bilgilendirmek olması nedeniyle bu görüşe göre, ayrıca beş günlük sürenin geçmesinin beklenmesine gerek olmamalıdır. Buna ek olarak da bu düzenlemenin amacından hareket edilip muhatabın elektronik tebligat adresini her gün kontrol etmesinin beklenemeyeceği gerekçesiyle bu hükmün konulduğu belirtilmiştir. Bu sebeple tebliğ edilmiş sayılacağı tarihten önce muhatabın elektronik tebligatı açmasının tebliğ anı bakımından hukuki sonuç doğurması gerektiği belirtilmektedir<sup>92</sup>.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılacağı kuralı dışında bir tarihin tebliğ anı olarak kabulü mümkün değildir<sup>93</sup>. Çünkü tebligat mevzuatında bu kural dışında bir belirleme yapılmamaktadır. Bu kuralın dışındaki, öğrenme tarihi, açılma tarihi gibi tarihlerin tebliğ

<sup>91</sup> Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, 2. B., Ankara 2018, s. 457; Yardımcı, s. 26-27; Özbay/Yardımcı, s. 34.

<sup>92</sup> Yardımcı, s. 26-27.

<sup>93</sup> Akkan-Yeni Düzenlemeler, s. 164; Akkan- Elektronik Tebligat, s. 81; Börü, s. 212; Atalı/Ermenek/Üçüncü, s. 79; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2020, s. 131; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2020, s. 190; Muşul, s. 141; Kocabıyık, s. 146; Ruhi/Ruhi, s. 54; Acar, Ayşe Ece, "Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi'nde Tutulan Delil Kayıtlarının İspat Kuvveti ve Bu Kayıtların Aksinin İleri Sürülmesi", (KHÜHFD, 2020/8/1, s. 73-88), s. 77; Meriç/Arslanpınar Tat/Işık/Korkmaz/Özkan Kızıl, s. 186-190; Küçük, Tunga, Alper, "Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayılacağı Tarihin Belirlenmesi", (Terazi Hukuk Dergisi, C.16, S. 179, Temmuz 2021, s. 1319-1327), s. 1325; Aksakal, s. 276.

tarihi olarak kabul edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre UETS sisteminde delil kayıtlarının tutulması sonucunda elektronik tebligat mesajının açıldığı tarihin tespiti mümkündür. Bu kayıtlar, muhatabın başkalarının zararına yaptığı işlemlerde kötü niyeti olduğunun ispatında kullanılabilir<sup>94</sup>.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, olan hukuk bakımından elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılacağı ancak olması gereken hukuk bakımından elektronik tebligatın açılmış ve okunmuş olması durumunda muhatabın tebligatı öğrendiği varsayılarak elektronik tebligatın tebliğ edilmiş sayılacağına yönelik düzenleme yapılması gerektiği yolundadır<sup>95</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, tebligatın amacı düşünüldüğünde, olması gereken hukuk bakımından, hükümde belirtilen beş günlük sürenin, “beş (veya üç) iş günü” olarak değiştirilmesinin uygun olacağı yolundadır<sup>96</sup>.

#### D. UYGULAMADAKİ DURUM

Tebliğat Kanunu'nun 7/a maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen elektronik tebligatın tebliğ anına ilişkin kuralın uygulamadaki durumunu bölge adliye ve idare mahkemesi kararlarına ve yüksek mahkeme kararlarına değinerek ele almak mümkündür.

Bölge adliye mahkemesi kararları incelendiğinde, tebliğ anı olarak genel olarak elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunun tebliğ tarihi olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>97</sup>. Ancak Gazi-

<sup>94</sup> Akkan- Elektronik Tebligat, s. 81, dn. 115.

<sup>95</sup> Börü, s. 211-212.

<sup>96</sup> Yılmaz, Ejder/Çağlar, Tacar, Tebligat Hukuku, Ankara 2013, s. 122.

<sup>97</sup> "...11.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren "Elektronik tebligat" başlıklı 7/a maddesi ise; "Tebliğata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir. Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır. Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır." hükmünü içermektedir. Dosya kapsamına göre, mahkemenin gerekçeli kararı, elektronik tebligat yöntemiyle davacılar vekili Av. ...'nin tebligat alanına (hesabına) 03/05/2019 tarihinde başarılı şekilde ulaştığı, "elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen be-

antep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararda, Anayasa Mahkemesinin kararı gerekçe gösterilerek elektronik ortamlarda yapılan tebligatlarda tebligatın muhatap tarafından açılıp okunması durumunda istinaf süresinin o tarihten başladığına hükmetmiştir<sup>98</sup>. Bir bölge idare mahkemesi ise vergi dava dairesi kararında, görülme anının ispatının davalı idarede olduğuna değinilmiştir<sup>99</sup>.

şinci günün sonunda yapılmış sayılır" hükmü uyarınca belirlenen süre sonunda kararın 08/05/2019 tarihinde tebliğ edilmiş sayıldığı, hükmün davacı tarafından İİK.nun 293/2.maddesi gereğince en geç 20/05/2019 (Pazartesi) mesai bitimine kadar istinaf edilmesi gerekirken 23/05/2019 tarihinde (Perşembe) 10 günlük yasal süre dolduktan sonra istinaf edildiği, istinaf talebinin süresinde olmadığı anlaşılmıştır. Sonuç olarak yukarıda yapılan açıklamalar ışığında istinaf başvurusu süresinde yapılmadığından..." (İst. BAM 17. HD, T. 12.03.2020, E. 2019/2432, K. 2020721: Kazancı Mevzuat). Bu yönde kararlar için bkz. İst. BAM 17. HD, T. 02.06.2020, E. 2020/920, K. 2020/933: Legalbank; İst. BİM 5. İDD, T. 07.07.2020, E. 2020/907, K. 2020/1103: Kazancı Mevzuat.

<sup>98</sup> Gaziantep BAM, 2. HD, E. 2020/666, K. 2020/794. Kararda ayrıca karşı oyda mevcuttur. Karşı oya göre, Anayasa Mahkemesi kararı sadece bireysel başvuru yoluna münhasır olup mevcut olayda uygulanamaz. Bu nedenle istinaf isteminin iki haftalık yasal sürede yapıldığının kabulü gerekir (Bu karar yayımlanmamıştır. Naklen; Küçük, s. 1323, dn. 43).

<sup>99</sup> "...Elektronik tebligat, bilgisayar ortamında yazılı evrakın, internet üzerinden, e-posta yoluyla iletilmesi olduğuna göre e-tebligat mesajı, tebliğ edilecek içerik veya diğer ekli dokümanlardan oluşan tebligat mesajının tümünün gönderici tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanmış halini ifade etmekte, e-tebligat zarfı ise, e-tebligat mesajını içeren, gönderici ve idare tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanmış ve zaman damgası eklenmiş paket olmaktadır. Buradan; e-tebligat sisteminde, muhatabın e-posta adresine iletilip iletilmediği, iletiliyse ne zaman iletildiğinin belgelendirilebilmesi gerekmektedir. Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağına göre, sürelerin tespiti ve kontrolü açısından alındı bilgisinin teyit edilmesi ile birlikte muhatabınca görüldüğünün yahut görülmüş sayıldığı durumların ispatı gerekmektedir. Aksi kabul, tebligattan varılmak istenen amaçla bağdaşmayacaktır. Bu durum; tebliğ memurunun imzasını içeren mazbata yerine, gönderildi ve alındı bilgilerinin geçeceği düşünüldüğünde, daha da önem arz etmektedir. Tebligatı çıkaran merciin internet yoluyla tebligat yapmasıyla eş zamanlı olarak muhatabın cep telefonuna tebligatı bulunduğu dair mesaj atılması; muhatabın e-posta adresinde yer alan ve tebligat teşkil eden e-postayı açmasıyla eş zamanlı olarak tebligatı çıkaran mercie tebligat alındı bilgisinin ulaşması "belgelendirme" fonksiyonu açısından önem taşımaktadır. Keza muhatabın sistemde kayıtlı olan adresine e-tebligat yapıldığına dair gönderildi, iletildi ve alındı kayıt ve mesajları, tebliğ mazbatasının yerini almaktadır. Bu durumların hukuki süreç içerisinde ve buna uygun olarak varlık kazandığını ispat, tebliği çıkaran mercie ait olup yargılamada somut olay adaletine yaklaşılabilmesinin de ön koşuludur.- Konu ile ilgili olarak yürürlüğe gi-

Yargıtay kararları incelendiğinde, ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılacağı yönünde kararlar çoğunlukla verilmiştir<sup>100</sup>. Danıştay da bu yönde kararlar vermektedir<sup>101</sup>. Ancak Yar-

ren 456 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğ'de, olay kaydı; elektronik tebligat hizmetinin verilmesi esnasında meydana gelen tüm bilişim sistemi işlem kayıtları olarak tanımlanmış, vergi dairesinin ise muhataplara 213 Sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilecek evrakı düzenleyen daireyi ifade edeceği belirtilmiştir. Dairemizce verilen ara kararında, davacı tarafından, internet vergi dairesi bünyesinde oluşturulan tebliğe elverişli elektronik ortama ( elektronik tebligat adresine, yani internet vergi dairesi sistemine ) giriş yapıp yapılmadığı ve bilgilendirme mesajlarıyla ilgili tüm olay kayıtlarının gerekirse ilgili birimlerden temini suretiye gönderilmesi istenilmiş olmasına rağmen davalı idarece, tebligattan varılmak istenilen amacı gerçekleştirmeye matuf olarak başka bir ifadeyle muhatabın bilgilendirildiği ile bu bilgilendirmeyi ispata yarar belgeler dosyaya ibraz edilmemiş, vergi/ceza ihbarnamelerinin e-tebliğini gösterir ekran görüntülerinin gönderilmesiyle yetinilmiş, alındı kayıt veya mesajlarına ilişkin bir belge dosyaya sunulamamıştır.- Hal böyle olunca, davaya konu ihbarnamelerden daha önceki bir tarihte haberdar olunduğu ortaya konulamadığından, başka bir ifadeyle, davalı idarece, davacı tarafından vergi/ceza ihbarnamelerinin görüldüğü yahut görülmüş sayıldığı durumlar ispat edilemediğinden, anılan vergi/ceza ihbarnamelerinden, dava dilekçesinde bildirilen tarih itibarıyla haberdar olunduğunun kabulü gerekmiş olup davayı süre yönünden reddeden kararın kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir..." (İst. BİM 1. VDD, T. 28.01.2019, E. 2018/3339, K. 2019/13: Kazancı Mevzuat).

<sup>100</sup> "Davacı erkek tarafından açılan boşanma davasında, ilk derece mahkemesi tarafından davanın kabulüyle tarafların boşanmalarına, müşterek çocuğun velayetinin davacı babaya bırakılarak çocukla davalı anne arasında şahsi ilişki tesisine, davalı kadın lehine aylık 350,00 TL tedbir nafakasına karar verilmiş, karar elektronik posta ile 17/01/2019 tarihinde davalı vekiline gönderilmiş, davalı vekili tarafından tebligat aynı gün açılmış ve 04/02/2019 tarihinde istinaf dilekçesi verilmiştir.- Bölge adliye mahkemesince, elektronik ortamda yapılan tebligatlarla, tebligatın muhatap tarafından açılıp okunması halinde; istinaf süresinin o tarihten başlayacağından bahisle kadın vekilinin istinaf başvurusunun, kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle, 6100 Sayılı HMK 352. maddesi gereğince istinaf isteminin usulden reddine karar verilmiş, verilen karar kadın vekilince temyiz edilmiştir.- Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 9/6 maddesi gereğince; "Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır." Buna göre; davalı kadının vekilinin elektronik posta hesabına 17/01/2019 tarihinde konulmuş olan mahkeme kararına karşı istinaf itirazı için iki haftalık yasal istinaf süresi 22.01.2019 tarihinde başlamış sayılmakla, 04/02/2019 tarihinde yapılan başvurunun süresinde sayılması gerekirken, hatalı değerlendirme ile istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapıldığı kabul edilerek usulden red kararı verilmesi doğru görülmemiş ve istinaf incelemesi yapılmak üzere bozmayı gerektirmiştir." (Y. 2. HD, T. 19.11.2020, E. 2020/4705, K. 2020/5976: Kazancı Mevzuat). Aynı yönde bir başka karar için bkz. "Davacı kadın tarafından açılan nafaka arttırımı talepli davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olup, gerekçeli karar davalı er-

gıtay'ın, elektronik tebligatın tebliğ edilmiş sayılmasına ilişkin kuralın aksine, elektronik tebligatın muhatap tarafından açılma anının esas alındığı kararları da bulunmaktadır<sup>102</sup>. Yargıtay'ın bu kararı sonrasında,

kek vekilinin elektronik posta hesabına 07.02.2020 tarihinde konulmuş, tebligat alıcısı tarafından aynı gün açılmış ve davalı erkek vekili tarafından 25.02.2020 tarihinde karar istinaf edilmiştir.- Bölge adliye mahkemesince, elektronik ortamda yapılan tebligatlarda, tebligatın muhatap tarafından açılıp okunması halinde; istinaf süresinin o tarihten itibaren başlayacağından bahisle, davalı erkek vekilinin istinaf başvurusunun, kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle, 6100 Sayılı HMK'nun 352. maddesi gereğince usulden reddine karar verilmiş, verilen karar davalı erkek vekiline temyiz edilmiştir.- Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 9/6 maddesi gereğince; 'Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.' Buna göre; davalı erkeğin elektronik posta hesabına 07.02.2020 tarihinde konulmuş olan mahkeme kararına karşı istinaf itirazı için iki haftalık yasal istinaf süresi 12.02.2020 tarihinden başlamış sayılmakla, 25.02.2020 tarihinde yapılan başvurunun süresinde sayılması gerekirken, hatalı değerlendirme ile istinaf başvurusunun kanuni süre geçtikten sonra yapıldığı kabul edilerek usulden ret kararı verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir." (Y. 2. HD, T. 10.11.2020, E. 2020/3716, K. 2020/5572: Kazancı Mevzuat). Aynı yönde bkz. Y. 3. CD, T. 30.09.2020, E. 2020/16165, K. 2020/12204: Kazancı Mevzuat.

<sup>101</sup> "Dava, belediye encümeni kararı ile kabul edilen parselasyon işleminin iptali istemine ilişkindir. 7201 S.K. m.7/a ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği 9. maddesinin birlikte değerlendirilmesi ile tebligatın, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı, bahsedilen beş günlük süre içinde muhatabın tebliğ edilen evrağı okumasının bir sonuç doğurmayacağı neticesine varılmakla uyuşmazlıkta davacı vekiline 25.10.2018 tarihinde ulaşan tebligat izleyen beşinci günün sonu olan 30.10.2018 tarihinde yapılmış sayılacağından..." (D. 6. Daire, T. 23.05.2019, E. 2019/13424, K. 2019/4825: Kazancı Mevzuat). Bu yönde bkz. D. 7. Daire, T. 11.01.2018, E. 2017/2383, K. 2018/78: Kazancı Mevzuat.

<sup>102</sup> Y. 9. HD, T. 18.09.2019, E. 2019/3962, K. 2019/16152: Meriç/Arslanpınar Tat/Işık/Korkmaz/Özkan Kıdıl, s. 188. "...ilgili yönetmelik uyarınca elektronik mesajın tamamı iletilmeden delil kaydı oluşturulmamaktadır. Tebligat muhatabı tebligatı açtığı anda delil kaydı oluşturulmaktadır. Bakanlık düzenlemesi uyarınca delil kaydı, tebligatın alıcısı tarafından okunduğu anlamına gelmektedir. Dosya kapsamından, A...Bölge Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi 05/11/2019 tarihli ilamın davalı vekiline elektronik tebligat yolu ile tebliğ edildiği, 25/11/2019 tarihinde muhatabın tebligat adresine ulaştığı, 25/11/2019 tarihinde tebligat alıcı tarafından açılarak tebliğ edildiği, davalı vekili tarafından verilen temyiz dilekçesinin ise 10/12/2020 tarihinde dosyaya sunulduğu anlaşılmaktadır. İlam, temyiz eden davalı vekiline 25/11/2019 gününde tebliğ edilmiş, temyiz dilekçesi ise 10/12/2019'da verilmiştir. HMK'nun 361/1 maddesi uyarınca temyiz süresi iki haftadır. Kararın tebliğ tarihi ile temyiz edildiği gün gözetildiğinde iki haftalık yasal sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalının temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir..." (Y. 4

aynı daire, maddi hataya dayandığı gerekçesiyle bu kararın ortadan kaldırılmasına karar verdiği ve temyiz talebinin esasın incelemesine geçtiği görülmektedir<sup>103</sup>.

Yargıtay'ın, elektronik tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağına ilişkin olarak ayrıca kanun yararına bozma kararı da mevcuttur. Buna göre alt derece mahkemesi kıymet takdirine ilişkin şikâyeti yasal süre geçmesi nedeniyle reddetmiş, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 18. HD ise ilk derece mahkemesi kararının istinaf yoluna başvurulabilecek kararlardan olmadığı gerekçesiyle istinaf dilekçesinin reddine kesin olarak karar vermiştir. Bunun üzerine konu, kanun yararına bozma usulü suretiyle Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından incelenmiştir. Yargıtay 12. HD ise elektronik tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izle-

---

HD., T.09/12/2020, E.2020/1187, K. 2020/4264: Kazancı Mevzuat ve ayrıca Küçük, s. 1324, dn. 49).

<sup>103</sup> "...Dairemizin 18.09.2019 tarihli, 2019/3962 Esas ve 2019/16152 Karar sayılı temyiz isteminin süreden reddine dair kararının, maddi hataya dayalı olarak verildiği ileri sürülerek kararın ortadan kaldırılması ve uyuşmazlığın esasına girilerek Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi talep olunmuştur.- ... Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesi'nin 19.12.2018 tarihli kararının, temyiz başvurusunda bulunan dahili davalılar vekilinin elektronik tebligat için ayrılmış alanına 06.03.2019 tarihinde konulduğu, dahili davalılar vekilinin 15.03.2019 tarihli temyiz isteminin, 8 günlük temyiz süresinin geçtiği ve temyiz tarihinin 19.03.2019 olduğundan bahisle Dairemizce reddedildiği anlaşılmaktadır.- 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6099 Sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinde; "Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.- Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle belirlenir." şeklinde düzenleme bulunmaktadır.- ... Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesi kararının, temyiz isteminde bulunan dahili davalılar vekilinin elektronik tebligat için ayrılmış alanına, 06.03.2019 tarihinde konulmasından 5 gün sonra, tebliğ edilmiş sayılması gerektiğinden, dahili davalılar vekiline tebligatın yapıldığı tarih 11.03.2019 olarak kabul edilmelidir.- Dairemizce temyiz isteminin 15.03.2019 tarihinde ve yasal 8 günlük temyiz süresi içinde yapıldığı hususunda maddi hata yapılarak, temyiz isteminin süreden reddine dair karar verilmesinin maddi hataya dayandığı anlaşılmakla;- Dairemiz 18.09.2019 tarih, 2019/3962 Esas ve 2019/16152 Karar sayılı ilamının ORTADAN KALDIRILMASINA karar verilmiştir." (Y. 9. HD, T. 03.12.2019, E. 2019/7836, K. 2019/21446: Kazancı Mevzuat); Börü, s. 211 dn. 90.

yen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağına, bu nedenle şikâyetin yasal süre içinde yapıldığına hükmetmiştir<sup>104</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuruyu, başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur<sup>105</sup>. Bu başvuruda başvuru yapan kanun yollarını tüketmiştir. Yargıtay'ın onama kararı başvuru yapan avukatına elektronik tebligat olarak 15.01.2019 tarihinde ulaştırılmıştır. Tebligat mevzuatına göre bu gerekçeli karar, 20.01.2019 tarihinde tebliğ edilmiş sayılacaktır. Başvurucunun avukatı, elektronik tebligat mesajını 15.01.2019 tarihinde açmıştır. Bireysel başvuru da 15.02.2019 tarihinde yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin beşinci fıkrasında "*Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.*" şeklinde düzenleme yer aldığı ve başvuru yapan avukatının elektronik tebligat mesajını açmasının öğrenme olarak nitelendirileceğine karar vermiştir. Buradan hareketle, özel olarak öğrenme tarihinin düzenlenmesi durumunda öğrenme anının tebliğ anı kabul edilebileceği söylenebilecektir<sup>106</sup>.

## E. GÖRÜŞÜMÜZ

Elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılması kuralı, daha önce muhatabın elektronik tebligat mesajını açmasından etkilenip etkilenmeyeceğine ilişkin bir cevap verilirken öncelikle tebligat hukukunun temel haklarla ilişkisi ve özellikleri ele alınmalıdır.

<sup>104</sup> "Somut olayda, şikayete konu bilirkişi raporunun şikayetçi vekiline e-tebligat yolu ile tebliğ edildiği, tebligatın 17/7/2019 günü saat 07:36'da hesaba başarılı bir şekilde konulduğu, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesine göre elektronik yolla tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı, yine Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 9/6 maddesinde de benzer düzenlemeye yer verildiği buna göre 17/7/2019 tarihinde hesaba konulan tebligatın 22/7/2019 gününün sonunda yapıldığı dolayısıyla 29/07/2019 tarihinde yapılan şikayetin yasal süresinde olduğu anlaşılmaktadır" (Y. 12. HD. T. 07.12.2020, E. 2020/6547, K. 2020/10225 sayılı kanun yarına bozma kararı, RG, T. 19.02.2021, S. 31400).

<sup>105</sup> AYM, T. 15.01.2020, Başvuru No. 2019/6266, Mehmet ÖZCAN Bireysel Başvuru Kararı: RG, T. 04.03.2020, S. 31058, s. 298 vd.

<sup>106</sup> Börü, s. 211-212.

Tebliğat hukuku, özellikle kazaî tebligatlar bakımından, temel hak ve özgürlüklerle sıkı ilişkili bir hukuk dalıdır<sup>107</sup>. Bu haklardan ilk olarak Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ele alarak açıklamalar yapılabilecektir. Adil yargılama hakkı, kişilere kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde, makul sürede, aleni olarak ve hakkaniyete uygun bir biçimde yargılama imkânının tanınmasıdır. Bu hakkın unsurları içinde yer alan makul sürede yargılama unsuru, iyi ve sağlıklı işleyen bir tebligat sistemi ile mümkündür. Tebligatın makul sürede gerçekleştirilmesiyle adil yargılama hakkı sağlanmasının kolaylaştığı söylenebilecektir<sup>108</sup>. Ancak burada tebligatın makul sürede gerçekleşmesi, tam olarak en kısa sürede gerçekleştirilmesi olarak anlaşılmalıdır<sup>109</sup>. Tebligat süresinin makul olması, hukukun koruduğu menfaatlerin dengelenerek gerçekleştirilmesini ifade eder. Adil yargılama hakkının içinde yer alan hakkaniyete uygun yargılama unsuru, aynı zamanda hukuki dinlenilme hakkının sağlanmasına da hizmet eder. Bu bakımdan ikinci olarak tebligatın hukuki dinlenilme hakkıyla da ilişkili olduğunu belirtmek gerekir. Hukuki dinlenilme hakkının unsurları<sup>110</sup> arasında yer alan bilgilenme hakkı, tebligat hukukunun dayanağını oluşturmaktadır<sup>111</sup>. Dolayısıyla tebligat hukukunu ilgilendiren düzenlemeler, esasında bu hakların tanınmasını ve korunmasını sağlamaktadır. Tebligat, bu hakların sağlanmasında araç konumundadır<sup>112</sup>.

Tebliğat hukuku şekli bir hukuk dalıdır<sup>113</sup>. Bir başka ifade ile bu hukuk dalı, özellikle kanuni çerçevesine uygun olarak tatbik edilmesi ile hukuki sonuç doğuracaktır. Şekli hukuk kuralları bir hakka ulaşılmasını,

<sup>107</sup> Akkan- Elektronik Tebligat, s. 26; Özbay/Yardımcı, s. 17; Kurt Konca, s. 240.

<sup>108</sup> Atalı/Ermenek/Üçüncü, s. 24-25; Ruhi/Ruhi, s. 19; Özbay/Yardımcı, s. 17; Kurt Konca, s. 241.

<sup>109</sup> Bu yönde bkz. Tanrıver, s. 410.

<sup>110</sup> Hukuki dinlenilme hakkı, bilgilenme hakkı, açıklama-ispah hakkı ve dikkate alınma hakkı unsurlarından oluşur (Atalı/Ermenek/Üçüncü, s. 25; Özbay/Yardımcı, s. 17).

<sup>111</sup> Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 98; Tanrıver, s. 398-399; MüKoZPO/ Häublein/Müller, Art 166, Rn. 5; Ruhi/Ruhi, s. 18, 19.

<sup>112</sup> Atalı/Ermenek/Üçüncü, s. 26; Özbay/Yardımcı, s. 17. Bu yönde bkz. Y. HGK, T. 13.05.2015, E. 2013/8-2201, K. 2015/1326: Kazancı Mevzuat.

<sup>113</sup> Akcan/Albayrak, s. 43; Albayrak, s. 34; Ruhi/Ruhi, s. 18.



hakkın korunmasını ve tespit edilmesini sağlayan kurallardır<sup>114</sup>. Bu nitelik, şekli kuralların katı şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. Tebligatın şekli hukuk içerisinde yer alması, tebligata ilişkin işlemlerin usul işlemi olarak nitelenmesine yol açacaktır ki bu nitelendirme ile de kural olarak tebligata ilişkin kuralların lafzen sıkı sıkıya uygulanmasını gerektirir<sup>115</sup>.

Genel anlamdaki bu açıklamalarımızdan çalışmanın konusu olan Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemeye dönülecek olursa, söz konusu düzenlemenin hukukumuzda 6099 sayılı Kanun ile girdiği görülecektir. 6099 sayılı Kanun'un Tasarısı'nın 2. maddesinde, bu hususta, "*Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen üçüncü günün sonunda yapılmış sayılır*" şeklinde değişiklik yapılması öngörülmekteydi. O dönem hukukumuzda yeni gelecek olan elektronik tebligatın yaygınlaşması için kolaylaştırıcı hükümlerin getirildiği gerekçede ifade edilmiştir. Buna ek olarak, bu şekilde bir kuralın getirilmesi, her gün elektronik adreslerin kontrol edilemeyeceği ve başkasının da bu adreslere erişim sağlayamayacağı gerekçelerine dayanmaktadır. 6099 sayılı Kanun Tasarısı'nda Hükümet'in teklif ettiği metinde süre "*üç gün*" iken sürenin kısa olduğu ve tebellüğ edenler açısından sorunlara yol açmaması gerektiği gerekçeleriyle TBMM Adalet Komisyonu'nda bu süre değiştirilerek "*beş gün*"e çıkarılmıştır.

Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin dördüncü fıkrasındaki elektronik tebligatın yapılmış sayılmasına ilişkin kural ile aynı doğrultudaki Vergi Usul Kanunu'nun 107/a maddesinin ilgili hükmünün anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde itiraz yoluna konu olmuştur. İtiraz yoluna başvuruda, düzenlemede tebligatın açılma anının yer almaması, düzenlenen sürenin kısa olması nedeniyle düzenlemenin eşitlik ilkesine, temel hakların sınırlanmasına ve hak arama hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi söz konu-

<sup>114</sup> Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2020, s. 6.

<sup>115</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 14; Özbay/Yardımcı, s. 17.

su düzenlemeyi, anayasaya uygun bularak itirazı reddetmiştir<sup>116</sup>. Kanun koyucunun süreyi tayin ederken tercihte bulunabileceğini kararında belirtmiştir.

Kanaatimizce, Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı kuralı, olan hukuk bakımından, açılma anı veya öğrenme anı dikkate alınmaksızın uygulanmalıdır. Mevcut Kanun ve Yönetmelik hükümleri göz önüne alındığında, elektronik tebligat muhatapça açılıp okunsa dahi, elektronik tebligatın tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılması gerekir. Çünkü ilk olarak Kanun'da buna ilişkin bir varsayım kabul edilmiş olup aksinin ispat edilerek tebliğ tarihinin okunma tarihi olarak kabulü mevcut hükümler çerçevesinde mümkün değildir<sup>117</sup>.

İkinci olarak tebligatın adil yargılama ve hukuki dinlenilme hakkını sağlayan bir araç olduğu göz önüne alınarak bir yorum yapılabilir. Tebligat, temel hak ve özgürlüklerin sağlanması için aracılık etmektedir. Dolayısıyla elektronik tebligatın açılmasıyla tebliğin gerçekleştiği söylenecek olursa, yorum yoluyla, birtakım hakların sınırlandırılması gündeme gelebilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir...*". Açılma anının hukuki sonuç doğuracağı mevcut düzenlemelere rağmen kabul edilirse hem bilgilendirme hakkının sınırları bu yorumla daraltılmış olur. Hem de tebliğden sonra hukuki dinlenilme hakkının diğer unsurlarına ilişkin hakların da etkilenmesi söz konusu olur<sup>118</sup>. Örneğin 01.02.2021 tarihinde kendisine dava dilekçesini içeren bir elektronik tebligat mesajı ulaşan avukat, mevcut düzenlemelere göre aynı gün mesajı UETS üzerinden açsa dahi, 06.02.2021 tarihinde öğrenmiş olacaktır. Bu süreç aslında bilgilendirme hakkının sınırlarını çizmektedir. Açılma anına yorum yoluyla hukuki sonuç bağlayarak bu hak daraltılmamalıdır. Bunun yanı sıra 22.02.2021 tarihine kadar cevap dilekçesi verebilecek olan bu avukatın,

<sup>116</sup> Karar için bkz. AYM, T. 19.09.2019, E. 2018/144, K. 2019/72: RG, T. 26.11.2019, S. 30960, s. 31 vd.

<sup>117</sup> Akkan- Elektronik Tebligat, s. 81.

<sup>118</sup> Bu yönde bkz. Özkes, s. 100.

hukuki dinlenilme hakkı da sınırlanmış olmaktadır. Çünkü açılma anının kabul edilmesiyle cevap dilekçesi verme süresi 15.02.2021 tarihine kadar gerilemektedir<sup>119</sup>. Bu şekilde bir sınırlamanın, kanaatimizce, ancak makul şekilde kanuni düzenlemeyle yapılması gerekir.

Üçüncü olarak şekli hukuk kurallarından olan tebligata ilişkin kurallar, kural olarak lafza bağlı uygulanmalıdır. Çalışmanın konusu bakımından kanun koyucunun bir tercihi söz konusudur. Bu husus bir eksiklik değildir ve yorum yoluyla hukuki sonuç getirilemez. Bu konuda ancak olması gereken hukuk bakımından öneriler getirilebilir.

Dördüncü olarak şayet açılma tarihi tebliğ tarihi olarak kabul edilecek olursa, muhataplar, tebligatın kimden geldiğini gördüğü için bileerek tebligat mesajını açmama yoluna gidecektir<sup>120</sup>. Bu durumda tebligatı açıp okuyanlar ile bilerek açıp okumayanlar arasında tebliğ tarihi arasında tebligatı açıp okuyanlar aleyhine bir fark yaratılmış olacaktır. Bu ise bir süre sonra, elektronik tebligatların söz konusu beş gün içinde okunmamasına yol açacaktır. Klasik tebligatlarda muhataplar, tebligat evrakını almak zorunda olup tebligatın kim tarafından gönderildiğini tebligatı aldıktan sonra öğrenmektedirler. Bu nedenle de tebliğ gönderen kurum veya kişiye göre tebligat evrakını almaktan imtina edememektedirler. Oysaki elektronik tebligatlarda tebliğ gönderen kurum belli olduğu için muhataplar çoğu kez içeriğini tahmin ettikleri için bilerek tebligatı açmama okumama yoluna gideceklerdir. Bu durumda okunma tarihinin tebliğ tarihi olarak kabul edilmesindeki amaç da zaman içinde anlamını yitirecektir. Bu nedenle doktrindeki ayrıca açılma/okunma tarihinin tebliğ tarihi olarak kabul edilmesine ilişkin olarak yasal düzenlemelerin değiştirilmesi önerisinin de sonuç doğurmayacağı düşüncesindeyim<sup>121</sup>.

Ayrıca açılma/okunma tarihinin tebliğ tarihi olarak kabul edilmesi, özellikle borçlu ile alacaklı arasında menfaat çatışmasının yoğun olarak yaşandığı ve alacaklılar arasında da son derece ağır bir rekabetin olduğu, bazı durumlarda saatlerin bile önemli olduğu icra ve iflas hukukunda birçok sorunlara yol açacaktır. Örneğin ödeme emrinin tebliğini elektro-

<sup>119</sup> Bu yönde bkz. Akkan- Elektronik Tebligat, s. 83.

<sup>120</sup> Bu yönde bkz. Kurt Konca, s. 263; Kocabıyık, s. 151.

<sup>121</sup> Bu öneri için bkz. Börü, s. 212.

nik ortamda alan borçlu şirket, ödeme emrini gönderen alacaklısının kim olduğunu görmesi nedeniyle bunun içeriğini tahmin edebilecektir. Kendisine farklı alacaklılardan birden çok ödeme emrinin gelmesi durumunda ise içeriğin okunması durumunda itiraz süresinin okunma tarihinden itibaren başlaması, içeriği okunmayanların ise muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış olması farklı sıkıntılara yol açabilecektir. Aynı şekilde üçüncü kişilere gönderilecek olan İİK m. 89 ihbarnamelerinde de yine birçok sorun ortaya çıkacaktır. Üçüncü kişi kendisine haciz ihbarnamesinin geldiğini, gönderenin icra dairesi olması ve borçlunun da kendisini uyarması üzerine hangi borç için geldiğini de anlayabilecektir. Bunun üzerine tebligatı hiç okumadan - henüz tebliğ edilmiş sayılmayacağından- ödemeyi icra dairesine değil doğrudan borçlunun kendisine yapabilecektir. Daha sonra da tebligatın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda da icra dairesine icra takip borçlusuna karşı herhangi bir borcu olmadığını rahatlıkla ileri sürebilecek ve bu beyanı da tebliğ tarihi itibarıyla haklı olacaktır. Hatta birden fazla alacaklı tarafından aynı borçlu için İİK m. 89 ihbarnameleri gönderildiğinde, şayet okuma tarihi tebliğ tarihi sayılır ise, aralarında tercih yapma imkânı dahi olabilecektir. Netice olarak okunma tarihinin tebliğ tarihi sayılması da sorunu çözmeyecek hatta başka sıkıntılara da yol açabilecek niteliktedir.

Belirtmiş olduğumuz nedenlerle mevcut Kanun hükmü olan, tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır hükmü belirli sorunlara yol açacağı gibi aynı şekilde elektronik tebligatın okunduğu tarihin tebliğ tarihi olarak sayılması durumu da başka sıkıntılara yol açacaktır. Yapılması gereken tebliğ tarihi için ortak bir yasal bir düzenlemenin getirilmesidir. **Getirilecek olan bu yasal düzenleme de elektronik tebligatın tebliğ edilmiş sayılacağı tarihin uzun olmaması gerekir. Bunun yanında tebliğ tarihi olarak açılma/okuma tarihini temel alan bir düzenleme de olmamalıdır. Elektronik tebligatın tebliğ edilmiş sayılacağı tarih için çok kısa ve açılma/okuma tarihini de esas almayan bir tarih belirlenmelidir.** 7101 sayılı Kanun ile elektronik tebligatın kapsamının genişletildiği düşünüldüğünde ileride elektronik tebligatın bu hükmü birçok sıkıntıya neden olacaktır. **Günümüzde cep telefonları sayesinde iletişim ve internete erişimin**

yaygınlaşması, kısa mesaj yolu ile tebligata ilişkin bilgilendirmenin yapılması ve elektronik tebligatın kapsamının sınırlı sayıda olması ve bu kapsamın en önemli parçasının da ticaret şirketleri ve profesyonel olarak meslek icra eden gruplar olduğu göz önüne alındığında, elektronik tebligatta tebligatın muhatabın elektronik posta adresine ulaştığı gün yahut en fazla elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen ertesi günün sonunda tebliğ edilmiş sayılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır. Nitekim 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun’un 86. ve 87. maddeleri ile 5549 sayılı Kanun’un 9. ve 13. maddelerine eklenen hükümler doğrultusunda, bu kanunlar çerçevesinde yapılan elektronik yolla yapılan tebligatlar, Tebligat Kanunu’na tabi olmaksızın, karşı tarafa ulaştıklarında tebliğ edilmiş sayılırlar.

6099 sayılı Kanun Tasarısı’nda Hükümetin teklif ettiği metinde süre “üç gün” iken sürenin kısa olması ve tebellüğ edenler açısından sorunlara yol açmaması gerekçesiyle TBMM Adalet Komisyonu’nda bu süre değiştirilerek “beş gün”e çıkartılmıştır. **Ancak zaman içinde elektronik tebligat alışkanlığının artması, daha fazla kurum ve kişinin elektronik tebligatı kullanır hale gelmesi, o gün için haklı olan gerekçenin tekrar düşünülmesini gerektirmektedir.** Netice olarak elektronik tebligatın tebliğ edilme tarihinin beş gün olmasının sorunları ile tebliğ tarihinin elektronik tebligatın ulaşma tarihi yahut en fazla elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen ertesi günün sonunda tebliğ edilmiş sayılmasına ilişkin bir kuralın kabul edilmesinin yaratacağı sorunlar arasında bir tercihte bulunulması gerekecektir. Ancak Kanun koyucunun mevcut tercihi, menfaat çatışmasının çok yoğun yaşandığı icra ve iflas hukuku alanında birçok soruna yol açma potansiyeline sahip olduğu ve halihazırda da birçok soruna yol açtığı ancak yargı kararlarına henüz yansımadağı göz ardı edilmemelidir.

## SONUÇ

Tebligat Kanunu ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği’nin elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebligatın yapılmış sayılacağını düzenleyen kuralı, olan hukuk bakımından katı şekilde uygulanması gereken bir kuraldır. Bir başka ifade ile tebligatın yapılmış sayılmasından önce elektronik tebligat mesajının UETS üzerinden açıl-

masının hukuki sonuç doğurmaması gerekir. Çünkü tebligat temel hak ve özgürlüklerle sıkı ilişkili bir hukuki kurumdur. Kanunda olmayan bir şekilde muhatabın haklarını sınırlayan bir yorumdan kaçınılmalıdır.

Tebligat hukuku şekli hukuk kurallarından oluşmaktadır. Bu kurallar sıkı sıkıya uygulanmakla hukuki sonuç doğurmaya elverişlidirler. Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin dördüncü fıkrasındaki bu düzenleme bir varsayım olduğundan, bu hususun aksinin ispatı olan hukuk bakımından mümkün değildir.

Tebligatın açılma anının tebliğ tarihi olarak kabul edilmesinin uygulamada doğurması muhtemel sakıncalar bulunmaktadır. Öncelikle elektronik tebligatların açılmaması suretiyle prosedürlerin kötü niyetli uzatılması söz konusu olabilecektir. Bunun dışında açılma anın kabul edilmesiyle muhataplar, örneğin bazı icra hukuku kurumlarında olduğu gibi, tebliğ anına göre hak kazanımlarının söz konusu olduğu durumlarda kötü niyetli olarak başka kişilere hak kazanımları sağlayabilirler.

Olması gereken hukuk bakımından elektronik tebligatın zorunlu olduğu kişiler nitelikleri de göz önüne alındığında ve icra iflas hukuku alanında yaşanan sorunlar düşünüldüğünde, elektronik tebligatın ulaştığı tarihin veya en fazla elektronik tebligatın ulaştığı tarihi izleyen ertesi günün sonunda tebliğ edilmiş sayılmasına ilişkin bir düzenlemenin getirilmesi düşünülmelidir.

## KAYNAKLAR

- ACAR, Ayşe Ece: "Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi'nde Tutulan Delil Kayıtlarının İspat Kuvveti ve Bu Kayıtların Aksinin İleri Sürülmesi", (KHÜHFD, 2020/8/1, s. 73-88).
- AKCAN, Recep/ALBAYRAK, Hakan: Tebligat Hukuku, 3. B., Ankara 2016.
- AKKAN, Mine: "Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat", (MİHDER, 2018/14/39, s. 23-91). (Elektronik Tebligat).
- AKKAN, Mine: "7101 Sayılı Kanun'la Elektronik Tebligat Konusunda Getirilen Yeni Düzenle-meler ve Değerlendirilmesi", (7101 Sayılı Kanun'la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Editör: Prof. Dr. Muhammet Özkes, İstanbul 2018, s. 149-169). (Yeni Düzenlemeler).
- AKSAKAL, Abidin, Zeynel, "Beşinci Günden Önce Açılan Elektronik Tebligatın Tebliğ Tarihi", (TAAD, Y.11, S. 43, Temmuz 2020, s. 265-282).
- ALBAYRAK, Hakan: Tebligat Hukuku, Ankara 2021.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Se-ma/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Huku-ku, 6. B., Ankara 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ÜÇÜNCÜ, S. Hilal: Tebligat Huku-ku, 3. B., Ankara 2020.
- Berner Kommentar-ZPO, Frei Nina J: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessord-nung, (Herausgeber; Hausheer, Heinz, Walter, Peter, Hans), Bern 2012. (BK-ZPO/Yazar).
- BIALLAß, Désirée, Isabella: "Der Umgang mit dem elektronischen Empfangsbekanntnis", (NJW 2019, Heft 48, S.3495-3497), s. 3495.
- BÖRÜ, Levent: "Elektronik Tebligat", (HÜHFD, 2020/10/1, s. 183-225).
- BRÄNDLİ, Beat: Prozessökonomie im scweizerischen Recht, Stämpfli Verlag-Bern 2013.

- BUDAK, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2020.
- GASSER, Dominik/Rickli, Brigitte: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014.
- KAPLAN, Yavuz: "Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku", (AÜHFHD, 2003/52/3, s. 199-227).
- KARAASLAN, Varol: "Elektronischer Rechtsverkehr im Deutschen Recht und Überlegungen zum Türkischen Recht", (Annales XLI, N. 58, 197-217, 2009).
- KOCABIYIK, Tülü: Elektronik Tebligat, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020).
- KODEK E. George/Mayr G. Peter: Zivilprozessrecht, Wien 2011.
- KURT KONCA, Nesibe: "Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", (TBBD, 2014/114, s. 239-274).
- KÜÇÜK, Tunga, Alper, "Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayılacağı Tarihin Belirlenmesi", (Terazi Hukuk Dergisi, C.16, S. 179, Temmuz 2021, s. 1319-1327).
- MERİÇ, Nedim/Arslanpınar-Tat, Tuğçe/Işık, Melih/Korkmaz, D. Nurdan/Özkan-Kıdıl, Barçın: Olaylarla Tebligat Hukuku, İstanbul 2020.
- MUSIELAK, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 18. Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2021. (Musielak/Voit/Yazar).
- MUŞUL, Timuçin: Tebligat Hukuku, 7. B., Ankara 2018.
- HÄUBLEIN, Martin, Müller, Maximilian: Münchener Kommentar zur ZPO, (Herausgeber, Rauscher, Thomas, Krüger, Wolfgang), 6. Auflage, Verlag, C.H.Beck, München 2020. (MüKoZPO/Yazar).
- Orell Füssli Kommentar-ZPO, Reto M Jenny, Daniel Jenny: ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, (Herausgeber; Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen, Martin Sarbach), Zürich 2015. (OFK-ZPO/Yazar).



- ÖZBAY, İbrahim/YARDIMCI, Taner Emre: Tebligat Hukuku 2. B., Ankara 2020.
- ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Heinz, Karl/ GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München 2018.
- RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal: Tebligat Hukuku Bilgisi, 5. B., Ankara 2019.
- STAEHELIN, Adrian: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, (Herausgeber; Sutter-Somm Thomas, Hasenböhler Franz, Leuenberger Christoph) Zürich 2016.
- TANRIKULU, Cengiz: "Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat", (TBBD, 2009/85, s. 315-331).
- TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, C. I, 2. B., Ankara 2018.
- THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans/Hüßtege, Rainer: Zivilprozessordnung, 39. Auflage, München 2018.
- TÜZÜNER, Özlem: "Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi", (ABD, 2011/4, s. 137-159), (Tüzüner-Kalitatif Yöntem).
- TÜZÜNER, Özlem: "Elektronik Tebligatın Adaletin Kalitesine Katkıları", (İzm. BD. Ocak 2012, s. 60- 88), (Tüzüner-Adaletin Kalitesi).
- YAMAKOĞLU, Alya/ALTOPRAK, Serkan: "Elektronik Tebligat Türkiye, İsviçre, Almanya ve İngiltere Karşılaştırılması", (YÜHFD, 2019/XVI/1, s. 25-38).
- YARDIMCI, Taner Emre: "Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat", (ABD, 2019/77/3, s. 1-39).
- YILMAZ, Ejder/ÇAĞLAR, Tacar: Tebligat Hukuku, Ankara 2013.





## CEZA HUKUKU BOYUTUYLA SİBER ZORBALIK

Dr. Volkan MAVİŞ\*

### Öz

İletişim teknolojilerindeki gelişmeye paralel şekilde kamuoyunda çevrimiçi güvenliğe ilişkin kaygılar artmıştır. Siber güvenliğe ilişkin en önemli sorunlardan birisi yalnızca okul çocuklarını değil, farklı profilden bireyleri de etkileyen siber zorbalıktır. Siber zorbalığın depresyon, anksiyete ve hatta intihar gibi ağır neticelere yol açtığı belirtilmektedir. Dünya genelindeki şoke edici çeşitli siber zorbalık vakaları, siber zorbalığın cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiğine yönelik tartışmaları ateşlemiştir. Siber zorbalığın cezalandırılması bakımından iki temel yaklaşım önerilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, siber zorbalığa ilişkin bağımsız bir suç tipinin kabulü gerekmektedir. Aksi görüşe göre, mevcut cezai normları modernize ederek uygulamak sorunun çözümünde yeterlidir. Bu çalışma, anılan iki yaklaşımı irdelemek ve Türk Ceza Kanunu ışığında bir sonuca ulaşmak amacı taşımaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Siber Zorbalık • Zorbalık • Bilişim Suçu • Siber Israrlı Takip • Ceza Hukuku

\* Dr. Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, Malatya, Türkiye | Research Assistant Inonu University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Malatya, Turkey.

✉ volkan.mavis@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0001-9182-3130

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: MAVİŞ Volkan, "Ceza Hukuku Boyutuyla Siber Zorbalık", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2455-2500.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## CYBERBULLYING IN THE CONTEXT OF CRIMINAL LAW

### Abstract

There is growing public concern about online safety in parallel with the rapid development of telecommunication technologies. One of the most considerable issues regarding cyber safety is cyberbullying which affects not only school children but also people from different backgrounds. It has been stressed that cyberbullying may result in severe consequences such as depression, anxiety and even suicide. Some of the highly disturbing cyberbullying incidents around the world have given rise to discussion whether cyberbullying should be criminalised or not. In terms of criminalising cyberbullying, two main approaches have been proposed. According to an opinion, a new type of cyberbullying crime is necessary to fight cyberbullying. The opponent's idea is that modernising existing criminal law norms is an adequate solution to the problem. This paper aims to review these two arguments and arrive at a conclusion in the light of Turkish Criminal Code.

### Key Words

Cyberbullying • Bullying • Cybercrime • Cyberstalking • Criminal Law

### GİRİŞ

Teknolojideki ve buna paralel olarak iletişim tekniklerindeki gelişim, sağladığı faydaların yanında önemli sorunların ortaya çıkmasına da zemin hazırlamıştır. Bu durumun sonucu olarak, hemen her ülkede bilişim alanında karşılaşılan problemleri gidermeye yönelik pek çok düzenleme yapılmıştır. Belirtelim ki teknolojik sıçrama yeni sorunlar doğurmanın yanında var olan sorunların farklı bir format kazanmasına da yol açmıştır. Uzun yıllardır daha ziyade öğrenciler arasındaki bir problem olarak değerlendirilen, yüz yüze (akran) zorbalık da bu farklılığın görüldüğü alanlardan birisidir. İletişim olanaklarının gelişimiyle birlikte zorbalık da sanal dünyaya taşınmış ve mağdurun hayatının her alanına işleyebilen bir boyut kazanmıştır. Yine iletişim olanaklarının sınırsız yapısı, zorbalığı yaşlılar arasındaki bir güç gösteri olmaktan çıkartarak her yaş grubunun tecrübe edebileceği bir noktaya taşınmıştır.

Yapılan çeşitli araştırmalar siber zorbalığın ne kadar yaygın olduğunu ve ciddi sonuçlar yaratabileceğini ortaya koymaktadır. Polonya'da 2143 genç (yaklaşık %94'ü on beş yaşında) üzerinde yapılan bir araştırmaya göre; son bir yıl içerisinde, katılımcıların %66'sı elektronik ortamda saldırganca davranışlarda bulunmuş, katılımcıların % 25'i bu eylem-

leri siber zorbalık oluşturacak şekilde gerçekleştirmiştir.<sup>1</sup> Türkiye’de yürütülen araştırmalar da siber zorbalığın yaygın bir sorun olduğuna işaret etmektedir. İstanbul’daki farklı ortaöğretim kurumlarından 269 öğrenci üzerinde yapılan bir çalışmaya göre; katılımcıların % 35,7’sinin siber saldırganlıkta bulunduğu, katılımcıların % 23,8’sinin ise siber zorbalık mağduru olduğu belirlenmiştir.<sup>2</sup> Konya’da yapılan bir başka araştırmada, katılımcıların % 42,4’ü siber zorbalığa maruz kaldığını belirtmiştir.<sup>3</sup>

Her geçen gün büyüyen siber zorbalık sorununa ne şekilde yaklaşılması gerektiğine yönelik görüş birliği yoktur. Kimi ülkelerde tazminat hukukunun çözüm sunmakta başarılı olacağı anlayışı hakim olduğundan, siber zorbalığı cezalandırmaya gerek görülmemiştir. Öte yandan, özellikle Kara Avrupası ülkelerinde siber zorbalığın ceza hukukuna konu edildiği gözlemlenmektedir. Öyle ki Avusturya gibi bazı ülkelerde siber zorbalık bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamız, ceza hukuku müdahalesinin gerekip gerekmediğini, olası bir müdahalenin hangi şekilde gerçekleştirilmesinin daha uygun olacağını incelemektedir. Bu bağlamda, çalışma esas olarak iki ana parçadan oluşmaktadır. Öncelikle çalışmanın ilk bölümünde, siber zorbalık kavramı ve unsurları ile siber zorbalığın yaratabileceği olası sorunlara değinilmektedir. Zira kavrama ilişkin temel bilgiler sunulduktan sonra ceza hukuku bakımından değerlendirmelerde bulunmak mümkün olur. İkinci bölümde, siber zorbalığın ceza hukukuyla olan ilişkisi ve mevcut yaklaşımlar incelendikten sonra, bağımsız bir suç tipinin gerekliliği tartışılacaktır.

- 
- <sup>1</sup> PYZALSKI, Jacek, “From Cyberbullying to Electronic Aggression: Typology of the Phenomenon”, *Emotional and Behavioural Difficulties*, Vol. 17, No. 3-4, 2012, s. 313.
  - <sup>2</sup> ARICAK, Tolga / SIYAHHAN, Sinem / UZUNHASANOGLU, Aysegul / SARIBEOYUGLU, Sevda / CIPLAK, Songul / YILMAZ, Nesrin / MEMMEDOV, Cemil, “Cyberbullying Among Turkish Adolescents”, *CyberPsychology & Behavior*, Vol. 11, Iss. 3, 2008, s. 256.
  - <sup>3</sup> DİLMAÇ, Bülent / AYDOĞAN, Didem, “Parental Attitudes as a Predictor of Cyber Bullying among Primary School Children”, *International Scholarly and Scientific Research & Innovation*, Vol. 4, Iss. 7, 2010, s. 1669.

## I. SİBER ZORBALIK

### A. KAVRAM

Siber zorbalık sorunu ve bunun ceza hukuk bakımından değerlendirilmesi kavramın içeriğinin belirlenmesiyle mümkündür. Bilim insanlarının siber zorbalık gibi görece yeni bir alanda çalışmaya başladıklarında, belirli bir çerçeve oluşturmakta zorlandıkları belirtilmektedir.<sup>4</sup> Nitekim akademisyenlerin ve araştırmacıların konuyla ilgili olarak, belirli bir kavramda birleştiğini söylemek zordur. İngilizce ve Almanca literatürde *elektronik saldırganlık*,<sup>5</sup> *elektronik zorbalık*,<sup>6</sup> *internet zorbalığı*,<sup>7</sup> *siber mobbing*<sup>8</sup> gibi kavramlar da kullanılmakla birlikte, daha ziyade “*siber zorbalık*”ın tercih edildiğini söylemek yanlış olmaz.

Türkçe literatüre bakıldığında “*siber zorbalık*”<sup>9</sup> ya da “*sanal zorbalık*”<sup>10</sup> kavramlarının kullanıldığı görülür. Anlaşılacağı üzere, *cyber* keli-

<sup>4</sup> KOWALSKI, Robin M. / LIMBER, Susan P. / AGATSTON, Patricia W., *Cyberbullying: Bullying in the Digital Age*, Wiley-Blackwell, Malden, 2012, s. 58.

<sup>5</sup> PYZALSKI, s. 305.

KOWALSKI, Robin M. / LIMBER, Susan P., “Electronic Bullying Among Middle School Students”, *Journal of Adolescent Health*, Vol. 41, 2007, s. 22.

<sup>7</sup> WILLIAMS, Kirk R. / GUERRA, Nancy G., “Prevalence and Predictors of Internet Bullying”, *Journal of Adolescent Health*, Vol. 41, 2007, s. 14 vd.

<sup>8</sup> AUER-REINSDORFF, Astrid, “Kinderschutz im Internet: Technische Lösungen sowie Informationsangebote an Eltern, Schulen und Kinder”, *Familie Partnerschaft Recht*, Heft: 10, 2012, s. 437.

<sup>9</sup> DÜLGER, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. B., Seçkin Yay., Ankara, 2020, s. 121; POLAT, Oğuz, *Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar*, 4. B., Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 79; SOYGÜT, M. Buket, “Kadına Yönelik Dijital Şiddet Biçimi Olarak Siber-Stalking”, in *Kadın Yazıları*, Ed. YALÇIN, Türkan, Savaş Yay., Ankara 2020, s. 188; TAŞTEKİN, Ezgi / BAYHAN, Pınar, “Ergenler Arasındaki Siber Zorbalığın ve Mağduriyetin İncelenmesi”, *Online Journal of Technology Addiction and Cyberbullying*, C. 5, S. 2, 2018, s. 21 vd.; UŞAKLIOĞLU, Ahmet Yavuz, *Dijital Hukuk*, 2. B., Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 163; EROĞLU, Yüksel / GÜLER, Neşe, “Koşullu Öz-Değer, Riskli İnternet Davranışları ve Siber Zorbalık / Mağduriyet Arasındaki İlişkinin İncelenmesi”, *Sakarya University Journal of Education*, C. 5, S. 3, 2015, s. 118 vd.; RTÜK, *Çocukların Yeni Medya Kullanım Alışkanlıkları ve Siber Zorbalık*, Değişim Yay., Ankara 2018, s. 161 vd. “*Siber Bullying*”, kavramının da tercih edildiği görülebilir. GÜNŞEN İÇLİ, Tülin, *Kriminoloji*, 10. B., Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 170.

<sup>10</sup> GÖLPEK SARI, Fatma / SEFEROĞLU, Süleyman Sadi, “Ortaokul Öğrencilerinin Sanal Zorbalık Farkındalık Durumları ile Sanal Zorbalık Yapma ve Mağdur Olma Durumlarının İncelenmesi”, *Online Journal of Technology Addiction and Cyberbullying*, C. 6, S. 1, 2019, s. 54 vd.; FIRAT, Meryem / AYRAN, Gülsün, “Üniversite

mesi bazen *siber* şeklinde dilimize aktarılmakta bazen de Türkçe'ye çevrilerek *sanal* kullanılmaktadır. Bu konuyla bağlantılı olarak öğretilde, siber ya da sanal suç kavramlarının kullanılmasının yetersiz olduğu, işlenen suçlar sanal değil gerçek olduğu ve Türkçe olduğu için "*bilişim suçu*" ifadesinin tercih edilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>11</sup> Bu tespitten hareketle, "*bilişim zorbalığı*" kavramının kullanılması önerilebilir. Ne var ki, bilişim suçu kavramını kullanan yazarlar dahi "*siber zorbalık*" kalıbını tercih etmektedirler.<sup>12</sup> Biz de öğretildeki baskın görüşe uygun şekilde bu kullanımı benimsiyoruz.

Kavram birliğinin dahi sağlanamadığı düşünüldüğünde siber zorbalığın evrensel bir tanımının yapılamadığını belirtmek şaşırtıcı olmaz. Esasen sorunun teknolojideki ilerlemeye paralel şekilde evrim geçirdiğini ve buna bağlı olarak yapılan tanımların farklılaştığını gözden kaçırmamak gerekir.<sup>13</sup> Yakın zamanda yalnızca kısa mesajlar göndermeye yarayan cep telefonları yerini akıllı cihazlara bırakmış durumdadır. Milyonlarca insanın kullandığı sosyal ağlara, gelişen bağlantı imkânları sayesinde her yerden her zaman katılmak mümkündür. Dolayısıyla sorunun dinamik bir karakteri olduğunu dikkate almak şarttır. Verilecek tanımların bir yanı itibarıyla eksik kalacağı savunulabilir. Konunun önemine binaen, yalnızca bilim insanlarının değil, uluslararası örgütlerin ve hükümetlerin de soruna ilgi gösterdiğini ve çeşitli tanımlar getirdiklerini belirtmek gerekir. Ancak bunların da farklı unsurlardan hareketle oluşturuldukları göze çarpar. Örneğin; daha ziyade gençlerin mağduriyetine yoğunlaşan UNICEF siber zorbalığı, "*dijital teknolojilerin kullanılmasıyla gerçekleştirilen zorbalık*" olarak tanımlamıştır.<sup>14</sup> ABD Sağlık

---

Öğrencileri Arasında Sanal Zorbalık", TAF Preventive Medicine Bulletin, C. 15, S. 4, 2016, s. 322 vd.

<sup>11</sup> DÜLGER, s. 72. Dar anlamda bilişim suçu ve siber suç kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı belirtilmektedir. AKBULUT, Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, 2. B., Adalet Yay., Ankara 2017, s. 58. Bilişim suçlarının siber suçları da içeren bir kavram olduğu yönünde bkz. ERDOĞAN, Yavuz, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları, Legal Yay., İstanbul 2013, s. 45. *Sanal ve siber* kavramlarının farklı anlamlara geldiği yönünde bkz. TANRIKULU, İbrahim, "Siber Zorbalık ve Kavramsal Konular", in Siber Zorbalık, Ed. TANRIKULU, İbrahim, Anı Yay., Ankara 2020, s. 8.

<sup>12</sup> DÜLGER, s. 121.

<sup>13</sup> BETTS Lucy R., Cyberbullying: Approaches, Consequences and Interventions, Palgrave Macmillan, Nottingham, 2016, s. 10.

<sup>14</sup> UNICEF, "Cyberbullying: What Is It and How to Stop It?", [www.unicef.org/end-violence/how-to-stop-cyberbullying](http://www.unicef.org/end-violence/how-to-stop-cyberbullying). (Erişim tarihi: 18.02.2020).

ve Sosyal Yardım Bakanlığı ise siber zorbalığı, “cep telefonu, bilgisayar ve tablet gibi dijital cihazlar vasıtasıyla gerçekleştirilen zorbalık” olarak tanımlar.<sup>15</sup> Türkçe literatürde ise siber zorbalık, “bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak gerçekleşen zorbalık davranışları”,<sup>16</sup> “kötü niyetle; sanal araçlar vasıtasıyla başkalarının itibarına zarar verebilen ve/veya karşı tarafı incitici olan insan onuruyla bağdaşmayan davranışlar”<sup>17</sup> olarak tanımlanmıştır. Verilen farklı tanımlardaki unsurları bir araya getirecek olursak, kimi yazarların da vurguladığı şekilde<sup>18</sup> siber zorbalık, “üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla iletişim teknolojilerinin (elektronik cihazların) kasten kötüye kullanımı” şeklinde açıklanabilir.

İlk akla gelen siber zorbalık şekilleri olarak; 1) hakaret, küçük düşürücü ya da tehdit içerikli mesaj veya resimler yaymak, 2) sahte kimlik ya da sosyal ağ hesabı oluşturarak kişileri romantik açıdan kandırmak (*catfishing*), 3) kasten tartışma yaratmaya yönelik üslup kullanmak (*flaming*), 4) üçüncü bir kişiymiş gibi hareket etmek (*masquerading / impersonation*), 5) dedikodu yaymak, 6) rahatsız edici cinsel içerikli resimler ya da videolar göndermek (*sexting*), 7) mağdurun darp edildiği görüntüleri internette yaymak, 8) kişilerde öfke ve üzüntü yaratmak amacıyla provokatif nitelikli saldırgan paylaşımlarda bulunmak, 9) kişiyi elektronik iletişim araçlarını ısrarla kullanarak rahatsız / tehdit etmek (*cyberstalking*), 10) daha ziyade küçük düşürücü nitelikteki kişisel bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmak (*outing*) sayılabilir.<sup>19</sup> Şüphesiz siber zorbalık içerisine dahil edilebilecek eylemlerin çoğaltılması mümkündür. Belirtelim ki saydığımız siber zorbalık şekilleriyle bunları gerçekleştirirken kullanılan yöntemlerin farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.<sup>20</sup> Örneğin; siber

<sup>15</sup> StopBullying, “What is Cyberbullying?”, [www.stopbullying.gov/cyberbullying/what-is-it](http://www.stopbullying.gov/cyberbullying/what-is-it), (Erişim tarihi: 18.02.2020).

<sup>16</sup> TANRIKULU, s. 9.

<sup>17</sup> UŞAKLIOĞLU, s. 164.

<sup>18</sup> SAVAGE, Matthew W. / TOKUNAGA, Robert S., “Moving toward a Theory: Testing an Integrated Model of Cyberbullying Perpetration, Aggression, Social Skills, and Internet Self-efficacy”, *Computers in Human Behavior*, Vol. 71, 2017, s. 354; BRENNER, Susan W. / REHBERG, Megan, “‘Kiddie Crime’? The Utility of Criminal Law in Controlling Cyberbullying”, *First Amendment Law Review*, Vol. 8, 2009, s. 2, 3.

<sup>19</sup> KOWALSKI / LIMBER / AGATSTON, s. 62; CHISHOLM, June F., “Review of the Status of Cyberbullying and Cyberbullying Prevention”, *Journal of Information Systems Education*, Vol. 25, Iss. 1, 2014, s. 79.

<sup>20</sup> KOWALSKI / LIMBER / AGATSTON, s. 61.



zorbalık şekli olan iftira, e-posta, kısa mesaj, sosyal medya gibi farklı metotlarla gerçekleştirilebilir. Benzer şekilde, mağduru küçük düşürücü nitelikteki paylaşımların sosyal medyada yayılması, video paylaşım platformlarına yüklenmesi, yakın çevreye e-posta yoluyla gönderilmesi mümkündür.

Siber zorbalığı tanımlama ve açıklama girişimlerinde sıklıkla yüz yüze (fiziksel, akran) zorbalık olgusuyla paralel yönler atıfta bulunmaktadır. İki zorbalık çeşidinin de paylaştığı belirli noktalara öğretiler vurgu yapılmaktadır. Siber zorbalığın, klasik anlamdaki zorbalığın bir çeşidi sayıldığı<sup>21</sup> düşünüldüğünde bu çaba yersiz değildir. Pratikte de yüz yüze zorbalık ve siber zorbalık arasında bağlantı bulunduğu belirtilmektedir.<sup>22</sup> Örneğin; klasik zorbalık mağduru olan çocukların genellikle siber zorbalığa da maruz bırakıldıkları gözlemlenmiştir.<sup>23</sup>

Hem siber hem de yüz yüze zorbalık şekillerinde zorba ve mağdur arasında güç dengesizliği bulunur.<sup>24</sup> İkinci olarak, her iki zorbalık türünde de eylemin tekrarlanması söz konusudur.<sup>25</sup> Anılan iki ortak noktanın yanında yazarların farklı çalışmalarda değişik unsurlara yer verdikleri görülür. Örneğin; siber zorbalığın da tıpkı yüz yüze zorbalık gibi

<sup>21</sup> ORTEGA, Rosario / ELIPE, Paz / MORA-MERCHAN, Joaquin A. / GENTA, M. Luisa / BRIGHI, Antonella / GUARINI, Annalisa / SMITH, Peter K. / THOMPSON, Fran / TIPPETT, Neil, "The Emotional Impact of Bullying and Cyberbullying on Victims: A European Cross-National Study", *Aggressive Behavior*, Vol. 38, 2012, s. 342.

<sup>22</sup> DEHUE, Francine / BOLMAN, Catherine / VÖLLINK, Trijntje, "Cyberbullying: Youngsters' Experiences and Parental Perception", *CyberPsychology & Behavior*, Vol. 11, Iss. 2, 2008, s. 221.

<sup>23</sup> TOKUNAGA, Robert S.: "Following You Home from School: A Critical Review and Synthesis of Research on Cyberbullying Victimization", *Computers in Human Behavior*, Vol. 26, 2010, s. 279.

<sup>24</sup> DOOLEY, Julian J. / PYZALSKI, Jacek / CROSS, Donna, "Cyberbullying Versus Face-to-Face Bullying: A Theoretical and Conceptual Review", *Zeitschrift für Psychologie / Journal of Psychology*, Vol. 217, Iss. 4, 2009, s. 183 vd.

<sup>25</sup> RIZZA, Caroline / PEREIRA, Angela Guimaraes, *Social Networks and Cyberbullying Among Teenagers*, Publications Office of the EU, Luxembourg, 2013, s. 12. Anılan iki unsurdan ziyade kamuya açıklık ve anonimliğin siber zorbalık bakımından daha ağır bastığı savunulmuştur. THOMAS, Hannah J. / CONNOR, Jason P. / SCOTT, James G., "Integrating Traditional Bullying and Cyberbullying: Challenges of Definition and Measurement in Adolescents – a Review", *Educational Psychology Review*, Vol. 27, Iss. 1, 2015, s. 144.

saldırgan bir tabiata sahip olduğu savunulmaktadır.<sup>26</sup> Bazı yazarlara üçüncü bir unsur olarak zarar verme kastının varlığına yer vermektedirler.<sup>27</sup> Bir başka ifadeyle, istemeden üçüncü bir kişiye zarar verecek nitelikteki bir eylemin gerçekleştirilmesi siber zorbalık sayılmamaktadır. Örneğin; mağduru küçük düşürecek nitelikteki bir videoyu yanlışlıkla okul grubuna göndermek siber zorbalık sayılmaz. Öte yandan, siber zorbalığa ilişkin çalışmalar ve teoriler klasik zorbalık üzerine yapılmış eserlere dayansa da iki tür arasında temel farklılıklar bulunur.<sup>28</sup> Aşağıda mevcut benzer ve farklı yönleri kapsayacak şekilde siber zorbalığın temel özelliklerine ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

## B. SİBER ZORBALIĞIN TEMEL ÖZELLİKLERİ

### 1. Anonimlik

Modern iletişim teknolojileri, dileyen kişilerin anonim şekilde iletişime geçmesine olanak sağlar. Sahte e-posta ve sosyal medya hesapları gibi vasıtalar kullanarak mağdura rahatsızlık verilmesi oldukça kolaydır. Esasen pek çok vakada mağdurlar kendilerine zorbalıkta bulunan kişilerin kimliklerini bilmekte ya da tahmin edebilmekte olsalar da anonimlik, yüz yüze zorbalıkta bulunmayan önemli bir özelliktir.<sup>29</sup> Siber zorbalıkta bulunanlar sıklıkla kimliklerini gizlemeyi ya da değiştirmeyi tercih ederler. Gerçekten de mağdur, zorbalıkta bulunanın bir kişi veya grup mu olduğunu, kadın mı erkek mi olduğunu, yabancı mı yoksa tanıdık mı olduğunu bilemez.

Getirdiği çeşitli kolaylıklar hem faili daha planlı ve dikkatli hareket etme külfetinden kurtarır hem de yakalanma ihtimalini azaltır.<sup>30</sup> Kaldı ki, kimliğin belirsiz olması zorbanın sosyal kınamayla karşılaşması olanağını da ortadan kaldırır. Toplumsal bir yaptırımın muhatabı olmayacak saldırgan, eylemlerini ahlaki ikilemde kalmadan rahatlıkla gerçekleştirir. Bunun yanında, zorbalıkta bulunanın kimliğinin bilinmemesi mağduru saldırıya daha açık bir pozisyona iter, üzerindeki hakimiyetin daha şiddetli olmasını sağlar. Yine saldırganın kimliğinin bi-

<sup>26</sup> KOWALSKI / LIMBER / AGATSTON, s. 82.

<sup>27</sup> DOOLEY / PYZALSKI / CROSS, s. 183; TANRIKULU, s. 9. Her iki unsura da vurgu yapan yazarlar vardır. Bkz. FRANCO, Liat / GHANAYIM, Khalid, "The Criminalization of Cyberbullying among Children and Youth", Santa Clara Journal of International Law, Vol. 17, Iss. 2, 2019, s. 7.

<sup>28</sup> TOKUNAGA, s. 279.

<sup>29</sup> RIZZA / PEREIRA, s. 12.

<sup>30</sup> TOKUNAGA, s. 279.

linmemesi mağduru daha fazla korkuya iteceği gibi kafa karışıklığı da yaratır.<sup>31</sup> Mağdur saldırının nereden geldiğini bilemediğinden tepki gösteremez ve sebep olduğu zararlı sonuçlara tanık olmayan zorba eylemlerine devam eder.<sup>32</sup>

## 2. Erişilebilirlik

Siber zorbalığın ana unsurlarından bir tanesi mağdura erişimin çok daha kolay olmasıdır. Siber zorbalık halinde, yüz yüze zorbalıktan farklı olarak failin mağdura erişebilme imkânı daha fazladır.<sup>33</sup> Geleneksel zorbalık daha ziyade okulda, okul servisinde ya da eve dönüş yolunda gerçekleşmekle birlikte, siber zorbalık mağduru eve kadar takip eder. Zira yüz yüze zorbalıkta mağduriyeti yaratan fiziksel etkileşim burada gerekli değildir.<sup>34</sup> Dolayısıyla mağdurun kendisini güvende hissetmesi gereken ev ortamı dahi gerekli korumayı sağlamaz.

Siber zorbalığa uğrayan kişilerin elektronik cihazlarını kapatması gibi yöntemler erişilebilirliği engellemek bakımından önerilebilir. Ancak, beklemede kalan mesajlar, e-postalar ortadan kalkmaz, cihazların açılmasıyla birlikte yine kullanıcıya ulaşır. Kaldı ki, internette gerçekleşen bu zorbalık şeklinin yoğun kamusal özellik de gözden kaçırılmamalıdır. Mağdur faille muhatap olmasa, görmezden gelse dahi kendisiyle ilgili resimlerin, videoların paylaşmaya devam etmesi mümkündür. Sonuç olarak, iletişim teknolojilerindeki ilerleme mağdurun kendisine ulaşılmasını engelleme imkanını büyük ölçüde ortadan kaldırmış durumdadır.

## 3. Güç Dengesizliği

Zorbalığın temel özelliklerinden bir tanesi zorba ve mağdur arasındaki güç dengesizliğidir. Mağduru güç dengesizliğiyle savunmasız kılması zorbalığı diğer saldırgan fiillerden ayırır.<sup>35</sup> Özellikle akran zorbalığında fiziksel üstünlüğe dayanan net bir dengesizlik mevcuttur.

<sup>31</sup> BETTS, s. 44.

<sup>32</sup> DEHUE / BOLMAN / VÖLLINK, s. 217.

<sup>33</sup> KOWALSKI / LIMBER / AGATSTON, s. 83; BRUN, Marcel, "Cyberbullying – aus strafrechtlicher Sicht", Recht, Heft: 2, 2016, s. 102.

<sup>34</sup> PATCHIN, Justin W. / HINDUJA, Sameer, "Bullies Move Beyond the Schoolyard: A Preliminary Look at Cyberbullying", Youth Violence and Juvenile Justice, Vol. 4, Iss. 2, 2006, s. 150.

<sup>35</sup> ORTEGA / ELIPE / MORA-MERCHAN / GENTA / BRIGHI / GUARINI / SMITH / THOMPSON / TIPPETT, s. 354.

Okulda ya da oyun parkında iri ve güçlü çocuğun küçüğe yaptığı eziyet ilk akla gelen örnektir. Siber zorbalık halinde mevcut olan güçlerin oran-tısızlığı ise daha önce vurguladığımız anonimlik niteliğinden kaynaklanı-  
r.<sup>36</sup> Anonim kimliğinin arkasına sığınan zorbanın yüz yüze olabilece-  
ğinden daha saldırgan bir tavra girmesi kuvvetle muhtemeldir.

Yine siber zorbalıkta, zorbanın mağdur üzerindeki fiziksel haki-  
miyeti yerine teknolojik olanaklara erişim imkânı da gücü belirleyebi-  
lir.<sup>37</sup> Teknolojiye ilişkin bilginin artmasına paralel olarak, zorbalık şekil-  
lerinin çoğalması ve verilen zararın artması söz konusu olur. Normal  
şartlarda zorbalıkta bulunma gücü olmayanlar dahi sahip oldukları bilgi  
ve olanaklarla kolay şekilde siber zorbalık yapabilirler.<sup>38</sup> Oldukça basit  
yöntemlerle de (mesaj göndermek) güç dengesizliğinin yaratılması  
mümkündür.

Failin sahip olduğu imkânların yanında mağdurun saldırıdan kur-  
tulma olanaksızlığı da önemli bir faktördür.<sup>39</sup> Yüz yüze zorbalıktan fark-  
lı olarak saldırının ne zaman gelebileceğini öngörmek ve ona göre tedbir  
almak mümkün değildir; mağdur evindeyken dahi zorbalığa uğrayabi-  
lir. Dolayısıyla mağdurun süreci kontrol etme iktidarına sahip olmaması  
kendisini daha güçsüz hissetmesine ve neticede güç dengesizliği oluş-  
masına yol açar.

#### 4. Tekrar Etme

Klasik anlamdaki zorbalığı diğer türlü saldırılardan ayıran temel  
noktalardan bir tanesi eylemin tekrar tekrar gerçekleştirilmesidir.<sup>40</sup> Yüz  
yüze zorbalıktaki bu ana unsur, siber zorbalık için de genellikle olmazsa  
olmaz kabul edilir.<sup>41</sup> Eylemin tekrarlanıyor olması siber zorbalığı diğer  
siber saldırganlık şekillerinden ayırır. Ne var ki, hangi hallerde bu şartın  
sağlanmış olacağına ilişkin öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Esas ola-  
nın eylemin birden fazla gerçekleştirilmesi mi, yoksa etkisinin devamlı-

<sup>36</sup> MARK, Lauren / RATLIFFE, Katherine T., "Cyber Worlds: New Playgrounds for Bullying", *Computers in School*, Vol. 28, Iss. 2, 2011, s. 94.

<sup>37</sup> CHISHOLM, s. 81; POLAT, s. 80.

<sup>38</sup> VANDEBOSCH, Heidi / CLEEMPUT, Katrien Van, "Defining Cyberbullying: A Qualitative Research into the Perceptions of Youngsters", *CyberPsychology & Behavior*, Vol. 11, Iss. 4, 2008, s. 502.

<sup>39</sup> DOOLEY / PYZALSKI / CROSS, s. 184.

<sup>40</sup> WILLIAMS / GUERRA, s. 514.

<sup>41</sup> BETTS, s. 38; PYZALSKI, s. 313. Tek bir kez gerçekleşen eylemlerin de siber zorba-  
lık sayılabileceği yönünde bkz. VANDEBOSCH / CLEEMPUT, s. 501.

lık göstermesi mi olduğu soruları akla gelebilir. Eylemin sayısına bağlı kalmaktan ziyade gerçekleşme şeklini dikkate almakta fayda vardır. Sürekli olarak mağdura alay içerikli mesajlar göndermek şüphesiz siber zorbalık sayılmalıdır. Bununla birlikte, tek bir kez gerçekleştirilen eylem mağdurun defalarca zarar görmesine yol açabilir. Örneğin; mağduru küçük düşürücü bir fotoğrafın, videonun kamuya açık şekilde paylaşılması, söz konusu fotoğrafa her erişim sağlandığında mağduriyetin tekrarlanmasına yol açar ve siber zorbalık oluşturur. O halde, eylemin tekrarlanması daha ziyade kamuya açık olmayan eylemlerin siber zorbalık sayılması bakımından belirleyicidir.<sup>42</sup> Tek bir eylem dahi siber zorbalık oluşturabileceğine göre davranışın tekrarlanmasını mutlak bir unsur olarak değerlendirmemek gerekir. Tekrar etmeyi siber zorbalığı tanımlayan değil eylemin ağırlığını gösteren bir öge saymak daha isabetli olur.<sup>43</sup>

## 5. Denetimsizlik

Gerçek hayattan farklı olarak sanal dünyada saldırgan davranışların denetlenebilirliği daha düşüktür. Çoğu örnekte zorbanın ailesi ya sürdürülen saldırgan davranışın farkında değildir ya da bu durumu umursamaz. Özellikle günümüz gençlerinin teknolojik cihazlar konusunda ebeveynlerinden daha bilgili oldukları düşünüldüğünde, yakalanma korkusu yaşamadan eylemlerine devam etmeleri olasıdır.<sup>44</sup> Ayrıca, mevcut denetimsizlik mağdurun tutumundan da kaynaklanabilir. Mağdur edildiğini öğrenen ailesinin bilgisayarını, cep telefonunu alacağından korkan gençler, siber zorbalığı saklama yoluna gidebilmektedirler.<sup>45</sup> Araştırmalar da ergen bireylerin ailelerine ve öğretmenlerine başvurmak yerine mağduriyetlerini arkadaşlarına anlatmayı tercih ettiklerini ortaya koymaktadır.<sup>46</sup>

Siber zorbalığı denetleme gücü yalnızca gençler arasında gerçekleşen vakalar bakımından geçerli değildir. Modern iletişim yöntemleri yetişkinler arasındaki zorbalık eylemlerinin de denetimini zorlaştı-

<sup>42</sup> THOMAS / CONNOR / SCOTT, s. 143.

<sup>43</sup> RODKIN, Philip C. / FISCHER, Karla, "Cyberbullying from Psychological and Legal Perspectives", Missouri Law Review, Vol. 77, Iss. 3, 2012, s. 625.

<sup>44</sup> PATCHIN / HINDUJA, s. 154.

<sup>45</sup> MARK / RATLIFFE, s. 94.

<sup>46</sup> ARICAK / SIYAHHAN / UZUNHASANOGLU / SARIBEYOGLU / CIPLAK / YILMAZ / MEMMEDOV, s. 258.

rır. Özellikle çoğu durumda zorbalık, saldırgan ve mağdur arasında kamuya kapalı şekilde gerçekleşir. Kamuya açık alanda gerçekleşen zorbalığın da takibi her zaman mümkün olmaz. Twitter, Facebook gibi sosyal medya şirketleri saldırgan dil kullanımı halinde yaptırımlar uygulasalar da böyle bir denetim şekline her mecrada denk gelmek mümkün değildir.

## 6. Üçüncü Kişilerin Katılımı

Fiziksel zorbalık daha ziyade kısıtlı sayıdaki kişi veya kişilerin huzurunda gerçekleştirilir. Potansiyel tanıkların zorba ve mağdurla aynı mekânda bulunması birinci elden şahit olmanın gereğidir. Buna bağlı olarak, eylemin hem zorba hem de mağdur üzerindeki yansıması görece daha sınırlı şekilde kendisini gösterir; zira mağdurun içine düşürüldüğü küçültücü durumu gören kişi azdır. Halbuki, sanal dünyanın niteliği gereği belirsiz sayıda insanın sanal zorbalığa şahit olması söz konusudur. Öyle ki ne saldırganı ne de mağduru tanıyan kişiler dahi gerçekleştirilen zorbalıktan haberdar olmaktadır.<sup>47</sup> Gelişen teknolojiyle birlikte aynı zaman ve mekânda bulunma gerekliliği ortadan kalkmıştır.<sup>48</sup> Dolayısıyla mağdurun yaşadığı utandırıcı deneyime günler sonra dahi tanıklık etmek mümkündür. Elektronik ortamda kayıt altında bulunan bu verilere kolaylıkla erişimin mümkün olduğunu da göz önünde bulundurunca, siber zorbalığın daha yoğun etkisi anlaşılabilir.<sup>49</sup> Her ne kadar önemi günden güne artan unutulma hakkı<sup>50</sup> bağlamında verilerin sildirmesi ya da bu verilere erişimin engellenmesi akla gelse de pratik zorlukları gözden kaçırmamak gerekir.<sup>51</sup> Esasen söz konusu verilerin sildi-

<sup>47</sup> KYRIACOU, Chris / ZUIN, Antônio, "Cyberbullying of Teachers by Students on Youtube: Challenging the Image of Teacher Authority in the Digital Age", Research Papers in Education, Vol. 31, Iss. 3, 2016, s. 257.

<sup>48</sup> BETTS, s. 39.

<sup>49</sup> AUER-REINSDORFF, s. 437.

<sup>50</sup> "Unutulma hakkı en öz haliyle, bireyin, ona ilişkin bilginin erişimden kaldırılması talebidir." SÖZÜER, Eren, Unutulma Hakkı, On İki Levha Yay., İstanbul 2017, s. 7.

<sup>51</sup> Türk hukukunda çeşitli kanunlarda yer alan hükümlere dayanarak unutulma hakından faydalanmak mümkündür. Örneğin; 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/1. maddesine göre; "İnternet ortamında yapılan yayım içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir." Yine, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun

rilmesinin talep edilmesi ve bu verilerin silinmesi arasında kayda değer bir süre geçmektedir.<sup>52</sup> Sanal ortamda video, fotoğraf gibi verilere çok kısa süre içerisinde dahi geniş kitlelerin erişmesi mümkündür.

Yüz yüze zorbalıkta çoğunlukla üçüncü kişilerin olaya müdahil olarak mağdurun yanında durmadıkları görülür. Tanıkların hareketsiz kalması saldırgana eylemine devam etmesi bakımından üstü kapalı bir destek sunar. Öte yandan, saldırının üçüncü kişiler önünde meydana gelmesi mağdurun aşağılanmasını artırır. Siber zorbalık halinde söz konusu etkilerin daha şiddetli şekilde ortaya çıkacağı muhakkaktır. Tüm bunların yanında, siber zorbalığa şahit olan kişilerin mağdura yardım etmek bir yana saldırgana eşlik etmesinin kuvvetle muhtemel olduğuna vurgu yapılmaktadır.<sup>53</sup> Yüz yüze zorbalıktan farklı olarak, fiziksel güç ve cesaret mağdura saldırırken bulunması gereken nitelikler değildir. Sanal dünyanın bu gücünü gören üçüncü kişilerin ve tanıkların saldırganı örnek olarak mağdura yönelmeleri söz konusu olabilir.

### C. SİBER ZORBALIK ÇEŞİTLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

Siber zorbalık eylemlerini farklı kıstaslardan hareketle gruplara ayırarak incelemek mümkündür. Kimi yazarlar özellikle okul ortamında gerçekleştirilen siber zorbalık vakalarını gruplandırmaktadırlar. Örneğin; saldırının yöneldiği kişiye (okul personeli, ünlüler) veya saldırıyı gerçekleştirenin (öğrenci, yetişkin) kimliğine göre ayrımlara gidilebilir. Gerek geleneksel zorbalığa gerekse siber zorbalığa ilişkin verdiğimiz örnek ve açıklamalar daha ziyade öğrenciler arasında gerçekleşen vakalara değinmektedir. Ne var ki böyle bir zorunluluk bulunmaz ve siber zorbalığın öğrenci (genç) veya öğretmen (yetişkin) tarafından yine öğrenci veya öğretmene karşı gerçekleştirilmesi olasıdır.<sup>54</sup> Esasen zorbalığı

11(e) maddesine göre ilgili, veri sorumlusundan “7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, hakkına sahiptir.”

<sup>52</sup> BETTS, s. 41.

<sup>53</sup> KOWALSKI / LIMBER / AGATSTON, s. 85.

<sup>54</sup> BRENNER / REHBERG, s. 5 vd.; LANGOS, Colette, Cyberbullying, Associated Harm and the Criminal Law, University of South Australia 2013 (Yayımlanmamış doktora tezi), s. 68, 69.

Nitekim Yargıtay’ın şikâyet yokluğu nedeniyle düşme kararı verilmesi gerektiğini belirttiği örnek bir olay şu şekildedir:

“Sanık hakkında 13.05.2012 tarihinde düzenlenen iddianemeye ve dosya kapsamına göre, ilköğretim okulunda sınıf öğretmenini olarak görev yapan sanığın, 2008-2009 eğitim öğretim yılında, sorumluluğundaki ikinci sınıf öğrencisi mağdur ...’i yazı tahtasının önüne alarak,

öğrenciler birbirlerine karşı gerçekleştirirler de öğretmenlerin de mağdur edildikleri görülebilir.<sup>55</sup> Öyle ki öğretmenlerin birbirlerini siber zorbalığa maruz bırakmaları dahi söz konusu olabilir. Nitekim öğretilerde cinsiyet, yaş, etnik köken, sınıf fark etmeksizin herkesin siber zorbalık mağduru olabileceği belirtilmektedir.<sup>56</sup>

Öğrencilerin kendi aralarında kullandıkları zorbalık teknikleri benzer şekilde öğretmenlere de yönelebilmektedir.<sup>57</sup> Öğretmen adına sahte sosyal medya hesabı açarak küçük düşürücü paylaşımlarda bulunmak, öğretmenin e-posta adresini çalarak haberleşme içeriklerini ifşa etmek gibi yöntemler buna örnektir. Siber zorbalığın anonimlik özelliği öğrencilerin rahatlıkla olumsuz yorumlarda bulunmasına zemin hazırlamaktadır. Nitekim normal şartlarda sınıftaki otorite sembolü olan öğretmenlerin bu imajı artık kolaylıkla bozulabilmektedir.<sup>58</sup> Dolayısıyla öğrenci ve öğretmen arasındaki güç ilişkisinin tersine döndüğü gözlemlenebilir. Esasen öğretmenlerin otoriteye sahip olduğuna ilişkin genel kanaat olası mağduriyetlerinin görmezden gelinmesine de kapı aralar.<sup>59</sup>

Siber zorbalık kamusal ya da özel alanda gerçekleştirilmesine göre de iki grup altında incelenebilir.<sup>60</sup> Zorbalar genellikle, mağdurda daha fazla etki yarattığı için kamusal nitelikteki siber zorbalık şekillerine yönelmektedirler. Sosyal medyada yapılan paylaşımlar, internet sayfasına yazılan yorumlar bu tür saldırılara örnektir. Belirtmek gerekir ki özel alanda gerçekleştirilen siber zorbalığın kamusal alana taşınması da söz konusu olabilir. Zorbanın mağdura attığı küçük düşürücü mesajları, e-

---

*mağdurun çarpım tablosunu ezberlemediği anları, cep telefonuna kaydedip, elde ettiği videoyu, mağdur ve ailesinin rızası dışında, kendisine ait facebook hesabında yayımlamak suretiyle TCK'nın 134/2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediği iddiasına konu olayda...*" Yar. 12. CD., 2014/2926 E., 2014/19496 K., 13.10.2014.

<sup>55</sup> Neticede aynı yönde bkz. DÜLGER, s. 121.

<sup>56</sup> ARICAK / SIYAHHAN / UZUNHASANOGLU / SARIBEOGLU / CIPLAK / YILMAZ / MEMMEDOV, s. 254. Ne var ki zorbalık belirli gruptan kişilere karşı daha sık gerçekleştirilmektedir. Eşcinseller, engelliler, kadınlar ve azınlıklar buna örnek olarak gösterilebilir. SABIA, Joseph J. / BASS, Brittany, "Do Anti-Bullying Laws Work? New Evidence on School Safety and Youth Violence", Journal of Population Economics, Vol. 30, 2017, s. 474.

<sup>57</sup> VOGL-BAUER, Sally, "When Disgruntled Students Go to Extremes: The Cyberbullying of Instructors", Communication Education, Vol. 63, Iss. 4, 2014, s. 432.

<sup>58</sup> KYRIACOU / ZUIN, s. 258.

<sup>59</sup> VOGL-BAUER, s. 431.

<sup>60</sup> BRENNER / REHBERG, s. 13.



postaları yayınlaması veya çevresindeki kişilere göndermesi halinde saldırının niteliği değişmiş olur.

Saldırgan ve mağdur arasında birebir gerçekleşen özel nitelikteki siber zorbalık da bir diğer gruptur. Şüphe yok ki küçük düşürücü tutum diğer insanlara yansımadağı için mağduriyetin daha dar kapsamlı olacağı iddia edilebilir. Öte yandan, özel alanda gerçekleşen siber zorbalık fiillerinin de ağır neticelere sebep olması ihtimal dahilindedir.

Ceza hukuku literatüründe siber zorbalığa ilişkin sınıflandırma yapılmamakla birlikte, bu iki tür siber zorbalığın yansımaları ceza hukukunda görülebilir. Örneğin; siber zorbalığın sövmek suretiyle gerçekleştirilmesi söz konusu olabilir ki hakaret suçu yalnızca mağdura ulaşacak şekilde ya da alenen işlenebilir.

Son olarak, öğretilerde sözlü ve psikolojik siber zorbalık ayrımı yapılmıştır.<sup>61</sup> Sosyal ağlar, chat odaları gibi kanallarda kişilere sözlü tacizde bulunulması, hakaret edilmesi gibi hallerde siber zorbalık sözlü bir nitelik gösterir. Mağdur hakkında internet üzerinden dedikodu ve yalanlar yaymak, Facebook gibi sosyal ağlardan dışlamak, küçük düşürücü video ve görselleri Youtube gibi platformlarda paylaşmak psikolojik siber zorbalığa örnek olarak sayılmaktadır.

#### D. SİBER ZORBALIĞIN ETKİLERİ

Esasen fiziksel bir etkileşim içermeyen, yalnızca elektronik vasıtalarla yaratılan siber zorbalığın sonuçları da son derece ağır olabilir. Bu tür zorbalık eylemlerinin özellikle psikolojik problemler yaratmasının daha olası olduğu vurgulanmaktadır. Siber zorbalığa maruz kalanların ruh sağlıklarının zarar gördüğü belirtilmektedir.<sup>62</sup> Mağdurlarda tipik olarak tükenmişlik, öfke, keder gibi tepkiler ortaya çıkar. Bu bağlamda depresyon, anksiyete, konsantrasyon eksikliği ve intihara eğilim gibi klinik semptomların gözlenmesi olasıdır.<sup>63</sup> Nitekim yapılan araştırmalarda siber zorbalığın depresyonla ve bununla bağlantılı olarak intiharla

<sup>61</sup> KATZER, Catarina, *Cybermobbing – Wenn das Internet zur Waffe wird*, Springer-Verlag, Berlin, 2014, s. 62.

<sup>62</sup> BETTS, s. 83. Aynı yöndeki çeşitli veriler için bkz. NIXON, Charisse L., "Current Perspectives: The Impact of Cyberbullying on Adolescent Health", *Adolescent Health, Medicine and Therapeutics*, Vol. 5, 2014, s. 144, 145.

<sup>63</sup> SCHENK, Allison M. / FREMOUW, William J., "Prevalence, Psychological Impact, and Coping of Cyberbully Victims Among College Students", *Journal of School Violence*, Vol. 11, 2012, s. 25; BARUTÇU YILDIRIM, Funda, "Siber Zorbalığın Sonuçları", in *Siber Zorbalık*, Ed. TANRIKULU, İbrahim, Anı Yay., Ankara 2020, s. 213.

bağlantısı olduğu savunulmuştur.<sup>64</sup> Örneğin; Vancouver’da yaşayan yedinci sınıf öğrencisi Amanda Todd’un cinsel içerikli pozları internette tanıştığı kişi tarafından yayınlanmış, bunun üzerine öğrenci intihar teşebbüsünde bulunmuştur. İntihar girişiminin başarısız olması, mağdurun Facebook üzerinden tekrar alay konusu olmasına neden olmuştur. Yaşadığı psikolojik sorunları Youtube’a yüklediği bir video ile anlatan Amanda, yaklaşık bir ay sonra kendisini asarak intihar etmiştir. Nitekim infial yaratan bu olayın ardından Kanada’da, özel hayata ilişkin fotoğrafların ilgilinin rızası olmaksızın yayılması suç olarak düzenlenmiştir.<sup>65</sup>

Psikolojik etkilerinin yanında siber zorbalık kaynaklı harici sonuçlar da ortaya çıkabilir. Ruhsal sorunlarda olduğu kadar yeterli veri bulunmamakla birlikte, bir dizi harici sorunların da baş gösterebileceği vurgulanmıştır.<sup>66</sup> Örneğin; siber zorbalık mağduru çocukların alkol ve uyuşturucu kullanımına yönelmeleri, okula giderken silah taşımaları yaşlılarına göre daha olasıdır. Yine siber zorbalığa uğrayan çocuklar okulda sorunlar yaşayabilir ve hatta okula gitmek istemeyebilirler.<sup>67</sup> Belirtelim ki mağduriyet neticesinde gösterilen tepki cinsiyete bağlı olarak da değişkenlik sergileyebilir. Yapılan araştırmalar, siber zorbalığa tepki olarak mağdur erkeklerin alkol ve uyuşturucu kullanımına yöneldiklerini, kadınlarmsa internet ve cep telefonu kullanımını sınırlandırdıklarını ortaya koymaktadır.<sup>68</sup>

## E. TÜRKİYE’DEKİ SİBER ZORBALIK ÇALIŞMALARI

Siber zorbalık sorununun görünürlük kazanmasına paralel olarak Türkiye’de konuya yönelik yapılan çalışmaların sayısında artış görülmektedir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun ortaokul öğrencileri

<sup>64</sup> İntihar gibi davranışların çoklu etkenlerden kaynaklandığı, siber zorbalığın tek sebep olarak kabul edilmesinin hatalı olacağı yönünde bkz. KOWALSKI / LIMBER / AGATSTON, s. 149.

<sup>65</sup> SUMRALL, Tiffany, “Lethal Words: The Harmful Impact of Cyberbullying and the Need for Federal Criminalization”, *Houston Law Review*, Vol. 53, Iss. 5, 2016, s. 1480.

Kanada Ceza Kanunu’na eklenen 162. madde, bir kişinin özel görsellerini, ilgisinin onayı olmadığını bilerek ya da onayı olup olmadığına dikkat etmeyerek kasten yayınlayan, dağıtan, ileten, satan, erişime açan ya da ilan eden kişinin beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasını öngörmektedir.

<sup>66</sup> NIXON, s. 146.

<sup>67</sup> BETTS, s. 88; BARUTÇU YILDIRIM, s. 217.

<sup>68</sup> SCHENK / FREMOUW, s. 33.

arasında yaptığı araştırmaya göre, çocukları internette en fazla rahatsız eden sorun siber zorbalıktır.<sup>69</sup> Yine aynı araştırmada, kız öğrencilerin siber zorbalıktan daha fazla rahatsızlık duyduğu belirlenmiştir. Bu bulguya uygun şekilde, bir başka araştırmada, erkek öğrencilerin daha fazla siber zorbalığa başvurduğu tespit edilmiştir.<sup>70</sup> Dolayısıyla siber zorbalıktan daha fazla rahatsız olan kız öğrencilerin, siber zorbalığa başvurmadan kaçındıkları söylenebilir.

Siber zorbalığın denetlenebilirliği sorununda bahsedildiği üzere, mağdurlar genellikle ailelerine, öğretmenlerine ya da resmi makamlara başvurma yoluna gitmemektedirler. Araştırmalar, bu tespitin Türkiye özelinde de geçerli olduğuna işaret etmektedir. Siber zorbalık mağduru çocukların yaklaşık % 42'si durumu aileleriyle paylaşmaktadırlar. Yaklaşık dört çocuktan birisi ise yaşadığı mağduriyeti kimseye anlatmamaktadır.<sup>71</sup> Belirtelim ki, cinsiyet farklılığının burada da önemli bir faktör olduğu tespit edilmiştir. Erkek mağdurlar kızlara nazaran, yaşadıklarını paylaşmakta daha isteksizdirler.<sup>72</sup>

Siber zorbaların bu tür eylemlere yönelmelerindeki etkenlere yönelik çalışmalar da dikkat çekmektedir. Aile ilişkilerinin siber zorbalık ve siber mağduriyetin ortaya çıkması bakımından önemli olduğu vurgulanmaktadır. Ailelerin olumsuz davranışları ve siber zorbalık arasında doğrudan ilişki mevcuttur. Baskıcı ve otoriter ebeveynliğin siber zorbalığa yönelmede önemli bir faktör olduğu savunulmuştur. Bu duruma çözüm olarak anne ve babaların, çocuklarını olduğu gibi kabullendikleri daha demokratik bir tutum benimsemeleri önerilmektedir.<sup>73</sup> Yine anne ve babaların okuldaki öğretmenlerle ortaklaşa hareket etmesinin önemine vurgu yapılmaktadır. Ayrıca siber zorbalığı önlemek için okullarda önleyici danışmanlık servislerinin devreye sokulması savunulmuştur.

Siber zorbalığa yönelmede başka sebeplerin de önemli etkilerinin olabileceği tespit edilmiştir. Üniversite öğrencileri üzerinde yapılan bir araştırmaya göre, kişinin karakter yapısı siber zorbalığa başvurusunda

<sup>69</sup> RTÜK, s. 163.

<sup>70</sup> FIRAT / AYRAN, s. 328. Kız öğrencilerin siber zorbalık farkındalıklarının daha yüksek olduğu belirtilmektedir. GÖLPEK SARI / SEFEROĞLU, s. 72.

<sup>71</sup> RTÜK, s. 168.

<sup>72</sup> RTÜK, s. 169.

<sup>73</sup> DİLMAÇ / AYDOĞAN, s. 1670.

ya da mağdur olmasında rol oynayabilir.<sup>74</sup> Rekabetçi karaktere sahip bireylerin, rekabeti sanal dünyaya taşıyarak siber zorbalığa yönelmeleri ya da mağdur edilmeleri olası görülmektedir. Yine, çevrenin onayını alma isteğiyle sanal zorbalık arasında doğrudan ilişki bulunmaktadır.<sup>75</sup> Özellikle de akranlarca kabul edilmenin önemli olduğu ergenlik döneminde bu durum daha net görülür. Üniversite öğrencileri bağımsız davranabilme kabiliyetine sahip olduklarından, onay alma amacıyla siber zorbalığa yönelme ihtimali de zayıflamaktadır.

## II. SİBER ZORBALIK VE CEZA HUKUKU

### A. GENEL OLARAK

Siber zorbalığın ceza hukukunun konusunu oluşturmasının yerindeliği uzun süredir tartışmalıdır. İleride ayrıntılı olarak irdelemek üzere bu konuyu bir kenara koyarsak, halihazırda Avusturya, Yeni Zelanda gibi ülkelerde kanun koyucuların ceza hukuku korumasına başvurmaya başladıkları gözlemlenir. Esasen bu düzenlemeleri hayata geçirirken iki temel yaklaşımın benimsediği vurgulanmaktadır.<sup>76</sup> Kimi ülkelerde kanun koyucular siber zorbalığı (farklı kavramlarla ifade edilse de) ayrı bir suç tipi olarak düzenleme yoluna gitmişlerdir. Örneğin; Avusturya Ceza Kanunu'nun 107c. maddesiyle telekomünikasyon ve bilgisayar sistemlerini kullanarak devamlı tacizde bulunmak suç olarak düzenlenmiştir. İkinci bir yol olarak, bazı ülkelerde halihazırda yürürlükte bulunan ısrarlı takip, hakaret gibi suç tiplerinin siber zorbalığı da göz önünde bulundurarak yeniden formüle edilmesi dikkat çeker. Almanya'da özel hayatın gizli alanını ihlal suçu siber zorbalığı gözeterek güncellenmiştir.

### B. BAĞIMSIZ BİR SUÇ TİPİ OLARAK SİBER ZORBALIK

Bazı devletler çevrimiçi şiddeti ayrı bir suç tipi olarak düzenleme yolunu tercih etmiştir. İlk akla gelen örnek olarak, 2016 yılında Avusturya Ceza Kanunu'nda yapılan düzenleme anılabilir. Avusturya'da böyle bir düzenlemeye gidilmesi, ülkenin Avrupa Birliği üyeleri içerisinde en yüksek siber zorbalık oranına sahip olmasının sonucudur. Nitekim kanun koyucu hakaret, cinsel taciz gibi mevcut suç tiplerinin bu

<sup>74</sup> EROĞLU / GÜLER, s. 125.

<sup>75</sup> EROĞLU / GÜLER, s. 125.

<sup>76</sup> LIDSKY, Lyrişsa / GARCIA, Andrea Pinzon, "How Not to Criminalize Cyberbullying", Missouri Law Review, Vol. 77, Iss. 3, 2012, s. 700; BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, "Cyberbullying and Criminal Law", İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 77, C. 1, 2019, s. 435; FRANCO / GHANAYIM, s. 21.

tür zorbalık eylemlerini önlemede yeterli olmadığını görmüş ve yeni bir düzenleme yapılmasını sosyal bakımdan gerekli saymıştır.<sup>77</sup>

Avusturya Ceza Kanunu'nun 107c. maddesinde<sup>78</sup> telekomünikasyon ya da bilgisayar sistemleri vasıtasıyla ısrarlı tacizde bulunulması suç olarak düzenlemiştir. Buna göre, telekomünikasyon veya bilgisayar sistemlerini kullanarak uzun süreliğine bir kişinin saygınlığına topluluk önünde zarar veren ya da bir kişinin hayatının özel alanına ilişkin bilgi ve resimleri rıza olmaksızın çok sayıda insana ifşa edenler bir yıla kadar hapis veya 720 güne kadar para cezasıyla cezalandırılır. Kanun koyucu, siber zorbalık eylemlerinin mağdurları intihara kadar sürükleyebileceğini de göz önünde bulundurarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal de düzenlemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, mağdurun intihar etmesi ya da intihara teşebbüs neticesinde yaralanması durumunda failin üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmektedir.

2015 yılında Yeni Zelanda'da dijital yolla verilen zararlara yönelik özel bir yasa (*Harmful Digital Communications Act*) kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun'un 22. maddesinde<sup>79</sup> bir kişiye elektronik haberleşme

<sup>77</sup> FRANCO / GHANAYIM, s. 22.

<sup>78</sup> *Telekomünikasyon veya Bilgisayar Sistemi Aracılığıyla Devamlı Rahatsız Etme*  
 "1) Bir telekomünikasyon ya da bilgisayar sistemi kullanmak suretiyle bir kişinin yaşam şekline devamlı şekilde uzun süreli müdahalede bulunarak;  
 1. çok sayıda kişinin görebileceği şekilde hakaret eden veya  
 2. kişisel alana ilişkin hususları veya görselleri rızaya aykırı olarak çok sayıda kişiye ifşa eden  
 kişi bir yıla kadar hapis veya 720 güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.  
 "2) Birinci fıkradaki eylemin mağdurun intihar etmesine ya da intihara teşebbüsüne sebep olması halinde üç yıla kadar hapis cezasına hükmedilir."

<sup>79</sup> *Dijital İleti Göndererek Zarar Vermek*  
 "1) Eğer bir kişi;  
 a. mağdura zarar verme kastıyla dijital ileti gönderir ve  
 b. gönderilen ileti mağdurun yerindeki makul bir üçüncü kişiye zarar vermeye elverişliyse ve  
 c. ileti mağdura zarar vermişse suç oluşur."  
 2) Bir iletinin zarar vermeye elverişliliğini değerlendirirken mahkeme bağlantılı gördüğü,  
 a. kullanılan dilin ağırlığı,  
 b. mağdurun yaşı ve kişiliği,  
 c. dijital iletinin anonim olup olmadığı,  
 d. dijital iletinin tekrarlanıp tekrarlanmadığı,  
 e. dijital iletinin yayılma genişliği,  
 f. dijital iletinin doğru veya yanlış olması,  
 g. dijital iletinin kullanıldığı bağlam,

yoluyla zarar verilmesi bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, elektronik haberleşme vasıtasıyla, makul üçüncü bir kişiye zarar verecek nitelikteki iletilerin kasten gönderilmesi suç oluşturur. Madenin ikinci fıkrasına göre, eylemin zarar vermeye elverişliliğini değerlendiren mahkeme, kullanılan dilin ağırlığı, mağdurun yaşı ve kişiliği, eylemin anonim şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, eylemin tekrarlanıp tekrarlanmadığı, iletinin ne kadar yayıldığı, iletinin doğru olup olmadığı, iletinin hangi bağlamda kullanıldığı gibi etkenleri dikkate alır. Kanun koyucu yaptırım olarak, iki yıla kadar hapis veya 50.000 dolar adli para cezası öngörmüştür.

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) siber zorbalığa ilişkin cezaî düzenlemeler her eyalette farklılık gösterir. Siber zorbalık kavramı pek çok eyalette mevzuata dahil edilmiş, kimi eyaletlerde ise bağımsız bir suç tipi olarak da düzenlenmiştir. Arkansas eyaletinde ayrı bir suç olarak kaleme alınan siber zorbalık, bir kişiye yoğun, devamlı veya düşmanca şekilde, korkutma, zorlama, sindirme, tehdit, suistimal veya hakaret amacıyla elektronik araçlarla ileti transferi, gönderilmesi ya da paylaşılmasını ifade eder.<sup>80</sup> Kanun koyucu siber zorbalığı ikinci derece kabahat olarak cezalandırmaktadır. Şayet mağdur okul personeliyse fail birinci derece kabahatten sorumlu tutulur. Louisiana da siber zorbalığı ayrı bir suç olarak düzenlemeyi tercih eden eyaletler arasındadır.<sup>81</sup> Her türlü elektronik metin, görsel, yazı veya sözlü iletiyi zorlama, suistimal, elem verme veya yıldırma amacıyla on sekiz yaşından küçük bir kişiye gönderen hakkında 500 dolara kadar para ve / veya altı aya kadar hapis cezasına hükmedilir.

---

*faktörlerini dikkate alır.*

3) Bu bölümdeki suçu işleyen kişi,

a. gerçek kişi ise, 2 yıla kadar hapis ve 50.000 dolara kadar adli para cezasıyla,

b. tüzel kişi ise, 200.000 dolara kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

4) Bu bölümde mağdur, bir dijital iletinin hedefi olan kişiyi ifade eder.”

<sup>80</sup> Düzenlemenin ilgili kısmı şu şekildedir;

*Siber Zorbalık*

“Bir kişi;

a. korkutma, zorlama, sindirme, tehdit, suistimal veya hakaret amacıyla bir başka kişiye, elektronik yolla bir ileti ulaştırır, gönderir veya yollarsa ve,

b. ileti diğer kişiye yönelik şiddetli, tekrarlanan veya düşmanca davranış şeklindeyse, siber zorbalıktan sorumlu olur.” AR Code § 5-71-217 (2015).

<sup>81</sup> LA H.B. 1259, Act 989.

## C. SİBER ZORBALIĞIN MEVCUT SUÇ TİPLERİNE GÖRE CEZALANDIRILMASI

### 1. Genel Olarak

Bağımsız bir suç tipi oluşturmaya alternatif olarak, çeşitli yasalar da mevcut olan cezai hükümlere giderek siber zorbalığı cezalandırmak tercih edilen ikinci modeldir. Daha ziyade yüz yüze şekilde işlenen çeşitli suçlara, tipikliğinin gerçekleşmesi halinde siber zorbalığın cezalandırılmasında başvurulabilir. Ayrıca kanun koyucular elektronik şekilde gerçekleştirilen bu tür eylemlerin cezalandırılabilmesini sağlamak amacıyla, mevcut suç tiplerine “telekomünikasyon veya elektronik araçlarla” işlenme gibi unsurlar ekleme yoluna gitmektedirler.<sup>82</sup>

### 2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Örnekler

Siber zorbalık, Birleşik Krallık'ta ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, failin mevzuatta dağınık şekilde bulunan çeşitli cezai hükümler çerçevesinde sorumluluğu doğabilir. Örneğin; Kamu Düzeni Kanunu (*Public Order Act 1986*) rahatsızlık, korku veya elem yaratmaya elverişli şekilde tehdit, hakaret, aşağılama içeren söz, yazı veya herhangi bir görsele bir kişinin huzurunda başvurulmasını suç olarak düzenlemiştir. Konumuz bakımından esas olarak 2003 tarihli İletişim Kanunu'na (*Communications Act 2003*) bakılabilir. Anılan Kanun'un 127. bölümü elektronik iletişimin uygunsuz kullanımına yönelik çeşitli suç tiplerini düzenler. Herhangi bir elektronik iletişim ağını kullanarak ağır şekilde saldırgan, uygunsuz, müstehcen veya benzer içerikte mesaj ya da materyal gönderen kişi altı aya kadar hapis veya para cezasına çarptırılır. Yine bu bölüm altında, rahatsızlık, sıkıntı veya yersiz endişe yaratmak amacıyla, bir elektronik iletişim ağını kullanarak yanlış olduğu bilinen bir mesajın gönderilmesi aynı şekilde cezalandırılır.

Alman Ceza Kanunu'nda da siber zorbalığa ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Böyle bir suç tipinin Kanun'a eklenmesinin gerekli olup olmadığı öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüşe göre; toplumun konuya ilişkin farkındalığının artması yeni bir suç tipi düzenlemek için yeterli bir gerekçe değildir ve mevcut suç tipleri bu sorunla mücadelede büyük ölçüde yeterlidir.<sup>83</sup> Aksi yöndeki görüşe göre; siber zorbalığın Al-

<sup>82</sup> BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 435.

<sup>83</sup> PREUß, Tamina, “Erforderlichkeit der Kriminalisierung des Cybermobbings – Sinnvolle Schließung einer Gesetzeslücke oder bloßes Symbolstrafrecht?”, KriPoz, Heft: 2, 2019, s. 104; SCHIEMANN, Anja, “Strafbarkeit des Cybermobbings de lege lata und de lege ferenda”, Die Kriminalpolizei, Nr. 4, 2019, s. 10.

man Ceza Kanunu'nda ayrıca düzenlenmesi gerekliliği vardır.<sup>84</sup> Söz konusu tartışma bir yana, tipikliğin gerçekleşmesi halinde Kanun'da düzenlenen hakaret (m. 185), kötüleme (m. 186), iftira (m. 187), konuşmanın gizliliğini ihlal (m. 201), resim çekmek suretiyle özel hayatın gizli alanını ihlal (m. 201a), ısrarlı takip (m. 238), tehdit (m. 241), şantaj (m. 253), cebir tasviri (m. 131) gibi suçlardan sorumluluk ortaya çıkabilir.<sup>85</sup> Nitekim bağımsız bir suç gerekliliği görmeyen yazarlar, mevcut suç tiplerinin yeniden düzenlenmesinin yeterli olduğunu belirtmektedirler.<sup>86</sup> Alman kanun koyucusu da siber zorbalık eylemlerine cevap vermek amacıyla Kanun'un 201a. maddesinde, resim çekmek suretiyle özel hayatın gizli alanının ihlal edilmesini de suç kapsamına almıştır.<sup>87</sup>

İsviçre Ceza Kanunu, siber zorbalığa ilişkin özel düzenleme içermez. Öğretide böyle bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı, özellikle gençleri tehdit eden klasik siber zorbalık şekillerinin Kanun'da çeşitli hükümlerde suç olarak düzenlendiği ifade edilmiştir.<sup>88</sup> Bu bağlamda ilgilinin, İsviçre Ceza Kanunu'nda yer alan tehdit (m. 180), cebir (m. 181), hakaret (m. 173), iftira (m. 174), sövme (m. 177) gibi suçlardan sorumluluğuna gidilebilir. Yine eylemin içeriğine bağlı olarak cinsel suçların gündeme gelmesi de mümkündür.

### 3. Siber Zorbalığın Türk Ceza Kanunu Açısından Değerlendirilmesi

Siber zorbalık, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, kimi hallerde çevrimiçi ortamda gerçekleştirilen bu tür saldırıların cezalandırılması söz konusu olabilir. Özellikle hakaret, tehdit, şantaj, kişilerin huzur ve sükunu bozma, cinsel taciz, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme gibi suç tiplerinin dikkate alınması gerekir. Ayrıca belirtelim ki kanun koyucu adı geçen suçların bir kısmında değişikliğe giderek, siber zorbalık kapsamındaki eylemlere uygulanabilecek yaptırımları artırma yoluna

<sup>84</sup> CORNELIUS, Kai, "Plädoyer für einen Cybermobbing-Straftatbestand", Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft: 6, 2014, s. 167.

<sup>85</sup> JÜLICHER, Tim, "Cybermobbing in der Schule", Neue Juristische Wochenschrift, Heft: 39, 2019, s. 2802; KATZER, s. 72, 73;

<sup>86</sup> SCHIEMANN, s. 10.

<sup>87</sup> MüKoStGB - GRAF, § 201a kn. 69.

<sup>88</sup> BRUN, s. 111.



gitmiştir. Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar için öngörülen cezalardaki değişiklikler özellikle dikkat çekmektedir.<sup>89</sup> Bu başlık altında, öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüz suç tiplerine temel hatlarıyla yer verilecektir.

#### a. Hakaret

TCK m. 125 gereğince bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi hakaret suçundan sorumlu tutulur. Siber zorbalığın belki de en yaygın gerçekleştiriliş şekillerinden olan hakaret suçuyla kişilerin şerefının korunması hedeflenmektedir. Baskın durumdaki *düalist* görüşe göre; hakaret suçuyla korunan şerefın normatif ve fiili iki yönü mevcuttur.<sup>90</sup> Bu suç tipiyle bir yandan kişinin kendisine karşı beslediği içsel şerefi, diğer yandan üçüncü kişilerin gözündeki dışsal şerefi koruma altına alınmaktadır.<sup>91</sup> Konumuzu oluşturan siber zorbalığın da hem kişinin öz saygısına hem de toplum içindeki konumuna zarar verdiğine şüphe yoktur.

Pek çok siber zorbalık örneğinin, hakaret suçunun maddi unsurunu oluşturan fiil veya olgu isnadı ya da sövme yoluyla gerçekleştirildiği görülür. Siber zorbalığın yaygın şekillerinden birisi mağdur adına açılan sahte sosyal medya hesaplarında küçük düşürücü veya hakaret içeren paylaşımlarda bulunulmasıdır. Mağdurun aşağılayıcı içerikte montajlanmış fotoğraflarının yayılması buna örnektir.<sup>92</sup> Esasen bu gibi durumlarda siber zorbanın cezai sorumluluğu ortaya çıkacağından sorun teşkil

<sup>89</sup> Söz konusu değişikliğin yapıldığı 6352 sayılı Kanun'un konuya ilişkin gerekçesi şu şekildedir: "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132 nci, 133 üncü ve 134 üncü maddelerinde, özel hayatın gizliliğinin ve haberleşme hürriyetinin ceza hukukunda korunmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu Kanunun bugüne kadarki uygulamasında, belirtilen hakların korunması bakımından öngörülen cezaların yeterli olmadığı yönünde uygulama sonuçları tespit edilmiştir. Söz konusu suçlarda daha etkin şekilde mücadele edilebilmesi bakımından öngörülen maddelerdeki suçların cezaları arttırılmıştır."

<sup>90</sup> TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. B., Seçkin Yay., Ankara, 2020, s. 629; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. B., Adalet Yay., Ankara, 2019, s. 469; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. B., Seçkin Yay., Ankara, 2020, s. 505.

<sup>91</sup> ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 222; BeckOK StGB – VALERIUS, § 185 kn. 2.

<sup>92</sup> KATZER, s. 71.

eden bir nokta bulunmaz.<sup>93</sup> Öyle ki somut olayda aleniyet unsuru mevcutsa TCK m. 125/4 gereğince ceza da artırılacaktır. Daha önce de bahsedildiği üzere siber zorbalığın kamuya açık nitelik taşıması sık görülen bir durum olduğundan pek çok olayda ceza artırımına gidilecektir.

Kanun koyucu, fiil veya olgu isnadının bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olmasını; sövmenin ise bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı oluşturmasını aramıştır. Bu nitelikte olmayan eylemler hakaret suçuna vücut vermez. Bir kimseye yöneltilen söz veya hareketlerin hakaret niteliğinde olup olmadığını belirlerken toplumda geçerli olan örf ve adetleri, eylemin gerçekleştiği koşulları dikkate almak gerekir.<sup>94</sup> Dolayısıyla her ne kadar muhatabında rahatsızlık yaratsa da yakınma, eleştiri,<sup>95</sup> beddua<sup>96</sup> niteliğindeki sözler suç oluşturmaz. Belirtelim ki özellikle internet ortamında yapılan paylaşımları değerlendirirken eşiğin daha yüksekte tutulması gerektiği savunulmuştur.<sup>97</sup> Nitekim sanal dünyanın kendine has bir dil ve üslubunun bu

<sup>93</sup> “Facebook internet sitesinde katılan adına açılmış bulunan sayfalarda katılana yönelik çok sayıda hakaret içerikli ifadenin bulunmuş olması ve 12.04.2011 tarihli oturumda sanığım bu sayfalara giriş yaptığımı kabul etmiş bulunması karşısında; sanığım, katılanlar ... ve ...'ya yönelik olarak ayrı ayrı TCK.nun 244/2 ve katılan ...'ya yönelik TCK.nun 125/1 ve 2. maddelerinde düzenlenen suçları işlediği anlaşıldığı halde mahkumiyeti yerine dosya içeriğiyle uyuşmayan gerekçelerle beraatine karar verilmesi...” Yar. 8. CD., 2013/11654 E., 2014/12272 K., 14.05.2014.

<sup>94</sup> SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. B., Yetkin Yay., Ankara, 2021, s. 307, 308; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 636; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 475.

<sup>95</sup> “İncelenen dosyada, sanığım, haksız olarak kendisine balık çiftliği kurma ruhsatı vermeyen memurlarla ilgili soruşturma izni vermeyen kurul üyeleri hakkında yazdığı dilekçede yer alan “Anayasa, Kanunlar, Yönetmelikler, yargı hukuk hak anlamayan kıyakçı gaspçı zihniyetli icraatçılar hesabım iyi biliyorlar ya sonrası bu bağlamda görevim ülkeme aileme, özür-lülere, inançlarımıza hizmet vermek doğrultusundan konuyu TC makamlarıma arz ederim” biçimindeki sözlerle kamu görevlilerine görevleri nedeniyle hakaret ettiği kabul edilen olayda, sanığım haksızlığa uğradığı kanısıyla eleştiri ve yakınma boyutunda kalan cümlelerinin yukarıda açıklanan gerekçeyle hakaret suçunun öğelerini oluşturmadığı gözetilmeden yetersiz gerekçeyle mahkumiyet hükmü kurulması...” Yar. 4. CD., 2012/16551 E., 2014/2237 K., 28.01.2014.

<sup>96</sup> “Sanığım, sulh ceza mahkemesinde yargılandığı davada karar açıklanırken tanık olarak dinlenen katılanlara söylediği “Şimdi bu polisler eşişer lira geçti değil mi, haram olsun” biçimindeki sözün, hakaret boyutuna ulaşmayan beddua niteliğinde olduğu ve hakaret suçunu oluşturmadığı gözetilmeden, beraat kararı verilmesi gerekirken kanuni olmayan gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesi...” Yar. 4. CD., 2013/268 E., 2014/5727 K., 24.02.2014.

<sup>97</sup> MüKoStGB – REGGE / PEGEL, § 185 kn. 12.

lunduğu unutulmamalıdır. İnternette iletişim kurarken nezaketin ön planda tutulmadığı düşünülürken, mahkemelerin daha esnek davranmasının gerekliliği anlaşılır.<sup>98</sup> Bu bağlamda, kullanılan ifadelerin mümkün olduğunca ağır eleştiri kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Örneğin; Yargıtay benzer nitelikteki ifadeleri kimi zaman eleştiri kapsamında görmekte, kimi zamansa ilgilinin onur, şeref ve saygınlığını rencide etmeye yeterli saymaktadır.<sup>99</sup> Bu gibi olayların internet üzerinden tekrarlanarak gerçekleştirilmesi hallerinde dahi esnek olmak ceza hukukunun son çare olma özelliğine daha uygun düşer.

Görüldüğü üzere, hakaret suçu siber zorbalık şekillerinin belirli bir kısmını cezalandırabilir kılmaktadır. Hakaret oluşturmamakla birlikte yöneldiği kişide rahatsızlık yaratan kimi eylemlerin sürekli olarak, farklı vasıtalarla tekrarlanması olasıdır. Örneğin; kişiye sövme teşkil etmeyen lakaplar takmak ve bunu internette sıklıkla paylaşmak hakaret kapsamında değerlendirilemez. Şartlarının oluşması halinde kişilerin huzur ve sükunu bozma suçunu değerlendirmek mümkündür.<sup>100</sup>

### b. Kişilerin Huzur ve Sükunu Bozma

TCK m. 123'e göre; sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması durumunda kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan sorumluluk ortaya çıkar. Kanun koyucunun seçimlik olarak yer verdiği telefon etme, gürültü yapma ve hukuka aykırı başka bir davranışta bulunma hareketlerinden

<sup>98</sup> DOERBECK, Caprice, Cybermobbing: Phänomenologische Betrachtung und strafrechtliche Analyse, Duncker & Humblot, Berlin 2019, s. 146, 147.

<sup>99</sup> Şu iki karar Yargıtay'ın çelişkili tutumuna örnek olarak gösterilebilir;

*"Sanığın, bir internet sitesinde yer alan ve katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek mahiyetteki "cahil, yobaz" ifadeleri nedeniyle, hakaret suçunun oluştuğunun anlaşılması karşısında..." Yar. 4. CD., 2013/11461 E., 2014/8542 K., 20.03.2014.*

*"İnceleme konusu somut olayda; mahkemece, sanık ...'in katılan ...'e hitaben söylediği "gerici yobazlar" şeklindeki sözleri nedeniyle sanık hakkında hakaret suçundan mahkûmiyet kararı verildiğinin anlaşılması karşısında; kaba söz ve ağır eleştiri niteliğindeki sözlerin, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından, sanığın hakaret suçundan beraati yerine mahkûmiyetine hükmedilmesinin, hukuka aykırı olduğu anlaşılmıştır." Yar. 18. CD., 2017/373 E., 2017/ 1182 K., 06.02.2017.*

<sup>100</sup> Aynı yönde bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 637.

birisinin ısrarlı şekilde yapılması gerekmektedir. O halde, hareketin yöneldiği kişi rahatsızlık duysa bile, tek bir kez gerçekleştirilen hareketler bu suçu oluşturmaz.<sup>101</sup> Nitekim ısrar unsuru siber zorbalık bakımından da genellikle karşımıza çıkan bir noktadır. Mağdura tekrar tekrar aynı mesajların gönderilmesi, sosyal medyadan çok sayıda paylaşım yapılması buna örnektir. Bunun yanında, bir kez gerçekleştirilen eylemlerin de siber zorbalık oluşturabileceği ifade edilmektedir. Nitekim mağduru komik durumda gösteren bir görselin internette paylaşılması tek bir hareket olmakla birlikte, farklı kişiler söz konusu görsele baktıkça tekrarlanan bir mağduriyet mevcuttur. Görüldüğü üzere, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu her türlü siber zorbalık şeklini karşılayamamaktadır.

Israrlı şekilde gürültü yapılması siber zorbalık oluşturmamakla birlikte, diğer seçimlik hareketlerin devamlı icra edilmesi siber zorbalıkla örtüşebilir. Örneğin; mağdurun üçüncü bir kişiymiş gibi tekrar tekrar aranması halinde siber zorbalığın TCK m. 123 kapsamında cezalandırılması mümkündür. Belirtelim ki uygulamada telefon etmek, kısa mesaj göndermeyi de içerecek şekilde yorumlanmaktadır. Yargıtay, birden fazla mesaj atılmasıyla da suçun işlenebileceğine hükmetmektedir.<sup>102</sup> Dolayısıyla siber zorbalıkta sıklıkla karşımıza çıkan mesaj atma şeklindeki hareketler ısrarlı şekilde gerçekleştirildiğinde cezalandırılabilir.

Kanun koyucu bir kişiye karşı hukuka aykırı başka davranışların ısrarla gerçekleştirilmesini de suç olarak düzenlenmiştir. Uygulamada ve öğretide, mağdurun araçla takip edilmesi,<sup>103</sup> kapı ziline farklı zaman-

<sup>101</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 489; KOCASAKAL, Ümit, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123)", Ankara Barosu Dergisi, C. 2, 2015, s. 134.

*"Sanığın, suç tarihinde, kendisini şikayet eden müştekiler D. Ö. ve G. A.'ın kapılarını çalması, ancak açmamaları üzerine balkona çıkarak hakaret etmesi şeklinde gelişen olayda, TCK'nın 123. maddesindeki "süreklilik" unsuru gerçekleşmediği gibi "sırf huzur ve sükunu bozma" kastıyla hareket ettiği sabit olmamasına karşın..."* Yar. 4. CD., 2013/30598 E., 2014/32745 K., 12.11.2014.

<sup>102</sup> *"Sanığın katılanın telefonuna birden fazla mesaj atarak gerçekleştirdiği eylemlerinin, TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun "ısrar" ögesini oluşturması karşısında..."* Yar. 18. CD., 2015/12527 E., 2015/13772 K., 17.12.2015. Yargıtay'ın yorumunun kanunilik ilkesini zedelediği yönünde bkz. KOCASAKAL, s. 119.

<sup>103</sup> *"Mahkemece, müştekinin çocuğu ile sağlık ocağına gittiği sırada şüphelinin içinde bulunduğu araç ile kendisini takip ettiği, sağlık ocağında yaklaşık 20 dakika kadar kalıp çıktığında da kapı önünde beklediğini gördüğü ve yine araçla peşinden geldiği, müştekinin durumu*

larda ve birden çok kez çalınması,<sup>104</sup> önde giden aracın şoförünü rahatsız etmek amacıyla sürekli selektör yapılması<sup>105</sup> bu kapsamda değerlendirilmiştir. Nitekim siber zorbalık kapsamında süreklilik arz eden kimi eylemler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin; iletişim araçlarını devamlı kullanarak bir kimsenin rahatsız edilmesi siber zorbalık oluşturur ki böyle bir eylemin huzur ve sükunu bozma suçuna vücut vereceğine şüphe yoktur. Mağdura devamlı olarak şiddet içerikli resimler gönderilmesi, kavgaya kışkırtmaya yönelik provokatif e-postalar atılması cezalandırılabilir.

Siber zorbalığın süreklilik göstermesi gerekmediği gibi bu eylemlerin belirli bir saikle gerçekleştirilmesi de şart değildir. Gerçekten de eğlence gibi amaçlarla siber zorbalığa başvurulabileceği gibi hiçbir sebep olmaksızın zorbalık uygulanması da mümkündür. Halbuki kişilerin huzur ve sükununun bozulması suçu ancak özel kastla işlenebilir.<sup>106</sup> Siber zorbalık ısrarlı şekilde gerçekleştirilse dahi özel kast ispat edilmediği sürece kişinin bu suçtan sorumluluğuna gidilemez.

### c. Tehdit

Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişinin, TCK m. 106 gereğince cezai sorumluluğu ortaya çıkar. Suçun malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından ya da sair bir kötülük yapacağından bahisle işlenmesi de mümkündür. Anlaşıldığı üzere kanun koyucu tehdidin yönelebileceği hukuki değerler bakımından bir sınırlamaya gitmemiş, suça konu bazı hukuki değerleri yapılacak kovuşturma ve verilecek ceza bakımından özellikle dikkate

---

*haber vermek için eşinin iş yerine yöneldiği halde şüphelinin takibine devam ettiğini ve iş yerine girince şüphelinin de aracını park ettiği, durumu eşine anlatması ve eşinin isteği üzerine caddeye çıkıp yürüdüğünde şüphelinin yeniden aracını çalıştırıp takibe geçtiği oluşu uygun olarak kabul edilmiş ve açıklanan eylemin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğuna ilişkin vasıflandırmanın doğru olduğu anlaşıldığından...*" Yar. 14. CD., 2012/8472 E., 2014/1008 K., 28.01.2014.

<sup>104</sup> Yar. 4. CD., 2017/5261 E., 2018/1580 K., 25.01.2018.

<sup>105</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 491.

<sup>106</sup> "Sanığın, katılanı birçok kez aradığını kabul ederek evlilikle ilgili konuştuklarını savunması, HTS kayıtlarından da konuşmaların uzun süreli olduğu ve şikayet tarihinden sonra da konuşmaların devam ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın "sırf huzur ve sükunu bozma" özel kastıyla hareket edip etmediği açıklanmadan mahkumiyet kararı verilmesi..." Yar. 4. CD., 2013/34405 E., 2014/9725 K., 27.03.2014.

almıştır.<sup>107</sup> Hayata, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik yapılacak belirtilen saldırının ağır olup olmamasının önemi yoktur. Öte yandan, malvarlığına yönelik gerçekleştirileceği söylenen saldırının büyük olması aranmıştır. Kanun koyucu saldırı tehdidinin yönelebileceği diğer hukuki değerler bakımındansa böyle bir ayrıma gitmemiştir. Bu bağlamda, kişinin şerefine, özel hayatına yöneltilen tehditler başkaca bir suçu oluşturmaması durumunda bu kapsamda değerlendirilir.<sup>108</sup> En son andığımız bu değerlerin özellikle karşımıza çıkması olasıdır; zira siber zorbalık senaryolarında kişilerin onuruna, kişiliğine yönelik saldırı bildirimlerine sıklıkla başvurulur.

Siber zorbalığın somut olayın koşullarına göre tehdit suçunun unsurlarını oluşturması mümkündür. Elektronik iletişim araçlarını sıklıkla kullanarak mağduru rahatsız / tehdit etmek önemli bir siber zorbalık şeklidir<sup>109</sup> ve TCK kapsamında cezalandırılabilir.<sup>110</sup> Siber zorbalığın anonimlik özelliği, bu eylemlerin tehdit suçunu oluşturması halinde daha ağır şekilde cezalandırılmalarına da kapı açar. Nitekim TCK m. 106/2-c gereğince suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle işlenmesi halinde cezada artırma gidilir. Daha önce de vurgulandığı üzere, zorbarlar sıklıkla sanal dünyanın sağladığı avantajdan faydalanarak gerçek kimliklerini saklamaktadırlar. Neticede tehdit suçunun unsurlarının oluşması halinde siber zorbalığın daha da ağır şekilde cezalandırılması olasıdır. Yine, yeni bir siber zorbalık şekli olduğu belirtilen “dolaylı tehdit”ler<sup>111</sup> de bu nitelikli hal kapsamında cezalandırılabilir. Zorbanın mağdurun göreceği bir internet sayfasına isimsiz şekilde tehdit mesajı yazması bu tür tehdidin klasik bir örneğidir.

Tehdit suçunun oluşması için tehdide konu hukuki değerın zarara sokulması gerekmez; zararın gerçekleştirilme olasılığının bulunması

<sup>107</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 512, 513.

<sup>108</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 399.

<sup>109</sup> BRENNER / REHBERG, s. 67.

<sup>110</sup> “07/09/2010 tarihli tutanakla tespit edilen ve sanık tarafından katılana gönderildiği anlaşılan, “harbiden ölümü hakediyorsun”, “sana ömrüm boyunca varlığını hissettirecem, pişman olacaksın karşıma çıktığıma”, “listemin en baş sırasındasın” şeklindeki mesajların tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, “her türlü şüpheden uzak delil elde edilemediği” biçimindeki yasal olmayan ve yerinde görülmeyen gerekçeyle sanığım beraatine karar verilmesi...” Yar. 4. CD., 2013/2963 E., 2014/31770 K., 04.11.2014.

<sup>111</sup> LANGOS, s. 64.

yeterlidir. Belirtelim ki hukuki değere yönelen zarar bildiriminin belirli bir ağırlığa ulaşmış olması aranır. Öğretideki genel kanaate göre, tehdidin ciddiyetini belirlerken objektif bir ölçütten hareket edilmelidir.<sup>112</sup> Dolayısıyla tehdidin mağdur üzerinde etkide bulunup bulunmadığına değil, ortalama bir kişinin bu bildirimini nasıl algılayacağına bakılmalıdır. Mağdur, failin yönelttiği tehditten etkilenmemiş olsa dahi suç oluşur.<sup>113</sup> Bu durumun aksine, mağdurun objektif bakımdan elverişli olmayan zarar bildiriminden etkilenmesi suçun oluşmasını sonuçlamaz. Konumuz bakımından, objektif olarak muhatabını etkilemeye elverişli olmayan siber zorbalık fiillerinin gerçekleştirilmesi mümkündür ki bu eylemler tehdit kapsamında değerlendirilemez. Örneğin; mağdurun sanal dünyada dışlanması, yalnız bırakılması siber zorbalık şekillerinden bir tanesidir. Buna göre, zorba ya da zorbalar sistemli şekilde mağdurun sosyal medya hesaplarını kapattırabilir, bu hesapları verimli şekilde kullanmayı engelleyebilirler. Bu gibi durumlarda kişinin tüm hesaplarının kapatılacağı, internette rahat verilmeyeceği gibi tehditlerde bulunulması objektif olarak mağduru etkilemeye elverişli olmadığından suçun oluşmayacağını düşünüyoruz.

#### d. Cinsel Taciz

TCK m. 105'te bir kişiyi cinsel amaçlı olarak taciz edenin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Madde metninde hangi eylemlerin cinsel taciz kapsamına gireceği belirtilmemiştir. Kanun koyucu gerekçede, "*cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir*" ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla cinsel tacizi, cinsel saldırıdan farklı kılan nokta suçun vücut bütünlüğünü ihlal etmeyen davranışlarla işlenmesidir.<sup>114</sup> Bu bağlamda, cinsel ilişki teklif etmek, cinsel organını göstermek, cinsel içerikli el kol hareketleri yapmak cinsel taciz suçuna vücut verir.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 514; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 406. Aksi yönde bkz. EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III, Özel Hükümler, 3. B., Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s. 254.

<sup>113</sup> SOYASLAN, s. 282; HEGHMANN, Michael, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil, Springer-Verlag, Berlin, 2009, s. 194.

<sup>114</sup> TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. B., Seçkin Yay., Ankara 2017, s. 411.

<sup>115</sup> YOKUŞ SEVÜK, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. B., Adalet Yay., Ankara, 2019, s. 183.

Siber zorbalığın kimi durumlarda cinsel bir içerikle gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu gibi hallerde, vücut dokunulmazlığının ihlali de söz konusu olmadığından cinsel taciz suçunun değerlendirilmesi gerekir. Özellikle *sexting* olarak adlandırılan eylemler bu bağlamda değerlendirilebilir. *Sexting* öz bir ifadeyle, “cinsel anlam içeren görsellerin yayılması” olarak tanımlanabilir.<sup>116</sup> Mağdura, çıplaklık içeren fotoğraf ya da videoların elektronik iletişim araçlarıyla gönderilmesi halinde *sexting* mevcuttur. Esasen bu gibi durumlarda eylemin daha ağır şekilde cezalandırılması söz konusudur; zira elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanılması cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kaldı ki elektronik ortamda gerçekleştirilen cinsel tacizin ispatı kimi hallerde kolaylık gösterebilir. Örneğin; e-posta veya SMS yoluyla cinsel tacizde bulunduğu fail geride iz bırakmış olmaktadır.

Suçun ancak cinsel amaçlı davranışlarla işlenmesi mümkündür. Cinsel amaç gütmeyen, cinsel bir içeriği bulunmayan eylemler ısrarlı şekilde gerçekleştirilse dahi cinsel tacize vücut vermez.<sup>117</sup> Bu bağlamda arkadaşlık teklifinde bulunmak, yemeğe davet etme, çiçek göndermek gibi davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturmaz.<sup>118</sup> Anılan nitelikteki davranışların iletişim araçlarının kullanılarak gerçekleştirilmesi oldukça kolaydır. Süreklilik unsurunun bulunması halinde yukarıda tartışılan kişilerin huzur ve sükunu bozma suçundan ceza verilmesi söz konusu olabilir.

#### e. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar

Siber zorbalık vakalarında, TCK'nın “Kişilere Karşı Suçlar” kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”ın birden fazlası karşımıza çıkabileceğinden, bu suçları aynı başlık altında incelemek istiyoruz. Özellikle fotoğraf, video, ses kaydı gibi materyallerin elektronik iletişim araçları yoluyla kolaylık-

<sup>116</sup> BETTS, s. 20.

<sup>117</sup> KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 379; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 395.

<sup>118</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 489.

Yargıtay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır: “Sanığım ilgi duyduğu ve arkadaşlık yapmak istediği katılanı değişik zamanlarda telefon ile aramak, mesaj göndermek, mektup yazmak ve katılanın başka birisi ile evleneceğini bilmesine rağmen “Sevgililer Gününde” katılanın çalıştığı okula çiçek göndermekten ibaret eylemlerinin, TCK'nın 105/1. maddesine uyan cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan hüküm kurulması...” Yar. 18. CD., 2015/12132 E., 2016/1087 K., 20.01.2016.



la yayılması mümkün olduğundan bu bölümde düzenlenen suç tipleri sıklıkla karşımıza çıkabilir. Yine kişisel bilgilerin, verilerin ele geçirilmesi ve internet ortamında yayılması olası bir senaryodur. Söz konusu vakalarda, gerçekleştirilen eylemlerin pek çoğunun TCK kapsamındaki çeşitli suçlara vücut verdiği görülebilir.

Kanun koyucu, TCK m. 132 vasıtasıyla haberleşmenin gizliliğini koruma altına almıştır. Haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi siber zorbalığın görünüm şekillerinden bir tanesidir<sup>119</sup> ve tipikliğin gerçekleşmesi halinde cezalandırılması mümkündür. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında korunan “haberleşme” bir vasıta aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimi ifade eder.<sup>120</sup> Nitekim günümüzde elektronik iletişim araçları<sup>121</sup> bireyler arası ilişkide en önemli unsurlardan birisini teşkil etmektedir. Kanun koyucu haberleşmenin gizliliğinin ihlalini tek başına cezalandırılabilir kılmış olsa da konumuz bakımından esas olan haberleşme içeriklerinin ifşasıdır. Öncelikle iki kişi arasında gerçekleştirilen haberleşme içeriklerinin fail tarafından hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi söz konusu olabilir. Haberleşmenin taraflarından birisini ya da tamamını küçük düşürmeye yönelik bu eylemlerin siber zorbalık oluşturduğuna şüphe yoktur. Yine m. 132/3 kapsamında siber zorbanın kendisinin taraf olduğu haberleşme içeriklerini ifşa etmesi de suç oluşturmaktadır ki kanun koyucu bu ifşanın aleni olmasını aramıştır. Özellikle *flaming* ve *outing* olarak tabir edilen siber zorbalık hallerinde, alenen ifşanın bulunması şartıyla ilgilinin cezai sorumluluğuna gidilebilir. Bu hallerden ilkinde tartışma ortamı yaratıp mağduru kızdırmak için özellikle provokatif bir üslup kullanılmakta, mağdurla alay edilmektedir. *Outing* durumunda ise fail kendisinde kalacağı inancıyla paylaşılan kısa mesaj, e-posta gibi içerikleri ifşa etmektedir. Yine özellikle duygusal ilişkilerde intikam almak amacıyla yapılan haberleşme içeriklerinin ifşası da bu bağlamda karşımıza çıkabilir.<sup>122</sup> Dolayısıyla

<sup>119</sup> DÜLGER, s. 528.

<sup>120</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 549.

<sup>121</sup> 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 3/1-h’ye göre; “Elektronik haberleşme: elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını” ifade eder.

<sup>122</sup> “Dosya içeriğine ve saniğın ikrara ilişkin beyanlarına göre, saniğın, 8 yıl birliktelik yaşayarak yaklaşık 1 yıl önce ayrıldığı erkek arkadaşı olan katılan ile birliktelikleri döneminde yaptığı özel telefon konuşmalarını, rızasına aykırı olarak cep telefonu ile kayda alıp temyiz dışı sanık ...’in sahibi olduğu internet sitesinde yayımlatarak ifşa etmesi şeklinde gelişen eyle-

bu şekilde gerçekleştirilen haberleşme içeriklerinin özellikle internet yoluyla yayılması ve mağdurun aşağılanması mümkündür.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu vasıta kullanmak suretiyle işlenebileceğinden, m. 133'te düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun konusunu, araya bir vasıta girmeksizin yüz yüze gerçekleştirilen iletişim oluşturur.<sup>123</sup> Siber zorbalığın ziyadesiyle iletişim araçları aracılığıyla gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, 133. maddede düzenlenen bu suçun gerçekleşmesi daha zayıf bir ihtimaldir. Gerçekten de zorbalık genellikle e-posta içeriklerini, özel mesajlaşmaları yaymak gibi eylemlere başvurmaktadır. Ne var ki istisnai olarak, m. 133/3'te düzenlenen kayda alınan aleni olmayan konuşmaların ifşa edilmesi suretiyle siber zorbalıkta bulunulması da mümkündür.

Siber zorbalık senaryolarının pek çoğunda mağdurun kişisel verilerinin ele geçirilmesi, üçüncü kişilere verilmesi ya da yayılması söz konusudur. En sık karşımıza çıkan, mağdur adına sahte sosyal medya hesabı açarak kişisel bilgileri paylaşmak gibi vakalar bunun en tipik örnekleridir. Açılan sahte hesap üzerinden sanki mağdura aitmiş gibi paylaşımlar yapıldığı görülmektedir. *Masquerading* olarak adlandırılan bu tür siber zorbalıkta, yapılan paylaşımlar yoluyla mağdurun çevresindeki imajının sarsılmasına neden olunmaktadır. Normalde mağdurun yapmayacağı şekilde insanlara hakaret ederek, küçük düşürücü paylaşımlar yaparak insanlarla olan ilişkisinin bozulmasına yol açılır. Nitekim mağdurun verilerini ele geçirerek sahte hesap açmak, internette mağdurun kişisel bilgilerini yayacak şekilde eylemlerde bulunmak m. 136'da düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturur.<sup>124</sup>

---

*minde; kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini, diğer tarafın rızası olmaksızın belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda ifşa eden sanığın eyleminin, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğundan...*" Yar. 12. CD., 2013/26013 E., 2014/10209 K., 28.04.2014.

<sup>123</sup> GÖKTÜRK, Neslihan, "Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu (TCK m. 133)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 24, 2016, s. 154.

<sup>124</sup> "Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın, daha önce mesai arkadaşı olan ve tek taraflı duygusal ilgi duyduğu katılanın isim, soyisim, elektronik posta adresi ve iş yeri bilgileri ile katılanın çalıştığı iş yerindeki resmi internet sayfasından elde ettiği katılana ait fotoğrafı kullanarak, evlilik sitesinde katılan adına profil düzenlediği, bu profili gören kişilerin katılana arkadaşlık isteği göndermesi üzerine katılanın durumdan haberdar olduğu olayda, katılan beyanı ve tüm dosya kapsamından sanığın üzerine atılı eylemin sabit olduğu anlaşıldığından"

TCK m. 134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, Kanun'un bu bölümünde düzenlenen diğer suçlara göre genel norm niteliği taşır.<sup>125</sup> O halde, bu bölümde düzenlenmiş suç tiplerinden birisinin gerçekleşmesi halinde genel norm niteliğindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçu geri çekilir. Bu bölümdeki diğer maddelerin uygulanmadığı durumlarda siber zorbalık eylemlerinin de bu bağlamda cezalandırılması söz konusu olabilir. Özellikle *happy slapping* gibi siber zorbalık şekillerinin özel hayatın gizliliğini ihlal kapsamında cezalandırılması düşünülebilir. Bu siber zorbalık türünde, tanıklardan birisi video kaydı alırken saldırganın mağdura yaklaşım tokatlaması / tartaklaması söz konusudur. Mağdurun bu şekilde küçük düşürüldüğü videolar internete yüklenmekte ve kısa sürede on binlerce insan tarafından izlenebilmektedir. Daha ziyade ergenler arasında gerçekleşen bu tür vakaların bir benzerini Yargıtay özel hayatın gizliliğini ihlal kapsamında değerlendirmiş, olayda şikâyet şartı gerçekleşmediğinden düşme kararı verilmesi gerektiğini belirlemiştir.<sup>126</sup>

---

*dan, sanık hakkında, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden...*" Yar. 12. CD., 2016/296 E., 2016/8375 K., 11.05.2016.

*"Sanık ...'ın, mağdur .. ile resmi nikahlı eşi olan tanık ..'in birbirlerine gönderdikleri mesajları ve elektronik iletileri okuyup, her ikisi arasındaki duygusal yakınlamayı ve arkadaşlık ilişkisini öğrenmesi üzerine, mağdura tepki olarak, onun bilgisi ve rızası dışında, mağdurun adını ve soyadını taşıyan sahte facebook hesabı açıp, mağdurun günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği bir resmini, bu hesapta yayımlaması şeklinde sübut bulan eyleminde, ad, soyad ve resim gibi mağdura ait kişisel verileri, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle başkalarının görgüsüne sunmasından dolayı üzerine atılı TCK'nın 136/1. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun yasal unsurlarının oluştuğu gözlemlenmeden"* Yar. 12. CD., 2015/4006 E., 2015/18748 K., 02.12.2015.

<sup>125</sup> YOKUŞ SEVÜK, s. 265; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 550; GÖKTÜRK, s. 190.

<sup>126</sup> *"Suça sürüklenen çocuk ...'ın, mağdurun kavga anını cep telefonuna kaydetme eyleminin TCK'nın 134/1. maddesinin ikinci cümlesini, suça sürüklenen çocuk ...'ın, bu görüntüleri internette yayımlama eyleminin ise aynı kanununun 134/2. maddesindeki suçları oluşturduğu, ancak suça sürüklenen çocuklara isnat edilen TCK'nın 134. Maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun, aynı Kanun'un 139/1. maddesi uyarınca soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olduğu, mağdurun 15 yaşından küçük olduğu, mağdurun kanuni temsilcisi olan annesi ...'in 09.05.2013 tarihli kolluk beyanında kimseden davacı ve şikâyetçi olmadığını beyan ettiği, sonraki aşamalarda şikâyetçi olduğunu beyan eden katılan ...'in, şikâyetten vazgeçmeden vazgeçmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, suça sürüklenen çocukların müdafilerinin açıkça şikâyetten vazgeçmeye karşı koymadığı da nazara alınarak, şikâyet koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle suça sürüklenen çocuklar hakkındaki davanın ayrı ayrı düşmesine karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı*

## D. SİBER ZORBALIĞIN BAĞIMSIZ BİR SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Siber zorbalığa karşı ceza hukuku müdahalesinin gerekliliğine yönelik farklı görüşler ileri sürülmüştür. Nitekim bu fikirler doğrultusunda ceza hukukuna doğrudan başvurulduğu gibi yalnızca zararın tazmini seçeneğinin değerlendirildiği de gözlenebilir.<sup>127</sup> Örneğin; hakaret ABD'nin pek çok eyaletinde suç değil haksız fiildir. Öte yandan, yalnızca tazminat hukukunun devreye sokulmasının ceza hukukundaki kadar etki yaratmasının mümkün olmadığı, her siber zorbalık formunda tazmin seçeneğinin kullanılmayacağı haklı olarak ifade edilmiştir.<sup>128</sup> Her ne kadar hakaret gibi eylemleri suç olmaktan çıkarma yönünde bir eğilim bulunsa da elektronik ortamda gerçekleştirilen hakaret, sövme fiillerinin ceza hukuku alanında tutulmaya devam edilmesinde fayda vardır.<sup>129</sup> Siber zorbalık kapsamındaki davranışların gerçekleştirilmesi kolay olduğu kadar etkileri daha uzun süreli olabilmektedir. Örneğin; internette yayılan bir metin, video ya da ses kaydı derhal kaldırılamamakta, erişimin önü kesilene kadar belirli bir süre geçmektedir. Halihazırda pek çok devlet, siber zorbalığa karşı bir şekilde ceza hukuku müdahalesine başvurabilmektedir. Buraya kadar gösterildiği üzere, böyle bir müdahale yeni bir suç tipi yaratılması şeklinde olabileceği gibi mevcut ceza hukuku normlarından faydalanılması şeklinde de olabilir. Bu başlık altında öğretilerde savunulduğu gibi bağımsız bir suç tipine gerek bulunup bulunmadığı konusu tartışılacaktır.

Kişide rahatsızlık yaratan hemen her türlü söylemin, davranışın ceza hukuku alanına taşınması ifade özgürlüğüne ilişkin kaygıların doğmasına sebebiyet verir. Bu bağlamda siber zorbalığı ayrı bir suç olarak kaleme almanın, ifade özgürlüğünden faydalanmayı tehlikeye atabileceğine yönelik çekinceler dile getirilmektedir.<sup>130</sup> Gerek bireylerin ge-

---

*şekilde suça sürüklenen çocukların beraatine karar verilmesi...*" Yar. 12. CD., 2014/16728 E., 2015/1677 K., 02.02.2015.

<sup>127</sup> Hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik eğilime yönelik karşılaştırmalı açıklamalar için bkz. KOCAOĞLU, Serhat Sinan, Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 447 vd.

<sup>128</sup> SUMRALL, s. 1496, 1497.

<sup>129</sup> Aynı yönde bkz. LIDSKY / GARCIA, s. 720.

<sup>130</sup> SUMRALL, s. 1481; CAMPBELL, Marilyn / ZAVRSNIK, Ales, "Should Cyberbullying be Criminalized?", in Cyberbullying through the New Media: Findings from an International Network, Ed. SMITH, Peter K. / STEFFGEN, Georges, Psychology Press, Hove, 2013, s. 74.

rekse toplumların gelişimi bakımından hayati önemi haiz olan bu hakkın korunmasında hassas davranılması elzemdir. Nitekim, yeni ve değişik fikirlerin ifade edilmesinin önü açıldığında hem kişilerin kültürel ve iletişimsel gelişimi sağlanır, hem de demokratik bir toplumun inşasına katılım mümkün olur.<sup>131</sup> Yalnızca kabul edilebilir, benzer görüşlere değil, devleti veya toplumun bir kesimini rahatsız veya şoke edebilecek, saldırgan fikirlere de alan açılması gerekir. Ancak bu şekilde demokratik toplum için vazgeçilmez olan çoğulculuk, tolerans, açık fikirlilik gibi etmenler hayata geçirilebilir.<sup>132</sup> İfade özgürlüğüne duyulan bu ihtiyaç, söz konusu hakkın sınırsız şekilde kullanılması anlamı taşımaz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) de şiddete teşvik,<sup>133</sup> nefret söylemi,<sup>134</sup> içeren ifadelerin koruma kapsamında olmadığını altını çizer. Türkiye bakımından değerlendirecek olursak, eleştiri niteliğindeki ifadelerin dahi hakaret suçu kapsamında değerlendirilebildiği görülmektedir. Örneğin; çirkef,<sup>135</sup> lan<sup>136</sup> gibi ifadeler onur, şeref ve saygınlığı rencide edecek nitelikte sayılmıştır. Dolayısıyla kuvvetli bir eleştiri kültürünün mevcut olmadığı Türkiye gibi ülkelerde, her türlü söylem ve eylemin kolaylıkla siber zorbalık kapsamında değerlendirilmesi tehlikesi mevcuttur.

Bilişim suçlarının en temel özelliklerinden birisi bu suçların genellikle uluslararası bir nitelik taşımasıdır. İnternetin sağladığı kolaylıklar sayesinde bilişim suçları rahatlıkla sınır aşan şekilde işlenebilir. Bilişim suçlarının her ülkede farklı şekillerde tanımlanması ise uluslararası iş

<sup>131</sup> TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 8. B., Seçkin Yay., Ankara, 2019, s. 490, 492.

<sup>132</sup> *Handyside / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, para. 49.

<sup>133</sup> *Sürek / Türkiye*, Başvuru No: 26682/95, 08.07.1999, para. 62.

<sup>134</sup> *Vejdeland ve diğerleri / İsveç*, Başvuru No: 1813/07, 09.02.2012, para. 54, 55.

<sup>135</sup> Yar. 18. CD., 2015/7206 E., 2015/11494 K., 18.11.2015.

<sup>136</sup> “Olay günü karakola ait araçlar için tahsis edilmiş park yerine aracını park etmek istemesi nedeniyle çevre koruma nöbetçisi olan polis memuru müşteki ile tartışan ve tepkili biçimde aracını patinaj yaptırarak hızlı bir şekilde bulunduğu yerden alarak başka bir yere park edip geri gelen sanığın, karakola girmek istediğinde kendisine nereye gideceğini soran müştekiye hitaben “sana ne lan, sen kimsin, ben istediğim yere gider, istediğim yerden çıkarım, bana kimse karışamaz” şeklinde sözler söylediği, sanığın olumsuz tavrını sözüyle pekiştirdiği, davranışlarının bir bütün halinde görevini yapmakta olan müşteki polis memurunu tahkir etmek amacıyla ve müştekinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek nitelikte olduğundan sövmek suretiyle işlenen, hakaret suçunun yasal unsurlarının oluştuğu kabul edilmelidir.” Yar. CGK, 2014/756 E., 2015/124 K., 21.04.2015.

birliğini oldukça zorlaştırır.<sup>137</sup> Belirttiğimiz bu sorun, siber zorbalık durumunda da karşımıza çıkar. Örneğin; A ülkesindeki zorba, B ülkesinde yaşayan C ülkesi vatandaşına D ülkesindeki sunucu üzerinden siber zorbalıkta bulunabilir. Kimi hallerde suçun işlendiği ülkeler arasında iş birliği sözleşmesi bulunabilir, ancak böyle bir anlaşmanın mevcut olmadığı durumlarda ülkeler arasında koordinasyon sağlanması oldukça güçtür. Kaldı ki siber zorbalık kapsamında değerlendirilen çeşitli eylemler ulusal mevzuatlarda farklı şekillerde suç olarak kaleme alınmıştır. Aynı suç tipleri düzenleme altına alınmış olsa dahi maddi unsurlar bakımından önemli ayrımlar bulunabilir.

Öğretide ifade edilen çekincelerden bir tanesi de kanunilik ilkesine ilişkindir.<sup>138</sup> Esasen kanunilik sorunu yukarıda bahsedilen uluslararası iş birliği konusuyla da yakından ilgilidir. Bilindiği üzere, kanuniliğin getirdiği en önemli güvencelerden bir tanesi de belirlilik ilkesidir. Buna göre, suç oluşturan davranışların ve bunların karşılığında öngörülen yaptırımların neler olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir. Siber zorbalık örneğinde, anılan ilkeye uyum sağlanmasının önünde bir dizi sorun mevcuttur. Her şeyden önce, çalışmamızın girişinde bahsettiğimiz kavram sorunu karşımıza çıkar. Farklı ülkelerden akademisyenler sorunu değişik adlar altında değerlendirmektedirler. İngilizce konuşulan ülkelerde *cyberbullying* olarak adlandırılan siber zorbalık, Almanca kaynaklarda *cyber-mobbing*, İtalyanca kaynaklarda *bullismo virtual* şeklinde anılmaktadır ki bu durum sorunun ilgili ülkenin kültüründeki belirli bir boyutunu dikkate alarak adlandırılmasından kaynaklanır.<sup>139</sup> Her ne kadar bir suçun farklı ülkelerde değişik şekillerde adlandırılması normal bir durum olsa da bu adlandırmanın siber zorbalığı algılama şekillerinden de kaynaklandığını söylemek gerekir. Örneğin; *mobbing* ve *bullying* içerik olarak farklı davranışları karşılamakla birlikte siber zorbalığı tanımlarken kullanılmaktadırlar.<sup>140</sup> Bu durumun, siber zorbalığa ilişkin

<sup>137</sup> DÜLGER, s. 189, 190; ERDOĞAN, s. 90, 91.

<sup>138</sup> BOSTANCI BOZBAYINDIR, s. 442.

<sup>139</sup> CAMPBELL / ZAVRSNIK, s. 74.

<sup>140</sup> "Mobbing'in sözcük anlamı, psikolojik şiddet, baskı, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı vermektir. Mobbing özellikle hiyerarşik bir yapılanmanın olduğu gruplarda, zayıf bir kontrolün olduğu örgütlerde güçlüünün altta kalanlara psikolojik yollardan baskı yapmasıdır... Bullying bir kereden fazla tekrarlayan ve kasıtlı olarak başka birini yaralamak veya zarar vermek amacını taşıyan mağdur ve saldırganın güç eşitsizliğini içeren saldırgan davranıştır." GÜNŞEN İÇLİ, s. 157, 169.

ortak bir paydada buluşulmasını zorlaştırdığını düşünüyoruz. Tüm bunların yanına aynı dil içerisinde dahi birlik sağlamak mümkün olmamaktadır. İngilizce kaynaklarda dahi internet zorbalığı, elektronik zorbalık gibi farklı ifadeler kullanıldığı görülmektedir.

Siber zorbalık çeşitlerinin içeriğini saptarken de belirlilik ilkesinin sağlanmasında güçlükler ortaya çıkabilir. Neticede siber zorbalık elektronik ortamda gerçekleştirilen bir dizi davranışı içeren bir çatı kavramdır.<sup>141</sup> Hangi eylemlerin siber zorbalık oluşturduğuna ilişkin bir uzlaşma mevcut olmadığı gibi, bu eylemlerin içeriğine ilişkin de ortak bir nokta bulunmaz. Konuyu çalışan her yazar siber zorbalık oluşturan davranışları sayarken farklı listeler verir.

Siber zorbalığın bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin önleme bakımından olumlu bir etki yaratması kesin görünmemektedir. ABD’de yapılan bir araştırmaya göre; okullarda zorbalığı önlemeye yönelik düzenlemeler, zorbalık oluşturan eylemlerde yalnızca % 8-12 oranında düşüş sağlamıştır.<sup>142</sup> Dahası ceza tehdidi de zorbalığın azalmasında kayda değer bir etki ortaya koymamıştır. Aksine siber zorbalığın bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesine rağmen bu tür eylemlerin artış gösterdiği gözlemlenebilmektedir. Örneğin; Yeni Zelanda’da siber zorbalığı cezalandırmaya yönelik pek çok kanun yürürlüğe sokulmuş olmakla birlikte, sanal ortamdaki zorba davranışlar artmaya devam etmiştir.<sup>143</sup>

Belirttiğimiz sakıncalar da göz önünde bulundurulduğunda, siber zorbalığın ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin gerekmediğini düşünüyoruz. Öncelikle, siber zorbalık kapsamındaki eylemlerin bir kısmının ceza hukukuna konu edilmesi hatalı olur. Ceza hukukunun *ultima ratio* olması gereği, her türlü yararın korunmasında ceza yaptırımına başvurulması düşünülemez. Örneğin; mağdurun, kasıtlı olarak yapılan aktivitelerin dışında bırakılmasını ifade eden dışlama (*exclusion*) siber zorbalık şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir.<sup>144</sup> Özellikle çocuklar ve ergenler arasında görülen, sosyal yaşamın bir getirisi olan bu tür olumsuzlukların çözümünde dahi ceza hukukuna başvurmak kabul edilemez. Ancak belirli yoğunluğa ulaşmış siber zorbalık şekillerinin cezalandırılması söz

<sup>141</sup> BETTS, s. 9.

<sup>142</sup> SABIA / BASS, s. 496.

<sup>143</sup> FRANCO / GHANAYIM, s. 29.

<sup>144</sup> BETTS, s. 19.

konusu olabilir ki TCK'nın da bu konuda bir noktaya kadar yeterli olduğunu ifade etmek gerekir.

Siber zorbalık kapsamında görülen eylemlerin çoğu halihazırda TCK kapsamında suç olarak düzenlenmiş durumdadır. Hakaret, özel hayatın gizliliği gibi siber zorbalık türü olarak sıklıkla başvuru fiiller nedeniyle ilgililerin cezai sorumluluklarına gidilmesi mümkündür. Öte yandan, gündelik hayatımızın çok büyük kısmını sanal dünyada geçirdiğimiz ve bu dünyanın suç işlemekte belirli avantajlar sağladığı düşünüldüğünde, çeşitli nitelikli hallerin TCK'ya eklenmesi değerlendirilmelidir. Nitekim pek çok ülkede mevcut normların güncellenmesi yolunun tercih edildiği gözlemlenmektedir.<sup>145</sup> Örneğin; cinsel tacizin posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek ceza artırılmaktadır. Böyle bir nitelikli halin hakaret suçuyla, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarına da eklenmesi düşünülmelidir.

Elektronik ortamda gerçekleştirilen zorbalıklar neticesinde özellikle gençler arasında intihar vakalarının yaşandığı bilinmektedir. Yine daha ziyade ergenler arasında gerçekleşen siber zorbalık neticesinde mağdurların okula gitmek istemedikleri ve hatta okulu bıraktıkları görülebilmektedir. Kimi zaman bununla da yetinilmeyip şehir değiştirildiği, yeni bir sayfa açmanın denendiği belirtilmiştir. İşte bu gibi ağır neticeleri de dikkate alacak şekilde belirli suç tiplerine neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin eklenmesi gerekir. Nitekim benzer nitelikte bir yaklaşım belirli suç tiplerinde karşımıza çıkar. Örneğin; TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz. Bu bağlamda, kişilerin huzur ve sükununu bozma, özel hayatın gizliliğini ihlal gibi eylemlerin mağdurların intihara yönelmesine, okulu veya işi bırakmasına yol açması neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenebilir.

Siber zorbalık bahsinde ayrıca değinilmesi gereken konulardan birisi de ısrarlı takiptir. Esasen iki olgu birbirinden farklı olmakla birlikte,

<sup>145</sup> Örneğin; Alman Ceza Kanunu'nun 201a. maddesinde düzenlenen "*resim çekmek suretiyle özel hayatın gizli alanının ihlali*" suçuna eklenen ikinci fıkrayla birlikte, kişinin itibarına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli resminin üçüncü bir kişiye ifşa edilmesi suç olarak düzenlenmiştir.



ısrarlı takip (*stalking*)<sup>146</sup> ve siber zorbalığın kesişmesi mümkündür.<sup>147</sup> Gerçekten de siber ısrarlı takip (*cyberstalking*), ısrarlı takibin işleniş şekillerinden yalnızca birisidir ve siber zorbalık kapsamına girer.<sup>148</sup> Özellikle kadına karşı şiddetle mücadele edilmesi bakımından ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesi gerektiği sıklıkla dile getirilmektedir.<sup>149</sup> Esasen Türkiye’de kadına karşı şiddet olgusunun günden güne arttığı, ısrarlı takibin bu şiddetin önemli bir parçası olduğu düşünüldüğünde böyle bir düzenlemeye olan gereksinim daha net anlaşılabilir. Kanun koyucunun konuya ilişkin düzenlemeye gitmesi halinde, siber zorbalığın bir türü olan siber ısrarlı takibin de önünün kesilmesinde önemli bir adım atılmış olacaktır.

## SONUÇ

İletişim tekniklerindeki ilerlemeye paralel olarak elektronik araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilen saldırgan eylemler çeşitlenmiş ve çoğalmıştır. Öyle ki daha ziyade akranlar arasında görülen zorbalık eylemleri de elektronik bir kimliğe bürünerek mesafe ve zaman tanımaksızın mağdura uygulanabilir noktaya ulaşmıştır. İşte siber zorbalık olarak adlandırılan bu tür saldırganlık şeklinin öznelere de çeşitlidir ve her yaştan / profilden kişinin fail ya da mağdur olarak karşımıza çıkması mümkündür. Öğretmen, öğrenci arasında dahi siber zorbalık ilişkisinin ortaya çıkması mümkündür. Yine küçük bir çocuk bile kolaylıkla dünyanın öteki ucundaki ünlü ve zengin bir kişiye zorbalıkta bulunabilir. Siber zorbalığın bu derece kolaylıkla gerçekleştirilebilmesi ve intihar, okulu bırakma, işten

<sup>146</sup> Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) m. 34 gereğince, “*Taraflar başka bir şahsa yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu şahsı, şahsın kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkâr davranışların cezalandırılmasını temin edecek gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır.*”

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 3-ş’de “*tek taraflı ısrarlı takip*” şeklinde adlandırılan kavram; “*Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve bası altında tutacak her türlü tutum ve davranış*” olarak tanımlanmıştır.

<sup>147</sup> SCHIEMANN, s. 9.

<sup>148</sup> Aynı yönde bkz. SOYGÜT, s. 188.

<sup>149</sup> TANER, s. 422; SOYGÜT, s. 203, 204; DOĞAN, Recep, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2014, s. 153.

ayrılma gibi ağır neticelere yol açması hukuk müdahalesinin gerekliliğine ilişkin tartışmaları ateşlemiştir.

Siber zorbalık konusunda her ülkede farklı yaklaşım benimsendiğini söylemek hatalı olmaz. Özellikle ABD gibi ifade özgürlüğüne daha geniş alan tanınan ülkelerde siber zorbalığın cezalandırılması anlayışının hâkim olduğunu söylemek mümkün değildir. Tazminat hukukunun yanında, okulda gerçekleştirilen zorbalıklar açısından disiplin tedbirlerine başvurulduğu gözlemlenir. Kara Avrupası ülkelerinden siber zorbalığı cezalandırmaya yönelik yaklaşım baskındır. Ancak, bu ülkelerde de genel kanaat, ceza kanunlarındaki düzenlemelere başvurulmasının yeterli olacağı yönündedir. Nitekim Türkiye, Almanya gibi ülkelerde hakaret, özel hayatın gizliliğini ihlal gibi suç tiplerine siber zorbalığın cezalandırılmasında başvurulabilir. Avusturya örneğindeki gibi istisnai hallerde siber zorbalık bağımsız bir suç tipi olarak kaleme alınabilmektedir.

Türkiye özelinde değerlendirmede bulunursak, siber zorbalığa ayrı bir suç olarak yer verilmesinin gerekmediği, TCK'da yapılacak bazı değişikliklerin ve eklemelerin yeterli olacağı söylenebilir. Kaldı ki böyle bir girişimde bulunmak da pratik güçlüklerle gebedir. Kavramın içeriğinin muğlaklığı kanunilik ilkesinin sağlanmasını zorlaştırır. Yine siber zorbalığın sınır aşan boyuta sahip olması da ceza muhakemesi bakımından faile ulaşılması, delillerin elde edilmesi gibi güçlükler yaratır. Bu bağlamda, belirli suç tiplerine cezayı ağırlatıcı nitelikli haller ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller eklemek faydalı olacaktır. Özellikle hakaret suçuyla kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarının elektronik iletişim araçları vasıtasıyla işlenmeleri halinde verilecek ceza artırılmalıdır. Son olarak, hakaret, özel hayatın gizliliğini ihlal gibi suçların alenen işlenmesi mağdurun işini veya okulunu bırakmasına ve hatta intiharına neden olabileceğinden neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal düzenlenmesi düşünülmelidir.

**KAYNAKLAR**

- AKBULUT, Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, 2. B., Adalet Yay., Ankara 2017.
- ARICAK, Tolga / SIYAHHAN, Sinem / UZUNHASANOGLU, Aysegul / SARIBEYOGLU, Sevda / CIPLAK, Songul / YILMAZ, Nesrin / MEMMEDOV, Cemil, "Cyberbullying among Turkish Adolescents", *CyberPsychology & Behavior*, Vol. 11, Iss. 3, 2008, s. 253-261.
- AUER-REINSORFF, Astrid, "Kinderschutz im Internet: Technische Lösungen sowie Informationsangebote an Eltern, Schulen und Kinder", *Familie Partnerschaft Recht*, Heft: 10, 2012, s. 434-437.
- Beck'scher Online Kommentar – StGB, 49. Aufl., C. H. Beck, München 2021. (BeckOK StGB)
- BARUTÇU YILDIRIM, Funda, "Siber Zorbalığın Sonuçları", in *Siber Zorbalık*, Ed. TANRIKULU, İbrahim, Anı Yay., Ankara 2020, s. 210-222.
- BETTS, Lucy R., *Cyberbullying: Approaches, Consequences and Interventions*, s. Palgrave Macmillan, Nottingham, 2016.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah, "Cyberbullying and Criminal Law", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 77, C. 1, 2019, s. 425-450.
- BRENNER, Susan W. / REHBERG, Megan, "'Kiddie Crime'? The Utility of Criminal Law in Controlling Cyberbullying", *First Amendment Law Review*, Vol. 8, 2009, s. 1-85.
- BRUN, Marcel, "Cyberbullying – aus strafrechtlicher Sicht", *Recht*, Heft: 2, 2016, s. 100-111.
- CAMPBELL, Marilyn / ZAVRSNIK, Ales, "Should Cyberbullying be Criminalized?", in *Cyberbullying through the New Media: Findings from an International Network*, Ed. SMITH, Peter K. / STEFFGEN, Georges, Psychology Press, Hove, 2013, s. 65-82.
- CHISHOLM, June F., "Review of the Status of Cyberbullying and Cyberbullying Prevention", *Journal of Information Systems Education*, Vol. 25, Iss. 1, 2014, s. 77-87.
- CORNELIUS, Kai, "Plädoyer für einen Cybermobbing-Straftatbestand", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Heft: 6, 2014, s. 164-167.

- DEHUE, Francine / BOLMAN, Catherine / VÖLLINK, Trijntje, "Cyberbullying: Youngsters' Experiences and Parental Perception", *CyberPsychology & Behavior*, Vol. 11, Iss. 2, 2008, s. 217-223.
- DİLMAÇ, Bülent / AYDOĞAN, Didem, "Parental Attitudes as a Predictor of Cyber Bullying among Primary School Children", *International Scholarly and Scientific Research & Innovation*, Vol. 4, Iss. 7, 2010, s. 1667-1671.
- DOERBECK, Caprice, *Cybermobbing: Phänomenologische Betrachtung und strafrechtliche Analyse*, Duncker & Humblot, Berlin 2019.
- DOĞAN, Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2014, s. 135-154.
- DOOLEY, Julian J. / PYZALSKI, Jacek / CROSS, Donna, "Cyberbullying Versus Face-to-Face Bullying: A Theoretical and Conceptual Review", *Zeitschrift für Psychologie / Journal of Psychology*, Vol. 217, Iss. 4, 2009, s. 182-188.
- DÜLGER, Murat Volkan: *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. B., Seçkin Yay., Ankara, 2020.
- ERDOĞAN, Yavuz, *Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları*, Legal Yay., İstanbul 2013.
- EREM, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. III, Özel Hükümler, 3. B., Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- EROĞLU, Yüksel / GÜLER, Neşe, "Koşullu Öz-Değer, Riskli İnternet Davranışları ve Siber Zorbalık / Mağduriyet Arasındaki İlişkinin İncelenmesi", *Sakarya University Journal of Education*, C. 5, S. 3, 2015, s. 118-129.
- FIRAT, Meryem / AYRAN, Gülsün, "Üniversite Öğrencileri Arasında Sanal Zorbalık", *TAF Preventive Medicine Bulletin*, C. 15, S. 4, 2016, s. 322-329.
- FRANCO, Liat / GHANAYIM, Khalid, "The Criminalization of Cyberbullying Among Children and Youth", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 17, Iss. 2, 2019, s. 1-49.
- GÖKTÜRK, Neslihan, "Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu (TCK m. 133)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 24, 2016, s. 149-198.

- GÖLPEK SARI, Fatma / SEFEROĞLU, Süleyman Sadi, "Ortaokul Öğrencilerinin Sanal Zorbalık Farkındalık Durumları ile Sanal Zorbalık Yapma ve Mağdur Olma Durumlarının İncelenmesi", *Online Journal of Technology Addiction and Cyberbullying*, C. 6, S. 1, 2019, s. 54-77.
- GÜNŞEN İÇLİ, Tülin, *Kriminoloji*, 10. B., Seçkin Yay., Ankara 2019.
- HEGHMANN, Michael, *Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil*, Springer-Verlag, Berlin, 2009.
- JOECKS, Wolfgang / MIEBACH, Klaus, *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 4, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2017.
- JÜLICHER, Tim, "Cybermobbing in der Schule", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft: 39, 2019, s. 2801-2805.
- KATZER, Catarina, *Cybermobbing – Wenn das Internet zur Waffe wird*, Springer-Verlag, Berlin, 2014.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. B., Adalet Yay., Ankara 2019.
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan, *Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu*, Seçkin Yay., Ankara 2019.
- KOCASAKAL, Ümit, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123)", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 2, 2015, s. 109-146.
- KOWALSKI, Robin M. / LIMBER, Susan P., "Electronic Bullying Among Middle School Students", *Journal of Adolescent Health*, Vol. 41, 2007, s. 22-30.
- KOWALSKI, Robin M. / LIMBER, Susan P. / AGATSTON, Patricia W., *Cyberbullying: Bullying in the Digital Age*, Wiley-Blackwell, Malden, 2012.
- KYRIACOU, Chris / ZUIN, Antônio, "Cyberbullying of Teachers by Students on Youtube: Challenging the Image of Teacher Authority in the Digital Age", *Research Papers in Education*, Vol. 31, Iss. 3, 2016, s. 255-273.
- LANGOS, Colette, *Cyberbullying, Associated Harm and the Criminal Law*, University of South Australia 2013 (Yayımlanmamış doktora tezi).

- LIDSKY, Lyriisa / GARCIA, Andrea Pinzon, "How Not to Criminalize Cyberbullying", *Missouri Law Review*, Vol. 77, Iss. 3, 2012, s. 693-726.
- MARK, Lauren / RATLIFFE, Katherine T., "Cyber Worlds: New Playgrounds for Bullying", *Computers in School*, Vol. 28, Iss. 2, 2011, s. 92-116.
- NIXON, Charisse L., "Current Perspectives: The Impact of Cyberbullying on Adolescent Health", *Adolescent Health, Medicine and Therapeutics*, Vol. 5, 2014, s. 143-158.
- ORTEGA, Rosario / ELIPE, Paz / MORA-MERCHAN, Joaquin A. / GENTA, M. Luisa / BRIGHI, Antonella / GUARINI, Annalisa / SMITH, Peter K. / THOMPSON, Fran / TIPPETT, Neil, "The Emotional Impact of Bullying and Cyberbullying on Victims: A European Cross-National Study", *Aggressive Behavior*, Vol. 38, 2012, s. 342-356.
- ÖNDER, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. B., Seçkin Yay., Ankara, 2020.
- PATCHIN, Justin W. / HINDUJA, Sameer, "Bullies Move Beyond the Schoolyard: A Preliminary Look at Cyberbullying", *Youth Violence and Juvenile Justice*, Vol. 4, Iss. 2, 2006, s. 148-169.
- POLAT, Oğuz, *Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar*, 4. B., Seçkin Yay., Ankara 2018.
- PREUß, Tamina, "Erforderlichkeit der Kriminalisierung des Cybermobbings – Sinnvolle Schließung einer Gesetzeslücke oder bloßes Symbolstrafrecht?", *KriPoz*, Heft: 2, 2019, s. 97-104.
- PYZALSKI, Jacek, "From Cyberbullying to Electronic Aggression: Typology of the Phenomenon", *Emotional and Behavioural Difficulties*, Vol. 17, No. 3-4, 2012, s. 305-317.
- RIZZA, Caroline / PEREIRA, Angela Guimaraes, *Social Networks and Cyber-bullying among Teenagers*, Publications Office of the EU, Luxembourg, 2013.

- RODKIN, Philip C. / FISCHER, Karla, "Cyberbullying from Psychological and Legal Perspectives", *Missouri Law Review*, Vol. 77, Iss. 3, 2012, s. 619-640.
- RTÜK, Çocukların Yeni Medya Kullanım Alışkanlıkları ve Siber Zorbalık, Değişim Yay., Ankara 2018.
- SABIA, Joseph J. / BASS, Brittany, "Do Anti-Bullying Laws Work? New Evidence on School Safety and Youth Violence", *Journal of Population Economics*, Vol. 30, 2017, s. 473-502.
- SAVAGE, Matthew W. / TOKUNAGA, Robert S., "Moving toward a Theory: Testing an Integrated Model of Cyberbullying Perpetration, Aggression, Social Skills, and Internet Self-efficacy", *Computers in Human Behavior*, Vol. 71, 2017, s. 353-361.
- SCHENK, Allison M. / FREMOUW, William J., "Prevalence, Psychological Impact, and Coping of Cyberbully Victims Among College Students", *Journal of School Violence*, Vol. 11, 2012, s. 21-37.
- SCHIEMANN, Anja, "Strafbarkeit des Cybermobbings de lege lata und de lege ferenda", *Die Kriminalpolizei*, Nr. 4, 2019, s. 7-10.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. B., Yetkin Yay., Ankara, 2021.
- SOYGÜT, M. Buket, "Kadına Yönelik Dijital Şiddet Biçimi Olarak Siber Stalking", in *Kadın Yazıları*, Ed. YALÇIN, Türkan, Savaş Yay., Ankara 2020, s. 177-211.
- SÖZÜER, Eren, Unutulma Hakkı, On İki Levha Yay., İstanbul 2017.
- SUMRALL, Tiffany, "Lethal Words: The Harmful Impact of Cyberbullying and the Need for Federal Criminalization", *Houston Law Review*, Vol. 53, Iss. 5, 2016, s. 1475-1501.
- TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. B., Seçkin Yay., Ankara 2017.
- TANRIKULU, İbrahim, "Siber Zorbalık ve Kavramsal Konular", in *Siber Zorbalık*, Ed. TANRIKULU, İbrahim, Anı Yay., Ankara 2020, s. 7-22.
- TAŞTEKİN, Ezgi / BAYHAN, Pınar, "Ergenler Arasındaki Siber Zorbalığın ve Mağduriyetin İncelenmesi", *Online Journal of Technology Addiction and Cyberbullying*, C. 5, S. 2, 2018, s. 21-45.

- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. B., Seçkin Yay., Ankara, 2020.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 8. B., Seçkin Yay., Ankara, 2019.
- THOMAS, Hannah J. / CONNOR, Jason P. / SCOTT, James G., "Integrating Traditional Bullying and Cyberbullying: Challenges of Definition and Measurement in Adolescents – a Review", Educational Psychology Review, Vol. 27, Iss. 1, 2015, s. 135-152.
- TOKUNAGA, Robert S., "Following You Home from School: A Critical Review and Synthesis of Research on Cyberbullying Victimization", Computers in Human Behavior, Vol. 26, 2010, s. 277-287.
- UŞAKLIOĞLU, Ahmet Yavuz, Dijital Hukuk, 2. B., Seçkin Yay., Ankara 2021.
- VANDEBOSCH, Heidi / CLEEMPUT, Katrien Van, "Defining Cyberbullying: A Qualitative Research into the Perceptions of Youngsters", CyberPsychology & Behavior, Vol. 11, Iss. 4, 2008, s. 499-503.
- VOGL-BAUER, Sally, "When Disgruntled Students Go to Extremes: The Cyberbullying of Instructors", Communication Education, Vol. 63, Iss. 4, 2014, s. 429-448.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. B., Adalet Yay., Ankara, 2019.
- WILLIAMS, Kirk R. / GUERRA, Nancy G., "Prevalence and Predictors of Internet Bullying", Journal of Adolescent Health, Vol. 41, 2007, s. 14-21.

#### İNTERNET KAYNAKLARI

- StopBullying, "What is Cyberbullying?",  
[www.stopbullying.gov/cyberbullying/what-is-it](http://www.stopbullying.gov/cyberbullying/what-is-it).
- UNICEF, "Cyberbullying: What Is It and How to Stop It?",  
[www.unicef.org/end-violence/how-to-stop-cyberbullying](http://www.unicef.org/end-violence/how-to-stop-cyberbullying).





## TÜRK İŞ HUKUKUNDA UZAKTAN ÇALIŞMA KAPSAMINDA İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNİ SAĞLAMA BORCU

Arş. Gör. Dr. Kübra DEMİR\*

### Öz

Uzaktan çalışma; esasında eskiden beri uygulanan bir çalışma türü olmasına karşın son yıllarda dünyada ve ülkemizde yaygınlık kazanmış ve pandemi süreci ile birlikte daha sık gündeme gelmeye başlamıştır. Uzaktan çalışmada çalışanlar ile işveren arasındaki ilişki iş organizasyonu çerçevesinde bağımlılık ilişkisine dayansa dahi bu kapsamda gerçekleştirilen çalışmalar işyeri dışında gerçekleştirildiğinden işverenin işçi üzerindeki denetim ve yönetim yetkisi diğer çalışma türlerine göre daha zayıftır. İşverenin iş ilişkisi içerisindeki yükümlülüklerinden birisi iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcudur. İşverenin uzaktan çalışma kapsamında çalıştırdığı işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olması konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak işçilerin iş görme edimini işyeri dışında yerine getirmelerinden dolayı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bazı kuralların uygulanmasında güçlük çıkabilmektedir. Bunun yanı sıra uzaktan çalışma esnasında meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarından işverenin sorumlu tutulması için birtakım şartlar aranacaktır. Bu çalışma kapsamında uzaktan çalışma sırasında işverenin, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu ve iş kazası ve meslek hastalıklarından hangi hallerde sorumlu tutulabileceği ele alınmaya çalışılacaktır.

\* Arş. Gör. Dr. Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Sivas, Türkiye | Research Assist., Sivas Cumhuriyet University, Faculty of Law, Department of Labour and Social Security Law, Sivas, Turkey.

✉ koz@cumhuriyet.edu.tr • ORCID 0000-0002-2073-5085

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: DEMİR Kübra, "Türk İş Hukukunda Uzaktan Çalışma Kapsamında İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2501-2543.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Uzaktan Çalışma • Tele Çalışma • Evden Çalışma • İş Kazası ve Meslek Hastalığı • İş Sağlığı ve Güvenliği

## OBLIGATION TO PROVIDE OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY OF THE EMPLOYER WITHIN THE SCOPE OF REMOTE WORKING IN TURKISH LABOR LAW

### Abstract

Remotework is an ancient type of study, it has become widespread globally and in our country in recent years. This type of work has started to come to the fore more frequently with the pandemic. The relationship between remote workers and the employer is based on dependency within the framework of the work organization. However, since the works carried out in this context are carried out outside the workplace, the employer's control and management authority over the worker is weaker than other types of work. One of the employer's obligations in the business relationship is the obligation to provide occupational health and safety within the scope of the obligation of protecting and observing the worker. There is no hesitation about the employer's obligation to ensure workers' occupational health and safety within the scope of remote work. However, because the workers perform their job outside the workplace, it may be difficult to apply some occupational health and safety rules. In addition, will seek certain conditions to hold the employer responsible for work accidents and occupational diseases during remote work. Within the scope of this study, it will be tried to deal with the employer's obligation to ensure occupational health and safety during remote work, and in which cases the employer can be held responsible for work accidents and occupational diseases, and will briefly mention the legal sanctions of the employer's violation of this obligation.

### Key Words

Remote Work • Tele Work • Home Work • Occupational Accidents and Professional Diseases • Occupational Health and Safety

## GİRİŞ

İş hukuku klasik iş ilişkileri üzerine şekillenmiştir. Genel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesine dayanan ve oldukça sıkı bir hiyerarşik ilişki içinde işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak coğrafi sınırları belirli olan işyerlerinde, tam gün çalışma esasına dayanan iş ilişkileri özellikle son 30 yıl içerisinde meydana gelen değişim ve gelişimler üze-

rine oldukça köklü dönüşüm geçirmiştir. Bu dönüşüm beraberinde atipik iş ilişkilerini getirmiştir.<sup>1</sup>

İş hukukunun bugüne kadarki gelişim süreci ağırlıklı olarak işçinin daha fazla korunması ihtiyacı yönünde olmuştur. Ancak 1970'li yıllardan sonra toplumsal gelişmelere bağlı olarak çalışma hayatı da farklı görünüm kazanmaya başlamıştır. Klasik iş ilişkileri, esnek iş ilişkileri olarak tanımlanan yeni çalışma türlerinin baskısı altında kalmaya başlamıştır. İş hukukundaki esneklik arayışının nedenleri olarak; işletmelerin rekabet gücünü koruma ve artırma gereği, teknolojik gelişmeler ve işsizliğin azaltılarak, istihdamın teşvik edilmesi ve son dönemde dünya ülkelerini derinden etkileyen salgın hastalıklar gösterilebilir.<sup>2</sup> Esasında çalışma hayatının esnekleştirilmesi ile anlatılmak istenen şeyin iş güvenliği, feshe karşı koruma, fesih halinde ödenmesi gereken tazminatlar gibi işçiyi koruyucu hükümlerin esnekleştirilmesi olduğu öğretilerde ifade edilen görüşler arasındadır. Öyle ki bu görüşe göre iş hukukunun iş yaratma ve istihdama olumlu yönde etkisi ancak iş hukukunun ekonomiyi düzenleyebildiği ve hatta iş hukukunun ekonomiye hakimiyet kurduğu ütopik ortamlarda anlamlıdır. Dolayısıyla iş hukukunun “esnekleşme” ile beraber istihdamı artırabileceği hususu mevcut durumda gerçekliğe uymamaktadır.<sup>3</sup> Üstelik çalışma hayatında esneklik sağlayacağı pek çok yararın yanında kayıt dışı istihdamın artmasına da neden olmakta ve işçi açısından istikrarsız bir çalışma ortamına neden olmaktadır.<sup>4</sup>

Çalışma hayatındaki esneklik anlayışının<sup>5</sup> en önemli getirilerinden birisi olan uzaktan çalışma kavramı esasen yeni bir çalışma biçimi değil-

<sup>1</sup> DULAY YANGIN Dilek, “6715 Sayılı Yasanın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi” Sicil, Sayı: 36, 2016, s. 149.

<sup>2</sup> EYRENCİ Öner, “Çalışma Hayatında Güncel Gelişmeler ve Çağdaş Bir İş Yasası.” Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı: 46, 2002, s. 158, 159., İNCİROĞLU Lütfi, Çalışma Hayatında Esnek Çalışma Uygulamaları, Güncellenmiş 2. Baskı, Legal Yayınevi, 2020, s. 193.

<sup>3</sup> YILDIZ Gaye Burcu, “İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek” Çalışma ve Toplum, 2018/2 (57), s. 737.

<sup>4</sup> ŞEN, Elif, “Evde Hizmet Sözleşmesi” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 10, 2017, s. 477.

<sup>5</sup> İş hukukunda esnekleştirme hususu kuralsızlaştırma olarak anlaşılmalıdır. Esnekleşmenin kuralsızlaştırma şeklinde yorumlanması insan onuruna yaraşır iş kavramı ile çelişecektir. Böyle bir yaklaşım ise iş hukukunun çıkış ve var oluş amacı ile bağdaşmayacağı gibi işçiyi koruma esasına da aykırıdır. Esnekliğin kuralsızlaştırma

dir. Özellikle uzaktan çalışma kavramı içerisinde yer alan evde çalışma, tarihin ilk dönemlerinden bugüne kadar varlığını sürdürmüştür. Günümüzde uzaktan çalışma; geleneksel yöntemlere dayanılarak yapılan üretim biçimleri dışında tele çalışma gibi modern yöntemlerle de yerine getirilen iş ilişkilerini kapsamaktadır. Klasik istihdam modeline alternatif olarak görülebilecek olan uzaktan çalışma modeli genellikle kadınlar, engelli bireyler, öğrenciler gibi çalışma hayatında dezavantajlı sayılabilecek gruplar tarafından tercih edilmektedir.<sup>6</sup> İşçilerin uzaktan çalışma modelini seçme sebepleri arasında özel hayatları ile iş hayatları arasındaki dengeyi kurmak temel sebep olarak gösterilebilir. İşverenler ise uzaktan çalışma modelini seçerken ekonomik maliyetin temel alındığı bir yaklaşım sergilemektedir. Üretim maliyetlerinin düşürülme çabası, gittikçe daha sık yaşanmaya başlanan ekonomik krizler ve uluslararası rekabette yaşanan artışlar bu çalışma modelinin işverenlerce benimsenmesinde esaslı nedenler olmaktadır. İş ilişkisi içerisinde tarafların bu çalışma biçimini tercih etmelerinin yanı sıra artık devletler de işsizlik sorununun aşılması için esnek çalışma biçimlerini benimsemekte ve işçi ve işverenlerin devletler tarafından bu çalışma biçimine özendirildiği görülmektedir.<sup>7</sup> Var olan istihdam modelleri tek tip bir modele indirgenemez. İşverenlerin işgücü maliyetini düşürme çabaları ise adeta iş kanunlarını dolanmaya kapı açacaktır. Her iki duruma karşı çözüm bulunması için iş hukukunun kapsamının genişlemesi ve değişen koşullarla beraber iş hukukunun alanının daraltılarak esnek düzenlemelere daha fazla kapı açılması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>8</sup> Ancak madalyonun öteki yüzünde iş hayatı ve özel hayatın birbiri ile iç içe geçmesi, iş-yaşam dengesinde bozulmaların meydana gelmesi ve bu durumun doğuracağı psiko-sosyal riskler işverenin bu duruma yönelik gözetim borcu kapsamında alacağı önlemler, yapılacak iş ile ilgili özellikle tele çalışmalarda veri güvenliğinin temini ve dijital platformlarda gerçekleştirilen çalışma-

---

şeklinde düşünülmesi çalışma hayatını adeta Sanayi Devrimindeki çalışma koşullarına geri götürecektir. YILDIZ, s. 737.

<sup>6</sup> GÜNAY Arkın, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evden Çalışma, Legal Yaynevi, 2018, s. 3.

<sup>7</sup> ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, İş Hukuku, Yenilenmiş 33. Bası, Beta, 2020, s. 226.

<sup>8</sup> YILDIZ, s. 736.

ların doğurduğu güvencesiz çalışma modelleri çalışma hayatında önemli sorunlar doğurabilecek niteliktedir.<sup>9</sup>

Atipik bir istihdam modeli olan uzaktan çalışmada tarafların iş ilişkisinden doğan borçları diğer iş ilişkilerinden farklılık göstermeyecektir. İşçinin asıl edimi iş görme, işverenin asıl edimi ise görülen iş karşılığında ücret ödemektir. Ancak iş sözleşmesinden doğan birtakım borçlar bu sözleşme tipinde özel olarak değerlendirilmeyi gerekli kılabilmektedir. Her ne kadar bu sözleşme tipinde de işçi edimini işverenin iş organizasyonu içerisinde yerine getirmekteyse de diğer çalışma türlerinden farklı olarak bu edim işverenin hâkimiyet sahası dışında yerine getirilmektedir.<sup>10</sup> Bu durum uzaktan çalışma kapsamında iş sağlığı ve güvenliğinin özel olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Çalışma kapsamında ilk olarak uzaktan çalışma ve uzaktan çalışmanın alt başlıkları olan evde çalışma ve tele çalışma tanıtılmaya çalışılacaktır. Ayrıca Türk Borçlar Kanununda düzenlenen evde hizmet sözleşmesine de kısaca değinilecek ve işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcunun uzaktan çalışma kapsamındaki görünümü tanıtılmaya çalışılacaktır.

## I. UZAKTAN ÇALIŞMA

Genel bir kavram olan uzaktan çalışma (*remote work*), tele çalışma, evde çalışma, gezici satış temsilcileri gibi birçok çalışan kesimini içermektedir. Bu çalışma türünün diğer çalışma türlerine göre ayırt edici unsuru işyeri ile ilgili yer ve zaman sınırlarının nispi hale gelmesidir. Bu sayede işçiler, iş görme edimlerini işyerlerinden farklı yerlerde yerine getirirler de tek bir işyeri organizasyonu vardır. Öğretide bu durum "hizmetlerin âdemi merkezileştirilmesi" şeklinde ifade edilmiştir.<sup>11</sup>

Uzaktan çalışma 4857 sayılı İş Kanununda (İK)<sup>12</sup> "işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi" olarak tanımlanmış-

<sup>9</sup> DULAY YANGIN Dilek, "Endüstri 4.0., Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukukî İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi. (Dijitalleşme)" İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2020, s. 1218. 1209-1237.

<sup>10</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 237.

<sup>11</sup> EYRENCİ Öner, "Tele Çalışma ve İş Hukuku" İHD., Cilt:1, Sayı: 2, 1991, s. 199., GÜNAY, s. 80.

<sup>12</sup> RG. 10.06.2003, 25134.

tır. (md. 14/4)<sup>13</sup> Uzaktan çalışma yöntemleri konusunda bir terim birliği bulunmamaktadır. Söz konusu durum Türk Hukukuna özgü bir durum değildir. Aynı biçimde Alman Hukukunda da uzaktan çalışma konusunda terim birliği bulunmamakta; kanunda evde çalışma ve tele çalışma terimleri birlikte kullanılmakla beraber özellikle tele çalışma hususunda kapsam ve çalışma yeri açısından esaslı biçimde alt ayırım yapmanın mümkün olduğu ifade edilmiştir.<sup>14</sup>

Uzaktan çalışmada işçinin iş görme edimini işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yerine getireceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak işçi çalışma türünün özelliğinden dolayı çalışma süresini büyük ölçüde ya da tamamen belirleyebilme serbestisine sahiptir.<sup>15</sup>

4857 sayılı Kanunda uzaktan çalışma sözleşmelerinde nelerin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde işin tanımı, yapılma şekli, süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına yönelik yükümlülükler ve sözleşmeye ilişkin özel ve genel çalışma şartlarına ilişkin hükümler bulunur.<sup>16</sup> (md. 14/5)

Uzaktan çalışmayı karakterize eden unsurlar mesafe, işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme ve tele çalışmalarda bilgi iletişim teknolojileridir. Mesafe unsuru ve işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme unsuru tüm uzaktan çalışmalar için ortak unsurdur.

### A. Mesafe Unsuru

İş Kanununda yapılan tanımdan hareketle uzaktan çalışmanın gerek evde çalışmayı gerekse teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yapılan çalışmaları yani tele çalışmayı kapsayan bir üst kavram olduğu söylenebilir.<sup>17</sup> Madde düzenlemesinde evde çalışma ve tele çalışma me-

<sup>13</sup> Türk Hukukunda uzaktan çalışmaya ilişkin yasal düzenleme "İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" kapsamında 2016 yılında İş Hukuku mevzuatına dâhil olmuştur.

<sup>14</sup> GÜMRÜKÇÜOĞLU BOZKURT Yeliz, "Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme", Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu. İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 29-30 Mayıs 2020, s. 154, 155.

<sup>15</sup> GÜNAY, s. 81.

<sup>16</sup> Uzaktan çalışmanın usul ve esaslarının belirlenmesine ilişkin yönetmelik 10 Mart 2021 tarihinde yayımlanan 31419 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

<sup>17</sup> SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayınevi, 2020, s. 267., İNCİROĞLU, s. 193.

safe unsuru göz önünde tutularak uzaktan çalışma üst başlığı kapsamında ele alınmıştır. Öğretide Kanunda yapılan tanımlamada vurgulanan mesafe unsuru yerinde bulunmuştur. Çünkü bu çalışma türünü karakterize eden unsur işin sınırları belirli ve ana işyeri olarak nitelendirilen coğrafi alan dışında ifa edilmesidir. Mesafe unsuru ise işçinin edimini yerine getirmesi esnasında, işverenin gözetleme ve denetleme imkânından yoksun bulunması olarak ifade edilebilir.<sup>18</sup>

## B. İşverenin İş Organizasyonu İçerisinde İş Görme Unsuru

Uzaktan çalışmada önemli olan işin tamamen ya da kısmen işyeri dışında görülmesidir. Bu nedenle uzaktan çalışma kavramında ölçüt olarak işyeri kullanılmaktadır.<sup>19</sup> Uzaktan çalışmayı karakterize eden unsurlardan birisi mesafe unsuru iken bir diğeri işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görmedir. Bu unsur işçi ve işveren arasındaki olması gereken “bağımlılık” ilişkisini tanımlar.<sup>20</sup>

14. maddede yapılan tanımlamada bir iş ilişkisinin uzaktan çalışma olarak nitelendirilebilmesi için işçinin iş görme edimini işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu içerisinde yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Daha önce belirtildiği üzere taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde temel kıstas işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görmedir.<sup>21</sup>

İş sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayırma hususunda kullanılan “bağımlılık” ölçütü üzerinde uzlaşılmış bir kavram değildir. Bağımlılık unsuru belirlenirken yasal düzenlemelerden ziyade bilimsel çalışmalardan ve mahkeme kararlarından yararlanılmaktadır. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da iş hukukunun dinamik yapısının hukuki dayanaklarının tanımlanmasını güçleştirdiğini ve ekonomik ve teknolo-

<sup>18</sup> DULAY YANGIN, s. 150.

<sup>19</sup> İNCİROĞLU, s. 194.

<sup>20</sup> İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurlardan birisi “bağımlılık”tır. İş Kanununda yer alan iş sözleşmesinin tanımında da bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği sözleşme denilerek bu unsur özellikle vurgulanmıştır. (md. 8), ancak İş Kanununda bağımlılık unsurundan açıkça bahsedilmeseydi bile iş sözleşmesi ve işçinin varlığı için bağımlılık unsurunun gerekli olduğu kuşkusuzdur. BAŞTERZİ Süleyman, “Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukukî Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, Sicil, Sayı: 17, 2010, s. 178.

<sup>21</sup> DULAY, s. 151.

jik değişim ve gelişimlerin iş ve sosyal güvenlik hukukunu hızla dönüştürdüğü ifade edilmiştir.<sup>22</sup>

Bu çalışma kapsamında incelenecek olan uzaktan çalışmalarda işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu kapsamında bağımlılık meselesi özel önem arz etmektedir. Çünkü bu çalışma türünde bağımlılık diğer çalışma türlerine nazaran daha zayıf durumdadır. Bu durum özellikle işverenin denetim ve gözetim yetkisinin yoğun olduğu koruma ve gözetme borcunda kendini göstermektedir.

Gelişen teknolojiler iş hukukundaki bağımlılık unsurunun zayıflamasına neden olmaktadır. Özellikle belirtildiği üzere bilgisayar teknolojilerinin kullanımı işverenin fiili denetim ve gözetimi altında çalışmanın öneminin yitirilmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesinde bağımlılık unsuru hakkındaki görüşlerin de değişmesi normaldir ve bağımlılık konusunda tek bir görüşe dayanılarak yapılan çözümler de yeterli olmayacaktır.<sup>23</sup> Öğretide bağımlılık unsurunda meydana gelen bu değişim tüm dünyanın yaşadığı Covid-19 salgınına yapılan atıf ile nükteli bir şekilde bağımlılık unsurunun “mutasyona” uğraması şeklinde yorumlanmıştır.<sup>24</sup>

İşçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisini belirleyen ve klasikleşmiş olan üç temel boyut bulunmaktadır. Bunlar ekonomik bağımlılık, teknik bağımlılık ve kişisel-hukukî bağımlılıktır. Bu bağımlılık türleri zaman içerisinde iş sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayırmak amacıyla ortaya çıkarılmıştır. Ekonomik bağımlılık, iş ilişkilerinin ekonomik boyutunu temel alarak yapılan yorumlarda öne sürülmüştür. İşçilerin iş ilişkisinde zayıf konumda olması ve almış oldukları ücretlerle geçinen kimseler olması sebebiyle işveren ile aralarındaki ilişkinin ekonomik bağımlılık olduğu savunulmuştur.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Yarg. HGK. 02.02.2005, E: 2004/10-737, K: 2005/26, ERDENK Erdem. İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler. Legal Yayınevi, 2008, s. 89.

<sup>23</sup> ERDENK, s. 90.

<sup>24</sup> TUNCAY, s. 39.

<sup>25</sup> İşçi ile işveren arasındaki teknik bağımlılık ise işyerinde bulunan araç-gereç ve hammadde gibi maddi unsurlar ve maddi olmayan diğer unsurların kullanılarak iş görülmesine bağlı olan bağımlılık olarak yorumlanmıştır. Teknik bağımlılık her iş ilişkisinde mevcut değildir. Çünkü yapılması maddi olan veya olmayan donanımına bağlı olmayan işler de mevcuttur ve böyle bir durumda teknik bağımlılığın kabul edilmesi halinde işçi ve işveren arasında bağımlılıktan söz edilemeyecektir. BAŞTERZİ, s. 179, 180.



Öğretide işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin hukukî bağımlılık mı yoksa ekonomik bağımlılık mı olduğu sorusuna ağırlıklı olarak hukukî bağımlılık olduğu yönünde kanaat getirilmiştir. Bu açıdan işçinin işverene ekonomik yönden bağımlılığı iş sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmeyecektir. İş sözleşmesinin getirdiği bağımlılık kişisel bir bağımlılıktır ve bu bağımlılık türü işçi ile işveren arasında diğer sözleşmelerde olmayan bağımlılık ilişkisi kurar.<sup>26</sup>

Yargıtay tarafından verilen kararda iş sözleşmesini belirleyen ölçütün hukukî-kişisel bağımlılık olduğu ifade edilmiştir. Buna göre işçinin hukukî bağımlılığı işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. Bağımlılık unsuru içerisinde işverenin talimatlarına göre hareket etmeyi ve iş süreci ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesini barındırır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi ise bağımlılık unsuru için aranan esaslı şartlardan birisi değildir. Bu durum işçi ile işveren arasındaki kişisel bağımlılığın tespitinde kullanılacak yardımcı olgulardan sadece biridir. Bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde tek başına bir ölçüt teşkil etmeyeceği gibi işçinin işverenin emir ve talimatlarına bağlı kalarak ancak işin görülmesi esnasında serbest hareket etmesi bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmayacaktır.<sup>27</sup> Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda da çalışan kişinin işin yürütümünü kendisi organize etse bile üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilir.<sup>28</sup>

Bağımlılık unsuru her ne kadar iş sözleşmesinin temel unsuru olsa da her iş ilişkisinde bu unsur aynı yoğunluğa sahip değildir. Özellikle işin niteliği ve yerine getiriliş tarzı bağımlılığın yoğunluğunun belirlenmesinde önemli kriterlerdendir. Ancak her halde yapılacak işe bağlı olarak şekillenecek bağımlılık unsuru ortadan kalkmayacaktır. Aksi durumda tarafların arasındaki hukukî ilişki artık iş sözleşmesi olarak nite-

<sup>26</sup> SÜMER Haluk Hadi, "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, (Bağımlılık Unsuru)." Sicil, Sayı 19, 2010, s. 69.

<sup>27</sup> Yarg. 9. HD. 2.3.2015, 2903/8612., SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 8.

<sup>28</sup> Yarg. 9. HD. 23.02.2010, E: 2008/10530, K: 2010/4617, Çalışma ve Toplum, Sayı: 27, s. 259, 260.

lendirilemeyecektir. Bu durumda iş görme edimini yerine getiren kişi de işçi sayılmayacaktır.<sup>29</sup>

İşverene ait iş organizasyonu içerisinde onun yararına iş görme kavramı ile işçinin işverene olan bağımlılığı belirlenirken somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalı ve sınırlar buna göre belirlenmelidir. Örneğin bir tekstil atölyesi için fason üretimde bulunan başka bir işletme sahibi, işverene ait üretim organizasyonunda onun yararına iş görmesine rağmen aralarında bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır.<sup>30</sup> İşyerinin organizasyon olma özelliği ile beraber işyeri salt bir “yer” olmaktan uzaklaşmaktadır. İşyerinden bahsedebilmek için mutlaka bir yerde örgütlenmesi gerekmez bu nedenle işletmelerin merkezi sayılan yerler dışında çalışanlar da işyeri personeli sayılırlar. İşverene ait iş organizasyonu kavramı yalın bir ifade ile işyerinin sınırlarını belirleyen ölçüttür. Bu halde aynı teknik amaca yönelmiş olan işçilerin kendi evlerinden ya da belirledikleri başka bir yerden iş görmeleri ile beraber bu yerler “işyerine bağlı olan yerler” olarak değerlendirilmelidir.<sup>31</sup>

Eski Borçlar Kanunu<sup>32</sup> döneminde evde yapılan işlere ilişkin istisnai bir düzenleme getirilmiş ve evde parça başına çalışan işçinin, işverenin doğrudan doğruya denetim ve gözetimi altında olmaması sebebiyle bu tür çalışma ilişkilerine istisna sözleşmelerine dair hükümlerin uygulanacağı düzenlenmişti. (BK md.322) Öncelikle belirtilmelidir ki iş sözleşmeleri veya Türk Borçlar Kanununda (TBK)<sup>33</sup> kullanılan biçimi ile hizmet sözleşmelerinde ücretin parça başına kararlaştırılmış olması taraflar arasındaki sözleşmeyi hizmet sözleşmeyi olmaktan çıkarmaz. Her ne kadar işçi ile işveren arasındaki bağımlılık zayıflasa dahi yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde işçi edimini işverene bağlı organizasyon içerisinde yerine getirmektedir. Bağımlılık ile anlaşılması gereken husus işverenin işçisine her an emir ve talimat verme imkânına sahip olabilmesi olarak değerlendirilebilirse de işverenden aldığı parçalar ile iş görmek için emir alan ancak bu işi işyerinde değil de işyeri dışında bir yerde yapmak için işverenle anlaşan işçinin çalıştığı yer arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Böylelikle bağımlılığın az veya çok olması

<sup>29</sup> SÜMER (Bağımlılık Unsuru), s. 69.

<sup>30</sup> SÜMER (Bağımlılık Unsuru), s. 70.

<sup>31</sup> YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 17. Baskı, Beta Yayınevi, 2021, s. 539.

<sup>32</sup> RG. 29.04.1926, 359.

<sup>33</sup> RG.4.2.2011, 27836.

tarafar arasındaki ilişkiyi iş sözleşmesi olmaktan çıkaramayacaktır.<sup>34</sup> Eski Borçlar Kanununda yer alan bu hükme isabetli olarak yeni Türk Borçlar Kanununda yer verilmemiştir.

Uzaktan çalışmanın türleri ve TBK’da yer alan evde hizmet sözleşmesi hakkında kısaca bilgi verildikten sonra işverenlerin bu çalışma türlerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüklerini ne şekilde yerine getirebilecekleri açıklanmaya çalışılacaktır.

### 1. Evde Çalışma

Evde çalışma, tele çalışmaya nazaran oldukça eski tarihlerden beri uygulanmaktaysa da özellikle son yıllarda tüm dünyada ve ülkemizde yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Özellikle konfeksiyon ve tekstil işlerinde eve iş verme sistemi daha çok kullanılmakta ancak son zamanlarda da reklamcılık, çeviri, mimarlık gibi çalışma alanları da evden çalışma ile yerine getirilmektedir.<sup>35</sup>

Evde çalışmaya ilişkin uluslararası düzenlemelerden birisi olan ILO’nun (International Labour Organization) 177 sayılı “Evde Çalışma Sözleşmesi” evde çalışmayı “...bağlı olduğu işverene ait işyeri veya sair bir tesis dışında evinde, ücret karşılığında işverenin belirlediği bir malı ya da hizmeti üreten kişinin çalışması” olarak tanımlamıştır. Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerinde ise evde çalışma ve uzaktan çalışmaya ilişkin düzenleme Avrupa Çerçeve Anlaşması ile gerçekleştirilmiştir. Bu Anlaşma ile uzaktan ve evden çalışan kimselerin çalışma koşullarına ilişkin genel çerçevenin belirlenmesi ve çalışanların asgari haklarının güvence altına alınması amaçlanmıştır.<sup>36</sup> 177 sayılı ILO Sözleşmesi ve 184 sayılı ILO Tavsiye Kararı evde tele çalışmayı da kapsamaktadır. Bu nedenle dolaylı da olsa bu belgelerin tele çalışmaya dayanak oluşturduğu ve Sözleşme kapsamında yer alan hakların da bu çerçevede ele alınabileceği ifade edilmiştir.<sup>37</sup>

Evde çalışma işçinin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu çerçevesinde iş görme borcunu evinde yerine getirmesi esasına dayalı yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> UŞAN Fatih, “Parça Başına Çalışmanın Hukukî Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı: 2, 2000, s. 3-7.

<sup>35</sup> SÜZEK, s. 268.

<sup>36</sup> İNCİROĞLU, s. 217.

<sup>37</sup> GÜMRÜKÇÜOĞLU BOZKURT, s. 157.

<sup>38</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 231., İNCİROĞLU, s. 193.

Türk Hukukunda evde çalışmaya ilişkin ilk yasal düzenleme İş Kanununun 14. maddesinde yer alan düzenleme değildir. TBK'nın "Evde Hizmet Sözleşmesi" başlığını taşıyan düzenlemesinde işverenin verdiği işi işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde bizzat veya aile bireyleriyle birlikte ücret karşılığında yerine getirebileceği düzenlenmiştir. (md. 461) Ancak belirtilmelidir ki İK kapsamında düzenlenen evde çalışma ve TBK kapsamında düzenlenen evde hizmet sözleşmesi pek çok açıdan birbirinden farklılık göstermektedir. Bu farklılıklara ilişkin ayrıntılı bilgiye evde hizmet sözleşmesi başlığı altında değinilmeye çalışılacaktır.

İş Kanununda evde çalışma kapsamında yer alan düzenlemede işçi ve işveren arasındaki bağımlılık unsuruna açıkça yer verilmemişse de 14. maddede yer alan düzenlemede işçinin iş görme ediminin "işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında" yerine getireceğinin belirtilmesi taraflar arasındaki bağımlılık unsuruna işaret etmektedir. Evde çalışmaya ilişkin talep işverenden gelebileceği gibi işçi de böyle bir talepte bulunabilir. Ancak evde çalışma talebi kimden geliyor olursa olsun talepte bulunulan taraf evde çalışma ilişkisine zorlanmaz.<sup>39</sup>

Evde çalışmanın usul ve esasları şu şekilde özetlenebilir. Bu çalışma türünde sözleşmeler yazılı olarak yapılmalıdır. Çalışma programının ne şekilde olacağını belirlemek çalışanın seçimine bırakılmıştır. Bu durum çalışanlar açısından avantajlı bir durumdur. Evden çalışma kapsamında çalışılan araç ve gereçlerin iş sağlığı ve güvenliği gereklerine uygun olmaları gerekir. AB Çerçeve Anlaşmasında bu duruma değinilmiş ve İş Kanununun 14. maddesinde yer alan düzenlemede de işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğüne yer verilmiştir. Ancak gerek Kanunda yer alan düzenleme gerekse Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde yer alan ve İş Kanununda yer alan düzenlemeyi tekrarlamaktan öteye gidememiş olan düzenleme eleştirilebilir durumlardan birisidir. (Yön. md. 12) Bu düzenlemeler kapsamında yer alan işveren yükümlülükleri sınırlı şekilde yorumlanmamalıdır. Bu çalışmanın ana konusu da söz konusu durum ile ilgili olduğundan bu duruma ilişkin daha açıklayıcı bilgi çalışmanın devamında verilmeye çalışılacaktır. Evden çalışan işçi, işyerinde çalışan işçilerin sahip olduğu haklardan mahrum bırakılamaz. Söz konusu durum 14. madde kapsamında da düzenlenmiş ve sözleş-

<sup>39</sup> TUNCAY, A. Can, "Pandemi Gölgesinde Evden Çalışma." İSGHD. Cilt: 18, Sayı: 69, 2021, s. 26.

menin niteliğinden ötürü diğer işçilerden farklı işleme tâbi tutulamayacağı belirtilmiştir. Ancak düzenlemede böyle bir cümle olmasaydı dahi İş Kanununun 5. maddesi gereği işveren uzaktan çalışan işçiler ile diğer çalışanları arasında ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça farklı muamelede bulunamayacaktı.

Evde çalışma kapsamında İş Kanununda yapılan düzenlemeden önce çalışanların hukukî niteliği konusunda tartışmalar bulunmaktaysa da İK md. 14'te yapılan değişiklikten sonra uzaktan çalışan kimselerin işverenin iş organizasyonu içerisinde iş gerçekleştirdikleri takdirde işçi sayılacaklarına dair bir şüphenin bulunmaması gerekir.<sup>40</sup>

## 2. Tele Çalışma

"Telework", "Telecommuting", "remotework" gibi kavramlarla ifade edilen tele çalışma terimine ilk kez 1972 yılında "Washington Post" gazetesinde yayımlanan bir yazıda yer verilmiştir. Evde çalışmaya nazaran daha yeni sayılabilecek bir çalışma türü olan tele çalışmanın yapılmış pek çok tanımı bulunmaktadır. Tele çalışma; merkezi işyeri ya da üretim imkânlarından uzakta gerçekleştirilen bu nedenle çalışanları oradaki iş arkadaşlarıyla kişisel iletişim kurmaktan alıkoyan ve teknolojik aletlerin bu ayrılmayı kolaylaştırdığı çalışma türü olarak tanımlanabilir. Bu tanım dışında özetle işletme merkezi dışında genel olarak evde gerçekleştirilen bilgisayar veya haberleşme ağı ile işletmeyle bağlantı kurulan, işçinin işyerine olan bağımlılığının işveren ise denetiminin diğer çalışma türlerine nazaran daha az olduğu çalışma türüdür denielbilir.<sup>41</sup>

Uzaktan çalışmanın unsurlarının mesafe ve işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme olduğu belirtilmişti. Tele çalışmalarda bu unsurlara ek olarak teknoloji unsuru bulunmaktadır.

Evde çalışmanın modern türü olarak nitelendirilen tele çalışmada önemli olan işçinin erişilebilir konumda olmasıdır. Çalışan fiziki olarak

<sup>40</sup> Öğretide çalışanların "işçi" olarak nitelendirilebilmesi için bağımlılık ilişkisinin varlığının tespit edilmesi halinde evde çalışanlara yalnızca İş Kanunu hükümlerinin aksi halde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekliliğini savunan görüşün aksine Borçlar Kanununun hizmet sözleşmeleri çerçevesinde yer alan düzenlemelerinin atıf iş sözleşmelerini düzenlediği gerekçesiyle bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir. ŞAHİN Barış, Bireysel İş Hukuku Açısından Bilgi İşçileri. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2016, s. 264.

<sup>41</sup> KANDEMİR Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma. Legal Yayınevi, 2011, s. 40.

olmasa bile sanal olarak işverenle temas halindedir ve işini adeta işyerindeymiş gibi sürdürmektedir. Esasen tele çalışma “evde çalışma” değil “evden çalışma” olarak kullanılması gereken bir terimdir. Evde çalışma “house work” eskiden beri çalışanın kendi evinden çalışmasıyken evden çalışma “work from home” işyerinde çalışan işçinin herhangi bir nedenle geçici ya da kalıcı surette çalışmasına evden devam etmesidir. Yaygın olarak kullanılan “home office” çalışma esasen bu durumu karşılamaktadır. Ancak bu çalışmanın ayırt edici özelliği tekrar belirtmek gerekir ki bilgi teknoloji aletleri kullanılarak yerine getirilmesidir. Bu nedenle evden çalışmanın mavi yakalılar için değil beyaz yakalılar için uygun olduğu öğretide savunulmuştur.<sup>42</sup>

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün tele çalışmaya yönelik özel bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Evde çalışanlara yönelik etkin bir koruma sağlamayı amaçlayan 177 sayılı sözleşme ve 184 sayılı tavsiye kararında açıkça tele çalışmadan bahsedilmemişse de her iki düzenlemenin evde çalışmayı kapsadığı ve dolaylı da olsa tele çalışmaya dayanak oluşturduğu böylelikle tele çalışmanın sözleşme tarafından sağlanan haklar kapsamında ele alınabileceği söylenebilir.<sup>43</sup>

2002 yılında AB düzeyinde Avrupa sosyal ortakları tele çalışma ile ilgili Çerçeve anlaşma imzalanmıştır. Bu çerçeve kapsamında tele çalışma; iş sözleşmesi kapsamında aynı zamanda işyerinde de gerçekleştirilebilecek bir işin işyeri dışında, iletişim teknolojileri kullanılarak, sürekli şekilde gerçekleştirilmesine olanak sağlayan iş organizasyonu olarak tanımlanmıştır. (md. 2) Çerçeve Sözleşmenin amaçları arasında hem esnekliği hem de iş güvencesini bir arada sağlayan, çalışma yerlerinin kalitesini yükselten ve engelli bireylerin de çalışma imkânlarını artıracak biçimde tele çalışmanın desteklenmesini sağlamak bulunmaktadır. Tele çalışmanın sosyal diyalog yoluyla gönüllülük esasına dayandığı ifade edildiği Sözleşmede çalışma şartları kapsamında kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin, işçinin sağlık ve güvenliğinin korunmasının ve oluşacak ekstra giderlerin işveren tarafından karşılanacağına ilişkin esaslar bulunmaktadır.<sup>44</sup>

Genel itibariyle tele çalışma kapsamında yapılan tanımlamalar çerçevesinde bağımlı çalışan ya da bağımsız çalışan gibi bir ayrıma gidilirse de çalışma konusunun iş hukuku olduğu göz önüne alınarak şu

<sup>42</sup> TUNCAY, s. 26-28.

<sup>43</sup> KANDEMİR, s. 50.

<sup>44</sup> TUNCAY, s. 42.

şekilde bir tanım yapılabilir. Çalışanların iş sözleşmesinden doğan edimlerini, düzenli bir şekilde, işverenlerin doğrudan gözetim ve denetimleri bulunmaksızın klasik işyeri dışında herhangi bir yerde, bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak gerçekleştirilen çalışma şekli olarak tanımlama yapılabilir.<sup>45</sup>

Tele çalışmanın pek çok farklı türleri bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında bu türlere ilişkin ayrıntılı açıklama getirilmeyecektir. Gezici tele çalışma, tele merkezden çalışma, dönüşümlü tele çalışma, yerinden tele çalışma gibi çalışma türleri tele çalışmanın alt başlıklarını oluşturabilir. Bu açıdan işçinin işletme merkezinde olma zorunluluğunun olmadığı, işverenin iş organizasyonu ile bağlantısının bilgi iletişim teknolojileri kullanılarak sağlandığı her türlü çalışma tele çalışmadır.<sup>46</sup>

Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinin taslak metninde uzaktan çalışma; “teknoloji esaslı uzaktan çalışma” veya “evde uzaktan çalışma” şeklinde ele alınmış ve teknoloji esaslı uzaktan çalışmanın tanımı yapılmışsa da yürürlüğe giren Yönetmeliğin 4. maddesinde, İş Kanununun 14. maddesinde yer alan tanım tekrarlanmakla yetinilmiş ve ayrıca teknoloji esaslı uzaktan çalışmaya ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

Tele çalışmada işçi ile işveren arasındaki elektronik bağ genellikle çevrim içi olarak kurulmaktadır. Tele çalışmaya karakteristik özelliğini veren şey çalışmanın işyeri dışında evde ya da başka bir mekânda olması dışında çalışma türünün başında kullanılan “tele” ön eki sayesinde uzaktan gerçekleştirilen bu çalışmanın aynı zamanda bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak yapıldığını ifade etmektedir.<sup>47</sup> Ancak mekân ve teknoloji unsuru dışında tele çalışmayı karakterize eden bir diğer özellik çalışmanın sürekli ve düzenli olarak işverenin iş organizasyonu kapsamında yapılmasıdır.<sup>48</sup>

Dijitalleşme sosyal ve ekonomik hayat üzerinde öylesine belirleyici rol oynamaktadır ki, dijitalleşmenin getirisi ile beraber “dördüncü sa-

<sup>45</sup> KANDEMİR, s. 41.

<sup>46</sup> DULAY YANGIN Dilek, “Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler, (Tele Çalışma)” İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III. Editör: Tankut CENTEL, 2018, s. 225.

<sup>47</sup> KANDEMİR, s. 39., İNCİROĞLU, s. 194.

<sup>48</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 230.

*nayi devrimi*"nin en önemli sonuçlarından birisi de işgücünün dijital platformlar aracılığıyla yerine getirilmesidir.<sup>49</sup>

İş ilişkisi ve buna bağlı olarak kişisel bağımlılığın ortaya çıkıp çıkmadığı konusunda dijital platformlar aracılığıyla iş görenler arasında denetleme emir ve talimat verme olgusunun varlığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>50</sup>

### 3. Evde Hizmet Sözleşmesi

Türk Hukukunda uzaktan çalışmaya ilişkin hükümler yalnızca İş Kanununda yer almamaktadır. Bu çalışmanın konusu uzaktan çalışma kapsamında işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu olduğundan evde hizmet sözleşmesi kısaca tanıtıldıktan sonra bu sözleşmeler kapsamında işverenin işçiyi gözetme ve koruma borcunun görünümü açıklanmaya çalışılacaktır.

Türk Borçlar Kanununda düzenlenen "Evde Hizmet Sözleşmesi" de uzaktan çalışmanın ele alındığı bir diğer hukukî düzenlemedir. Evde hizmet sözleşmelerinin TBK kapsamındaki düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 351. maddesi göz önünde bulundurulmuştur.<sup>51</sup>

TBK'nın üçüncü ayırımında ele alınan düzenlemenin ilk maddesinde evde hizmet sözleşmelerinin tanımı yapılmıştır. Buna göre;

"Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir." (md. 461)

Hizmet sözleşmelerinin bir türü olan evde hizmet sözleşmelerinin genel hizmet sözleşmelerinden farkı, işçinin işini işverene ait işyerinde değil kendi evinde veya belirlediği başka bir yerde çalışarak meydana getirmesidir. Sözleşmeyi oluşturan unsurlardan birisi budur. Bu tür hizmet sözleşmelerinde hem işçinin hem de işverenin yararı vardır. İşçi

<sup>49</sup> Esasında burada bahsedilen ve ilk defa 2011 yılında Hannover Fuarı'nda bahsedilen "Endüstri 4.0" kavramı özellikle tele çalışmadan daha farklı bir sistemi barındırmaktadır. Bu sistemde kendiliğinden özelliklere sahip akıllı sistemler ile üretim gerçekleştirilmekte ve insan emeği oldukça en alt seviyeye çekilmektedir. Hatta internet aracılığı ile birbirine bağlı araçlar sayesinde üretimin yapıldığı yerde hiçbir şekilde insan bulunmaması sebebiyle "Karanlık Fabrikalar" olarak da adlandırılmaktadır. DULAY YANGIN (Dijitalleşme), s. 1213.

<sup>50</sup> DULAY YANGIN (Dijitalleşme), s. 1214-1215.

<sup>51</sup> BAŞÖZ Lütfi, ÇAKMAKCI Ramazan, Türk Borçlar Kanunu, Legal Yayınevi, 2013, s. 534.



açısından yararı, işe gidip gelmeden kendi evinden işini görmesi ile zamandan ve masraftan tasarruf etmesiyken işveren açısından yararı işyeri temin etme külfetinden kurtulması olarak gösterilebilir.<sup>52</sup>

Sözleşmenin diğer unsurları ise işverene bağımlılık, işin işçi veya aile bireyleriyle birlikte yapılması, çalışma koşullarının işveren tarafından belirlenmesi ve ücrettir. Bu unsurlardan işin işçi veya aile bireyleriyle yapılması unsuru, evde hizmet sözleşmelerinin diğer hizmet sözleşmelerinden ayrılan yönünü oluşturur. İşçinin işi bizzat ifa yükümlülüğü yoktur bu nedenle işçi işi aile fertlerine de yaptırabilir.<sup>53</sup> Bu durumda aile fertlerinin işveren karşısındaki hukukî niteliğinin ne olacağı belirlenmelidir. İş sözleşmesi karşılıklı olarak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir ve işçinin, işverene karşı yerine getirmesi gereken yükümlülükleri bulunmaktadır. İş görme edimini işçi ile beraber yerine getiren aile bireylerinin hukukî niteliğinin işçi olarak kabul edilmesi durumunda aile bireyleri de iş sözleşmesinin tarafı sayılacaktır. Bundan sonra sözleşmeden doğan her türlü hakkın sahibi ve borcun yükümlüsü sayılacaklardır. Ancak aile fertlerinin işçi olarak nitelendirilmesi ancak işverenle sözleşme yapmaları halinde mümkündür. Evde hizmet sözleşmesinin tanımında işçinin işi bizzat veya aile bireyleri ile görülebileceği belirtilmiştir. Bu durumda işverenle aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmayan aile bireyleri işçi sayılmayacaklardır. Öğretide aile fertleri borcun ifasına yardım elemanı olarak nitelendirilmişlerdir. İşçinin işin ifasına yardım bireyler seçmesi ve verilen görevi serbestçe reddetme yetkisinin bulunmasının genel itibarıyla bağımsız çalışmanın göstergesi olduğunu belirten görüşe göre evde çalışma açısından bu kıstaslara ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Evde hizmet sözleşmesi ile getirilen bu düzenleme iş sözleşmelerinde şahsen ifa kuralının istisnasıdır.<sup>54</sup>

Evde hizmet sözleşmelerinin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı aranmaz. İş Kanununda düzenlenmiş uzaktan çalışmada ise sözleşmelerin yazılı olarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Evde hizmet sözleşmelerinde yazılı olarak bildirim aranan haller vardır. Bunlar işçi tarafından sağlanacak malzeme, bu malzemenin sağlanması için işçiye ne miktarda ödemede bulunulacağı ve iş için ödenecek ücrettir. Bu hallere

<sup>52</sup> KILIÇOĞLU Ahmet. M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s. 451.

<sup>53</sup> KILIÇOĞLU, s. 452.

<sup>54</sup> DULAY YANGIN, s. 156.

ilişkin yapılacak bildirim yazılı olması gerekir. Yazılı bildirim yoksa “bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret” miktarında ödeme yapılması gerekecektir.<sup>55</sup>

Evde hizmet sözleşmeleri, ev hizmetleri ile karıştırılmaması gereken sözleşmelerdir. Ev hizmetleri evin gündelik işleyişine ilişkin faaliyetlerdir. Ev hizmetlerinde çalışanlar evde bulunan kimseler için iş görme edimini yerine getirirler. Ev hizmetlerinde çalışanların yaptıkları iş bedeni çalışmayı gerektirebileceği gibi özel sekreter, özel ders verme gibi fikri çalışmaları da içerebilir.<sup>56</sup>

TBK kapsamında tanımlanan evde hizmet sözleşmelerinde teknolojik iletişim aletlerinin kullanılmasından söz edilmemiştir. Bu nedenle bu tür sözleşmeler öğretilde “geleneksel evde çalışma” olarak tanımlanmıştır. TBK genel kanun niteliğinde olduğundan, İş Kanununun 14. maddesinde düzenlenmemiş bir konu varsa bu durumda TBK md. 461 vd. hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.<sup>57</sup> Evde hizmet sözleşmelerine ilişkin kısımda hüküm bulunmayan hallerde ise TBK’nın genel hizmet sözleşmesine ilişkin kısımlar uygulanacaktır. Bu çalışma şekline İK hükümleri ile TBK hükümlerinin bir arada uygulanması gerekir. Hâkim önüne gelecek uyuşmazlıkta uygulanması gereken hükmü saptarken amaçsal yorum yapılmalıdır. Özetle denilebilir ki evde hizmet sözleşmesi TBK kapsamında düzenlenmiş olsa dahi bu işçiler İK md. 4’te sayılan istisnalar kapsamına girmediği sürece bu işçilerin İK hükümlerine tâbi olunmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Hâkim somut olayların özellikleri doğrultusunda hükümlerin konuluş amacına uygun olarak yorum yapılmalıdır.<sup>58</sup> Bu husus evde hizmet sözleşmelerinin genel hizmet sözleşmesi niteliği taşımalarından kaynaklanmaktadır.<sup>59</sup> Ancak öğretilde tele çalışmaya, evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı, çalışma evde gerçekleştirilse dahi işçiye daha çok koruma sağlayan İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği de savunulmuştur.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> YAVUZ, s. 539.

<sup>56</sup> CİVAN Orhan Ersun, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 26, 2010, s. 529.

<sup>57</sup> TUNCAY, s. 45, 46.

<sup>58</sup> DULAY YANGIN (Tele Çalışma), s. 229.

<sup>59</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 231., KANDEMİR, s. 157., GÜNAY, s. 185., KILIÇOĞLU, s. 451., YAVUZ, s. 538.

<sup>60</sup> ALP, Mustafa, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, 2011, s. 813. 795-851., Tele çalışmaya ilişkin yapılan bu ayrımın yerinde olup

Evde hizmet sözleşmesinde işçi iş görme edimini klasik iş sözleşmelerinden farklı olarak işveren tarafından belirlenmiş bir yerde değil işçi tarafından seçilen bir yerde ve çoğunlukla kendi evinde yerine getirilmektedir. Bu durumda da işçi görmekte olduğu işini doğrudan işverenin denetim ve gözetimi altında olmaksızın görür. Bu durum işverenin işçi üzerinde herhangi bir denetimi olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. İşverenin denetimi işin görülmesi esnasında değil işin sonucunda başka bir ifade ile işin tesliminde söz konusu olmaktadır. Böylelikle işçinin denetimi zaman bakımından ötelenmiş olmaktadır.<sup>61</sup>

Öğretide evde hizmet sözleşmelerinin klasik iş sözleşmelerinden ayrılan yönlerinden bir diğerinin işçinin işin sonucundan dolayı sorumluluğu konusunda olduğu ifade edilmiştir. Buna göre klasik iş sözleşmelerinde işçinin yapmış olduğu işin sonucundan sorumlu olmayacağı, işin kötü ifa edilmiş olmasının ücrete hak kazanmasını etkilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak bu görüşe göre evde hizmet sözleşmelerinde işçi tıpkı eser sözleşmelerinde olduğu gibi işin sonucundan da sorumlu tutulacaktır.<sup>62</sup>

### 3. Uzaktan Çalışma Kapsamında İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü

Uzaktan çalışma kapsamında işveren bu çalışma türlerinin kendine özgü niteliklerinden doğan tehlikeleri ortadan kaldırmak amacıyla gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür. İşin sınırları belirlenmiş olan işyeri dışında görülüyor olması işvereni iş sağlığı ve güvenliği sorumluluklarını almaktan kurtaramayacaktır. Ancak bu durum sorumluluğun kapsamını belirleme konusunda etkili olacaktır.<sup>63</sup>

---

olmadığının incelenmesi gerekir. Uzaktan çalışma alt başlığı altında ele alınan evde çalışma ve tele çalışma açısından hüküm bulunmayan hallerde evde çalışma için TBK hükümleri, tele çalışma için İş Kanunu hükümlerini uygulama şeklinde bir ayrıma gitmek isabetli değildir. İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler boşluk doldurucu bir şekilde ve bilhassa özel hükümlerin söz konusu olduğu durumlarda uygulanma alanı bulmalıdır şeklindeki görüş doğrultusunda hareket etmek hukuka uygundur. SÜZEK, s. 270.

<sup>61</sup> GÜLVER Ender, "Türk Borçlar Kanununun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", İÜHFİM, Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, s. 105.

<sup>62</sup> GÜLVER, s. 104.

<sup>63</sup> DULAY YANGIN (Tele Çalışma), s. 230.

Uzaktan çalışma kapsamında işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğü anlatılmaya çalışılırken konu birkaç farklı açıdan ele alınmaya çalışılacaktır. İş Kanununun 14. maddesinde yer alan uzaktan çalışma kapsamında evde çalışma veya tele çalışma kapsamında iş görme edimini yerine getiren kişinin şahsen ifa yükümlülüğünden bahsedilmiştir. İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğü kapsamında işverenin bu edimi yerine getiren işçilere karşı yükümlülüğü ilgili maddede ve Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde açıklanmıştır. Ancak bu konu açısından ele alınması gereken özellikli durumlardan birini evde hizmet sözleşmesi kapsamında bizzat veya aile üyeleri ile iş görme edimini yerine getiren işçinin yakınlarının iş sağlığı ve güvenliğinden işverenin ne derece ve hangi kurallar çerçevesinde sorumlu tutulacağıdır. Bir diğer durum ise uzaktan çalışma kapsamında meydana gelen sağlık ve güvenliği olumsuz etkileyen bir durumun iş gören kişiler dışında evde yaşayan diğer kişileri etkilemesi halinde işverenin sorumluluğudur. Çalışmanın devamında İK kapsamında uzaktan çalışanların, TBK kapsamında uzaktan çalışanların, TBK kapsamında uzaktan çalışanların iş görme edimine yardımcı olan kimselerin ve son olarak uzaktan çalışma esnasında işin görüldüğü yerde özellikle evde bulunan kimselerin iş sağlığı ve güvenliğinden işverenin sorumluluğu, sorumluluğunun sınırları açıklanmaya çalışılacaktır.

### **a. İş Kanunu Kapsamında Uzaktan Çalışan İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü**

4857 sayılı Kanunda işverenin uzaktan çalışma kapsamında işin niteliğine uygun olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Kanunda yer alan düzenleme Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinin 12. maddesinde de aynı şekilde tekrar edilmiş ve “İşveren, uzaktan çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmekle, gerekli eğitimi vermekle, sağlık gözetimini sağlamakla ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür” denilerek işverenin yükümlülükleri sayılmıştır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda bilgilendirilmesi çalışanların temel haklarından ifade özgürlüğünün bir parçasıdır.<sup>64</sup> İSGK md. 16 kapsamında işverenin bilgilendirme yükümlülüğü

<sup>64</sup> ÖZDEMİR Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 147.

düzenlenmiştir. İşverenin bu yükümlülüğüne aykırı davranması neticesinde iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelmişse bu durum işverenin kusurunun belirlenmesinde dikkate alınır.<sup>65</sup>

Gerek Kanunda gerekse Yönetmelikte sayılan işverenin İSG yükümlülükleri sınırlı sayıda değildir. Tüm bunlar dışında işveren yapılan işin niteliğini dikkate alarak çalışanlara İSG yönünden uygun makine, ekipman, araç, gereç vermekle, gerekiyorsa sağlık raporu almadan işçiyi işe başlatmama yine aynı biçimde gerektiği takdirde mesleki eğitim belgesi olmadan iş vermeme, meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarını süresinde ilgili birimlere bildirmekle yükümlüdür.<sup>66</sup> İşverenin bilgilendirme yükümlülüğü durağan değildir. Bu nedenle bu yükümlülük sürekli gözden geçirmeyi gerekli kılabilir. Her ne kadar Kanunda gerekli olduğunda bilgilendirmenin tekrar edilebileceği ifade edilmemişse de öğretide isabetli olarak yapılan işin niteliğinin değişmesi veya iş ile ilgili yeni tehlikelerin ortaya çıkması halinde işverenin bu yükümlülüğünü tekrarlaması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>67</sup>

İşverenin bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali hali İSGK md. 26/1-g hükmünde düzenlenmiştir. İşverene bilgilendirilmeyen her bir çalışan için idari para cezası yaptırımını uygulanacaktır. Bu açıdan çoğunlukla kolektif bir şekilde yerine getirilmesi gereken yükümlülük her bir çalışan ayrı ayrı ele alınarak yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca işverenin hukukî sorumluluğunun belirlenmesinde bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali önemli bir yer tutmaktadır. Tarafların kusurunun tespitinde en etkili unsurlardan birisinin bilgilendirme yükümlülüğü olduğu ifade edilmiştir.<sup>68</sup>

İşverenin gerekli eğitimi verme yükümlülüğü Kanunda sayılan diğer bir yükümlülüktür. Bilgilendirme yükümlülüğü ve eğitim verme yükümlülüğü birbirine karıştırılmaması gereken yükümlülüklerdir. İşverenin bilgilendirme yükümlülüğü tek taraflıdır, çalışanları ölçme ve değerlendirme söz konusu değildir.<sup>69</sup> Eğitim verme yükümlülüğü kapsamında çalışanlar almış oldukları eğitim doğrultusunda karşılaşabile-

<sup>65</sup> SÜMER Halûk Hâdi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (İş Sağlığı ve Güvenliği), Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 156, 157.,

<sup>66</sup> İNCİROĞLU, s. 227., ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 233.

<sup>67</sup> CANİKLİOĞLU Nurşen, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları" Toprak İşveren Yayınları, 2013, s. 67., ÖZDEMİR, s. 151.

<sup>68</sup> ÖZDEMİR, s. 152.

<sup>69</sup> ÖZDEMİR, s. 148.

cekleri sağlık ve güvenlik tehlikelerini bertaraf edebileceklerdir. İşin özenle ifası için çalışanların aldıkları eğitimleri dikkatle takip etmeleri gerekir.

ILO'nun 155 sayılı Sözleşmesi ortaya çıkabilecek iş sağlığı güvenliği problemlerinin çözümü için tüm çalışanların eğitim ihtiyacını karşılayacak seviyelerde eğitim verilmesi gerekliliğine değinilmiştir. (md. 14) İSGK md. 17 kapsamında çalışanlara verilmesi gereken eğitim yükümlülüğünden söz edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin amacı iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşması ile beraber çalışanlara karşılaşılabilecekleri tehlikeli durumlarda uymaları gereken kuralları öğretmektir. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>70</sup> kapsamında da işçinin sözleşmesinin türüne bakılmaksızın işverenin eğitim verme yükümlülüğüne ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelikte çalışanlara verilecek eğitimin uzaktan da yapılabileceği düzenlenmiştir. Böylelikle evde çalışan ya da işyeri dışında herhangi bir yerde tele çalışan işçiler işverenin vereceği eğitimi uzaktan alabileceklerdir. (md. 12/7)

Yargıtay tarafından verilen kararda çalışanların eğitimi ve bilgilendirilmesi hususunda şu ifadelere yer verilmiştir. "İş güvenliği önlemleri alma, kişisel güvenliği sağlama hususundaki inisiyatifin tek başına işçiye bırakıldığı, çalışılan ortam nedeniyle oluşan tehlikeler konusunda yeterli bilgi verilmediği görülmektedir. İş sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçilerin eğitimi, bir kısım mevzuatı içerir belgelerin kendilerine verilmesiyle değil, eylemli olarak bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili önlemlerin uygulandığının denetlenmesidir."<sup>71</sup>

Çalışanların evde çalışma kapsamında veya tele çalışma kapsamında kendileri dışındaki kimselerin sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürmeme yükümlülüğünün sınırlarını, iş sağlığı ve güvenliği konusunda aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları oluşturduğundan işverenin eğitim verme yükümlülüğü karşılığında çalışanlara da alınan eğitimlerde verilen talimatlara uyma yükümlülüğü içerir. Bu açıdan işveren tarafından aldırılmayan, eksik aldırılan ya da usulüne uygun olmayan bir eğitim söz konusuysa çalışanın yükümlülükleri darala-

<sup>70</sup> RG. 15.05.2013, 28648.

<sup>71</sup> YHGK. 16.06.2004, 21/365, 369. ÜÇİŞİK Hasan Fehim, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ötüken Yayınevi, 2021, s. 152.

çaktır. Yargıtay tarafından verilen kararda da işçilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal edip etmediklerinin tespitinde bu konuda eğitim alıp almadığı ya da yapmadığı iddia edilen eylemlerin görevi kapsamına girip girmediğinin tespit edilmesi gerekir.<sup>72</sup>

Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda iş sağlığı ve güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçilerin eğitimi, mevzuat hükümlerini içeren belgelerin verilmesini değil, eylemli olarak bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonra ise iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesi gelir.<sup>73</sup>

Eğitim verme yükümlülüğünün ihlali hali için bilgilendirme yükümlülüğünde olduğu gibi her bir çalışan için ayrı ayrı idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)<sup>74</sup> md. 26/1-ğ de ele alınan düzenleme kapsamında eğitim yükümlülüğü her bir çalışan için ayrı ayrı hesaplandığında işverenler açısından yüklü maliyetler söz konusu olabilecektir. Bu nedenle işverenlerin yükümlülüklerini yerine getirmesi konusunda daha hassas olmaları gerekecektir. İşverenin hukukî sorumluluğunun belirlenmesi konusunda da eğitim verme yükümlülüğü önemli bir yer tutmaktadır. Yargıtay tarafından verilen kararda tarafların kusur oranlarının belirlenmesi süreçlerinde işçilere eğitim verilip verilmediğinin incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>75</sup>

İşverenin sağlık gözetimini sağlama yükümlülüğü içerisinde pek çok yükümlülüğü barındıran oldukça geniş kapsamlı bir yükümlülüktür. İşverenin bu yükümlülüğü uzaktan çalışma sözleşmesine uygulanabildiği ölçüde vardır. Bu nedenle sağlık gözetimini sağlama yükümlülüğü her iş ilişkisi için ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Çalışanların sağlığının korunması ve geliştirilmesi, mesleki olumsuz etkilenmeleri önlemek amacıyla tıbbi muayene ve tetkikleri, çalışanların ortamdaki riskler ile bunlara yönelik koruyucu tedbirler konusunda bilgilendirmenin yapılması, çalışma ortamdaki genel hijyen şartlarına yönelik inceleme gibi hususları içeren yükümlülük kapsamında aynı zamanda tüm çalışanların sağlık kayıtlarının kişilik hakları çerçeve-

<sup>72</sup> Yarg. 22. HD. 11.10.2017, E: 2017/40712, K: 2017/21420. BAYSAL Ulaş. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri. Beta Yayınevi, 2019, s. 54.

<sup>73</sup> Yarg. 10. HD. 12.10.2017, 18734/6745., SÜMER (İş Sağlığı ve Güvenliği), s. 149.

<sup>74</sup> RG. 30.06.2012, 28339.

<sup>75</sup> Yarg. 10. HD. 18.03.2013, E: 2012/9266, K: 2013/5083, ÖZDEMİR, s. 168.

sinde gizli tutulmasını da kapsar.<sup>76</sup> 6331 sayılı İSGK md. 15 kapsamında işverenin sağlık gözetimini sağlama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu açıdan işe giriş esnasında, görülmekte olan işte değişiklik olması halinde, çalışanların uğrayacağı iş kazası ve meslek hastalıklarından sonra işe dönmeleri ile beraber talep etmeleri halinde işveren çalışanların sağlık muayenelerini yapmak zorundadır. İşverenin sağlık gözetimini yapma yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımı İSGK md. 26/1-f kapsamında düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene her çalışan için ayrı ayrı idari para cezası yaptırımı uygulanacaktır.

Sağlık gözetimi yapma yükümlülüğü konusunda göz önüne alınması gereken hususlardan birisi de işverenin kusurunun belirlenmesinde meydana gelen hastalık veya kaza ile sağlık gözetimi yükümlülüğü arasında illiyet bağının olmasıdır. Yargıtay tarafından verilen kararda işveren tarafından yalnızca sağlık raporunun alınmamış olması ve çalışanların yıllık sağlık kontrollerinin yerine getirilmemiş olması halinin işverenin kusur oranının %60 olarak belirlenmesinde yeterli görülmemiştir.<sup>77</sup>

Sağlık gözetiminin sağlanması yükümlülüğü her ne kadar meslek hastalıklarının önlenmesi gibi bir misyon üstlense de esasında iş kazalarının azaltılmasıyla da oldukça bağlantılı bir kavramdır. Sağlık gözetimleri neticesinde yapacağı veya yapmakta olduğu işe uygun görülmeyen çalışanların işleri değiştirilmek suretiyle iş kazaları ve meslek hastalıklarının önüne geçilebilir.<sup>78</sup> Örneğin tele çalışma kapsamında bilgi teknoloji aletleri kullanarak iş görme edimini yerine getirecek olan çalışanın göz muayenesi işverenin sağlık gözetimi yükümlülüğü kapsamında yerine getirilmelidir. Aksi halde çalışan kimsede görme bozuklukları ile bağlantılı olarak ileride başka pek çok sağlık sorunu ortaya çıkabilir. Söz konusu durum çalışan kişinin yalnızca çalışma hayatını değil günlük yaşamını da olumsuz etkiler.

İşverenin uzaktan çalışma kapsamında İş Kanununda sayılan yükümlülüklerinden bir diğerini sağladığı ekipmanlarla ilgili iş güvenliği

<sup>76</sup> ÜÇİŞİK, s. 150.

<sup>77</sup> Yarg. 21. HD. 23.12.2009, E: 2008/16956, K: 2009/21076. Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda da çalışanların sağlık gözetimini sağlama konusunda alınacak herhangi bir raporun değil işin niteliğine uygun standartlarda alınması gereken raporun sorumluluğun belirlenmesinde önemli olacağı belirtilmiştir. Yarg. 10. HD. 03.10.2011, E: 2011/12363, K: 2011/12963., ÖZDEMİR, s. 143.

<sup>78</sup> ÖZDEMİR, s. 137.



tedbirleri almak oluşturmaktadır. Söz konusu tedbirleri almak işverenler için yükümlülük olmanın yanı sıra çalışanlar içinde aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması noktasında yükümlülük oluşturmaktadır. Çalışanın kendisine verilen aracı doğru kullanmaması nedeniyle iş kazası meydana gelirse bu durum çalışanın kusur durumunu etkileyecektir. Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin<sup>79</sup> “Kullanım Kuralları” başlıklı 8. maddesinde çalışanların 6331 sayılı Kanuna uygun olarak iş sağlığı ve güvenliği kapsamında aldıkları eğitim ve işveren talimatları doğrultusunda kişisel koruyucu donanımları doğru kullanmakla yükümlü oldukları bildirilmiştir. Elbette çalışanların bu yükümlülüğü işverenlerin sağladığı ekipmanlarla ilgili iş güvenliği tedbirleri almasının sonucu olarak ortaya çıkacaktır.

İşverenin önlem alma yükümlülüğünün sınırını ev çalışmalarının niteliği gereği yerine getirme imkânına sahip olduğu tüm yükümlülükler oluşturur. Ancak işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirirken işçinin alınan bu yükümlülüklerle uygun davranıp davranmadığını kontrol etmesi oldukça sınırlıdır. Çalışma yerinin denetimi bu durumda Anayasa ile güvence altına alınmış konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği gibi hakları ihlal etme riskini de beraberinde getirecektir. Bu nedenle işveren tarafından gerçekleştirilecek denetimin bu haklar ekseninde ölçülü olması gerekir. Öğretide de işverenin iş sağlığı ve güvenliği kapsamında yapacağı denetim çerçevesinde işçiden önceden rıza almış olsa bile her denetim öncesinde tekrar rıza alması gerektiği belirtilmiş ve denetimin dürüstlük kuralları gereği işçiye önceden haber verilmiş olması savunulmuştur. İşveren tarafından gerçekleştirilecek denetime ilişkin tüm belgelerin yazılı olması gerektiği, teftiş sınırlarının konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik anayasal ve yasal düzenlemeleri ihlal etmemesi gerektiği belirtilerek; teftiş ve denetimin yalnızca iş sağlığı ve güvenliği ile sınırlı olarak yapılması ifade edilmiştir.<sup>80</sup>

Denetim amacıyla konuta erişim talebi işverenden gelebileceği gibi devletin teftiş ve denetim ile yetkili kılınmış müfettişlerinden de gelebilir. Bu açıdan talebin kimden geldiği önemli olmaksızın konuta erişim talebi, orantılılık ilkesine uygun olmalı ve denetimde bulunmanın gerektirdiği yer ve süre ile sınırlı olmalıdır. Örneğin bilgisayarla evin herhan-

<sup>79</sup> RG. 02.07.2013, 28695.

<sup>80</sup> DULAY YANGIN (Tele Çalışma), s. 234.

gi bir odasından çalışmasını gerçekleştiren işçinin iş sağlığı ve güvenliği denetimi açısından çalışılmayan odaların denetlenmesinde hukukî bir yarar bulunmamaktadır. Söz konusu durumda ölçülülük ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.

Uzaktan çalışma kapsamında işverenin yapacağı denetimlerde özellik arz eden durumlardan birini de tele çalışma kapsamında çalışmanın gerçekleştirildiği teknolojik aletlerin denetimidir hiç kuşkusuz. İşverenin işyerinde denetleme yetkisinin bulunduğu konusunda bir şüphe yoktur hatta işyerlerindeki iş organizasyonlarının karmaşıklığı, işlerin geniş bir alana yayılması ve işyerinde eş zamanlı pek çok faaliyetin yürütülmesi gibi nedenlerden dolayı en başta güvenliğin sağlanması için denetim zorunludur. İş hukukunda güvenlik ile ilgili anlaşılması gereken şey en başta işçilerin iş sağlığı ve güvenliğidir. Ancak aynı zamanda bilgi ve veri güvenliği de işverenin bu noktada denetim yetkisinin gerekçesini oluşturmaktadır.<sup>81</sup> İşverenin, işçilerin ya da üçüncü kişilerin sağlık ve güvenliğini sağlama gibi üstün bir yarar ya da kanundan doğan bir yükümlülüğünden işçilerin hak ve özgürlüklerine müdahale edebileceği kabul edilmektedir.<sup>82</sup>

Meşru gerekçelere dayalı olarak gerçekleştirilen denetimin işçilerin hak ve özgürlükleri ile çatışabileceği de bir gerçektir.<sup>83</sup> İşverene sağlanan bu denetim yetkisi işçinin kişisel yaşamına müdahale imkânı vermemelidir. Aksi halde işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin kölelikten bir farkı kalmayacaktır. Bu nedenle işverenin güvenlik gibi gerekçelere dayanarak gerçekleştireceği denetimin hukuka uygun sayılması için işçilerin önceden bilgilendirilmesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen kararda da “internet, e-posta- ya da telefon kullanımının izlemeye konu olabilmesinin koşullarından birisi işçilerin önceden bilgilendirilmesidir. Bu bilgilendirmenin yapılmaması durumunda çalışanlarla iletişimin gizliliği hususunda makul bir beklentinin oluşacağı kabul edilmelidir.”<sup>84</sup>

<sup>81</sup> UGAN ÇATALKAYA Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınevi, 2019, s. 298.

<sup>82</sup> BAYRAM Fuat, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 37.

<sup>83</sup> OKUR, Zeki, “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 3, 2006, s. 4.

<sup>84</sup> AİHM, Halford c. Royaume-Uni, 20605/92, 25.6.1997. UGAN ÇATALKAYA, s. 299.

İşçinin iş görme edimini yerine getirirken teknolojik aletlerden yararlanması özellikle bağımlılık ilişkisini ve tarafların sahip olduğu hak ve özgürlükleri etkilemektedir. İşçinin iş görme esnasında kullandığı araçlar işçiyi özerkleştirmektedir. Ancak işyerindeki bilgi akışı ve talimat verme yöntemleri üzerinde de etkili olduklarından işyerlerinin organizasyonel yapılarını da etkilemektedir. Teknolojik çalışmaların getirdiği olan özerklik ve bağımlı çalışmanın uğradığı değişim esnasında özgürlüklerin lehine de olsa özünde iş yaşamı ve kişisel yaşam arasındaki ilişkinin silikleşmesi, işçiyi özel hayatından olumsuz etkileyebilecektir. Teknolojinin iş hayatında kullanımı işçiyi özerklik sağlarken, işverenin denetim olanaklarını güçlendirmektedir. Bu açıdan işverenin işçiyi denetlemesi kapsamında hâkim tarafında yapılacak incelemelerde denetlemeye esas olan gerekçelerle gizliliğin ihlali kavramının birbiriyle karıştırılması bilgi teknolojilerinin, özgürlükleri ve özerkliği büyük bir tehlikeye dönüştürebilecektir. Bu açıdan hâkimin, işverenin yetkisini hangi amaçla kullandığı konusundaki denetimini güçlendirmelidir. Bu açıdan işveren tarafından denetim konusunda izlenen amacın meşru olması ve işçinin önceden bilgilendirilmiş olması yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda işveren tarafından izlenen amaca daha az müdahaleci bir yöntemle ulaşmanın imkân dâhilinde olup olmadığı da inceleme konusu yapılmalıdır. İşverenin bu açıdan yetkilerine yön verirken hukukun temel gerekleri göz önünde bulundurulmalıdır. “İşin insancillaştırılması” ilkesi de bu yaklaşımın bir sonucudur.<sup>85</sup>

Bu kapsamda tele çalışmaya ilişkin Çerçeve Anlaşma kapsamında işverenin sorumluluğuna ilişkin genel ilkedен başka, tele çalışana bilgi verme yükümlülüğü ve işverenin denetim yetkisini kullanmanın usulüne ilişkin asgari normlar düzenlenmiştir. (md. 8)

Uzaktan çalışma Yönetmeliği'nin hazırlanan taslak metninde “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınması” başlıklı 14. madde, İş Kanununda yer alan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeyi ele aldıktan sonra “... (2) işveren uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği işçiyi ilişkin önleme politikası oluşturur. İşçi ise verilen talimatlar ve eğitimler doğrultusunda işverenin oluşturduğu politikaya uyar. (3) işveren, risk değerlendirmesi gerçekleştirmek, alınan önlemlere ilişkin işçiyi bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı tüm iş araçlarının iş gereksinimleri ile iş sağlığı ve güvenliği ve mevzuatı standartlarına uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. (4) işçi meydana gelen iş kazaları, ramak kala olayları ve

<sup>85</sup> UGAN ÇATALKAYA, s. 301, 302.

yürüttüğü işi ile ilgili olduğundan şüphelendiği sağlık problemlerini işverene bildirir. Bunların kaydının tutulması, gerekli incelemelerin yapılarak raporlarının düzenlenmesi ve gerekliyse yetkili mercilere bildirimini yapılmasından ise işveren sorumludur. (5) İşçi kendisinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenebileceklerin sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür” şeklinde yer verilen hüküm Yönetmelik kapsamına alınmamıştır. Yönetmelikte yer alan hüküm, İş Kanununda yer alan hükmü tekrarlamaktan öteye de gidememiştir. Esasen böyle bir yaklaşımın neden yapıldığını anlamak gerek iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması gerekse iş teftiş ve denetimi konusunda çok yeterli olmayan ülkemiz açısından pek mümkün değildir. Her ne kadar Yönetmelik metnine, Taslak metninde yer alan bu hükümler alınmamış olsa dahi tüm sayılan hallerden işverenin sorumlu olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Bu düzenlemelere yer verilmemiş olmasını işverenin anılan hallerden dolayı sorumlu olmayacağı şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Söz konusu yükümlülükler zaten 6331 sayılı İSGK kapsamında işverenin yükümlülükleridir. Bu açıdan yapılan iş sözleşmesinin türlerine ilişkin de herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Ancak Yönetmelik metninin kırpılmaksızın taslak halinde olduğu şekli ile yürürlüğe girmesi sorumlulukların bir kez daha vurgulanması açısından daha yerine olacaktı.

Uzaktan çalışma kapsamında gerçekleştirilen işler doğrultusunda işçiler pek çok riske maruz kalmaktadır. Özellikle tele çalışma kapsamında gerçekleştirilen işlerde bilgisayarlı ekranlara maruz kalarak iş görenlerin iş sağlığı ve güvenliği pek çok açıdan olumsuz etkilenebilmektedir.

Mevzuatımızda da yer alan “Ekranlı Araçlarla Yapılan İşlerde Asgari Sağlık ve Güvenlik Gereklileri Hakkında 90/270/EC sayılı AB Yönergesi”ne<sup>86</sup> uygun olarak hazırlanan Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>87</sup> özel bir önem arz etmektedir. Söz konusu Yönetmelik tele çalışan kimseler açısından işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü spesifik olarak düzenleyen metin olarak ifade edilmiştir.<sup>88</sup> Yönetmelik ile beraber tele çalışma

<sup>86</sup> Yönerge kapsamında işverenin yükümlülüklerine değinilmiş ve işçinin çalışmasını belirli aralıklarla ara verilecek ve ekran üzerindeki çalışma yükünü azaltacak şekilde düzenlemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Çalışanların görme sorunu söz konusu olduğunda bu kişilere görme testine tabi tutulma zorunluluğu da Yönerge ile getirilen düzenlemelerdendir. (md. 9)

<sup>87</sup> RG.16.04.2013, 28620.

<sup>88</sup> KANDEMİR, s. 132.

kapsamına yönelik belirli standartlar getirildiği görülmektedir. Kullanılan teknik araçların belirli, ısı, radyasyon ve gürültü seviyesini aşmaması, işçiler tarafından kullanılacak bilgisayar programlarında kullanılacak kriterler, çalışma ortamındaki uygun aydınlatma seviyesi, kullanılacak çalışma yüzeyi, çalışma sandalyelerine yönelik asgari standartlar, çalışanın göz ve beden sağlığı açısından işverenin bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüğü gibi durumlar Yönetmelik kapsamında ele alınan konulardandır.

Uzaktan çalışmada iş sağlığı ve güvenliği konularında ele alınması gereken durumlardan birisi de iş kazası ve meslek hastalığıdır. Uzaktan çalışan kimselerin çalışmaları esnasında meydana gelen olay neticesinde kazaya uğramaları durumunda bunun iş kazası sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalı olarak ifade edilmiştir. 5510 sayılı Kanun<sup>89</sup> bilindiği üzere iş kazasının tanımını oldukça geniş bir şekilde ele almıştır ve hangi hallerde işçinin uğrayacağı kazanın iş kazası sayılacağı sayılmak suretiyle belirlenmiştir.

Klasik iş ilişkilerinde geleneksel manada işyerinde meydana gelen kaza, kazaya uğrayan kimsenin mesleki faaliyetini gerçekleştirdiği sırada gerçekleşir. Ancak uzaktan çalışmada zaman ve mekân kavramlarının geleneksel anlamını yitirmesi ile beraber işçinin meslek hayatı ve özel hayatı arasındaki sınır da belirsizleşebilmektedir.<sup>90</sup> Bu açıdan evde çalışan kimselerin uğrayacağı her kaza iş kazası olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak çalışan kimsenin yapılan iş nedeniyle ve işin ifası sırasında uğradığı kaza iş kazası olarak kabul edilmelidir. Bu açıdan işverenin yükümlülüğü evden veya uzaktan çalışan kimselere görülecek iş hakkında bilgi vermekte ve gerekli eğitimleri almasını sağlamaktır. Bu açıdan uzaktan çalışma kapsamında kullanılacak araç ve gereçlerin kullanımına dair verilecek eğitim de önemlidir.<sup>91</sup>

Özellikle tele çalışma kapsamında sabit bir yerde kalmaksızın işini ifa eden gezici tele çalışmalarda meydana gelen kazaların iş kazası sayılıp sayılmaması bakımından 5510 sayılı Kanunun iş kazası ile ilgili şu hükmü uyumludur. “Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.” (md.

<sup>89</sup> RG. 16.06.2006, 26200.

<sup>90</sup> DULAY YANGIN (Tele Çalışma), s. 235.

<sup>91</sup> KURT Resul, 250 Soruda Koronavirüs Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 51, 52.

13/e) Gezici tele çalışma kapsamında işçilerin işini işyeri veya ev gibi sabit bir yerde yapmayacak olmasının işvereni iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden kurtarmayacağı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bunun dışında işin evde görülmesi esnasında işle bağlantısı olmayan durumlardan dolayı kazanın meydana gelmesi halinde kazaların iş kazası sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Ancak gerek 6331 sayılı Kanunda yer alan “İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen kaza”nın (md. 3/1-g) iş kazasını tanımlaması gerekse 5510 sayılı Kanununun 13. maddesinde yer alan iş kazası tanımında “İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle...” hükmünden ötürü meydana gelen her kaza iş kazası sayılmamalı, kaza ile görülmekte olan iş arasında illiyet bağı aranmalıdır. Bu açıdan işverenin sorumluluğu görülen işle ilgili meydana gelen kazalarla sınırlı olmalıdır.<sup>92</sup> Kaza ile zarar arasında aranan illiyet bağı her somut olayın özelliğine göre saptanmalıdır.<sup>93</sup>

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü yalnızca işçileri fiziksel risklere karşı korumakla sınırlı değildir. İşverenin bu açıdan psiko-sosyal risklere karşı önlem almak ve işçileri bu açıdan doğabilecek tehlikelere karşı koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Tele çalışmaya ilişkin AB Çerçeve Anlaşmasında “İşin Düzenlenmesi” başlıklı madde de işverenin işçinin izole olmasını engellemek üzere alması gereken önlemlerden bahsedilmiştir. Düzenlemede “İşveren, düzenli olarak iş arkadaşlarıyla bir araya gelme ve işletmeyle ilgili bilgilere erişme imkânı oluşturmak gibi tele çalışan işçinin, işyerinde çalışan diğer işçilerden izole olmasını engellemeye yönelik tedbirlerin alınmasını sağlar.” (md. 9) Tele çalışma türünde dönüşümlü tele çalışma dışında işçiler işyerinden ve iş arkadaşlarından uzaklaşarak yalnızlaşmakta ve bununla beraber psikolojik bir riske maruz kalmaktadır. İşçilerin üzerindeki psikolojik yükü azaltmak amacıyla iş arkadaşlarıyla bir araya gelmelerinin sağlanması, işletmeyle ilgili bilgi almalarının sağlanması gibi çözüm önerileri sunulmuştur.<sup>94</sup> Ekranlı Araçlarla Çalışmaya İlişkin Yönetmelikte bu tür bir riskten ve işverenin alması gereken önlemden bahsedilmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu kapsamında işverenin çalışanları gözetme borcu içerisinde önlem alma yükümlülüğüne psiko-sosyal risklerde eklenmiştir. Bu nedenle İş Kanununda yer alan uzaktan

<sup>92</sup> DULAY YANGIN (Tele Çalışma), s. 236, 237.

<sup>93</sup> SÜMER (İş Sağlığı ve Güvenliği), s. 92.

<sup>94</sup> DULAY YANGIN (Tele Çalışma), s. 239, 240.

çalışmaya ilişkin düzenlemede psikososyal risklerden bahsedilmemiş olması işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Psikososyal riskler ise yalnızca psikolojik taciz ve cinsel taciz ile sınırlı değildir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da “İş ilişkisinde işverenin işçisinin çalışması nedeniyle karşılaşılabileceği risk ve tehlikelerden, onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınması ve bu konuda önlem alması gereklidir”<sup>95</sup> denilerek işverenin sorumluluğunun yalnızca psikolojik taciz ve cinsel taciz ile sınırlı olmadığı ifade edilmiştir.

### **b. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Uzaktan Çalışan İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü**

Evde hizmet sözleşmeleri kapsamında işverenin işçiyi koruma borcu, çalışan kimselere karşı yerine getirmesi gereken en önemli borçlardandır. Koruma borcu kapsamında işverenin çalıştırdığı işçisini korumak, işçinin çıkarları doğrultusunda gördüğü veya görebileceği muhtemel zararlara karşı gerekli önemleri almak, işçinin haklı çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak gibi çeşitli yükümlülükler barındırır. İşverenin işçiyi koruma borcu, işçinin sadakat borcuna karşı gelen bir yükümlülüktür. İşçinin korunması özünde işçinin kişiliğinin korunmasını barındırır.<sup>96</sup>

İşverenin işçiyi gözetme borcu oldukça geniş kapsamlı bir borçtur. Bu nedenle işçiyi gözetme borcunun kapsamına nelerin girdiğini önceden sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Evde hizmet sözleşmeleri kapsamında da işverenin bu açıdan yükümlülükleri tek tek sayılarak belirlenemeyecektir. Bu nedenle bu borcun kapsamı işin niteliği ve Medeni Kanunun<sup>97</sup> 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir.<sup>98</sup>

TBK md. 417 “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlıklı maddede işverenin koruma ve gözetme borcunu düzenlemiştir. Bu başlık kapsamında işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin genel ilkeler, ev düzeni içinde çalışma durumuna ilişkin kurallar ve kişisel verilerin kullanılması konusunda işçinin korunmasına yönelik kurallar düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki 418. maddede bahsedilen ev düzeni içinde çalışma

<sup>95</sup> Yarg. 9. HD. 08.03.2016, E: 2014/31063, K: 2016/5132., ÖZDEMİR, s. 36, 37.

<sup>96</sup> GÜNAY, s. 372, 373.

<sup>97</sup> RG. 8.12.2001, 24607.

<sup>98</sup> YAVUZ, s. 518, 519.

hali evde hizmet sözleşmelerini değil ev hizmetlerini kapsamaktadır. Bu nedenle bu çalışma kapsamında bu maddeye değinilmeyecektir.

Evde hizmet sözleşmelerinin düzenlendiği 461. madde ve devamındaki hükümlerde işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüğünü içeren herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 464. maddenin 2. fıkrasında yer alan “İşçi işi görürken, kendisine teslim edilen malzemenin veya iş araçlarının bozuk olduğunu belirlerse, durumu hemen işverene bildirir ve işe devam etmeden önce, onun talimatını bekler” hükmü ise işçinin borçları altında düzenlenmiştir ve hükümde işverene ilişkin iş sağlığı ve güvenliği yönünden öngörülmuş bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu nedenle evde hizmet sözleşmeleri kapsamında işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü çerçevesinde Kanununun 417. maddesinde yer alan düzenlemeler göz önünde bulundurulacaktır.

417. madde işçinin manevi ve maddi kişisel varlıklarına ilişkin kişiliğin korunmasına dair hükümler içermektedir. Düzenlemenin son fıkrası ise öğretide gerekli olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir. İşçilerin kişiliğinin korunmasına dair getirilen bu düzenleme zaten genel hizmet sözleşmeleri ile ilgili olduğundan yani sözleşmeden doğan bir yükümlülük olduğundan ilgili fıkraya isabetli bir şekilde gerek olmadığı savunulmuştur.<sup>99</sup>

İşverenin işçiyi koruma borcu yalnızca işçinin yaşamını, bedensel bütünlüğü ve sağlığını korumakla sınırlı olarak algılanmamalıdır. Bu açıdan işveren kendisinden hemen hemen her zaman ekonomik açıdan daha güçsüz konumda olan işçiye bilgi vermeli ve yol göstermeli, işçinin çıkarlarının zedelenmesi için uygun çabayı göstermelidir. Evleviyet ilkesi gereği işveren korumakla yükümlü olduğu maddi ve manevi kişilik değerlerine hukuka aykırı müdahaleden kendisi de kaçınmalıdır.<sup>100</sup>

İşveren işçinin kişilik değerlerine saygı göstermekle yükümlüdür. Kişilik değerleri sınırlı şekilde sayılamaz. Hayatın olağan akışında kişilik değerleri değişmekte ve çeşitlenmekte bununla beraber bu değerlere yönelen saldırı şekilleri de başkalaşmaktadır. Mutlak bir hak olan kişilik hakkı, ihlal etmesi söz konusu olan herkese karşı savunulabilir. İşçinin yaşamı, bedensel bütünlüğü ve sağlığı da hiç şüphesiz işverenin koru-

<sup>99</sup> KILIÇOĞLU, s. 421.

<sup>100</sup> SEVİMLİ K. Ahmet, “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, 2013 (1), s. 110.



makla yükümlü olduğu kişilik değerleri arasındadır.<sup>101</sup> Bu noktada evde hizmet sözleşmeleri bakımından işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yerine getirmesinde sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili olan faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmesi gerektiğini düzenleyen 6331 sayılı İSGK'nın md.5/1-f hükmü gözden kaçırılmamalıdır. TBK md. 417/2 işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili alması gereken önlemlerin sınırlarını ortaya koymaktadır. Bu açıdan işverenin sorumluluğu hakkaniyet sorumluluğu değildir. İşveren kendisinden beklenen her türlü önlemi almakla yükümlüdür.<sup>102</sup> Yargıtay tarafından verilen kararlarda da aynı sonuca varılmıştır ve "...Yasa, tüzük ve yönetmeliklerde açıkça gösterilmemiş olsa bile işveren işçi sağlığını korumaya yönelik her türlü önlemi almakla yükümlüdür" denilerek sorumluluğun mevzuat düzenlemeleri ile sınırlanamayacağı belirtilmiştir.<sup>103</sup>

TBK md. 417/2 de ifade edilen "işyeri" kavramından "iş organizasyonu" anlaşılmasının isabetli olduğu öğretide savunulmuştur.<sup>104</sup>

### c. Uzaktan Çalışma Kapsamında İfa Yardımcılarının Sağlık ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü

Evde hizmet sözleşmeleri kapsamında işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğü bakımından ele alınması gereken önemli durumlardan birisi de iş görme edimini işçinin "*bizzat veya aile bireyleriyle birlikte*" görmesi halinde aile bireylerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından işverenin sorumluluğunun ne olacağıdır.

İş Kanunu kapsamında ele alınan uzaktan çalışma hükümlerinde her ne kadar açıkça belirtilmiş olmasa bile iş görme ediminin sorumlusu yalnızca işçidir. Ancak TBK'nın evde hizmet sözleşmesinde açıkça işçinin iş görme edimini aile bireyleriyle birlikte görebileceği düzenlenmiştir.<sup>105</sup>

Evde hizmet sözleşmesi kapsamında aile üyelerinin işi, işçiyle birlikte yerine getirmelerinin hangi sebepten kaynaklandığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Aile üyelerinin işçi ile beraber iş görmelelerinin sebebi aile hukukundan doğan yardım yükümlülüğüne dayanabi-

<sup>101</sup> SEVİMLİ, s. 124, 125.

<sup>102</sup> SEVİMLİ, s. 127-129., GÜNAY, s. 376.

<sup>103</sup> Yarg 10. HD. 04.03.2008, E: 2008/2626, K: 2008/7283., GÜNAY, s. 377.

<sup>104</sup> GÜNAY, s. 376.

<sup>105</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 232.

leceği gibi hatır ilişkisine veya işveren ile yahut evde hizmet sözleşmesiyle çalışan işçiyle akdedilmiş bir iş sözleşmesine dayanabilir. İşverenle arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan aile üyeleri, yardımcı şahıs konumundadır.<sup>106</sup> Özetle evde çalışan kişi, adam çalıştıran işverene bağımlı şekilde iş görürken yardımcı şahsın adam çalıştıran kişiye bağımlı olarak çalışması gerekmemektedir bu nedenle yardımcı şahıs kavramı çok daha geniş bir kapsama sahiptir.<sup>107</sup>

Aile bireyleri ile işveren arasında bir sözleşme imzalanmış olup olması işverenin iş sağlığı ve güvenliği sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesi açısından önemli olacaktır.

Esasen evde çalışma için yasal düzenlemeler getiren ülkelerde, yasal koruma genel olarak yalnızca evde çalışanın kendisi için öngörülmüştür. Dolayısıyla getirilen düzenlemeler, aile üyeleri ve diğer yardımcıları için geçerli değildir. Bu açıdan evde çalışan kimse ile ifaya yardımcı kişi arasında bir çalışma ilişkisinin doğup doğmadığının da irdelenmesi gerekir. Gerçekten, birçok durumda, yardımcıları ailenin üyesidir. Bu durum gerek yardımcıların alacakları ücret ve gerekse sosyal güvenlikleri açısından bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu duruma ilişkin olarak Fransız İş Kodu, yardımcı kullanan evde çalışanın, işçiler için geçerli tüm mevzuatın yardımcıları da uygulanmasından sorumlu olacağı hükmünü getirmiştir yani Fransız Hukukunda, evde çalışanlar işçi konumunda olmalarına karşılık, yardımcı karşısında işveren sorumluluğu taşımaktadırlar.<sup>108</sup> Ancak Türk Hukukunda evde çalışan kimselelere yardımcı olan kişilerin sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla ifa yardımcılarının hukukî durumunun belirlenmesinde gerek evde çalışan ile aralarındaki ilişkinin gerekse evde çalıştıran işveren ile aralarındaki ilişkinin niteliğine bakmak gerekecektir.

Eğer evde çalışan kimseye yardımcı olan kişiler ile evde çalışan kişi arasında bir iş ilişkisi varsa bu durumda yardımcı kişilerin işvereni konumunda evde çalışan kişi olacağından TBK kapsamında öngörülmüş işçiyi gözetme borcundan ve dolayısıyla işçilerin sağlık ve güvenliğinden evde çalışan kişi işveren sıfatıyla sorumlu olacaktır. Ancak evde

<sup>106</sup> GÜLVER, s. 108.

<sup>107</sup> ANTALYA Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,2. Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi. 2019, s. 333.

<sup>108</sup> KANDEMİR Murat, "Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri", İÜHFİM., Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, s. 148.

çalışan kişiye yardımcı olan aile üyeleri ile evde çalışan kimse arasında böyle bir iş ilişkisi yoksa evde çalıştıran işverenin sorumluluğunun hukukî dayanağının belirlenmesi gerekir. Belirtilmelidir ki ifa yardımcıları ile işveren arasında iş sözleşmesi kurulmamışsa işveren gerek 6331 sayılı Kanunda gerekse TBK md. 417 kapsamında öngörülen yükümlülüklerden sorumlu tutulmayacaktır. Ancak bu hallerde de ifa yardımcılarının sağlık ve güvenliklerine ilişkin olumsuz bir durumun olması halinde işverenin tamamen sorumluluktan kurtulacağı gibi bir yoruma gidilmemelidir. İşveren genel hükümler uyarınca zarar gören kişilerin zararlarını karşılamakla yükümlüdür.

İfa yardımcılarının başvurabileceği hukukî koruma imkânlarının düzenlendiği hüküm olarak akla TBK md. 66 gelebilir. Ancak adam çalıştıranın sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için çalışanın kendisine verilen işin görülmesi esnasında zararın doğması, çalışan kişinin adam çalıştıranla arasında çalıştırma ilişkisinin bulunması gerekir. Çalışma ilişkisi adam çalıştıranın amaçlarına yönelmiş olmalıdır. Çalıştırma ilişkisinde taraflar arasında bağımlılık ilişkisi olmalıdır. Zararın işin görülmesi esnasında ortaya çıkması ve çalışan kimsenin fiili ile ortaya çıkan zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.<sup>109</sup> Fakat burada bahsedilen husus adam çalıştıran kişinin iş ilişkisi içerisinde olmayan üçüncü bir kişiye verdiği zarar değildir. Örneğin evde tekstil işlerinin yapıldığı hizmet sözleşmesinde işveren ile aralarında sözleşmenin yapıldığı kişiye yardım eden aile üyelerinden birinin zarar görmesi ancak gördüğü zararın kendi fiili neticesinde gerçekleşmesi ihtimalinde işverenin sorumluluğunun dayanağının ne olacağıdır.

Özel hukuk ilişkilerinde borcun kaynakları ile anlatılmak istenen şey bir tarafı alacaklı diğer tarafı ise borçlu konumuna getiren ve borç ilişkisi olarak ifade edilen durumun hangi hallerde ortaya çıktığıdır. Türk Borçlar Kanununda borcun kaynağı olarak üç husus düzenlenmiştir. Ancak söz konusu kaynakların her birinden doğacak borç ilişkileri sınırlı olarak yorumlanmamalıdır. Hukuksal işlemlerden doğan borçlar, haksız fiilden doğan borçlar ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar olarak üç ana ayrımında ele alınan borç kaynakları açısından yapılacak inceleme işverenin sorumluluğunun hukukî dayanağının belirlenmesine

<sup>109</sup> ANTALYA, s. 340-347., EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020, s. 696 vd., KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), Gözden Geçirilmiş 24. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020, s. 423 vd.

yardımcı olacaktır.<sup>110</sup> Bu açıdan ifa yardımcısı ile işveren arasında hukukî işleme dayalı bir ilişki olmadığı durumlarda işverenin sorumluluğunun dayanağının TBK md. 49 haksız fiil sorumluluğu olduğu söylenebilecektir. Ancak ifa yardımcısının kendi fiili ile ortaya çıkan zarardan işverenin sorumlu tutulabilmesi için haksız fiilin unsurlarının bir arada bulunması gerekir. Aksi halde işverenin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Haksız fiilin unsurları; fiil, zarar, uygun illiyet bağı ve kusurdur. İş sağlığı ve güvenliği kurallarının usulüne uygun olarak alınmaması neticesinde kişinin bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi ile beraber maddi bir zarar meydana gelmişse veya kaza ölüm ile neticelenmişse işverenin kusuru varsa haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacaktır. Vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi ile beraber zararlı bir sonuç doğmamışsa şahsa verilen zarardan bahsedilemeyecektir.<sup>111</sup>

TBK md. 49 kapsamında işverenin sorumlu tutulabilmesi için aranan şartlardan birisi kusurdur. Haksız fiil sorumluluğunun doğmasında kusur adeta kurucu unsurdur. Her ne kadar madde kapsamında kusurun tanımı yapılmamışsa da öğretilerde hukuk düzeni tarafından hoş görülme, kınanan davranış şeklinde tanımlanmıştır. Kusur, işverenin sorumluluğunun belirlenmesinde başka bir ifade ile tazminat miktarının belirlenmesinde önemli rol oynar. Bu kapsamda işverenin işin görülmesi esnasında sağlık ve güvenliğin sağlanmasına yönelik alması gereken tüm önlemleri almasına rağmen zarar meydana gelmişse artık bu durumda işveren sorumlu tutulamayacaktır. Kusurun kast ya da ihmal türünün haksız fiil sorumluluğu açısından bir önemi bulunmamaktadır. Ancak kusurun derecesi sorumluluğun kapsamı açısından önemlidir.<sup>112</sup>

#### **d. Uzaktan Çalışma Esnasında 3. Kişilerin Sağlık ve Güvenliğini Tehdit Eden Durumlar Kapsamında İşverenin Sorumluluğu**

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu esnasında iş sözleşmesi içerisinde işçinin sadakat borcuna karşılık işçiyi koruma ve gözetme borcu içerisinde yer alan bir borçtur. Dolayısıyla işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma ve işçinin sağlığını ve bedensel bütünlüğünü koruma yükümlülüğü iş ilişkisi içerisinde değerlendirilecektir. Ancak işin görülmesi esnasında işverenin alması gereken sağlık ve gü-

<sup>110</sup> KILIÇOĞLU (Genel Hükümler), s. 56-58.

<sup>111</sup> EREN, s. 597.

<sup>112</sup> KILIÇOĞLU (Genel Hükümler), s. 407, 408.

venlik önlemlerini yeterince almaması halinde ya da alınan önlemlere çalışan kişiler tarafından uyulmaması durumunda çalışan kişiler dışında üçüncü kişiler de zarar görebilirler. Esasen çalışmanın konusu uzaktan çalışma kapsamında işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu olsa da üçüncü kişilerin sağlık ve güvenliğini tehdit eden bir durum olması halinde işverenin hangi hükümler çerçevesinde sorumlu tutulabileceğine kısaca değinilecektir.

TBK'nın özen sorumluluğu kenar başlığında düzenlenen üç koursuz sorumluluk halinden ilki md. 66 kapsamında ele alınan adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Adam çalıştırın, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Uzaktan çalışma kapsamında bu hükmün ele alınması ve irdelenmesi özellikle evde iş gören çalışanların yapmış oldukları işten ötürü diğer ev halkının sağlık ve güvenliğini tehdit eden bir durum olması halinde işverenin bu durumdan ne şekilde sorumlu olacağı açısından önemlidir. Örneğin evde yerine getirilen tele çalışma esnasında kullanılan teknolojik aletlerin patlaması ile beraber çalışan dışında kimsele- rin zarar görmesi durumunda işveren hangi düzenlemeler çerçevesinde sorumlu tutulacaktır? Bunun gibi evde çalışma esnasında yapılmakta olan iş ile ilgili kullanılan sağlığa zararlı kimyasal maddelerin evde yaşayan diğer kimseler tarafından bilinçsizce kullanılması halinde zarar görmesiyle beraber işverenin sorumluluğu ne şekilde belirlenecektir?

Özel düzenlemelerle kısıtlayıcı bir hüküm getirilmemişse TBK md. 66 özel hukuk kapsamında çalışan yardımcı kişinin davranışından doğan tüm sorumluluk halleri için uygulanabilecek genel bir norm niteliğindedir. Başka bir ifade ile söz konusu düzenleme aksi öngörülmemişse özel hukuk ilişkilerinde yardımcı kişinin davranışından doğan sorumluluk hallerine de uygulanabilecek genel bir kuraldır.<sup>113</sup> Düzenleme ile işverene genel nitelikte, objektif bir özen yükümlülüğü getirilmiştir. Adam çalıştırın kişi çalışanlar üzerindeki denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde kanun ile düzenlenmiş olan objektif bir sorumluluğu ihlal etmektedir.<sup>114</sup>

TBK md. 66'da yer alan düzenlemenin özel hukuk ilişkilerinde aksi öngörülmedikçe yardımcı kişilerin davranışından doğan sorumluluk hallerine de uygulanabileceğinden<sup>115</sup>evde hizmet sözleşmeleri kapsa-

<sup>113</sup> ANTALYA, s. 329.

<sup>114</sup> EREN, s. 696, 697.

<sup>115</sup> ANTALYA, s. 329.

mında iş görme edimi aile bireyleri ile yerine getiriliyorsa ve aile bireylerinin fiilinden ötürü 3. kişilerde zarar meydana gelmişse işveren TBK md. 66 kapsamında sorumlu tutulabilecektir. Burada akla TBK md. 116'nın uygulanması durumu gelebilir. Söz konusu düzenlemede iş görmekle yükümlü olan borçlunun sorumluluğu düzenlenmiştir. "Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" başlıklı maddede "Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür" denilerek iş ilişkisinin tarafı olan işverenin değil işçinin sorumluluğu düzenlenmiştir.

TBK md. 66 ve TBK md. 116 birbirine benzer nitelikte düzenlemeler olarak görünseler bile esasen birbirinden oldukça farklı ve birbirleriyle karıştırılmaması gereken iki kurumdur. TBK md. 116 kapsamında düzenlenen sorumluluk sözleşme sorumluluğudur ve yardımcı kişi kullanan kişi ile yardımcı kişinin fiilinden zarar gören kişi arasında bir borç ilişkisi bulunmalıdır. Ancak TBK md. 66 gereği adam çalıştıran kişinin uzaktan çalışma kapsamında bu ilişkinin esas işverenin sorumlu olması için zarar gören ile arasında borç ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur.<sup>116</sup>

TBK md. 66'da düzenlenen ve kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan adam çalıştıranın sorumluluğu olağan sebep sorumluluğudur. Bu açıdan sorumlu kişi kendi kusuru olmasa da özen yükümlülüğünün ihlalden sorumludur. Böyle bir sorumluluk öngörülmeseydi; işveren işlerini gördüreceği kişileri gelişigüzel seçebilir, onları denetlemeyebilir ya da işin görülmesi esnasında onlara gerekli uyarıları yapmayabilirdi. İşbölümü ihtiyacının daha fazla arttığı günümüz koşullarında gerek adam çalıştıranlar gerekse de çalışan kimseler çoğu zaman başkalarının emeğinden yararlanmak zorunda kalmaktadır. İşin görülmesi esnasında istihdam eden kişi asıl yarar sağlayan olmasına rağmen işin görülmesini bıraktığı kişilerin fiillerinden doğan bir zarar söz konusu olduğunda sorumluluktan kaçmamalıdır. Kanun ile getirilen bu sorumluluk her ne kadar işveren için ağır bir sorumluluk olsa da böylelikle adam çalıştıran işi gördüreceği kişileri seçmede, denetleme ve yönlendirmede ve uyarıda daha dikkatli davranmış olacaktır.<sup>117</sup> Özellikle evde hizmet sözleşmeleri kapsamında ucuz işgücünden yararlanmak amacıyla iş görececek kişi-

<sup>116</sup> ANTALYA, s. 333.

<sup>117</sup> KILIÇOĞLU (Genel Hükümler), s. 423.

lerde özel bir nitelik aramaya gerek duymayan işverenler açısından bu sorumluluk türü sağlık ve güvenliğin sağlanmasına oldukça büyük katkı sağlayacaktır.

TBK md. 66'da yer alan düzenlemede adam çalıştıran kişiye kurtuluş kanıtı getirilmiştir. Buna göre uzaktan çalışmanın işvereni olan kişi sağlık ve güvenlikle ilgili her türlü özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ya da özen yükümlülüğünü yerine getirseydi dahi zararın gerçekleşeceğini ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir.

### SONUÇ

Türk hukukunda uzaktan çalışma, İş Kanununda uzaktan çalışma ve Türk Borçlar Kanununda evde hizmet sözleşmeleri başlığı altında düzenlenmiştir.

Uzaktan çalışma kapsamında işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine İş Kanununun uzaktan çalışmaya ilişkin 14. maddesinde yer verilmiş ve işverenin bilgilendirme, eğitim verme, sağlık gözetimi yapma ve araç-gereç ve kullanılan ekipmanlarla ilgili gözetimi sağlama yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmiştir. Uzaktan Çalışmaya ilişkin Yönetmelik kapsamında da işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine değinilmişse de Yönetmelik hükmü, Kanunda yer alan ifadeleri tekrarlamaktan öteye gidememiştir.

İşverenin yükümlülükleri İş Kanununun 14. maddesinde sayılan bu yükümlülüklerle sınırlı olarak yorumlanmamalıdır. Kaldı ki söz konusu hükümde bu yükümlülükler yer verilmeseydi dahi işveren 6331 sayılı İSGK'da yer alan tüm yükümlülüklerden sorumlu tutulacaktı. Yaşam hakkını korumayı ve işçiler açısından güvenli bir çalışma ortamında bulunulmayı hedefleyen iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin Kanunda bir kez daha tekrar edilmiş olması iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşması açısından olumlu olarak görülebilir. Evde hizmet sözleşmelerine ilişkin düzenlemede ise işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünden bahsedilmemiştir. Ancak hizmet sözleşmelerine ilişkin genel hükümlerde yer alan işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu çerçevesinde sağlık ve güvenlik önlemlerini almakla yükümlü olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Uzaktan çalışma kapsamında işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu dört başlık altında ele alınmıştır. İlk olarak İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin sağlık ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünün açıklandığı çalışmada işverenin yükümlülüğünün hukukî dayanağını İş Kanununun 14. maddesinde yer alan hüküm ve 6331 sayılı

İSGK kapsamında yer alan yükümlülükler oluşturmaktadır. İşverenin yükümlülüğü bu açıdan İş Kanunu ve Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde sayılanlarla sınırlı olarak yorumlanmamalıdır.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında uzaktan çalışan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama konusunda TBK'nın 417. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu açıdan işverenin yükümlülüğü yalnızca işçilerin sağlık ve güvenliğini sağlamakla sınırlı değildir. İşveren işçiye bilgi vermeli, yol göstermeli ve işçinin çıkarlarını zedeleyecek her türlü muameleyi önleyebilmeli ve kendisi de bu tür davranışlardan kaçınmalıdır.

Evde hizmet sözleşmeleri TBK'da düzenlenen hükümler gereği işçi tarafından bizzat veya aile üyeleri ile birlikte ifa edilebilecektir. Bu durumda aile üyelerinin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü konusunda işverenin sorumlu tutulup tutulmayacağı sorusu akla gelebilir. Aile üyeleri hukuken ifa yardımcısı niteliğindedir. İfa yardımcıları ile işveren arasında sözleşme olabileceği gibi sözleşme olmaksızın da aile bireyleri işin görülmesine yardımcı olabilirler. Sözleşmenin olması ihtimalinde işverenin sorumluluğu TBK kapsamında açıklanan durum ile aynıdır. Ancak işveren ile aile bireyleri arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaması halinde işveren aile bireylerinin sağlık ve güvenliğine aykırı bir durum söz konusu olduğunda TBK md. 49 çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir. Haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından birinin kusur olduğu göz önüne alındığında da aile bireylerinin zararından işveren ancak kusuru oranında sorumlu tutulabilecektir.

İşverenin yükümlülükleri bakımından bir diğer ihtimal ise çalışanların iş görme edimlerini yerine getirmeleri esnasında üçüncü kişilere verdikleri zarardan işverenin sorumluluğudur. Bu açıdan üçüncü kişiler evde yaşayan diğer bireyler olabileceği gibi bu kişilerden başkası da olabilir. İşverenin sorumluluğu bakımından TBK md. 66'nın uygulanması gündeme gelecektir. Söz konusu düzenleme özen sorumluluğunun ihlali hallerinden birisidir ve kusursuz sorumluluk halidir. İşvereni çalıştıracığı kimseleri seçerken daha özenli davranmaya ve işçilerin dene-timini yaparak sağlık ve güvenliği sağlamaya yönlendirecek olan bu düzenleme kapsamında işverenin sorumlu tutulabilmesi için kusur aranmayacaktır. TBK md. 66 genel bir kural niteliğinde olması sebebiyle ifa yardımcılarının fiilleri için de uygulama alanı bulabilecektir. Ancak söz konusu düzenlemede işverene kurtuluş kanıtı getirilmiştir.



**KAYNAKLAR**

- ALP, Mustafa, Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, 2011, 795-851.
- ANTALYA Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,2, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 333.
- BAŞÖZ Lütfi, ÇAKMAKCI Ramazan, Türk Borçlar Kanunu, Legal Yayınevi, 2013.
- BAŞTERZİ Süleyman, Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukukî Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, Sicil, Sayı: 17, 2010, 175-199.
- BAYRAM Fuat, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.
- BAYSAL Ulaş, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Beta Yayınevi, 2019.
- CANIKLIOĞLU Nurşen, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Toprak İşveren Yayınları, 2013.
- CİVAN Orhan Ersun, İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 26, 2010, 525-575.
- ÇELİK Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, İş Hukuku, Yenilenmiş 33. Bası, Beta, 2020.
- DULAY YANGIN Dilek, 6715 Sayılı Yasanın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi, Sicil, Sayı: 36, 2016, 148-173.
- DULAY YANGIN Dilek, Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler, (Tele Çalışma) İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III. Editör: Tankut CENTEL, 2018. 221-261.
- DULAY YANGIN Dilek, Endüstri 4.0., Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukukî İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, (Dijitalleşme) İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2020, 1209-1237.

- ERDENK Erdem, İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, Legal Yayınevi, 2008.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2020.
- EYRENCİ Öner, Çalışma Hayatında Güncel Gelişmeler ve Çağdaş Bir İş Yasası, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı: 46, 2002, 157-164.
- EYRENCİ Öner, Tele Çalışma ve İş Hukuku, İHD Cilt:1, Sayı: 2, 1991.
- GÜLVER Ender, Türk Borçlar Kanununun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine, İÜHFİM, Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, 103-122.
- GÜMRÜKÇÜOĞLU BOZKURT Yeliz, "Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme." Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 29-30 Mayıs 2020, 145-207.
- GÜNAY Arkin, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evden Çalışma, Legal Yayınevi, 2018.
- İNCİROĞLU Lütfi, Çalışma Hayatında Esnek Çalışma Uygulamaları, Güncellenmiş 2. Baskı, Legal Yayınevi, 2020.
- KANDEMİR Murat, Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İÜHFİM, Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, 143-166.
- KANDEMİR Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayınevi, 2011.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Genel Hükümler) Gözden Geçirilmiş 24. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020.
- KILIÇOĞLU Ahmet. M. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2020.
- KURT Resul, 250 Soruda Koronavirüs Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- OKUR, Zeki, Yeni Teknoloji ve İş Hukuku. Çimento İşveren Dergisi. Cilt: 20, Sayı: 3, 2006, 3-19.

- ÖZDEMİR Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, 2020.
- SEVİMLİ K. Ahmet, Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013 (1), 36, 107-148.
- SÜMER Halûk Hadî, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- SÜMER Halûk Hâdi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (İş Sağlığı ve Güvenliği), Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- SÜMER Halûk Hadî, İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, (Bağımlılık Unsuru) Sicil, Sayı 19, 2010, 63-74.
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayınevi, 2020.
- ŞAHİN Barış, Bireysel İş Hukuku Açısından Bilgi İşçileri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2016.
- ŞEN, Elif, Evde Hizmet Sözleşmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. Sayı: 10, 2017. 475-505.
- TUNCAY, A. Can, Pandemi Gölgesinde Evden Çalışma, İSGHD, Cilt: 18, Sayı: 69, 2021, 23-53.
- UGAN ÇATALKAYA Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınevi, 2019.
- UŞAN Fatih, Parça Başına Çalışmanın Hukukî Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı: 2, 2000.
- ÜÇİŞİK Hasan Fehim, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ötüken Yayınevi, 2021.
- YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 17. Baskı, Beta Yayınevi, 2021.
- YILDIZ Gaye Burcu, İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek, Çalışma ve Toplum 2018/2 (57), 733-748.





## ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ÇEVRE HAKKINA YAKLAŞIMI\*

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN\*\*

### Öz

Çevre hakkı veya sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, günümüzde artan çevre sorunları ve bunların diğer temel hak ve hürriyetleri etkisi bağlamında daha sık gündeme gelmekte ve tartışılmaktadır. Bu açıdan çevre hakkının yargısal makamlar nezdinde doğrudan koruma alanı bulması önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu çalışmada Türk hukukunda Anayasa'nın 56. maddesinde tanınan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru kararlarında ne ölçüde koruma bulduğu mevcut içtihatlar ışığında incelenmiştir. Türk hukukunda bireysel başvurunun sadece Anayasa ile AİHM ve taraf olduğumuz ek protokollerin ortak koruma alanında bulunan haklar açısından tanınması sebebiyle çevre hakkı, doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamamaktadır. Ancak AİHM içtihatlarına paralel olarak Anayasa Mahkemesi, çevreye ilişkin meselelerden kaynaklı başvuruları Sözleşme'de korunan başka temel haklar kapsamına sokarak korumaktadır. Bu başvurular çoğunlukla özel hayata saygı hakkı, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

\* Bu makale Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 6 Nisan 2021 tarihinde düzenlenen "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklere Kamu-sal Bakış" başlıklı sempozyumda sunulan yayınlanmamış bildirinin genişletilmiş ve geliştirilmiş halidir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı | Asst. Prof., Ankara Hacı Bayram University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Ankara, Turkey.

✉ kamile.turkoglu@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0002-2933-582X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Kamile, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Çevre Hakkına Yaklaşımı", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2545-2593.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Olması • Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı • Çevre Davaları • Çevrenin Korunmasında Bireysel Başvuru Yolu • Çevre Hukuku

## THE CONSTITUTIONAL COURT'S APPROACH TO RIGHT OF ENVIRONMENT IN INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS

### Abstract

Recently, the right to environment or the right to live in a healthy and balanced environment is more frequently discussed in the context of increasing environmental problems and their impact on other fundamental rights and freedoms. In this respect, the direct protection of right to environment before judicial authorities poses an important legal problem. The right to live in a healthy and balanced environment, recognized in Article 56 of the Turkish Constitution. However, since the individual application in Turkish law is only accepted in terms of the common rights in the Constitution and the ECtHR, this right cannot be directly subjected to individual application. Nevertheless, in line with the ECtHR case law, the Constitutional Court accepts applications originating from environmental issues by including them within the scope of other fundamental rights protected by the Convention. These applications are mostly evaluated within the scope of the right to respect for private life, the right to a fair trial and the right to property. In this study the decisions of the Constitutional Court upon individual applications about environmental problems have been examined and criticized in the light of its existing case law.

### Key Words

The Right to Environment in Individual Applications • The Right to Live in a Healthy and Balanced Environment • Environmental Litigation • Individual Application in Environmental Protection • Environmental Law

## GİRİŞ

Gün geçtikçe daha çok karşılaştığımız doğa olayları ve çevresel sorunlar -seller, orman yangınları, kuraklık ve son olarak bir yılı aşkın süredir bütün dünyanın topyekûn mücadeleye ettiği Koronavirüs Pandemisi, iklimin, çevrenin ve doğal hayatın insanlara karşı korunmasının ne kadar önemli olduğunu bir kez daha göstermiştir. Doğal kaynakların tükenmesine, doğal hayatın bozulmasına ve iklimin değişmesine yol açan insan kaynaklı çevre kirliliği, kişilerin yaşam hakkı başta olmak

üzere temel hak ve özgürlükleri üzerinde de önemli etkiler yaratmakta; sağlık sorunları, iklim göçleri ve su savaşlarına kadar birçok sorunu beraberinde getirmektedir.

Çevre hakkı, bazı uluslararası belgelerin yanında ulusal hukuk sistemlerinde, anayasalarda veya kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmiştir. Ancak çevre hakkının kendine özgü niteliği ile kapsam ve sınırlarının belirlenmesindeki güçlükler, hakkın yargı yerleri önünde ileri sürülmesi açısından çeşitli güçlükleri de beraberinde getirmektedir<sup>1</sup>. Yine de tüm dünyada çevrenin korunmasına yönelik olarak önemli yargısal kararların sayısında önemli bir artış olduğu dikkat çekmektedir<sup>2</sup>. Örneğin çevrenin yargı yoluyla korunmasında son 15 yıldır iklim davaları denilen bir dava türü yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu davalarla iç hukukta çevrenin ve iklimin korunmasına yönelik olarak devletlerin harekete geçmesinin sağlanması ve çevre sorunlarına ilişkin kamuoyu oluşturulması amaçlanmaktadır<sup>3</sup>. Özellikle de 2019 yılında Hollanda Yüksek Mahkemesinin meşhur Urgenda Kararı'nda iklim değişikliğini önlemek için gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle idarenin sorumlu olduğuna karar vermesi<sup>4</sup>; ardından 2020 Şubat ayında Paris İdare Mahkemesinin "*Yüzyılım Davası*" olarak adlandırılan bir başka iklim davasında idareyi sorumlu tutması çevrenin yargısal başvuru yoluyla korunmasına ilişkin önemli gelişmelerdir.

---

<sup>1</sup> James R. MAY/Erin DALY, *Dünyada Çevresel Anayasacılık*, Çeviri: Tolga Şirin/ N. Umut ORCAN, Ekoloji Kolektifi, 2015, s. 85.

<sup>2</sup> MAY/DALY, s. 85.

<sup>3</sup> Joana SETZER/Rebecca BYRNES, "Global Trends in Climate Change Litigation: 2020 Snapshot", Policy Report, 2020, [https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation\\_2020-snapshot.pdf](https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf)

<sup>4</sup> Hollanda Yüksek Mahkemesinin bu kararının daha sonra açılacak iklim davaları açısından önemli tespitler içerdiği kabul edilmektedir. Mahkeme, kararında iklim değişikliği risklerinin yaşam hakkı ve özel hayatın korunması açısından önemli etkiler doğurduğunu, iklim değişikliği konusunda gerekli önlemlerin alınmasının devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamına girdiğini, risklerin gelecekte ortaya çıkmasının ihtiyat ilkesi açısından yorumlanarak AİHS madde 2 ve 8'in uygulanabileceğini ve belli mağdurların belirlenmesinin gerekmediğini zira devletin bu konuda halkın tamamına karşı sorumlu olduğunu belirtmiştir. SETZER/BYRNES, s. 16.

Ayrıca 2020 Eylül ayında Portekizli çocuk ve gençlerden oluşan bir grup, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 33 ülkenin iklim krizine yol açtıkları ve bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2, 8 ve 14. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurmuşlardır<sup>5</sup>. AİHM konunun önemi ve aciliyeti nedeniyle başvurunun öncelikli olarak görülmesine karar vermiştir. Kasım 2020'de AİHM'e benzer bir başka başvuru daha yapılmıştır<sup>6</sup>.

Son olarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi de 29 Nisan 2021'de sürpriz bir şekilde iklimin korunması konusunda dünya çapında en kapsamlı kararlardan birini açıklamış<sup>7</sup>; Almanya'da çevrenin korunması için yapılan bir anayasa şikâyeti ilk defa başarılı olmuştur. Bu kararda, birçok kişinin etkilendiği iklim değişikliği konusunda insan hakları doktrininin uygulanabileceği; uzun vadeli, kümülatif ve belirsiz zararlar söz konusu olduğunda ihtiyat ilkesine başvurulabileceği gibi önemli birtakım tespitlerde bulunulmuştur<sup>8</sup>. Karar gereği Almanya iklim değişikliğine ilişkin kanuni düzeyde daha sıkı önlemler almalıdır. Bu kararın AİHM başta olmak üzere diğer mahkemelere de cesaret vereceği tahmin edilmektedir.

Bunların yanında Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği bünyesinde de çevrenin korunmasına ilişkin politikaların ve yasal düzenlemelerin kapsamı daha da genişlemiştir. Ekonomik büyümeyi çevrenin korunma-

<sup>5</sup> *Duarte Agostinho ve Diğerleri/Portekiz ve 32 diğer devlet (BN. 39371/20)*. Davanın sebebi 2017 yılında meydana gelen ve bilim adamlarınca iklim değişikliğinden kaynaklandığı iddia edilen orman yangınlarıdır. "Örneği olmayan dava" olarak nitelendirilen davanın amacı, davalı 33 ülkenin ulusal iklim hedefleri için daha ciddi adımlar atmaya ve hem ülkelerin hem de bu ülkelerdeki uluslararası şirketlerin emisyonlarını azaltmaya zorlanmasıdır. DW, "Altı çocuk ve gencin iklim davası AİHM'de kabul edildi". Deutsche Welle, 30.11.2020, <https://p.dw.com/p/3m1Mk> ; GLAN, "The Covid-19 Crisis Has Not Made The Climate Emergency Go Away", Global Legal Action Network, 2021 <https://youth4climatejustice.org> (01.04.2021)

<sup>6</sup> *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz/İsviçre*. Tim EICKE, "Human Rights and Climate Change: What role for the European Court of Human Rights", Speech in Goldsmiths University, 2 Mart 2021, § 11 [https://rm.coe.int/human-rights-and-climate-change-judge-eicke-speech/1680a195d4#\\_ftn2](https://rm.coe.int/human-rights-and-climate-change-judge-eicke-speech/1680a195d4#_ftn2) (23.03.2021)

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24 Mart 2021, [http://www.bverfg.de/e/rs20210324\\_1bvr265618.html](http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html)

<sup>8</sup> Ekardt FELIX, "Climate Revolution with Weaknesses", Verfblog, 08.05.2021, <https://verfassungsblog.de/climate-revolution-with-weaknesses> (10.05.2021)



sı ve sürdürülebilirlik kavramlarıyla bir arada gören AB, 2020 Mart ayında yayınladığı Avrupa Yeşil Düzen Belgesi'yle<sup>9</sup>, karbon emisyon oranlarının Paris Antlaşması çerçevesinde kademeli olarak daha sıkı bir şekilde azaltılacağını ve sürdürülebilir kalkınmanın bütün politika ve kararlarda öncelik haline getirileceğini ilan etmiş ve Avrupa İklim Kanunu Taslağı'nı yayınlamıştır.

Çevrenin korunmasına ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz yakın zamanda yaşanan bütün bu gelişmeler, çevre kirliliğinin insan refahı üzerindeki etkilerini azaltmayı, gelecek nesillere de sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam hakkı tanımayı amaçlamaktadır. Ancak toplumların kalkınma hedefleri ya da "*kapitalist içerikli sanayileşme*"<sup>10</sup> ile çevrenin korunması arasındaki paradoksal ilişki, çevresel etkiler doğurabilecek yasal düzenlemelerin, idari kararların ve özel kişi faaliyetlerinin çevre hakkının kendine özgü niteliğini göz önünde bulundurarak çok daha hassas bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir.

Türkiye'de 1980'li yıllardan itibaren çevrenin korunmasına ilişkin hassasiyetlerin arttığını ve bu süreçte özellikle de Danıştay içtihatlarının çevrenin korunmasında önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi (AYM) de bazı norm denetimi kararlarında çevre hakkı ekseninde kararlar vermiş, birçok kez ekonomik kalkınma ile çevrenin korunması arasında bir denge kurmaya çalışmıştır.

2010 yılında Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize giren ve 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlayan AYM'ye bireysel başvuru yolunda ise çevre hakkı, AİHM içtihatları çerçevesinde sınırlı bir şekilde koruma bulmuştur. Zira Türk hukukunda bireysel başvuru, Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanında bulunan haklar açısından yapılabilmektedir. AYM, çevre hakkını, AİHS'de korunan başka haklar kapsamına sokarak dolaylı olarak korumakta ya da çevrenin korunmasını bazı haklara müdahale edilmesini haklı kılan kamu yararı çerçevesinde değerlendirerek çevrenin korunmasına yine dolaylı biçimde katkıda bulunmaktadır. Bu çalışmada AYM'nin bireysel başvurunun başla-

<sup>9</sup> Avrupa Yeşil Mutabakatı (European Green Deal) da denmektedir. EC (2019), The European Green Deal, COM (2019)640 final, 11.12.2019. <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html> (15.01.2021)

<sup>10</sup> Yasemin ÖZDEK, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, TODAİ Yayınları, 1993, s. 88.

dığı 2012 yılından bugüne kadar çevresel meselelere ilişkin vermiş olduğu bazı önemli kararlar, AİHM içtihatlarıyla da karşılaştırılarak incelenecek ve AYM'nin konuya yaklaşımı ortaya konulacaktır.

## I. ÇEVRE HAKKI

AYM'nin bireysel başvuru kararlarında çevre hakkına yaklaşımını incelemeden önce bu hakkın uluslararası hukukta ve Türk hukukundaki niteliği ve kapsamı hakkında kısa bir açıklama yapmayı gerekli görüyoruz.

### A. Uluslararası Hukukta Çevre Hakkı

İnsan haklarına ilişkin temel metinler incelendiğinde (1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1961 Avrupa Sosyal Haklar Şartı ve 1966 Uluslararası Sözleşmeleri) bunların içinde çevre hakkının yer almadığı görülür. Zira bu belgelerin hepsi insanların çevre sorunlarına ilişkin farkındalıklarının oluşmasından çok önce hazırlanmıştır. Uluslararası alanda ilk kez 1972 yılında Stockholm'de düzenlenen Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı'nda insan hakları ile çevrenin korunması arasındaki yakın ilişkiye dikkat çekilmiş ve insanların sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu uluslararası düzeyde ifade edilmiştir. 1992 yılında düzenlenen Birleşmiş Milletler Rio de Janeiro Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda insan hakları ile çevrenin ilişkisine usuli haklar bağlamında odaklanılmıştır<sup>11</sup>. 1998 yılında Danimarka'nın Aarhus kentinde düzenlenen "Avrupa İçin Çevre" konulu konferansın sonunda, kısaca Aarhus Sözleşmesi olarak da bilinen "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi" imzaya açılmıştır<sup>12</sup>. Bu Sözleşme ile kişilerin çevreye ilişkin karar alma süreçlerine katılım hakkı (bilgilendirilme, katılım ve başvuru hakları) garanti altına alınmıştır. Bundan sonraki süreçte uluslararası çapta çevre hakkı-

<sup>11</sup> EC, Manual On Human Rights and The Environment, Council of Europe Publishing, 2. Baskı, 2012, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DH\\_DEV\\_Manual\\_Environment\\_Eng.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DH_DEV_Manual_Environment_Eng.pdf) (10.03.2021), s. 12.

<sup>12</sup> Aarhus Sözleşmesi (Convention on Access to Information, Public participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters) 30 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

nın tanınmasına ilişkin çabalar devam etmiş olsa da çevre hakkını insan hakkı olarak tanındığı bağlayıcı bir metin yürürlüğe girmemiştir<sup>13</sup>.

Uluslararası gelişmelere paralel olarak 1970'li yıllarda çevresel sorunların ortaya çıkardığı tehdit karşısında hükümetlerin de harekete geçmesi gereği, çevrenin korunması konusunda ilgililere talep hakkı veren çevre hakkının anayasalara eklenmeye başlamasını sağlamıştır<sup>14</sup>. Çevre hakkının anayasalarda düzenlenmesi, yasama organını çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeler yapmak konusunda anayasal bir yükümlülük altına sokmuş ve normların yorumlanmasında idare ve yargısal makamlar için bir rehber ilke işlevi görmüştür<sup>15</sup>. Uluslararası hukukun ve bölgesel insan hakları mekanizmalarının çevrenin korunması açısından yetersiz kaldığı noktada çevre hakkının anayasalarda düzenlenerek korunması, “çevresel anayasalcılık” kavramının da ortaya çıkmasını sağlamıştır<sup>16</sup>.

Çevre hakkı, diğer hak kategorilerinden farklı dinamikler içeren “üçüncü kuşak” haklardandır<sup>17</sup>. Dayanışma hakları da denilen bu hakların arasında çevre hakkının dışında gelişme hakkı, barış hakkı ve insanlığın ortak mirasından yararlanma hakkı da bulunmaktadır. Bu hakların ortak özelliği, hakkın gerçekleşmesi için birden fazla öznenin – insanlar, devletler, topluluklar ve kuruluşların, ortak çabasının gerekmesidir<sup>18</sup>. Burada hakkın sahibi de muhatabı da aynıdır. Dayanışma haklarının gerçekleşmesinde devlet ve bireylerin ortak çabası ve dayanışmasına ihtiyaç vardır<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Afrika İnsan ve Halklar Şartı (1981) ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (1988), bölgesel düzeyde çevre hakkı tanınmıştır.

<sup>14</sup> Ahmet GÜNEŞ, Çevre Hukuku, 2. Baskı, Adalet, 2019, s. 141.

<sup>15</sup> GÜNEŞ, s. 143.

<sup>16</sup> “Çevresel anayasalcılık” kavramı; çevrenin korunması açısından uluslararası hukukun ve bölgesel insan hakları mekanizmalarının yetersizliği hakkında bkz. MAY/DALY, s. 26 vd.

<sup>17</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEK, s. 91 vd.

<sup>18</sup> Yasemin SEMİZ, “Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi”, Hacettepe HFD, 4(2), 2014, s. 12.

<sup>19</sup> GÜNEŞ, s. 146. Çevre hakkının niteliğine ilişkin çeşitli tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Nükhet YILMAZ TURGUT, Çevre Politikası ve Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017, s. 95 vd.

Çevre hakkının üçüncü kuşak haklar kategorisinde yer alması, bu hakkın tali bir niteliğe sahip olduğu veya gerçekleşmesinin diğer hakların varlığına bağlı olduğu anlamına gelmemektedir. Hürriyetin monizmi ilkesi gereği birinci kuşak, ikinci kuşak ve üçüncü kuşak haklar bir bütündür ve birbirini tamamlamaktadır. Bu kapsamda çevre hakkı, ayrı bir hak olarak tanınmadığında bile başka haklar kapsamında korunabilmektedir<sup>20</sup>. Zira üçüncü kuşak hakların temelinde de yaşam hakkı bulunmaktadır<sup>21</sup>.

## B. Türk Hukukunda Çevre Hakkı

Çevre hakkı 1982 Anayasasında “*Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler*” başlıklı üçüncü bölümde, “*Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması*” başlıklı 56. maddede düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*” Bu hükümdede sağlık hakkı/hizmetleri ve çevre hakkı birlikte düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*” hükmü çevrenin korunmasına ilişkin bir diğer düzenlemedir. Bundan sonraki üç fıkra ise sağlık hakkıyla ilişkilidir. Anayasa’da çevre hakkının özel bir maddede münferit olarak düzenlenmemiş olması önemli bir eksiklik olarak görülmesine rağmen<sup>22</sup>, 1982 Anayasası çevre hakkını oldukça geniş bir biçimde tanıyan Anayasalar arasında yer almaktadır<sup>23</sup>.

Anayasa’daki “*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam hakkı*” ifadesi, yaşam hakkıyla bağlantılı insan merkezli (antroposentrik) yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır. Buna göre insan-doğa ilişkisindeki temel noktayı insan oluşturur; insan menfaatlerinin zarar görmemesi için doğanın da korunması gerekmektedir<sup>24</sup>. Bu açıdan çevre hakkının varlığı tek başına kabul edilmez; bu hak sağlık hakkı, mülkiyet hakkı gibi diğer haklarla bağlantı kurularak ifade edilir.

<sup>20</sup> TURGUT, s. 92; Bahar KONUK SOMMER, “Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, YBHD, 4(2), s. 185.

<sup>21</sup> GÜNEŞ, s. 147.

<sup>22</sup> SEMİZ, s. 10.

<sup>23</sup> ÖZDEK, s. 83.

<sup>24</sup> TURGUT, s. 36.

Anayasa'ya göre çevre hakkının öznesi herkeştir; hakkın muhatabı ise devlet ve vatandaşlardır<sup>25</sup>. Anayasa'da çevre hakkı devlete ve vatandaşlara "çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek" ödevlerini vermektedir. Burada hak sahibi olan kişiyle ödev sahibi olan kişinin aynı olması hakkın geleneksel haklardan farklılığını ortaya koymaktadır.

Anayasa'da çevre hakkı, ikinci kuşak haklardan sosyal haklar kategorisi (pozitif statü hakları) içinde düzenlenmiştir. Tabii bu durumda, çevre hakkının Anayasa'nın 65. maddesi kapsamında yer alan devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırına tabii olup olmadığı sorusu gündeme getirmektedir<sup>26</sup>. Semiz'e göre çevre hakkının gerçekleşmesinin devletin mali kaynaklarıyla sınırlı olduğu görüşü, çevre hakkının ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden, Anayasa'nın ruhuna aykırı olacaktır. Bu sınırlandırmanın çok yüksek maliyetli ödevler için geçerli olduğu kabul edilmelidir<sup>27</sup>. Turgut da çevre hakkının yaşam hakkıyla bağlantı kurularak düzenlenmesinin olumlu bir sonucu olarak; 65. madde hükmünün devletin çevreyi koruma ödevini yerine getirirken bir mazeret olarak ileri sürülemeyeceği görüşündedir<sup>28</sup>. Zira AYM de bir norm denetimi kararında "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, getirilecek kuralın, ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneyeceği gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan değildir" ifadesiyle çevre hakkının ekonomik yükümlülükler ile üretim faaliyetlerinden bağımız ele alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>29</sup>.

Anayasanın 56. maddesinde yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının dışında Anayasa'daki başka maddeler de çevrenin korunmasına olanak vermektedir<sup>30</sup>. Ayrıca Türkiye, çevrenin korunmasına ilişkin başta 2872 sayılı Çevre Kanunu olmak üzere geniş bir mev-

<sup>25</sup> Ancak hakkın muhatabının da sadece vatandaşlar yerine herkes olarak belirlenmesi doğru bir yaklaşım olacaktır. SEMİZ, s. 11.

<sup>26</sup> Anayasa'nın 65. maddesi şu şekildedir: "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."

<sup>27</sup> SEMİZ, s. 15. Aynı görüşte GÜNEŞ, s. 161.

<sup>28</sup> TURGUT, s. 89.

<sup>29</sup> AYM, E. 2011/110; K. 2012/79, 24.05.2012; SEMİZ, s. 16.

<sup>30</sup> Bunlar Anayasa m. 35; m. 43; m. 44; m. 45; m. 57; m. 63; m. 169; m. 170'tir.

zuata sahiptir. Tam üyelik müzakerelerini sürdürdüğümüz AB'nin sıkı ve kapsamlı çevre müktesebatının Türk hukukunda uyumlaştırılması çalışmalarının da çevre mevzuatının genişlemesine önemli bir katkısı olmuştur. Bununla beraber, Türkiye'nin çevrenin korunmasına ilişkin Aarhus Sözleşmesi'ne ve iklim değişikliğiyle küresel çapta mücadele edilmesini öngören Paris Antlaşması'na taraf olmaması önemli bir eksikliktir. Yine de Çevre Kanunu'nda çevreye ilişkin karar alma süreçlerine katılımı ilgili usulü güvenceler yer almakta ve ayrıca kamu otoritelerince yetersiz de olsa karbon emisyonlarının azaltılmasına yönelik çeşitli çalışmalar yapılmaktadır.

Türkiye'de çevrenin korunmasında idari yargı yerlerinin rolü büyüktür. Zira 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na (İYUK) göre idari yargıda bir idari işleme karşı dava açabilmek için davacının meşru, kişisel ve güncel bir menfaatin ihlal edilmesi gerekir. Danıştay'ın çevresel meselelere (çevre, tarihi ve kültürel değerler gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konulara) ilişkin açılan iptal davalarında dava açma ehliyetini Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkıyla bağlantı kurarak geniş bir şekilde yorumladığı görülmektedir<sup>31</sup>. Hatta çevre hakkının derece mahkemeleri tarafından geniş bir çerçevede korunuyor olması, Türkiye'den AİHM önüne giden başvurularda AİHM'in çevreye ilişkin daha kapsamlı içtihatlar üretmesini sağlamıştır<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Danıştay çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunmasına ilişkin iptal davalarında mahalle, köy ve belde sakini olma ve bazı hallerde sırf vatandaş olmayı dava açma menfaatinin varlığı için yeterli bulmuştur. Bu davalar genellikle çevre ve imar mevzuatından kaynaklanırlar ve sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkıyla da yakından ilgilidirler. Danıştay'ın dava açma ehliyetini geniş yorumladığı en meşhur çevre davaları, Gökova (Dan10D, E. 1985/273924, K. 1986/1451, 16.1986); Zaferpark (D6D, E.1986/1323, K. 1986/1135, 16.12.1986) ve Güvenpark davalarıdır (D6D, E.1988/477, K. 1988/646, 09.05.1988). Konuya ilişkin daha geniş açıklama için bkz. Ayşe Aslı YÜCESOY, İptal Davalarında Menfaat, Seçkin, 2015, s. 97 vd.; GÖKALP ALICA, Süheyla, "Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Menfaat Kavramı", TBBD, 139, 2018, s. 165-220.

<sup>32</sup> Güney DİNÇ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Çevre ve İnsan, TBB Yayını, 2008, s. 36.

AYM de bazı soyut norm denetimi kararlarında Anayasa'nın 56. maddesine aykırılık sebebiyle ihlal kararları vermiş<sup>33</sup>; ekonomik menfaatler ile çevrenin korunması arasında bir denge kurmaya çalışmıştır<sup>34</sup>. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile hukukumuzda giren bireysel başvuru yolunda ise, doğrudan 56. madde kapsamında inceleme yapılamamaktadır. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, AYM bireysel başvuru yolunda dolaylı bir şekilde çevrenin korunmasına katkı sağlamaktadır.

### C. AİHS'de Çevrenin Korunması

AİHS ve Sözleşme'ye ek protokoller kişisel ve siyasi hakların korunmasına hizmet etmektedirler. Sözleşme'de çevre hakkına ilişkin herhangi bir referans bulunmadığından AİHS açıkça sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını tanınamaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından Bakanlar Komitesine, Sözleşme'ye çevre hakkına ilişkin bir referans eklenmesi konusunda tavsiyelerde<sup>35</sup> bulunulmuşsa da bunlar Bakanlar Konseyi tarafından kabul edilmemiştir<sup>36</sup>. Yine de bu tavsiye kararlarının AİHM'de çevre hakkının tanınmasına yönelik önemli bir etki oluşturduğu kabul edilmektedir<sup>37</sup>. AİHM önceleri çevrey-

<sup>33</sup> Örneğin AYM, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun bazı maddelerini Anayasa'nın 56. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. AYM, E. 1985/11, K. 1986/29, 12/11/1986; AYM, E. 1990/23, K. 1991/29, 18/0/1991.

<sup>34</sup> AYM'nin soyut norm denetimi kararlarında çevre hakkına ilişkin yaklaşımını incelediği çalışmada Yasemin Semiz, AYM'nin 2012 yılına kadarki içtihatlarında çevre hakkını, kapsamlı olarak ele almadığı, hakkın içeriği, kapsamı ve koruma araçlarının belirlenmesi konusunda yetersiz kaldığı, güncel çevre sorunlarına ilişkin tespitlerde bulunmadığı ve çoğunlukla çevreci bir perspektiften ziyade ekonomik bir perspektifi tercih ettiği tespitlerinde bulunmuştur. SEMİZ, s. 43-44.

<sup>35</sup> Parliamentary Assembly, Recommendation 1431 (1999), "Future action to be taken by the Council of Europe in the field of environment protection", <https://pace.coe.int/en/files/16731/html>;  
Recommendation 1614 (2003), "Environment and human rights", <https://pace.coe.int/en/files/17131/html> ;  
Recommendation 1885 (2009), "Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment" <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17777&lang=en>;

<sup>36</sup> EICKE, § 14.

<sup>37</sup> DİNÇ, s. 23.

le ilgili uyuşmazlıklarda çevre hakkını ulusal yasaların bir hak olarak tanıdığı ölçüde ve ulusal yargı yerlerinin değerlendirmeleriyle sınırlı olarak incelemektedirken bu tavsiye kararları sonrası çevre hakkını daha geniş bir şekilde yorumlamaya başlamıştır<sup>38</sup>.

AİHM'in Sözleşme'yi "*yaşayan bir enstrüman*" olarak görerek amaçsal ve dinamik yorum tekniğiyle içtihatlarını değişen şart ve koşullara göre güncelleyip geliştirmesi sayesinde dolaylı da olsa çevre hakkının Sözleşme kapsamında korunması sağlanmıştır<sup>39</sup>. AİHM'in çevrenin korunmasına katkısı iki şekilde olmaktadır. Birincisi Sözleşme kapsamında korunan bir hakkın çevrenin korunmasına ilişkin kamu yararı sebebiyle sınırlandırılmasının ihlale yol açmadığını tespit etmesi; ikincisi bir çevresel sorun nedeniyle Sözleşme'de korunan bir hakkın ihlal edildiğine karar vermesidir. İkinci halde, Sözleşme'de korunan bir hakkın doğrudan ve ciddi bir şekilde çevre kirliliğinden etkilenmesi aranmaktadır.

Sözleşme'de yer alan kişisel hakların korunmasıyla ilgili olmadığı ve bu haklar üzerinde ciddi bir zarar doğurmadığı sürece çevrenin korunmasına ilişkin iddialar kabul edilmemektedir<sup>40</sup>. Nitekim Sözleşme'nin 34. maddesine göre de Sözleşme'de korunan bir hakkın ihlali nedeniyle *mağdur* olduğunu iddia edenler AİHM'e başvurabilirler. Bu

<sup>38</sup> DİNÇ, s. 24. Örneğin 2003 yılında *Hatton/Birleşik Krallık* kararında (BN. 36022/97) AİHM, Heathrow havalimanının çevrede yaşayanlara verdiği rahatsızlığın Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan özel hayatın korunması bağlamında bir ihlal oluşturmadığına karar vermiş ve toplumun ekonomik menfaatlerini çevrenin korunmasından üstün tutmuştur. Ancak daha o yıllarda bu karara karşı oy kullanan yargıçlar, yaşayan enstrüman doktrini, 1972 BM İnsan Çevresi Bildirisi, AB Temel Haklar Şartı ile Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararından yola çıkarak AB'nin çevresel meselelerde daha güçlü bir korumaya ihtiyacı olduğuna; çevre kirliliğinin uluslararası bir sorun oluşturduğuna ve çevrenin anayasa hukuku ve uluslararası yargı açısından da korunması gereken bir değer olduğuna dikkat çekmişlerdir. (Joint Dissenting Opinion Of Judges Costa, Ress, Türmen, Zupančič And Steiner)

<sup>39</sup> DUYMAZ, s. 123.

<sup>40</sup> Örneğin yakın tarihli *Ahunbay ve diğerleri/Türkiye* (BN. 6080/06) kararında, başvurucular İlsu üzerine yapılacak olan barajın 12 bin yıldan fazla tarihiyle kültürel ve arkeolojik bir merkez olan Hasankeyf arkeolojik sahasına zarar verileceği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. 29 Ocak 2019 tarihinde Mahkeme, kültürel mirasın korunmasına ilişkin bir hakkın sözleşmede yer almaması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.



durum kamu menfaatini korumak amacıyla dava açan çevre derneklerinin veya hükümet dışı organizasyonların (NGO'ların) AİHM'e başvurabilmesini büyük ölçüde sınırlandırmaktadır. Ayrıca bu yaklaşım, çevresel ihlallerin kolektif yönünü ihmal etmekte, her defasında bireysel olarak doğrudan zarar görüldüğünün kanıtlanmasını gerektirmektedir<sup>41</sup>. AİHM sisteminde çevresel bozulmanın, Sözleşme kapsamında korunan bir insan hakkını ciddi bir şekilde ihlal ettiği ölçüde koruma bulabilmesi, çevre hakkının uluslararası insan hakları sistemleriyle korunmasının yetersizliğini de ortaya koymaktadır<sup>42</sup>.

AİHM'e göre devletler, sadece çevrenin kirletilmesini önlemekle yükümlü değildir; aynı zamanda çevre kirliliğinin önlenmesi ve azaltılması için makul ve yeterli önlemler almak konusunda pozitif yükümlülük altındadır. Ancak AİHM, çevreye ilişkin uyuşmazlıkların karışık ve kapsamlı bir niteliğe sahip olması sebebiyle, devletlere Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirme ve ulusal çıkarları ile başvurucunun kişisel çıkarları arasında denge kurmada geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır<sup>43</sup>.

AİHM, şimdiye kadar çevreye ilişkin 300 civarında başvuru hakkında karar vermiştir<sup>44</sup> ve bu kararlar ağırlıklı olarak Sözleşme'de yer alan dört maddeye dayanmaktadır: Bunlar, 2. maddede yer alan yaşam hakkı; 8. maddede yer alan özel hayat, aile hayatı ve konut hakkı; 6. maddede yer alan adil yargılanma hakkı ve 10. maddede yer alan ifade özgürlüğüdür.

Doktrinde AİHM'in çevre hakkına yaklaşımına ilişkin birçok çalışma bulunduğundan burada tekrara düşülmemesi açısından her bir hak bakımından AİHM'in bakış açısı kısaca açıklanarak örneklendirile-

<sup>41</sup> YANCI ÖZALP, s. 90.

<sup>42</sup> MAY/DALY, 34; Fancesco FRANCIONI, "International Human Rights in an Environmental Horizon", EJIL, 21(1), 2010, s. 50.

<sup>43</sup> Özellikle büyük ulaşım, altyapı ve şehirleşmeye ilişkin önemli faaliyetler ülke ekonomisine yaptıkları katkıdan dolayı daha esnek bir kontrole tabidirler. DUYMAZ, s. 153; AİHM'in çevresel davalarda ulusal makamlara tanıdığı takdir yetkisine ilişkin bir değerlendirme için bkz. YANCI ÖZALP, s. 59.

<sup>44</sup> EC, "Protecting The Environment Using Human Rights Law", Council of Europe Theme Files, <https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights-environment> (25.03.2021)

cektir<sup>45</sup>. Ayrıca AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımı incelenirken gerektiğinde AİHM içtihatlarına ilişkin çeşitli açıklamalar yapılacaktır.

### 1. Özel Hayata Saygı Hakkı

AİHS'nin 8. maddesinin birinci fıkrasına göre *“herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”* ve devletin bu alana müdahalesi maddenin ikinci fıkrasında belirtilen istisnalar kapsamında mümkündür. AİHM çevrenin kirletilmesinin kişiler üzerinde yol açtığı birçok etkiyi özel hayatın korunması kapsamında yer alan hukuki çıkarlarla bağlantı kurarak incelemektedir. Ses kirliliği, endüstriyel kirlilik, atıkların artılması ve elektromanyetik kirlilik, AİHM tarafından bu madde kapsamında ele alınmıştır<sup>46</sup>. AİHM, çevre kirliliğinin çevresel genel bir bozulmaya değil; kişinin özel ve aile hayatı üzerinde zararlı bir etkiye yol açıp açmadığını incelemektedir<sup>47</sup>.

Maddede yer alan özel hayat kavramı, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Özel hayat kavramının alt kategorileri olan aile hayatı ve konuta saygı hakkı da birçok kararda geniş bir şekilde yorumlanmıştır. İddianın bu madde kapsamında incelenmesi için çevresel kirlilik sebebiyle kişinin özel hayatına yapılan müdahale doğrudan ve ciddi boyutlarda olmalıdır. Devlet bu hakkı korumak için gerekli önlemleri almalı ve ayrıca kamuyu çevresel risklere karşı bilgilendirerek kişilere Aarhus Sözleşmesi'nde yer alan katılım haklarını (usuli güvenceleri) sağlamalıdır<sup>48</sup>. Esasa ilişkin incelemede ise çoğu zaman, çevresel etkinin ortaya çıkardığı zararların ve gerekirse illiyet bağının kesin incelemelere ve uzman raporlarına dayandırılması

<sup>45</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DUYMAZ, s. 121-160; DİNÇ, s. 23 vd.; Nihan YANCI ÖZALP, “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, 2013, s. 53-93; Ahmet GÜNEŞ, “Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine”, TAAD, 5(16), 2014, s. 88 vd.; KONUK SOMMER, s. 174 vd.; EC, Manual, 18 vd.; Sezai ÇAĞLAYAN, “A Review of the Case Law of the European Court of Human Rights in the Context of Environmental Justice”, Hacettepe HFD, 5(2), 2015, s. 81 vd.

<sup>46</sup> Gülay ARSLAN ÖNCÜ, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8, 2019, s. 50-51.

<sup>47</sup> Osman DOĞRU / Atilla NALBANT, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, 2012, s. 56.

<sup>48</sup> EC, Manual, s. 20.

beklenmektedir<sup>49</sup>. Ayrıca yerel mahkemelerce yapılan tespitler de AİHM kararını önemli ölçüde etkilemektedir<sup>50</sup>.

AİHM bu hak kapsamında birçok karar vermiştir<sup>51</sup>. Ancak 24 Ocak 2019 tarihli *Cordella ve diğerleri/İtalya* (BN. 54414/13) başvurusuna ilişkin kararında AİHM'in, devletlerin çevresel meselelere ilişkin takdir yetkisini, önceki kararların olduğu gibi geniş olarak tanımlamayıp; "*devletlerin belirli bir takdir yetkisine sahip olduğunu*" belirtmesi, çevrenin korunması lehine önemli bir içtihat farklılığı olarak görülmekte ve bu bakış açısının bundan sonraki kararlara yansıyor yansımayacağı merak konusu olmaktadır<sup>52</sup>. Başvuruya konu olayda Toronto ve civarında yaşayan 180 kişi, Toronto'daki çelik fabrikasından yayılan zehirli gazların çevre ve sağlıkları üzerinde olumsuz etkileri olduğunu; Devletin gerekli önlemleri almadığını, kirliliğin halk sağlığı üzerindeki etkisine ilişkin bilgilendirme yapmadığını ve iç hukukta etkili hukuki çarelerin bulunmadığını iddia etmişlerdir. AİHM yüksek risk taşıyan bölgede yaşamayan 19 başvuru sahibinin başvurusunu reddetmiştir. Diğer başvuru sahipleri açısından 8. madde ile 13. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararda, süreklilik arz eden çevre kirliliğinin bölgede yaşayanların sağlığını olumsuz etkilediğini ve devletin de gerekli önlemleri almadığı gibi, bu risk karşısında kişilere özel hayatlarını korumalarını sağlayacak etkili başvuru hakkını da sağlayamadığına karar vermiştir. AİHM kararda ayrıca, Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak, İtalyan Hükümeti'nin kararın uygulanmasını sağlamak üzere fabrikanın ve bölgedeki çevre kirliliğinin temizlenmesi ile yeni bölge planının uygulamaya konulması

<sup>49</sup> Jens MEYER-LADEWIG, "Das Umweltrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", NVwZ, s. 27.

<sup>50</sup> Örneğin Taşkın ve diğerleri/Türkiye, BN. 46117/99, § 12; Öçkan ve diğerleri/Türkiye, BN. 46771/99, § 40.

<sup>51</sup> Bunlardan en önemlileri *Lopez Ostra/İspanya* (BN. 16798/90) karardır. Bu başvuruda, AİHM başvuru sahiplerinin evinin birkaç metre yakınına hukuka aykırı olarak faaliyet gösteren atık arıtma/çöp depolama tesisinden gelen koku, sıvı ve zararlı gazların orada yaşayan halkın hayat standardını önemli derecede etkilediği ve bu tesisin faaliyete devamının devlet tarafından önlenmediği gerekçesiyle devletin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

<sup>52</sup> EICKE, § 22.

konusunda aldığı acil önlemlerin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine ivedilikle bildirmesi gerektiğini özel olarak belirtmiştir<sup>53</sup>.

## 2. Yaşam Hakkı

Sözleşmenin 2. maddesine göre “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur”. Bir çevresel zarar sonucunda kişinin ölmesi veya hayatının ciddi bir şekilde tehlikeye girmesi halinde bu madde uygulanmaktadır. Devlet, ihlalin doğrudan sorumlusu olmasa bile, zararın önlenmesi için gerekli önlemleri alarak pozitif ödevlerini yerine getirmediyse ihlalden sorumlu tutulmaktadır. Bu kapsamda devletin, faaliyetin risklerini en aza indiren kanuni ve idari bir çerçeve oluşturup oluşturmadığı, söz konusu faaliyetin zararları konusunda kişilere bilgi edinme hakkı tanıyıp tanımadığı; faaliyet üzerinde gerekli denetimleri yapıp yapmadığı veya sorumlu kişilere yaptırım uygulayıp uygulamadığı gibi hususlar incelenmektedir<sup>54</sup>. Daha sonraki aşamada yaşam hakkı ihlal edildiğinde, bu ihlalin sorumlularının cezalandırılmasına ilişkin gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı, bağımsız ve tarafsız bir soruşturma yapılıp yapılmadığı; sorumluların cezalandırılıp cezalandırılmadığı gibi hususlar önem taşımaktadır<sup>55</sup>.

Tehlikeli endüstriyel aktiviteler, zehirli atıkların boşaltılması, nükleer radyasyona maruz kalınması, endüstriyel emisyonlardan kaynaklı olarak kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin zararlar yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Devletin özel hukuk kişilerince veya bizzat yürüttüğü bu faaliyetler nedeniyle sorumluluğu, faaliyetin içinde barındırdığı riskin yoğunluğu ve yaşam hakkına zarar verme ihtimalinin öngörülebilirliğine bağlıdır.<sup>56</sup> Doğal afetlerden kaynaklanan zararlarda da devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal etmesi söz konusu olabilmektedir.

Konuya ilişkin en önemli karar 2004 yılında *Öneryıldız/Türkiye* (BN. 48939/99) başvurusuna ilişkin olarak verilmiştir. 1993 yılında İstan-

<sup>53</sup> Kararın özeti için bkz. ECHR, Environment, Thematic Factsheet, 2020, s. 15. <https://www.coe.int/en/web/execution> (10.03.2021)

<sup>54</sup> MEYER-LADEWIG, s. 27.

<sup>55</sup> EC, Manual, s. 19.

<sup>56</sup> EC, Manual, s. 18.

bul Ümraniye'deki çöplükte meydana gelen metan gazı patlaması sonucunda 9 yakınını ve evini kaybeden kişinin yaptığı başvuruda AİHM, Türkiye'nin gerekli tedbirleri almayarak Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Karar gerekçesinde, Devletin çöplükler gibi doğası gereği tehlikeli olan endüstriyel faaliyetlerde olası zararları etkili bir şekilde önleyebilmek için gerekli idari ve yasal çerçeveyi oluşturma yükümlülüğünün bulunduğu belirtilerek, olayda devletin bölgede yaşayan halkın yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği, örneğin devletin bu bölgedeki gecekondularda yaşayan kişileri olası bir metan gazı patlamasına karşı uyarmadığı tespit edilmiştir<sup>57</sup>. Bu başvuru sonucunda Türkiye'nin yaşam hakkı dışında ayrıca etkili başvuru hakkını ve mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir.

2015 yılında verilen *Özel ve diğerleri/Türkiye* (BN. 50913/99) kararında ise AİHM, 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen Marmara depreminde sismik aktivite açısından temel risk alanı olarak belirlenen Çınarcık'ta yıkılan evlerinin göçüğünde ailesi ölen başvurusunun yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM'e göre, Türkiye, evin yıkılmasına sebep olan koşulları ve sorumluları belirleme konusunda yavaş davranarak yaşam hakkını ihlal etmiştir<sup>58</sup>.

### 3. İfade Özgürlüğü

Sözleşmenin 10. maddesine göre, "*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir*". AİHM, çevreye ilişkin konularda, kişilerin düşünce açıklamalarında bulunmalarının kamusal bir tartışma ortamı oluşturarak insanları bilgilendirmesi açısından kamu yararına güçlü bir katkıda bulunduğu görüşündedir<sup>59</sup>. Bu nedenle çevre ve sağlığa ilişkin olarak insanları bilgilendiren ve kamuoyunda belli konuların tartışılmasını sağlayan bu açıklamalar, ifade özgürlüğü çerçevesinde daha geniş bir şekilde koruma bulmalıdır<sup>60</sup>. Açıklamayı yapanın sadece politikacı, gazeteci, küçük gruplar veya dernekler olması da mümkündür. Örneğin *Steel ve Mor-*

<sup>57</sup> Önerıldız/ Türkiye § 86.

<sup>58</sup> ECHR, Factsheet, s. 4.

<sup>59</sup> EC, Manual, s. 77.

<sup>60</sup> DUYMAZ, s. 128.

*ris/Birleşik Krallık* (BN. 68416/01) başvurusunda, başvuruçuların MC Donalds hakkında eleştiriler içeren broşür dağıtmaları üzerine başlayan yargılamada, küçük kampanya grupları aleyhine oluşan dengesizlik nedeniyle ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkemeye göre küçük grupların da düşünceyi yayma özgürlüğü çerçevesinde kamu yararına olacak şekilde kampanya yapma hakkı vardır<sup>61</sup>.

*Vides Aizsardzibas Klubs/Litvanya* (BN. 57829/00) başvurusunda ise, çevreci bir dernek bir gazetede yayımladığı bildiriyle kentin belediye başkanının yasadışı yapılaşmaya onay verdiği iddiasında bulunmuş; yerel mahkeme derneği belediye başkanına iftira attığı gerekçesiyle bir özür yayınlamaya ve başkana tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. AİHM, çevreci derneklerin amaçlarını gerçekleştirmek için bu tarz bilgileri halka yayabilmelerinin ve bu şekilde devletin şeffaflaşmasına katkıda bulunabilmelerinin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu, iddialarını ispatlamak zorunda olmadıklarını belirterek orantılılık ilkesine aykırı bir şekilde başvuruçunun ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>62</sup>.

#### 4. Adil Yargılanma ve Etkili Başvuru Hakkı

AİHS'in 6. maddesinin birinci fıkrasına göre adil yargılanma hakkı, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde makul bir süre içerisinde, hakkaniyete uygun ve aleni olarak yargılanmayı talep etme yetkileri verir. Bu hak sadece medeni hak ve yükümlülükler üzerinde etki doğuran uyuşmazlıklar ile cezai alandaki suçlamalara yönelik olarak tanınmıştır. Ancak AİHM bir uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olup olmadığını belirlerken kendisini iç hukuktaki tasnifle sınırlandırmayarak bu belirlemeyi somut olaya göre kendisi yapmaktadır. Bu nedenle çevresel etkilere ilişkin uyuşmazlıklar, idari işlemde kaynaklansalar bile medeni hak ve yükümlülük kapsamında kabul edilebilirler.

İç hukukta sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ilişkin özel bir hüküm bulunuyorsa bu hüküm, madde 6/1 kapsamında bir medeni hak yaratabilir. Bunun yanında doğrudan bir medeni hak üzerinde

<sup>61</sup> EC, Manual, s. 77.

<sup>62</sup> EC, Manual, s. 79.

etki yaratmayan ve kamu menfaatinin korunması amacıyla açılan davaların, iç hukukta derece mahkemelerince kabul edilmesi; ancak verilen kararın idarece uygulanmaması üzerine yapılan başvurular da madde 6 kapsamında değerlendirilmektedir<sup>63</sup>. Örneğin *Taşkın ve diğerleri/Türkiye* (46117/99) başvurusunda AİHM, Türk hukukunda sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının tanınmış olmasını madde 6/1'in uygulanması için yeterli görmüştür<sup>64</sup>.

İç hukukta çevre hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmaması halinde de çevresel meseleye ilişkin uyuşmazlığın kişinin yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi Sözleşme'de korunan bir "medeni" hakkına müdahale ettiği gerekçesiyle başvuru yapılabilir. Bu kapsamda yargılama sonucu ortaya çıkan sonuç, çevresel bir mesele nedeniyle ilgili kişilerin hakları üzerinde ciddi, somut ve yakın bir tehlike oluşturmaktadır. Örneğin *Balmer-Schafroth ve Diğerleri/İsviçre* (BN. 22110/93) başvurusunda, nükleer santralin işletilmesiyle başvuru sahiplerinin ileri sürdüğü yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve mülkiyet hakkı arasında doğrudan bir bağlantı olup olmadığı incelenmiş ve bağlantının zayıf ve uzak olduğu gerekçesiyle başvurunun 6. madde kapsamında kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir<sup>65</sup>.

Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı ise kişilerin Sözleşme'nin tanıdığı hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürebilecekleri bir başvuru yolunun iç hukukta garanti edilmesini gerektirmektedir. Bu hakkın ihlali edildiği iddiası, Sözleşme'de korunan baş-

<sup>63</sup> EICKE, § 48. AİHM yargıcı Eicke, bu bakımdan Türkiye aleyhine açılan davalarda AİHM'in yaklaşımını istisna olarak değerlendirmektedir.

<sup>64</sup> DUYMAZ, s. 139. *Taşkın ve diğerleri/Türkiye* başvurusunda Bakanlar Kurulu'nun gizli bir kararla yerel mahkeme kararını etkisiz kılacak şekilde altın madeninin işletilmesine devam edilmesi kararı alması, başvuru sahibinin usulü haklarının etkisizleştirilmesi anlamına geldiği gerekçesiyle 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğine karar verilmiştir. Benzer bir karar 19 Haziran 2018 tarihinde *Bursa Barosu Başkanlığı ve Diğerleri/Türkiye* (BN. 25680/05) başvurusuna ilişkin kararda verilmiştir. Bu başvuruda Bursa Orhangazi'de Cargill adlı şirkete verilen nişasta fabrikası inşası ve işletilmesi ruhsatlarının yerel mahkemece iptal edilmesine rağmen, bu kararın uygulanmaması nedeniyle başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Benzer başka bir karar *Okyay and Others v Turkey*, (BN. 36220/97).

<sup>65</sup> EC, Manual, s. 99.

ka bir hakla beraber ileri sürülebilir<sup>66</sup>. AİHM devletlerin etkili başvuru yollarını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisi olduğu görüşündedir<sup>67</sup>.

### 5. Mülkiyet hakkı

AİHS'nin 1 No'lu Ek Protokol'ünün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, kişilerin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkını tanıyarak; taraf devletlere belli koşullarda bu hakka müdahale edilebilme ve bu hakkı genel yarara uygun bir şekilde düzenleme yetkisini vermektedir<sup>68</sup>. AİHM içtihatlarına göre, mülkiyet hakkına yapılan müdahale meşru bir amaç gütmeli ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.

AİHM, çevresel sorunlara ilişkin davalarda mülkiyet hakkının ihlal edilebileceğini kabul etmiştir. Bu kapsamda çevreyi olumsuz etkileyecek bazı faaliyetler, bir mülkün değerini onu satmayı imkânsız hale getirecek düzeyde azaltırsa fiili bir kamulaştırma durumu yaratabilir<sup>69</sup>. Devletin kişinin mülkiyet hakkını barışçıl bir biçimde kullanmasını sağlamak üzere bazı çevresel standartları sağlaması gerektiği de kabul edilmektedir. Devletin bu konuda pozitif önlemler alma yükümlülüğü tehlikeli aktiviteler ve daha az seviyede olmak üzere doğal afetlerde aranmaktadır<sup>70</sup>. Bu durum *Öneryıldız /Türkiye* başvurusunda dile getirilmiştir<sup>71</sup>.

Mülkiyet hakkı kapsamında yapılan başvurular, mülkiyet hakkını ihlal eden faaliyetlerin çevrenin korunmasındaki kamu yararı amacıyla meşrulaştırılmasına yöneliktir. AİHM, toplumun genel çıkarlarının korunmasına yönelik bölgesel planlama ve çevre koruma politikalarının medeni haklar karşısında daha üstün bir menfaat olduğu görüşündedir. Örneğin AİHM *Fredin/İsviçre başvurusunda* (BN. 18928/91) devletin vermiş olduğu işletme ruhsatını, Doğa Koruma Kanunu kapsamında geri

<sup>66</sup> Doğru/Nalbant, s. 559.

<sup>67</sup> EC, Manual, s. 104.

<sup>68</sup> Berkan HANDEMİR, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı*, Seçkin, 2018, s. 167.

<sup>69</sup> EC, Manual, s. 63.

<sup>70</sup> EC, Manual, s. 71.

<sup>71</sup> Bkz. II/C, 2 numaralı başlık.



almasını, çevrenin korunması gibi bir meşru amaçla yapılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir<sup>72</sup>.

AİHM'e göre çevrenin korunması, önemli ve halk için endişe konusu olan bir meseledir. Devlet iç hukukta çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeler yürürlüğe koymuşsa ekonomik zorunluluklar ve hatta mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklar karşısında çevrenin korunması öncelik taşır. Devlet de çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeleri zamanında uygulamakla yükümlüdür<sup>73</sup>. Ancak *Turgut ve diğherleri/Türkiye* (BN. 1411/03) başvurusunda olduğu gibi çevrenin korunması amacıyla kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması halinde devletin kişilere belli bir miktar tazminat ödemesi orantılılık ilkesi açısından gereklidir.

## II. AYM'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA ÇEVRE HAKKI

Aşağıda öncelikle AYM'nin bireysel başvuru kararlarında çevre hakkını ne kapsamda ele aldığı genel hatlarıyla incelenecek; daha sonra çevreye ilişkin uyuşmazlıklar, ilgili haklar özelinde ele alınarak konuya ilişkin örnek içtihatlarla yer verilecektir. Son olarak, çevreye ilişkin konularda bireysel başvuruda bulunabilecek kişiler hakkında açıklama yapılacaktır.

### A. Yerleşik İchtihatların Normatif Çerçevesi

Anayasa'nın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme tek başına bu hakkın ihlali iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuru yapılacağı anlamına gelmemektedir. Zira bireysel başvuru, Anayasa'da güvence altına alınan hakların tamamını kapsamamaktadır. Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesi gereği, AYM'ne yapılan bir bireysel başvurunun incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın hem Anayasa'da düzenlenmiş olması hem de AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerden birinin kapsamına girmesi gerekmektedir.

<sup>72</sup> EC, Manual, s. 64.

<sup>73</sup> AİHM'in *Hamer/ Belgium* (BN. 21861/03, § 79-80) kararında bu tespitler yapılmıştır. EC, Manual, s. 66-67.

Sadece kişisel hak ve hürriyetleri koruma altına alan AİHS'de ve Sözleşme'ye ek protokollerde çevre hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, Anayasa ile AİHS'in kesişim alanında bulunan bir hak olmadığından tek başına bireysel başvuru konusu yapılamamaktadır.

AİHM içtihatları, AYM kararlarında önemli bir yer tutmaktadır. AYM sadece AİHS kuralları değil; AİHM içtihatları doğrultusunda karar vermektedir. Nitekim Türk hukukunda bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin başlıca sebebi de AİHM'e yapılacak başvuruların azaltılması olduğundan<sup>74</sup>; AYM'nin bireysel başvuru kararlarında AİHM içtihatlarını dikkate alması bir zorunluluktur<sup>75</sup>. Nitekim AYM de Anayasa'da bir hakkın nasıl düzenlendiğini dikkate almaksızın, hakkın unsurlarını ve içeriği ile inceleme tarzı ve yorum metotlarını AİHS ve AİHM pratiğine göre oluşturmaktadır<sup>76</sup>. AİHM, kararlarında, bazen Sözleşme'de açıkça düzenlenmemiş bir hakkı, Sözleşme'de düzenlenen başka bir hakla beraber değerlendirilerek hakkın koruma alanını genişletilmektedir<sup>77</sup>. Bu bakımdan AYM de AİHM içtihatlarına paralel olarak, bir çevresel etkinin Sözleşme ve ek protokollerde yer alan temel hak ve hürriyetlerden herhangi birini ihlal ettiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunulmasını kabul etmektedir.

AYM, çevreye ilişkin kararlarında çevre kavramını özel olarak tanımlamamış; ama yaygın tanımlardan yararlanmış<sup>78</sup> ve 2872 sayılı Çevre

<sup>74</sup> Anayasa'nın 148. maddesinin amaçsal ve tarihi yorum yöntemleriyle değerlendirilmesi halinde bireysel başvuru usulünün Türk hukukuna getirilmesiyle öncelikle Türkiye aleyhine AİHM'e yapılan başvuruların azaltılması olduğu anlaşılmaktadır. GÜNEŞ (2014), s. 97. 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi, s. 13, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> (04.04.2021)

<sup>75</sup> GÜNEŞ (2014), s. 98.

<sup>76</sup> İsmail KÖKÜSARI, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasasının Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", *Anayasa Yargısı*, 33, 2016, s. 304.

<sup>77</sup> KONUK SOMMER, s. 179.

<sup>78</sup> "Çevre kavramının üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmamakla birlikte genel olarak hava, su, toprak, flora ve fauna gibi doğal kaynakları ve bunların karşılıklı etkileşimini kapsadığı ifade edilmekte, 2872 sayılı Kanun'da ise çevre kavramının; canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim

Kanunu'na atıf yapmıştır. AYM bu kararlarında, çevrenin kendi başına korunması gereken bir değer olduğuna ilişkin ekolojik yaklaşımı değil; çevreye insan merkezli yaklaşımı benimsediğini açıkça ifade etmiştir. Ancak Mahkemenin önceden dünyada çevre merkezli bir anlayışın benimsenmiş olduğu; şimdi ise insan merkezli anlayışın tercih edildiği yönündeki açıklamalarına katılmak mümkün değildir<sup>79</sup>. Aksine, bugün insan merkezli yaklaşımdan çevre merkezli bir yaklaşıma geçiş olduğu görülmektedir<sup>80</sup>.

AYM, kararlarında çevrenin korunması ile insan sağlığı ve esenliği arasında bağ kuran uluslararası metinlerdeki düzenlemeleri “*çevresel insan hakları*” olarak nitelendirmektedir<sup>81</sup>. Bu metinler AİHM kararlarında da atıf yapılan Çevre ve Kalkınma Üzerine Rio Bildirisi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin çevre ve insan haklarına ilişkin tavsiye kararlarıdır. Ayrıca çevresel meselelerde katılıma ilişkin usulü hakların düzenlendiği Aarhus Sözleşmesi'ne de atıf yapılmaktadır. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda katılım hakkına ilişkin çeşitli kuralların yer almasında rağmen AYM'nin taraf olmadığımız Aarhus Sözleşmesi'ne atıf yapması dikkat çekicidir.

AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde, AYM de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına ilişkin bireysel başvuruları çoğunlukla özel hayata saygı hakkı kapsamında incelemektedir. Ayrıca, çevresel bir etki sebebiyle derece mahkemelerinde açılan davalardan kaynaklı başvurular, adil yargılanma ve etkili başvuru hakkı; çevreye etki eden bir faaliyetin mülkiyet hakkına müdahalede bulunması halinde yapılan başvurular, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Başvurularda çoğunluk-

---

içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamı ifade edecek şekilde ele alındığı anlaşılmaktadır.” *Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk*, B. No: 2013/6587, 24/3/2016, § 50.

<sup>79</sup> “... çevre merkezli yaklaşım olarak da adlandırılabilir olan ve çevrenin kendi başına bir değer olarak korunması gerekliliğine işaret eden ekolojik yaklaşımın yerini, insan hakları ile çevrenin korunması arasında açık bir bağ olduğu düşüncesine bıraktığı görülmektedir.” *Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk*, § 51.

<sup>80</sup> İnsan-doğa ilişkilerinde etik bir dönüşüm yaşanmakta, insan merkezli bir doğa anlayışından insan ve doğa arasında eşit bir ilişkinin kurulduğu çevre hakkı yaklaşımına geçilmektedir. Özdek, s. 87.

<sup>81</sup> *Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk*, § 51; *Fevzi Kayacan*, B. No: 2013/6066, 10/3/2015, § 47; *Mehmet Kurt [GK]*, B. No: 2013/2552, 25/2/2016, § 54.

la, bu haklardan bir ya da birkaçının ve aynı zamanda Anayasa'nın 56. maddede yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının ihlal edildiği ileri sürülmektedir. Ancak AYM, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi yapmaktadır.

## B. İlgili Haklar Özelinde İçtihatların İncelenmesi

Aşağıda AYM'nin çevreye ilişkin konulardaki hak ihlali kararları, özel hayata saygı, adil yargılanma ve etkili başvuru hakkı ile mülkiyet hakkı başlıkları altında sınıflandırılarak açıklanacak ve konuyla ilgili örnek kararlara yer verilecektir.

### 1. Özel Hayata Saygı Hakkı

AYM çevrenin korunması veya çevresel etkiler sebebiyle açılan davaların büyük bir çoğunluğunu özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmektedir<sup>82</sup>. AYM özel hayata saygı hakkının kapsamını,

- *Maddî ve manevî varlığı koruma ve geliştirme hakkı (m. 17)*<sup>83</sup>,
- *Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı (m. 20)*,
- *Konut dokunulmazlığı (m. 21) ve*
- *Haberleşme hürriyetini (m. 22) kapsar şekilde yorumlamaktadır*<sup>84</sup>.

Çevreye ilişkin bir faaliyetin özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebilmesi için, çevrenin genel olarak bozulması değil; bu faaliyetin bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü bozması veya onların özel veya aile hayatı ile konutları açısından somut olarak zararlı bir etki doğurması veya bu konuda ciddi bir riskin bulunması gerekir<sup>85</sup>. Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, manzara hakkı veya güzel bir çevrede

<sup>82</sup> Bu çalışma kapsamında incelenen çevreye ilişkin 20 başvurunun 12'si özel hayata saygı hakkı kapsamındadır.

<sup>83</sup> "... kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne ilişkin hukuksal çıkarı da özel hayata saygı hakkı kapsamında" görmekte ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı kapsamında güvence altına alındığını belirtmektedir. D.Ö. (4), B. No: 2014/3735, 12/6/2018, § 34.

<sup>84</sup> *Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk*, § 41-42; *Fevzi Kayacan*, § 37-40; *Binali Özkaradeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3735, 12/6/2018, § 42.

<sup>85</sup> *Ertuğrul Barka*, B. No: 2014/2818, 24/1/2018, § 44.

yaşama hakkı, özel hayat üzerinde doğrudan etki doğurmadıkları sürece tek başlarına bireysel başvuru kapsamında korunmamaktadır<sup>86</sup>.

AYM, AİHM gibi, özel hayata saygı hakkını, pozitif yükümlülükler ve yatay etki teorileri bağlamında ele almaktadır<sup>87</sup>. Buna göre özel hayata saygı hakkı, devlete bu hakka müdahale etmeme gibi negatif bir yükümlülük yanında, kamusal ve kişisel ilişkilerde bu hakka saygıyı sağlamaya yönelik yükümlülükler de yüklemektedir. Çevreye verilen zararlardan dolayı özel hayatın ihlali, devletten kaynaklanmışsa doğrudan devletin sorumluluğuna gidilmekte; bu ihlal özel hukuk kişilerinden kaynaklanmışsa devlet, gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle dolaylı olarak sorumlu tutulmaktadır<sup>88</sup>. AYM'ye göre çevresel meselelerin Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi sırasında 17. maddede yer alan maddi ve manevî varlığın korunması ve geliştirilmesine ilişkin devletin pozitif yükümlülüklerinin<sup>89</sup> yanı sıra Anayasanın 56 ve 48. maddelerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

AYM'ye göre Anayasa'nın 56. maddesinin ikinci fıkrasında, devletin çevreyi geliştirmek, korumak, çevrenin kirlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri alması ödevi, devletin çevre meselelerine ilişkin pozitif yükümlülüklerinin tespitinde birinci ölçüttür<sup>90</sup>. Hangi tedbirlerin alınacağı veya bu tedbirlerin nasıl uygulanacağı konusunda kamusal makamların geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>91</sup>. Nitekim AİHM de sosyal ve ekonomik konularda demokratik toplumların farklı görüşlere sahip olabileceğinden yola çıkarak çevre kirliliğinin önlenmesi konusunda yerel yetkililerin ve mahkemelerin nispeten geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> Mehmet Kurt, § 58.

<sup>87</sup> Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk, § 44-45; Fevzi Kayacan, § 42; Mehmet Kurt, § 44-49.

<sup>88</sup> Meyer-Ladewig, s. 26.

<sup>89</sup> Binali Özkaraadeniz, § 43; Fevzi Kayacan, § 41; Mehmet Kurt, § 47.

<sup>90</sup> Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk, § 47; Fevzi Kayacan, § 43; Mehmet Kurt, § 52.

<sup>91</sup> Binali Özkaraadeniz, § 57.

<sup>92</sup> EC, Manual, s. 20. Örneğin Powel ve Rayner /Birleşik Krallık ve Hatton ve diğerleri/ Birleşik Krallık başvurularını 8. madde kapsamında inceleyen AİHM, Heathrow

AYM, kararlarında çevresel kirliliğin daha çok özel teşebbüslerden kaynaklandığına dikkat çekerek Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*" hükmünün de kamusal makamların çevresel meseleler bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin dayanaklarından biri olduğunu belirtmektedir. Bu madde gereği devlet, çevreye ilişkin faaliyetin ortaya çıkardığı kamusal menfaat ile bireyin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesine ilişkin menfaat arasında bir denge gözetmelidir<sup>93</sup>.

Henüz gelişmekte olan ve bu gelişimini yoğun miktarda fosil yakıt tüketimi ile doğal kaynakların kullanımına dayandıran Türkiye'de, ekonomik kalkınma ile çevrenin korunması arasındaki paradoksal ilişkide, idare tarafından genellikle ekonomik kalkınmaya öncelik verildiği dikkate alındığında, AYM'nin önüne gelen bireysel başvurularda bu dengiyi nasıl kuracağı büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda bazı bireysel başvuru kararlarında norm denetimi kararlarına atıf yapan AYM<sup>94</sup>, ekonomik gelişme ve kalkınmanın sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkından üstün olmadığını, ekonomik faaliyetlerde kirliliği ve bozulmayı önleyici tedbirlere ağırlık verilmesi gerektiğini<sup>95</sup> ve buna ilişkin getirilen kurallardan ekonomik kalkınmayı veya üretim faaliyetlerini etkileyeceği gerekçesiyle vazgeçilemeyeceğini vurgulamıştır. AYM'ye göre, çevre hakkı gerek sağlık hakkı gerekse yaşam hakkıyla ilişkisi bakımından bugünkü kuşakları olduğu kadar gelecek kuşakları da etkilemektedir<sup>96</sup>.

AYM, AİHM içtihatlarında da olduğu üzere, çevresel meselelerin özel hayata saygı kapsamında incelenebilmesi için çevresel rahatsızlığın

---

Havaalanı çevresinde oturan ve uçakların yol açtığı normalin üzerindeki gürültüden rahatsız olan başvuruçuların talebini, kişilerin özel hayatının ve konut hakkının korunması haklarıyla ve toplumun ekonomik menfaatleri arasında makul bir denge kurma konusunda devletin takdir yetkisi olduğunu belirterek reddetmiştir

<sup>93</sup> Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk, § 48; Fevzi Kayacan, § 44.

<sup>94</sup> Örneğin Öznur Çiçek Bildik, B. No: 2013/6595, 21/4/2016, § 56.

<sup>95</sup> AYM, E.2013/89, K.2014/116, 03.07.2014; AYM E. 2006/99, K. 2009/9, 15.01.2019.

<sup>96</sup> AYM, E. 2011/110, K. 2012/79, 24.05.2012.

özel hayata doğrudan bir etkide bulunması ve bu etkinin asgari bir şiddet seviyesine ulaşması şartlarını birlikte aramaktadır. İddia edilen ihlalin belli bir ağırlık eşliğinde ulaşması ve çevresel etki ile özel hayat arasında yeterince sıkı bir bağ olması gerekmektedir. Ancak AYM'ye göre, bu asgari ağırlık eşliğinin belirlenmesinde somut bir zararın gerçekleşmesinden ziyade, çevresel etkinin hak kapsamında bir soruna yol açması esas alınmaktadır<sup>97</sup>. Çevresel etkinin asgari ağırlık eşliğini geçip geçmediği her somut olayda rahatsızlığın yoğunluğu, kişiye veya konutuna yakınlığı<sup>98</sup>, etkiye maruz kalınan süre veya kişi üzerindeki fiziksel ve zihinsel etkileri gibi hususlar incelenerek belirlenmektedir<sup>99</sup>.

AYM, bireysel başvuruya konu çevresel etkinin özel hayata saygı hakkı açısından incelenebilir olduğuna karar verdikten sonra yine AİHM içtihatlarında da olduğu üzere, kamusal makamların bireylere, usule ilişkin çeşitli güvenceleri sağlayıp sağlamadığına ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır. Bu kapsamda, çevresel meselelerde ilgililerin, konuya ilişkin bilgilere erişebilmesi, karar alma süreçlerine katılımı ve hukuksal çıkarlarının yeteri kadar gözetilmediklerini düşünmeleri halinde idari ve yargısal yollara başvuru imkanına sahip olmaları açısından bir inceleme yapılmaktadır. Katılım hakkı, karşıt görüşlerin dikkate alınmasını ve gerekli analiz ve değerlendirmelerin yapılmasını sağladığından bireysel ve kamusal menfaatler arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının tespiti açısından önem taşımaktadır<sup>100</sup>.

AYM'nin önüne gelen birçok bireysel başvuru, karar alma sürecinde katılım hakkının kullanılmasından ziyade, yargısal süreç derece mahkemeleri tarafından ihlalin gerektiği şekilde incelenmemesi, bireye itiraz ve delillerini sunma fırsatı verilmemesi ve esasa etkili tüm iddiaların karar gerekçesinde karşılanmaması sebebiyle yapılmaktadır<sup>101</sup>. Bu başvurularda AYM, genellikle derece mahkemelerinde yapılan değerlendirmeleri, bilirkişi ve keşif raporlarını dikkate almakta ve derece mahkemelerinin karar gerekçelerinin iddiaları yeterli şekilde ele alıp

<sup>97</sup> *Binali Özkaradeniz ve diğ.leri*, § 48; *D.Ö. Başvurusu*, B. No: 2014/3735, 12/6/2018, § 37.

<sup>98</sup> *Mehmet Kurt; Fevzi Kayacan, Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk başvuruları*

<sup>99</sup> *D. Ö. Başvurusu* (4), § 42.

<sup>100</sup> *Mehmet Kurt*, § 66.

<sup>101</sup> KONUK SOMMER, s. 183.

almadığını incelemektedir<sup>102</sup>. Çevreye ilişkin alınan kararların itiraz mercii çoğunlukla idari yargı olduğundan; idari yargı yerlerinin gereken araştırmayı yapıp yapmadığı bu davalarda kilit rol oynamaktadır. AYM, idari yargılama usulünü hukuk yargılamasından ayırarak kendine özgü bir nitelik veren “*re’sen araştırma ilkesini*” bu davalarda mutlaka dikkate almalıdır. Bu kapsamda idari yargı yerinin çevresel etkinin zararlarını bizzat araştırması ve özellikle de iptal davalarında ispat yükünün davacıya kalmaması gerekmektedir<sup>103</sup>.

AYM, çevresel meselenin ortaya çıkardığı zararın Sözleşme kapsamında korunan bir hak üzerindeki etkisinin başvuru tarafından belli bir seviyede somutlaştırılmasını, somut olaya göre değişmekle beraber çoğunlukla uzman raporlarıyla kanıtlanmasını beklemektedir<sup>104</sup>. Ayrıca ileride gerçekleşmesi muhtemel risk ve tehlikelerin de somutlaştırılması gerekmektedir<sup>105</sup>. Bunun gerçekleşmediği hallerde AYM, başvurunun “*actio popularis*” bir halk davasına dönüşeceği endişesiyle ihlal kararı vermekten kaçınmaktadır.

Ancak özellikle de çevresel faaliyetlerin etkilerinin ortaya çıkması kimi zaman yıllar alabilmekte veya başvuru fiziksel ve ruhsal sağlığı üzerindeki olası etkilerini kendisinin kanıtlanması kimi zaman güç ve masraflı olmaktadır. İşte bu nokta da çevre hukukunun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen “*ihtiyat ilkesi*” nin çevre meselelerinde dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilke faaliyet ve zarar ilişkisi konusundaki bilimsel belirsizliğe rağmen olumsuz sonucun gerçekleşmesini önleyici tedbirlerin alınmasını gerektirir<sup>106</sup>. Çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda ihtiyat ilkesi gereği ispat yükünün tersine çevrilmesi veya ispat ölçütlerinin gevşek tutulması yoluna gidilmesi; bu kapsamda bir faaliyetin çevresel bir zarar yaratmayacağına faaliyet ya da proje sahibi tarafından ispat-

<sup>102</sup> Ahmet İsmail Onat, B. No: 2013/6714, 21/4/2016, § 106.

<sup>103</sup> Aydın GÜLAN, “Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi”, Anayasa Yargısı, 35, 2018, s. 119.

<sup>104</sup> AYM 17. maddenin ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda, başvuru tarafının çevresel etkinin zarara yol açtığına ve zararın varlığına veya ciddiliğine ilişkin birtakım delillerin mahkemeye sunulması ve somut olay özelinde anlatımlar yapılması gerektiğini belirtmiştir. Öznur Çiçek Bildik, § 73.

<sup>105</sup> Arif Ali Cangı ve diğerleri, B.N. 2014/1767, 6/12/2017, § 55.

<sup>106</sup> TURGUT, s. 211.



lamasının beklenmesi, çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda çevre lehine daha geniş bir koruma sağlayacaktır<sup>107</sup>.

Nitekim AIHM de belli bir boyuta ulaşan çevresel etkinin bazı hal-lerde insan sağlığı üzerinde doğrudan bir etki doğurmasa bile, onların hayat kalitelerini, özel hayatlarını ve aile hayatlarını etkileyebileceği ve konutlarını kullanmalarına engel olabileceğini kabul etmektedir<sup>108</sup>.

Aşağıda AYM'nin çevresel etkileri özel hayata saygı hakkı kapsamında incelediği çeşitli bireysel başvuru kararlarına yer verilecektir.

### **Elektromanyetik Radyasyon**

Bu kapsamda yapılan başvurular yerleşim yerlerine çok yakın mesafede konumlandırılan baz istasyonlarına ilişkindir.

2013 yılında yapılan *Fevzi Kayacan başvurusunda* başvuru, evinin çok yakınına yapılan baz istasyonunun kendisinde ve ailesinde sağlık sorunlarına yol açtığı ve psikolojilerini bozduğunu; ayrıca konutunun değerini düşürdüğünü ve yerel mahkemenin konu hakkında gerekli değerlendirmeleri yapmadığını iddia etmiştir. AYM, baz istasyonunun kişinin evine çok yakın olması ve söz konusu manyetik kirlenmenin başvuru maddi ve manevi varlığı üzerinde etki doğurması; korku ve paniğe neden olması nedeniyle madde 17'nin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Esasa ilişkin incelemede AYM, mobil telefon teknolojilerinin kullanımı için gerekli olan baz istasyonunun kurulmasında kamu yararı bulunduğunun ve bu yararının mevcut veriler ışığında davacının menfaatinden üstün olduğunu belirterek yerel mahkeme kararında adil bir denge kurulduğuna; başvuru maddi ve manevi varlığı üzerinde etki doğurması; korku ve paniğe neden olması nedeniyle madde 17'nin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında, elektromanyetik kirliliğinin eşik değerinin uluslararası standartların ve mevzuatın çok altında olduğuna ve bunun insan sağlığı üzerindeki etkileri

<sup>107</sup> TURGUT, s. 218; Ahmet GÜNEŞ, "Çevre Hukukunun Temel İlkeleri" (Ed.) Zerrin Savasan / Hakan Ünay, Türk Çevre Hukuku ve Politikaları: Düünden Bugüne ve Geleceğe, Seçkin, 2021, s. 26.

<sup>108</sup> AYM de aşağıda açıklanacağı üzere, *Binali Özkaradeniz ve diğerleri* kararında benzer bir yaklaşım sergilemiştir.

hakkında yeteri kadar kesin bilimsel çalışma bulunmadığına ilişkin derece mahkemelerinde yaptırılan bilirkişi raporlarını dayanak almıştır<sup>109</sup>.

*Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk başvurusunda* başvurular konutlarının 5 metre yakınında bulunan baz istasyonunun sağlıklarını olumsuz etkilemesi; baz istasyonunun kaldırılması ile maddi-manevi tazminat taleplerinin yerel mahkemece reddedilmesi nedeniyle Anayasanın 17. ve 56. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiği iddia edilmiştir. Başvurucunun sağlıklı olan eşi, baz istasyonu kurulmasının ardından kan kanseri hastalığına yakalanıp vefat etmiştir. Başvurucu kendisinin ve apartmanda yaşayan başka kişilerin de kansere yakalandığını ve baz istasyonu nedeniyle psikolojilerinin önemli ölçüde bozulduğunu iddia etmiştir. AYM öncelikle söz konusu çevresel etkinin 17. ve 20. madde kapsamında inceleme yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olduğuna karar vermiştir. AYM'ye göre, bahsedilen etki, yoğunluğu, süresi, fiziksel ve ruhsal etkisi açısından normal bir kent yaşamına özgü ve katlanılması mümkün ve muhtemel görülen etki ve rahatsızlıklara nispetle daha ağırdır<sup>110</sup>. Ancak AYM, derece mahkemelerinde yapılan bilirkişi raporlarına dayanarak bu olayda başvurucuların zarar iddiası ile baz istasyonunun etkileri arasında bir illiyet bağının olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Radyoaktif etkinin mevzuattaki limit değerlerin altında olduğu ve başvurucuların sağlığı üzerinde doğrudan zararlı bir etkisini ortaya koyan kesin bilimsel veri de olmadığından hak ihlali bulunmadığına karar vermiştir<sup>111</sup>. Bu kararda başvurucuların, baz istasyonu sebebiyle manevi zarara uğradıklarını uzman raporlarıyla kanıtlanmıştır; ama AYM bu durumu hak ihlali kapsamında değerlendirmemiştir.

AYM elektromanyetik kirliliğe ilişkin kararlarında AİHM'in, elektromanyetik kirliliğin insan sağlığına olumsuz etkilerinin bilimsel araştırmalarda kesinlik kazanmadığına ve bu nedenle kamusal makamların konuya ilişkin kararlarda geniş bir takdir yetkisi olduğuna ilişkin içtihatlarına da atıf yapmıştır.

<sup>109</sup> Fevzi Kayacan, § 47 vd.

<sup>110</sup> *Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk*, § 66.

<sup>111</sup> *Hüseyin Tunç Karluk ve Zahide Şardan Karluk*, § 85-86.

### **Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Süreci**

*Mehmet Kurt başvurusu*, bir hidroelektrik santrali projesi kapsamında ek kararlar inşa edilen şalt sahası ile yüksek gerilim hattının başvuru konutunun hemen üzerinden geçmesi sebebiyle radyasyona maruz kalınması; tesisin çevre sakinlerinin günlük hayatını etkileyecek seviyede yüksek gürültü yapması ve ÇED yapılmamasına ilişkin olarak açılan davanın reddedilmesi sebebiyle başvuru Anayasanın 17. ve 56. maddelerinde korunan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılmıştır. AYM, başvuruyu 17. madde kapsamında incelemiş; bu kapsamda karar alma sürecinde ilgililere tanınması gereken usuli güvence ve ÇED sürecinin önemine vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre ÇED, hem projelerin çevreye olumsuz etkilerinin önceden belirlenerek önlenmesi veya en aza indirilmesini sağlaması hem de faaliyet sahibi, kamu otoritesi ve halkı karşı karşıya getirerek katılım hakkını sağlaması açısından önemli bir usuli güvencedir<sup>112</sup>. AYM, bu başvuruda, derece mahkemelerince alınan bilirkişi raporunda, ÇED yapılmayan tesisin, başvuru ve bölgede yaşayan halkın sağlık ve yaşam kalitesi üzerindeki etkilerinin değerlendirilmediği ve itirazlara rağmen yeni bilirkişi incelemesi de yaptırılmadığı gerekçesiyle, kişinin çevresel meselelere ilişkin itirazlarının yargı yerleri önünde gerektiği gibi incelenmediği sonucuna ulaşmış; Anayasanın 17. maddesinin ihlal edildiğine ve yeniden yargılama yapılması gerektiğine karar vermiştir<sup>113</sup>.

Bir bölgede siyanürle altın aranmasına izin verilmesine ilişkin verilen “ÇED olumlu” kararına karşı yapılan *Ertuğrul Barka ve diğerleri başvurusu* ise, siyanürle altın aranmasının doğuracağı muhtemel risk ve tehlikelerin başvuru tarafından somut bir şekilde ortaya konmadığı; işletmenin özel hayat üzerindeki etkilerinin kanıtlanmadığı, Mahkeme’ye etkilerin gerçekleşeceğine ilişkin herhangi bir bilgi veya belge sunulmadığı; sunulan rapor ve analizlerin ise ulusal ve uluslararası standartlarda güvenilir nitelikte olup olmadıklarının anlaşılmadığı ge-

<sup>112</sup> Mehmet Kurt, § 73-74.

<sup>113</sup> Mehmet Kurt, § 82-84.

rekçesiyle reddedilmiştir<sup>114</sup>. Bu kararda derece mahkemelerinde yapılan bilirkişi incelemelerindeki tespitler belirleyici olmuştur.

### **Su Kirliliği**

*Binali Özkaradeniz ve diğerleri başvurusu*, kanalizasyon sularının arıtma yapılmaksızın akarsuya dökülmesi nedeniyle kişinin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Kars ilinde Susuz ilçesinin kanalizasyonunun arıtma yapılmaksızın Susuz Çayı'na bağlanması sonucu Porsuklu köyündeki insanların ve köy hayvanlarının istifade ettiği çayın kirlendiği; köyde yaşayanların ishal, sarılık ve benzeri hastalıklara yakalandığı, çevre sağlığının bu kirlilik nedeniyle tehlikeye girdiği ileri sürülmüştür. Başvurucular öncelikle 2008 yılında idareden köye düzenli içme suyu şebekesi ile temiz su verilmesini talep etmişler; taleplerinin zımnen reddi üzerine idare mahkemesinde iptal davası açmışlardır. Bu dava, su kirliliğinin önlenmesi konusunda belediyenin sorumlu olduğu ve buna ilişkin gereken önlemlerin alınmamasının ağır hizmet kusuru oluşturacağı gerekçesiyle kabul edilmiştir. Bu karara rağmen belediyenin harekete geçmemesi üzerine başvurucular, su kirliliği nedeniyle oluşan zararlarının giderilmesine yönelik tam yargı davası açmışlardır. İlk derece mahkemesi, ilgili mevzuatın kirli su arıtma tesislerinin yapılması için belediyelere 10 yıllık süre verdiğini ve bu sürenin henüz dolmadığını, başvurucuların atık su tesisinin yapılmaması nedeniyle oluşan somut zararlarını ispatlayamadıklarını ve olayda hizmet kusuru bulunmadığını belirterek davayı reddetmiştir.

AYM başvuru konusu çevre kirliliğini özel hayata saygı hakkı kapsamında doğrudan ve ciddi bir müdahale olarak değerlendirmiş ve derece mahkemelerinin ileride atık su tesisinin yapılacağından hareketle<sup>115</sup> idareyi kusurlu görmemeleri ve başvurucuların manevi tazminat taleplerinin reddedilmesi nedeniyle 20. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak bu kararda AYM'nin neden manevi tazminat açısından böyle bir değerlendirme yaptığı yeteri kadar gerekçelendirilmemiştir.

<sup>114</sup> *Ertuğrul Barka*, § 55-58

<sup>115</sup> Susuz Belediyesi resmi makamlara sunduğu atık su arıtma tesisi iş termin planına da uymamış, 2012 yılı sonunda faaliyete geçmesi planlanan atık su arıtma tesis, başvurunun incelendiği tarih olan 2017 yılında halen inşa edilmemiştir.

AYM'nin bu kararına katılmayan üyeler, karşı oy gerekçelerinde başvuruçuların suyun kirlenmesiyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararlarını somut bir şekilde ortaya koymadıkları gibi yaşadıkları manevi ıstırap ve üzüntüyü açıklamakta da yetersiz kaldıklarını; "*ihlal sonucuna ulaşılabilmesi için maddi zarar şartı aranmamakla birlikte, zarar riskinin somutlaşması, bunun kanıtlarıyla ortaya konulması ve açıkça anlaşılması*" gerektiğini belirtmişlerdir. Yine karşı oy gerekçesinde herhangi bir zarar olgusu ortaya konmamış başvuruların birer "*actio popularis*" davası niteliğinde olduğu; "*elektriği, içme suyu, kanalizasyonu, yolu, sağlık ve eğitim tesisleri bulunmayan veya yeterli olmayan yerleşim yerlerinde yaşayanların, salt bu nedenlerle açacakları davaların*" kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>116</sup>.

Oysa kişinin kullanma suyuna bir şehrin atık suyunun arıtılmaksızın katılması oluşturacağı kaygı ve üzüntü açısından tek başına manevi bir zarar oluşturmaya yeterlidir. Ayrıca atık suyun kullanma suyuna katılmasıyla o bölgede yaşayan halkın yaşayabileceği sağlık sorunları öngörülebilir ve ciddi mahiyette olup; bu kapsamda idarenin harekete geçmemesi nedeniyle açılacak olan davalar halk davası olarak nitelendirilemez. Günümüzün sosyal, ekonomik ve teknolojik koşulları da dikkate alındığında atık su arıtma tesisi gibi tesislerin yapılması devletin mali yeterliliğine bağlı olarak gerçekleştirilebileceği hizmetler değildir.

### **Gürültü Kirliliği**

*D. Ö. başvurusu (4)* her ramazan ayında gece vakti davul çalınmasına izin verilmesinin başvuruçunun özel hayatı ve aile hayatı, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ile din ve vicdan hürriyetini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. AYM, başvuruyu 20. madde kapsamında değerlendirmiş ve gece vakti davul çalınması suretiyle kişinin evinin önünde meydana gelen gürültü kirliliğini, başvuruçunun özel hayatını doğrudan ve yakından etkilediğini tespit etmiştir. Bununla beraber AYM, halkın bir kısmı tarafından benimsenen ve her yılın belli bir ayı ve genellikle birkaç dakikayı geçmeyecek şekilde gerçekleşen bu geleneksel faaliyetin halkın diğer bir kısmı tarafından da hoş görülebilir olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 20. maddesinde koruma altına alınan güvence-

<sup>116</sup> Serruh Kaleli ve Emin Kuz'un Karşıoy gerekçeleri.

leri işletecek asgari ağırlıkta bulunmayarak başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir<sup>117</sup>.

*Gülcan Tutkun Berk başvurusu*, idarece inşaat ruhsatı verilen bina-  
nın başvurucaunun dairesinin manzarasını büyük ölçüde kapatması ne-  
deniyle dairesinin değer kaybına uğradığı ve inşaat faaliyetleri sonucu  
oluşan gürültü ve toz nedeniyle özel hayat, aile hayatı ve konut hakkı-  
nın ihlal edildiğine ilişkindir. AYM, özel hayata saygı kapsamında  
“şikâyete konu inşaat faaliyetleri nedeniyle oluşan toz ve gürültü birlikte yaşa-  
ma amacı çerçevesinde hoş görülmesi beklenen” bir olgu olduğunu belirte-  
rek; rahatsızlığın hoş görülmeyi beklenmeyecek bir sınıra ulaşmış  
ulaşmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirterek; ancak etkinin hoşgö-  
rü sınırlarını aştığı ve katlanılması güç zararlara sebep olduğu hususla-  
rının başvuruca tarafından kanıtlanmaması sebebiyle başvuruyu kabul  
edilemez bulmuştur. Mahkemeye göre “başvurucaunun maruz kaldığı çev-  
resel kirlenme bireyin konuttaki huzurunu, özel veya aile hayatını doğrudan  
etkilese bile birlikte yaşamının gerektirdiği katlanma düzeyini” aşmamakta-  
dır<sup>118</sup>.

### **Biyolojik Kirlilik**

*Öznur Çiçek Bildik başvurusunda*, başvuruca Türkiye’de, genetiği  
değiştirilmiş organizmalar (GDO) taşıyan ürünlerin ithalatı ve kullanı-  
mına ilişkin gerekli mevzuat yürürlüğe girmeden önceki süreçte, ülkeye  
girişi yasak olan GDO’lu ürünlerin Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tara-  
fından gereği gibi denetlenmeyerek tüketime sunulduğunu ve tüketici-  
nin bu konuda bilgilendirilmediğini; Bakanlık aleyhine açtığı tam yargı  
davasında adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin ihlal edildiğini  
iddia etmiştir. AYM başvuruyu özel hayatın ihlali ve adil yargılanma  
hakkı kapsamında değerlendirmiştir. AYM, bu kararında Türkiye’nin de  
taraf olduğu Biyoçeşitlilik Sözleşmesi’ne atıf yaparak “... genetiği de-  
ğiştirilmiş organizmaların da biyolojik çeşitliliğin kirlenmesi bağlamında öznesi  
olan bireyler açısından çevre hakkının konusu olabileceği” tespitinde bulun-  
muştur. AYM, başvuruca tarafından maddi ve manevi varlığının ko-  
runması ve geliştirilmesi hakkını doğrudan ve ciddi bir şekilde etkiledi-

<sup>117</sup> D. Ö. Başvurusu (4), § 46.

<sup>118</sup> *Gülcan Tutkun Berk*, B. No: 2015/2334, 29/11/2018, § 49.

ğini gösteren bilgi ve belgelerin derece mahkemelerine veya AYM'ye sunulmaması sebebiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AYM'ye göre başvuru, GDO'lu ürünlere maruz kalma endişesinin asgari şiddet derecesini aşacak şekilde olduğunu somut veya bilimsel verilerle ortaya koyamamıştır<sup>119</sup>.

Bu kararda endişenin asgari şiddet derecesinin belirlenmesinde bilimsel bir rapor veya somut veriler aranmıştır. Derece mahkemeleri olan idare mahkemelerinin re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde gerekli araştırmayı yapıp yapmadıklarına ilişkin bir değerlendirme yapılmamış; ancak başvuru konusunun somut deliller ortaya koyması gerektiği vurgulanmıştır<sup>120</sup>. Ancak başvuru konusu olayda idarenin yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle açılan bir tam yargı davası söz konusu olduğundan, davacının davasını ne ölçüde somutlaştırması gerektiği de tartışmalıdır. Ayrıca, elektromanyetik kirlilikte olduğu gibi GDO'lu ürün kullanımında da bilimsel verilerin yetersizliği karşısında, yukarıda açıkladığımız ihtiyat ilkesine başvurulması gereği ortaya çıkmaktadır.

## 2. Adil Yargılanma Hakkı

Anayasa'nın 36. maddesinde "*Hak Arama Hürriyeti*" başlığı altında yer alan düzenlemeye göre, "*Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" AİHS'de ise Anayasa'ya göre çok daha kapsamlı bir düzenleme yer almaktadır. AİHS'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının unsurları, masumiyet karinesi ve asgari sanık hakları düzenlenmiştir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, AYM tarafından Anayasa'nın 9, 138, 140 ve 141. maddelerindeki güvenceleri de kapsar şekilde ve AİHM içtihatları doğrultusunda yorumlanmaktadır<sup>121</sup>.

AİHS'in 6. maddesinde adil yargılanma hakkı, sadece medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklar ile cezai alandaki suçlamalara yönelik olarak tanınmıştır. AYM de önüne gelen başvuru konusu çevresel meselenin medeni haklar üzerindeki etkisini belirledikten sonra adil

<sup>119</sup> Öznur Çiçek Bildik, § 67-75.

<sup>120</sup> "... başvuru kapsamında başvuru konusunun çocuğu için kullanılan bebek mamalarının içeriğinde GDO'lu gıdaların bulunduğunu ortaya koyan herhangi bir somut delilin ya da bir verinin Anayasa Mahkemesine sunulmadığı...", § 75.

<sup>121</sup> KÖKÜSARI, s. 304.

yargılanma hakkı kapsamında inceleme yapmaktadır<sup>122</sup>. Mülkiyet hakkı veya malvarlığıyla; bir meslek san'at veya ticari faaliyetin yürütülmesiyle veya idarenin kusurundan kaynaklanan zararların tazminiyle ilişkili çevresel bir etkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar, idari işlemlerden kaynaklanıyor olsalar bile "*medeni hak ve yükümlülükler*" kapsamında değerlendirilebilirler<sup>123</sup>.

Ancak AYM, *Dursun Satıcı başvurusunda*, medeni hak ve yükümlülük kavramını nispeten dar bir şekilde yorumlamış ve kıyılardan yararlanmanın niteliği bakımından bir medeni hak yaratmadığına karar vermiştir. Başvuru, Antalya Göynük'te, kıyı kenar çizgisinde bulunan otellerin halkın kıyılardan yararlanmasının engellenmesi üzerine açılan iptal davasının kabul edilmesi; ama iptal kararının uygulanmaması sebebiyle yapılmıştır. Başvuruyu adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendiren AYM, iptal kararının başvuruçunun kıyıdan yararlanma hakkı üzerinde doğrudan ve kesin bir sonuç doğurmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Oysa kararın karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, "*temel haklar arasında sayılmayan, kişi özgürlüğünün doğal uzantısı olan bir hak (kıyılardan yararlanma hakkı), temel haklarla ilişkisi gözetilerek, temel haklarla bütünlük içinde değerlendirilmelidir...kıyıların bazı işletmelerce özel kişiler aleyhine işgal edilmesinin, o bölgede yaşayan kişilerin özel yaşam kalitesini olumsuz yönde etkilediğinde şüphe bulunmamaktadır*". AYM'nin kesinleşmiş bir mahkeme kararının uygulanmaması nedeniyle özel hayatın korunması hakkı ile adil yargılanma hakkı açısından incelemesi AİHM içtihatlarıyla da daha uyumlu bir yaklaşım olurdu<sup>124</sup>.

Adil yargılanma hakkı mahkemeye erişim hakkını da içermektedir. Ancak bu hakkın kötüye kullanımının önlenmesi için devletler tarafından hakkın özüne dokunmayan çeşitli sınırlamalar getirilmesi mümkündür<sup>125</sup>. Çevresel meselelerle ilgili olarak mahkemeye başvurma hak-

<sup>122</sup> AYM'ye göre, bir uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili sayılması için uyuşmazlığın sonuçları başvuruçunun medeni hak ve yükümlülükleri üzerinde etki doğurmalıdır. Bununla beraber AİHM, amacı medeni hak ve yükümlülüklerin esasının karara bağlanması olmayan, ancak bu hak ve yükümlülükler üzerinde etki doğuracak davaları da 6. madde kapsamında değerlendirmektedir.

<sup>123</sup> HAMDEMİR, s. 115-116.

<sup>124</sup> *Dursun Satıcı*, B. No: 2012/611, 25/2/2015, Karşıoy Gerekçesi § 10-16

<sup>125</sup> HAMDEMİR, s. 116.



kının ihlali iddiasıyla yapılan başvurular, idari yargı yerlerince süre ve ya ehliyet yönünden verilen ret kararları nedeniyle yapılmaktadır.

*Mehmet Bolat başvurusunda*, Taşova civarında yapılacak olan hidroelektrik santrali projesi hakkında “ÇED gerekli değildir” kararına karşı açılan iptal davasında, derece mahkemelerince süre yönünden ret kararı verilmesinin başvuru sahiplerinin Anayasa’nın 2, 17, 36 ve 56. maddelerinde korunan haklarını ihlal ettiği iddia edilmiştir<sup>126</sup>. Başvuru konusu olayda “ÇED gerekli değildir” kararı sadece Taşova ilçesi ve Umutlu köyünde yapılmış, aynı bölgede projeden etkilenen kişiler açısından hiç ilan yapılmamıştır. Ancak derece mahkemesi, dava açma süresini bütün davacılar açısından aynı şekilde hesaplayarak süre aşımı nedeniyle başvuruyu reddetmiştir. AYM sadece adil yargılanma hakkı kapsamında bir inceleme yapmış; dava açma süresinin kararın ilçe belediye başkanlığında askıya çıkartılarak ve köyde camii hoparlöründen duyurularak yapılan ilan tarihinden itibaren hesaplanmasını mahkemeye erişim hakkının özünü zedelediğine karar vermiştir<sup>127</sup>. Taşova’da ve Umutlu köyünde oturmayan ancak projeden etkileneceklerini iddia eden başvuru sahipleri açısından ise bir ilan yapılmadığı için bütün davacılar açısından ilanın aynı sürede başladığının kabul edilmesinin Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan mahkemeye erişim hakkının özünü zedelediğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.

Bu olayda köyde cami hoparlöründen yapılan duyurunun ilan şartını gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi çevresel meselelerde katılım hakkının kullanılmasını sınırlamaktadır. Zira yöre halkına yapılacak bilgilendirmenin halkın haberdar olmasını sağlayacak şekilde yapılması gerekmektedir. Her ne kadar başvuru sahipleri bu ilanın bilgi edinme hakkı açısından sorunlu olduğunu öne sürmüş olsalar da AYM bu konuda bir değerlendirme yapmamıştır.

Ancak yakın tarihli *Beyza Gümüş ve diğerleri kararında*, bir maden ocağının kapasite artırımı projesi hakkında verilen “ÇED olumlu kararı”nın sadece il müdürlüğü ilan panosunda yayınlanması ve başvuru sahiplerinin bölgede ikamet etmeleri ve mülkleri bulunmasına rağmen, bu ilan-

<sup>126</sup> *Mehmet Bolat ve diğerleri*, B. No: 2013/5974, 10/3/2016.

<sup>127</sup> *Mehmet Bolat*, § 45.

dan haberdar olarak ilan tarihinden itibaren dava açmalarının beklenmesinin “*hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bağlamında öngörülebilirlik sınırları içinde olmadığı*” gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğurduğuna karar verilmiştir<sup>128</sup>. Bu olayda başvurucuların ilandan tam 6,5 yıl sonra iptal davası açmış olması dikkat çekicidir. Nitekim karşı oy gerekçesinde ilanın yetersiz olduğu kabul edilse bile, bu ilandan 6,5 yıl sonra açılan davanın kabul edilmesinin sınırsız bir dava açma imkânı yaratarak hukuki belirsizlik ve güvensizlik oluşturacağı itirazı yapılmıştır.

*Adnan Ayan ve diğerleri başvurusunda* AYM, nikel cevheri zenginleştirme tesisi için “*ÇED olumlu kararı*” verilmesi nedeniyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasını kişi yönünden yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulmuştur<sup>129</sup>. AYM, kararını başvurucuların maden cevherinin kurulacağı ilçede oturmakla birlikte, madenin bulunduğu bölgede ikamet etmemeleri, burada taşınmazlarının bulunmaması veya bu bölge ile sıkı bir ilişkilerinin olmamasına dayandırmıştır. AYM’ye göre bireysel hak ihlali ileri sürmeksizin toplumun menfaathlerinin ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yapılamaz<sup>130</sup>; çevresel etki doğuran faaliyetin “*özel hayat, aile hayatı ve konut hakkı üzerindeki etkilerini inandırıcı delilleriyle birlikte somut bir biçimde ortaya koyması ve kanıtlaması*” gerekir<sup>131</sup>.

Buna karşılık aşağıdaki yakın tarihli kararlarda AYM, Danıştay’ın ÇED’e ilişkin iptal davalarında dava açma menfaatini belirlerken davacıların proje bölgesinde ikamet etmesi veya mülkünün bulunması şartlarını aramasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

*Arif Ekim ve diğerleri başvurusunda*, karbon Elyaf Üretim Tesisi Kapasite Artışı projesi için verilen “*ÇED olumlu kararı*”nın iptali istemiyle açılan davada Danıştay temyiz incelemesinde başvurucuların projenin yapılmasının planlandığı yörede ve etki alanında ikamet etmemeleri ve o yörede taşınmazları da bulunmadığı gerekçesiyle davacıların dava

<sup>128</sup> *Beyza Gümüş ve diğerleri* (2), B. No: 2018/17517, 2/12/2020, § 36-37.

<sup>129</sup> *Adnan Ayan ve diğerleri*, B. No: 2015/19256, 8/5/2015, § 34.

<sup>130</sup> *Adnan Ayan ve diğerleri*, § 30-33.

<sup>131</sup> *Arif Ali Cangı ve diğerleri*, § 55.

açma menfaatlerinin bulunmadığına karar vermiştir<sup>132</sup>. Kararında ilk derece mahkemesi tarafından yaptırılan bilirkişi raporuna atıf yapan AYM, başvuruların proje etki alanında ikamet etmedikleri gerekçesiyle dava açma ehliyetlerinin bulunmadığına ve davanın reddine karar verilmesini şekilci bir yaklaşım olarak değerlendirmiş ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>133</sup>.

*Kemal Çakır ve diğerleri başvurusu*, bir RES projesi hakkında verilen “ÇED gerekli değildir” kararına karşı başvurucuların açtığı iptal davasının, derece mahkemelerince menfaat ihlali şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine yapılmıştır. Başvurucular aynı bölgede yapılan birçok RES projesiyle tarım yaptıkları doğal ortamın zarar göreceğini ve başka bir geçim kaynaklarının olmadığını iddia etmişlerdir. AYM’ye göre, ancak ÇED yaptırılması halinde projenin başvurucuların taşınmazları üzerindeki etkisi anlaşılacaktır<sup>134</sup>. Buna karşılık, derece mahkemelerinin çevreyi ilgilendiren projelerde, davacıların mutlaka beldede ikamet etmeleri şartını aramasının mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir. AYM, derece mahkemelerinin kararlarının “*davacıların mülklerinin proje sahasına yakın olması veya kullanım amacı gibi öznel koşulları dikkate almaksızın bir proje sahasında mülkü olmayanların -projeye yakın sahada mülkü olsa bile- projeye karşı hiçbir durumda dava açamayacakları yönünde kategorik bir yaklaşım*” içerdiği ve projeden etkilenme potansiyeli bulunan kişilerin dava açmasını imkânsız hale getirdiği gerekçesiyle orantısız bulmuştur<sup>135</sup>.

### 3. Mülkiyet Hakkı

Anayasa’nın 35. maddesine göre herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Bu hak ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir ve bu hakkın kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Mülkiyet hakkının ihlali kapsamında yapılan başvurularda, genellikle başvurucu, idarenin çevreyi korumak amacıyla gerçekleştirdiği bir müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasında bulunmaktadır. Ancak çevre kirliliğinin mülkiyet

<sup>132</sup> Arif Ekim ve diğerleri, B. No: 2016/9276, 8/9/2020, § 57.

<sup>133</sup> Arif Ekim ve diğerleri, § 57 vd.

<sup>134</sup> Kemal Çakır ve diğerleri [GK], B. No: 2016/13846, 5/3/2020, § 37.

<sup>135</sup> Kemal Çakır ve diğerleri, § 59.

hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle yapılan başvurular da vardır. Birinci halde AYM, mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine uygunluğu açısından değerlendirmekte ve müdahaleyi Anayasa'nın 56. maddesi kapsamında meşru bir amaç olarak görmektedir. Bu kapsamda çevrenin korunması, örneğin ormanların, kıyıların, doğal ortamların korunması amacıyla mülkiyet hakkı sınırlandırılabilir. Ancak müdahale aynı zamanda kanuna uygun ve ölçülü olmalıdır.

*Halide Demirel başvurusu ile Muharrem Karabulut başvurusunda ilgili yönetmelik gereği başvuruçuların dere bandında kalan taşınmazları üzerinde tasarruf yetkileri kısıtlanmıştır. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunu inceleyen AYM, Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkına ancak kamu yararı amacıyla sınırlama getirilebileceğini, mevcut olayda Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı gereği "fen, sağlık ve çevre şartlarına uygunluğunun sağlanması, buna ilişkin düzenlemelerde kamu yararı bulunduğunu" belirtmiştir<sup>136</sup>. AYM kararında iklim değişikliğine ve dünyadaki temiz suya olan ihtiyaca dikkat çekmiş, su kaynaklarının korunmasındaki zaruret nedeniyle kamu makamlarının bu alanda düzenleme yapmakta takdir yetkisi olduğunu ifade etmiştir<sup>137</sup>. Mahkemenin İstanbul iline ilişkin şu tespitleri önemlidir<sup>138</sup>:*

*"Belirli kısıtlamalar içeren mevzuat hükümlerinin etkisi değerlendirilirken taşınmazın bulunduğu İstanbul ilinin mevcut nüfus yoğunluğunun ve önümüzdeki yıllarda kullanılabilir temiz suya olan ihtiyacının da göz önüne alınması gerekir. Temiz suya erişimin sürdürülmesinin yaşam için hayati önemi haiz olduğu dikkate alındığında su havzalarının kirlenmesinin önlenmesi için bazı tedbirlerin alınması ve yasakların getirilmesi sonucu oluşan müdahalenin meşru bir amacının bulunduğu kabul edilmiştir."*

AYM, müdahalenin meşru bir amaç taşımasına rağmen; başvuruçunun taşınmazı üzerinde yapılan kısıtlamalardan kaynaklı zararların giderilmemesi nedeniyle müdahalenin orantsız olduğuna, başvuruçuya

<sup>136</sup> Halide Demirel, B. No: 2017/17378, 13/2/2020, § 60.

<sup>137</sup> Halide Demirel, § 68; Muharrem Karabulut, B. No: 2017/28126, 10/12/2019, § 111; Nail Çelik, B. No: 2017/18040, 3/11/2020, § 54.

<sup>138</sup> Halide Demirel, § 61.

zararın karşılayacak miktarda tazminat ödenmemesi sebebiyle kamu yararı ile kişisel yarar arasında denge kurulmadığına karar vermiştir.

*Aslan Avcı Döküm Sanayi ve Ticaret A.Ş. başvurusunda* ise, bir şirket kendisine ait kurşun fabrikası alanında, toprağa gömdüğü radyasyonlu atıkları bertaraf etmediği gerekçesiyle en üst sınırdan verilen idari para cezası nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur<sup>139</sup>. Bu kararda mülkiyet hakkı açısından inceleme yapan AYM, Anayasanın 56. maddesinde yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı kapsamında, çevre mevzuatına aykırılıkların yaptırıma tabi tutulmasında kamu yararının olduğunu ve devletin çevrenin korunmasına ilişkin idari para cezalarını düzenlemesi ve uygulamasında geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu belirterek ihlal bulunmadığına karar vermiştir<sup>140</sup>.

Benzer şekilde *Fidanlar İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. başvurusu*, çevresel etki değerlendirme belgesi alınmadan inşaata başlandığı gerekçesiyle idari para cezası verilmesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla yapılmıştır. Olayda inşaatta başlanana kadar çeşitli kamu kurumlarından birçok izin veya belgeler alınmış; ancak hiçbir Şirketi ÇED yapılması gerektiği konusunda uyardırmamıştır. Para cezasını hukuka uygun bulan AYM, “*inşaat faaliyeti öncesinde ÇED belgesinin sunulmasının çevrenin korunması ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı açısından büyük önem arz ettiği*” ne vurgu yapmış ve başvuruyu reddetmiştir<sup>141</sup>.

Bunun yanında AYM’ye ruhsatsız binaların ya da yapıların yıkımı dolayısıyla mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiasıyla da birçok başvuru yapılmıştır. Bu başvurularda AYM, çevrenin korunması amacıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri çevre kirliliğinin önlenmesi

<sup>139</sup> İzmir’in Çernobili olarak da anılan bu olay basında geniş yer tutmuş ve kamuoyunun büyük tepkisini çekmiştir. “İzmir’in Çernobili”ne 5 milyon lira ceza kesinleşti”, Evrensel, 26 Şubat 2020, <https://www.evrensel.net/haber/398199/izmirin-cernobiline-5-milyon-lira-ceza-kesinlesti> 24 Mart 2021.

<sup>140</sup> *Aslan Avcı Döküm Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2017/39159, 28/1/2020, § 50 ve 65.

<sup>141</sup> *Fidanlar İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2017/38836, 15/1/2020, § 68.

kapsamında hukuka uygun bulmuştur. AYM kararlarında şu gerekçeyi tekrarlamıştır<sup>142</sup>:

*“Anayasa’nın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiş; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirliliğini önlemenin devlet ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. İnşa edilecek yapıların imar mevzuatına uygun olarak yapılmasının sağlanması ve ... yapılaşmanın fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun olarak teşekkülü; sağlıklı, güvenli, kaliteli ve ekonomik yaşam çevrelerinin oluşturulması bakımından önem teşkil etmektedir. Bu bakımdan yapılaşmanın fen, sağlık ve çevre şartlarına uygunluğunun sağlanmasında ve buna ilişkin düzenlemelerde kamu yararı bulunduğu kabul edilmelidir.”*

Çevreye yapılan bir müdahalenin başvuruçunun mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan başvurular da bulunmaktadır. Yakın tarihli Yaşar Çetinbaş başvurusunda, başvuruçucu taşınmazının yanına inşa edilen viyadükten araçların geçişi sırasında taşınmazının üzerine parçalar düştüğü, taşınmazının güneş almasının engellendiği, manzarasının kapandığını, egzoz gazları nedeniyle astım, kanser gibi hastalıklara yakalanma riskinin arttığını ve taşınmazının değerinin düştüğünü ileri sürmüştür. Başvuruyu mülkiyet hakkı açısından inceleyen AYM, idare mahkemelelerinde değer kaybına ilişkin bilirkişi ve keşif incelemesi yapılmaksızın ret kararı vermesinin, başvuruçunun mülkiyet hakkına ilişkin usulü güvenceleri kullanmasını engellediği ve başvuruçuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>143</sup>. Bu tür başvurularda AYM sadece mülkiyet hakkı açısından inceleme yapmayı yeterli görmüştür.

#### 4. Bireysel Başvuruda Bulunabilecekler

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, iç hukukta çevrenin korunmasında idari yargı yerlerinin önemli bir rolü vardır. Zira İYUK, iptal davalarında dava açma ehliyetini meşru, kişisel ve doğrudan hak ihlali şartına bağlamış; Danıştay kişisel menfaat ihlali şartını, çevre davalarında daha

<sup>142</sup> Örneğin Mustafa Duman, B. No: 2015/19177, 19/2/2019, § 42; Beyhan Polat ve Mehmet Polat, B. No: 2016/6635, 4/4/2019, § 32.

<sup>143</sup> Yaşar Çetinbaş, B. No: 2018/34564, 10/3/2021, § 37. Benzer bir karar Nazife Başkan, B. No: 2016/69236, 3/7/2019.

geniş bir şekilde yorumlamış; mahalle, köy veya belediye sakini olmak, hatta bazı hallerde vatandaş olmak çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda dava açma ehliyetinin varlığı için yeterli görülmüştür. Ayrıca derneklerin ve meslek kuruluşlarının da kuruluş amaçlarıyla sınırlı olarak çevreye ilişkin konularda dava açma ehliyetleri bulunduğu kabul edilmiştir<sup>144</sup>.

Ancak çevreye ilişkin meselelerde AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilecek kişiler, idari yargıya kıyasla sınırlıdır. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin ilk iki fıkrasına göre, "(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir." (2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir."

Yukarıdaki hüküm gereği, kişilerin AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilmeleri için ihlal edildiği iddia edilen hakkın güncel olması, ihlalden kişisel ve doğrudan etkilenilmiş olması ve bundan dolayı bir mağduriyetin ortaya çıkması gerekmektedir. Bir mağduriyet iddiası bulunulmaksızın sadece hukuka aykırılık veya toplumun menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulamaz. Bireysel başvuruda mağduriyet kavramı, usul hukukundaki menfaat ve ehliyet kavramlarından bağımsız bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda bireysel başvuru sırasında başvurucunun ihlal sebebiyle nasıl bir zararının oluştuğunu ya da yakın zamanda kuvvetle muhtemel biçimde oluşabilecek bir zarar bulunup bulunmadığının başvurucu tarafından açıklanmalıdır<sup>145</sup>. Buna karşılık, çevre hukukunda mağdur kavramının daha geniş yorumlanması ve çevre kirliliği nedeniyle ortaya çıkan zararların etkilerini yıllar sonra göstermesi, mağduriyetin ispatı açısından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bireyler kısa vadede zarara uğradıklarını ispatlayamayabilirler ve bazı ihlallerin etkileri yıllar içinde ortaya çıkabilir<sup>146</sup>. Bu hallerde çevreye ilişkin uyuşmazlıklarının bu özelliğinin dikkate alınması, çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda daha geniş bir koruma sağlayabilecektir.

<sup>144</sup> Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, 2020, s. 263.

<sup>145</sup> Ayşe Sevtap Uzun, B. No: 2013/6260, 13/4/2016, § 37-38.

<sup>146</sup> YANCI ÖZALP, s. 90.

Çevre derneklerinin AYM'ye bireysel başvuruda bulunması belli hallerde mümkündür. Kural olarak dernekler, derneğin *güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan* ihlal edildiği ve *mağdur* oldukları iddiasıyla bireysel başvuruda bulunabilirler. Bu halde ileri sürülen hak, dernek tüzel kişiliğine ait olabilecek bir hak olmalıdır; sadece üyelerinin haklarını etkileyen müdahaleler nedeniyle bireysel başvuruda bulunulması kabul edilmemektedir. Derneklerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı, yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi gerçek kişilere özgü haklar dışındaki adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı gibi haklar kapsamında başvuruda bulunmaları mümkündür<sup>147</sup>.

İdari yargıda çevreye ilişkin meselelerde iptal davası açma ehliyeti bulunduğu kabul edilen barolar, odalar gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kamu tüzel kişiliği olduklarından AYM'ye bireysel başvuru yapamazlar.

Bu düzenlemeler çevrenin korunması amacıyla bireysel başvuruda bulunabilecek kişileri, çevre hakkının kolektif niteliğine aykırı bir şekilde sınırlandırdığından mevcut haliyle bireysel başvurunun çevrenin korunması açısından çok elverişli bir yöntem olmadığını da göstermektedir<sup>148</sup>.

## SONUÇ

Sonuç olarak, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı AYM'nin bireysel başvuru kararlarında dolaylı bir şekilde korunmaktadır. Bunun sebebi Türk hukukunda bireysel başvurunun Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanında yer alan haklar bakımından tanınmış olmasıdır. AİHS ve Sözleşme'ye ek protokollerde kişisel ve siyasi haklar düzenlenmiş olduğundan, doğrudan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yapılması mümkün değildir.

Buna karşılık, AİHS ve ek protokolleri değişen koşul ve ihtiyaçlara göre yorumlayan AİHM, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını Sözleşme'de korunan diğer geleneksel haklar kapsamında korumaktadır. Bunun için çevresel etkinin Sözleşme'de yer alan bir hakka müdahale et-

<sup>147</sup> Egeçep Derneği, B. No: 2015/17415, 17/4/2019, § 16.

<sup>148</sup> GÜNEŞ (2014), s. 101.



mesi veya bir hakka çevrenin korunması amacıyla müdahale edilmesi söz konusu olmalıdır. AİHM bugüne kadar çevrenin korunmasıyla ilgili birçok önemli karar vermiştir ve bu kararlar ağırlıklı olarak, yaşam hakkı; özel hayat, aile hayatı ve konut hakkı, adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğüne ilişkindir.

AİHS’de çevre hakkına yer verilmemesi Sözleşme’nin hazırlandığı dönem için normal olmakla beraber bugün büyük bir eksiklik<sup>149</sup>. Zira doğal yaşamın yok olması ve küresel ısınmanın gittikçe artan şekilde insan hayatını tehlikeye sokması gibi gelişmeler karşısında çevreye yönelik saldırıların geleneksel insan hakları yaklaşımıyla çözümü mümkün gözükmemektedir<sup>150</sup>. Her ne kadar AİHM şimdiye kadar çevrenin korunmasına ilişkin çok önemli kararlar vermiş olsa da bu kararlar insan odaklıdır ve tek başına çevreyi tehdit eden bir faaliyetin engellenmesini sağlayamazlar. Oysa sadece insanın yaşam hakkına “doğrudan” müdahale ettiği ölçüde değil; “sürdürülebilir kalkınma, biyoçeşitlilik ve iklim değişikliğine karşı mücadele gibi çevresel değerler” söz konusu olduğunda da etkili bir yargısal korumaya ihtiyaç vardır<sup>151</sup>. Yargı yerleri tarafından sürdürülebilirliğin ve çevrenin korunmasının öneminin ısrarlı bir biçimde vurgulanması hem kamusal hem de bireysel alanda çevresel değerlerin korunmasına daha fazla katkı sağlayacaktır<sup>152</sup>.

AYM, çevresel sorunlardan kaynaklanan bireysel başvuruları, AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde, çoğunlukla özel hayata saygı, adil yargılanma ve mülkiyet hakkı kapsamında incelemiştir. AYM, bu başvurularda çevresel etki ile zarar arasındaki illiyet bağıını belirlemek için derece mahkemelerinde yapılan bilirkişi tespitleri ve uzman raporlarını dikkate almakta; çevresel etkinin yol açtığı zararların, başvuru tarafından bazı hallerde sadece somutlaştırılmasını bazı hallerde ise ispatlamasını beklemektedir. AYM’nin çevreye ilişkin başvurularda, çevresel zararların kendine özgü niteliğini dikkate alması gerekmektedir. Bu kapsamda, çevre hukukunun temel ilkelerinden biri olan ihtiyat ilkesini kararlarında kullanması, çevresel etkinin zararlı sonuçlarının bilimsel

<sup>149</sup> YANCI ÖZALP, s. 89.

<sup>150</sup> ÖZDEK, s. 71.

<sup>151</sup> MAY/DALY, s. 31-32; FRANCIONI, s. 55.

<sup>152</sup> MAY/DALY, s. 19.

olarak net bir şekilde kanıtlanmadığı hallerde de çevresel etkinin azaltılması veya önlenmesi yoluna gitmesi veya ispat yükünü zarar verici faaliyeti gerçekleştiren tarafa bırakması çevrenin korunması açısından etkili bir denetim sağlayacaktır.

AYM'nin bireysel başvuru kararlarında çevrenin korunmasına ilişkin yaklaşımı, norm denetimi kararlarından daha geniş kapsamlıdır. Zira AYM, bireysel başvurularda çevreye ilişkin uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmakta ve katılım hakları gibi usulü güvenceler açısından inceleme yapmaktadır.

AYM, çevre hakkı konusunda AİHM içtihatlarıyla sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle AİHM'in çevre kirliliğinin toplumsal boyuttaki risklerini dikkate alan daha cesur kararlar vermesi halinde<sup>153</sup> AYM içtihatlarının da bu yönde gelişeceği muhakkaktır. Nitekim AİHM'in *Hutton/Birleşik Krallık* kararından bu yana Mahkeme'nin bu hakkın ihlal edildiğini ileri süren tarafların kirlilik ve sağlık sorunları arasındaki ilişkiyi ispatlamaları gerektiğine ilişkin içtihatlarında bir yumuşama olduğu görülmektedir<sup>154</sup>. Önümüzdeki süreçte AİHM'in, çevrenin korunması için acil önlemler alınmasına yönelik bilimsel tavsiyeleri ve toplumsal kaygıları gözeterek hali hazırdaki çevrenin korunmasına ilişkin yorumunu genişletmesi ve risk kavramına daha esnek yaklaşması da beklenmektedir.

Son olarak, Türk hukukunda bireysel başvurunun AİHS'de yer alan haklar esas alınarak düzenlenmesi, Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler alanında AİHM'den daha geniş koruma sağladığı hallerde AİHS'in getirdiği sistemin daha üstüne çıkılmasına engel olmamalıdır<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Bu konuda doktrinde de bir beklenti bulunmaktadır. Jonathan VERSCHUUREN, "Contribution of the case law of the European Court of Human Rights to sustainable development in Europe", in *Regional Environmental Law: Transregional Comparative Lessons in Pursuit of Sustainable Development*, (Ed.) W. Scholtz/ J. Verschuuren, 2015, s. 384.

<sup>154</sup> VERSCHUUREN, s. 383.

<sup>155</sup> Didem YILMAZ, "6216 Sayılı Kanundaki "Taraf Olma" Koşulu ve AİHS Ek 4. Ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme", *AÜHF*, 64(3), 2015, 814-854. s. 829.

## KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, 2020.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8, 2019.
- BAHAR KONUK, Sommer, "Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", YBHD, 4(2), s. 169-188.
- ÇAĞLAYAN, Sezai, "A Review of the Case Law of the European Court of Human Rights in the Context of Environmental Justice", Hacettepe HFD, 5(2), 2015, s. 81-100.
- DİNÇ, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Çevre ve İnsan, TBB Yayını, 2008.
- DOĞRU, Osman/NALBANT Atilla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, 2012.
- DUYMAZ, Erkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", İ. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 47, 2012, s. 121-160.
- DW, "Altı çocuk ve gencin iklim davası AIHM'de kabul edildi". Deutsche Welle, 30.11.2020, <https://p.dw.com/p/3m1Mk> (10.03.2021)
- EC, "Protecting the environment using human rights law", Council of Europe Theme Files, <https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights-environment> (25.03.2021).
- EC, Manual On Human Rights and The Environment, Council of Europe Publishing, 2. Baskı, 2012, [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DH\\_DEV\\_Manual\\_Environment\\_Eng.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DH_DEV_Manual_Environment_Eng.pdf) (10.03.2021)
- ECHR, "Environment and the Convention on Human Rights", Factsheet, 2021.
- ECHR, Environment, Thematic Factsheet, 2020. <https://www.coe.int/en/web/execution> (10.03.2021)

- FELIX, Ekardt, "Climate Revolution with Weaknesses", VerfBlog, 2021/5/08, <https://verfassungsblog.de/climate-revolution-with-weaknesses>
- FRANCIONI, Fancesco, "International Human Rights in an Environmental Horizon", EJIL, 21(1), 2010, s. 41-55.
- GLAN, "The Covid-19 Crisis Has Not Made The Climate Emergency Go Away", Global Legal Action Network, 2021 <https://youth4climatejustice.org> (01.04.2021)
- GÖKALP ALICA, Süheyla, "Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Menfaat Kavramı", TBBD, 139, 2018, s. 165-220.
- GÜLAN, Aydın, "Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi", Anayasa Yargısı, 35, 2018.
- GÜNEŞ, Ahmet, "Çevre Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Edilebilirliği Üzerine", TAAD, 5(16), 2014.
- GÜNEŞ, Ahmet, "Çevre Hukukunun Temel İlkeleri", in Türk Çevre Hukuku ve Politikaları: Dünden Bugüne ve Geleceğe, (Ed.) Z. Savaşan / H. Ünay, Seçkin, 2021.
- GÜNEŞ, Ahmet, Çevre Hukuku, 2. Baskı, Adalet, 2019.
- HANDEMİR, Berkan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, 2018.
- KÖKÜSARI, İsmail, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", Anayasa Yargısı, 33, 2016.
- MAY, James R./DALY Erin, Dünyada Çevresel Anayasacılık, Çeviri: Tolga Şirin/ N. Umut ORCAN, Ekoloji Kolektifi, 2015.
- MEYER-LADEWIG, Jens, "Das Umweltrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", NVwZ, 2007, 25-30.
- ÖZDEK, Yasemin, İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, TODAİ Yayınları, 1993.
- SEMİZ, Yasemin, "Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi", Hacettepe HFD, 4(2), 2014, 9-46.

- SETZER Joana / BYRNES Rebecca, “Global Trends in Climate Change Litigation: 2020 Snapshot”, Policy Report, 2020, [https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation\\_2020-snapshot.pdf](https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf) (23.03.2021)
- TURGUT, Nükhet Yılmaz, Çevre Politikası ve Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017.
- VERSCHUUREN, Jonathan, “Contribution of the case law of the European Court of Human Rights to sustainable development in Europe”, in Regional Environmental Law: Transregional Comparative Lessons in Pursuit of Sustainable Development, (Ed.) W. Scholtz/ J. Verschuuren, 2015, s. 363-385) [https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/5654721/Scholtz\\_Regional\\_Environmental\\_Law\\_13Humanrights.pdf](https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/5654721/Scholtz_Regional_Environmental_Law_13Humanrights.pdf) (24.3.2021)
- YANCI ÖZALP, Nihan, “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, 2013, s. 53-93.
- YILMAZ, Didem, “6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hak-kında Bir Değerlendirme”, AÜHFD, 64(3), 2015, 814-854.
- YÜCESOY, Ayşe Aslı, İptal Davalarında Menfaat, Seçkin, 2015.



## 1989 KURTARMAYA DAİR MİLLETLERARASI SÖZLEŞME İLE DENİZ ÇEVRESİNİN KORUNMASI

Dr. Alperen AKKAYA\*

### Öz

Çevre kirliliği günümüzün en önemli sorunlarından birisidir. Devletler ve ilgili kuruluşlar bu sorunun üstesinden gelmek için gerek uluslararası gerekse ulusal anlamda bir takım koruyucu adımlar atmaktadır. Bu adımların kapsamına deniz çevresinin korunması da girmektedir. Asli amacı deniz kirliliğini en aza indirmek olan düzenlemelerin yanında kurtarma rejimi gibi diğer denizcilik düzenlemelerinde de sık sık çevre kirliliği üzerinde durulduğu görülmektedir. 1980’li yıllara kadar kurtarma rejiminde deniz çevresinin korunması ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Deniz kazaları sonucu meydana gelen kirlilik ile mücadelede en ön safta yer alan kurtaranlar için deniz çevresinin korunmasını teşvik eden kuralların getirilmesi, LOF 80 kurtarma sözleşmesi ile başlamıştır. Sözleşmeyi takiben 1989 tarihli “Kurtarmaya Dair Milletlerarası Sözleşme” ve LOF 2000’ne eklenen SCOPIC ile klozu kurtarma rejimindeki çevre bilinci geliştirilmiştir. Bu çalışmada 1989 tarihli “Kurtarmaya Dair Milletlerarası Sözleşme”, 1980 ve 2000 tarihli LOF kurtarma sözleşmelerindeki deniz çevresi ile ilgili düzenlemeler tartışılmış ve eksikliklerin giderilmesi için çözüm önerileri getirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

•Deniz Kirliliği • 1989 Londra Konvansiyonu • Özel Tazminat • LOF 80 • SCOPIC Klozu

\* Arş. Gör. Dr., Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye | Research Assistant Dr., Yalova University, Faculty of Law, Department of Commercial Law Yalova, Turkey.

✉ aakkaya@yalova.edu.tr • ORCID 0000-0003-2449-8598

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AKKAYA Alperen, “1989 Kurtarmaya Dair Milletlerarası Sözleşme İle Deniz Çevresinin Korunması”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2595-2623.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## PROTECTION OF MARINE ENVIRONMENT WITH 1989 INTERNATIONAL CONVENTION ON SALVAGE

### Abstract

Today, pollution is one of the most important problems. In order to overcome pollution, governments and institutions have been introduced legal measurements both at international and national levels. Protection of marine environment takes place in the scope of these legal measurements. In addition to regulations whose sole purpose is to minimize marine pollution, it is seen that other maritime regulations, like salvage regime, often focus on pollution. Protection of the marine environment was not covered by the salvage legislation until the 1980s. The introduction of incentive rules for salvors, who are at the forefront of combating pollution caused by marine accidents, started with the LOF 80 salvage contract. In addition to LOF 80, environmental awareness in the salvage regime was improved by the 1989 International Convention on Salvage and LOF 2000 Scopic Clause. In this study, environmental awareness in the 1989 International Convention on Salvage, the LOF salvage contracts dated 1980 and 2000 are discussed and solutions are proposed to eliminate the weakness of salvage regime.

### Key Words

• Marine Pollution • 1989 London Convention • Special Compensation • LOF 80 • SCOPIC Clause

## GİRİŞ

Denizlerin kirlenmesine yol açan ana nedenler kara ve deniz kökenli kirleticiler olarak ikiye ayrılabilir. Deniz kökenli kirleticilerin başında gemiler; gemi kaynaklı kirlenmenin başında ise petrol ve petrol ürünleri gelmektedir. Tanker kazaları ise petrol kirliliğinde önemli bir yere sahiptir<sup>1</sup>. Tanker kazaları neticesinde meydana gelen deniz çevresi kirliliği, uluslararası anlamda kirlilik ile mücadele amaçlı kuralların oluşturulmasını zorunlu kılmıştır<sup>2</sup>.

Asli amacı denizlerde meydana gelen kirliliğinin önlenmesi olan kuralların yanında dolaylı olarak çevre kirliliğinin önüne geçmeyi veya

---

<sup>1</sup> KARA Hacı, Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku'na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararından Hukuki Sorumluluk, Yamaner Marka Patent Müşavirlik Yayıncılık Ticaret A.Ş., İstanbul, 2005, s. 5.

<sup>2</sup> KÖSEOĞLU Burak/TÖZ Ali Cemal/ŞAKAR Cenk, "Deniz Atıklarının Değerlendirilmesi ve Geri Dönüşümü: İstaç Örneği". Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi, Sayı: 8, 2016, s. 156.



azaltmayı hedefleyen denizciliğe özgü düzenlemeler de bulunmaktadır. Kurtarma rejimi bu düzenlemelerden biridir. Her ne kadar kurtarma mevzuatının asıl gayesi tehlike altında bulunan su araçlarına ve/veya eşyaya verilen kurtarma hizmetini düzenlemek olsa da yirminci yüzyılın ortalarında meydana gelen tanker kazaları, kurtarma mevzuatına çevre kirliliğinin önlenmesi şeklinde bir amacın eklenmesini zorunlu kılmıştır.

Çevre kirliliğinin önlenmesi amacı kurtarmanın unsurları arasında yer alan faydalı netice, “no cure no pay”<sup>3</sup>, ilkesini de tartışılır hale getirmiştir. Bunun üzerine ilk olarak 1980 tarihli *Lloyd’s Standard Form of Salvage Agreement (LOF 80)* ve daha sonra 1989 tarihli “Kurtarmaya Dair Milletlerarası Sözleşme”<sup>4</sup> (Londra Konvansiyonu) Özel Tazminat başlıklı m. 14 ile faydalı netice ilkesine getirilerek, kurtarana, faydalı netice olmasa dahi çevre kirliliğinin önüne geçmeye yönelik faaliyetleri için bir ödeme yapılması gerekliliği düzenlenmiştir<sup>5</sup>. Özel Tazminat ilkesinin açık denizlerde meydana gelen kirliliği kapsamaması ve hesaplanmasının karmaşıklığı

<sup>3</sup> “No cure no pay” Türkçe ‘ye “faydalı sonuç yoksa ücrette yok” olarak çevrilse de literatürde faydalı netice ilkesi olarak ifade edilmektedir. Bknz. KENDER Rayegan, *Denizde Kurtarma-Yardım 1910 Tarihli Brüksel Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 952 Hukuk Fakültesi No: 197, İstanbul, 1962, s. 59. DEMİR İsmail, 1989 Londra Konvansiyonu Çerçevesinde Kurtarma, 1.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, s. 38.

Faydalı netice ilkesi gereğince; kurtarma ücretine hak kazanılması için kurtarma faaliyetinin sonunda hizmet verilen su aracının veyahut eşyanın maddi değerinin olması gerekir. Diğer bir ifade ile eğer kurtarma hizmeti sonrasında tehlikeye maruz kalan su aracı veyahut eşyanın maddi değeri bulunmuyorsa kurtarma hizmeti başarısız kabul edilerek, kurtarana kurtarma ücreti ödenmez.

<sup>4</sup> Londra Konvansiyonu 28 Nisan 1989 tarihinde Londra’da imzalanmış ve 14.07.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti 14.05.2013 tarihinde ilgili sözleşmeye katılım sağlamış ve Bakanlar Kurulu da 05.05.2014 tarihinde katılımı uygun bulmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı İnternet Sitesi, <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?2233>, erişim tarihi 05.01.2020 ve 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun, No: 6480, Kabul Tarihi: 14.05.2013, Resmî Gazete Sayı: 28661, Tarih 29.5.2013. Sözleşmenin Türkçe metni için bknz. 1989 Kurtarmaya Dair Milletlerarası Sözleşme, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140524-2-1.pdf>, erişim tarihi 17.11.2020.

<sup>5</sup> Londra Konvansiyonu sadece özel tazminat kuralı ile çevre korunması yönelik faaliyetleri teşvik etmemiştir; Konvansiyonun 8/1(b)’ye konu olan özen yükümlülüğü, kurtarma ücretinin nasıl hesaplanacağı belirleyen m. 13 ve m. 11’e konu olan iş birliği kuralı ile de çevre korunma bilinci teşvik edilmiştir.

uygulamada sorunlara neden olmuştur. Sorunların giderilmesi için LOF 2000'e SCOPIC Klotu eklenmiştir. SCOPIC Klotuyla kurtaran, herhangi bir coğrafi sınır olmadan, deniz çevre kirliliğinin önüne geçmek için yaptığı faaliyetler için önceden belirlenen bir tarifeye göre ödeme alabilme hakkını elde etmiştir.

Londra Konvansiyonu ve LOF 80 belirli bir çevre bilinci olduğu söylenmesi mümkün olsa da arzu edilen seviyeye LOF 2000 ile ulaşılmıştır. Bu nedenle çalışmada kurtarma rejiminde yer alan deniz çevre kirliliği ile ilgili düzenlemeler çalışılarak, rejimin eksik yönleri tartışılacaktır.

## I. KURTARMA FAALİYETİNİN TARİHİ VE DENİZ ÇEVRE KİRLİLİĞİNE NEDEN OLAN OLAYLARIN KURTARMA REJİMİNE ETKİSİ

Kurtarmanın tarihsel süreci incelendiğinde, ilk kurtarma faaliyetlerinin odağının yağmacı tehlikesini önlemek olduğu görülmektedir. Henüz deniz seyir kurallarının belirlenmediği dönemlerde gemiler kıyıya yakın seyretmekte ve kıyı şeridinde bekleyen yağmacılar gemi malikleri için tehlike arz etmiştir. Gemiler, yağmacı tehlikesini bertaraf edilmesi için dışarıdan ek yardımlara ihtiyaç duymuş ve ek yardımlar kurtarma müessesesinin doğumuna sebep olmuştur<sup>6</sup>.

Kurtarma faaliyetlerinin prensiplerinden biri olan ve günümüze kadar ulaşan "gönüllülük" ilkesinin M.Ö. 900'lü yıllarda Rodosluların uygulamalarına dayandığı ve bu kuralın antik Yunan ile Akdeniz ülkeleri ve hatta Roma İmparatorluğu tarafından da benimsendiği bilinmektedir<sup>7</sup>. 1050 tarihli *Consolato del Mare*, 1160 tarihli *Constitutum usus Pisae* ve 1200 tarihli *Les Roles d'Oléron* kurallarında da kurtarma faaliyetine ilişkin hükümlerin bulunduğu bilinmektedir<sup>8</sup>. 19. yüzyılın sonlarına doğru hemen hemen her ülkenin kendine ait bir kurtarma rejimi oluşmaya başlamıştır<sup>9</sup>. Ulusal kurtarma kurallarının, deniz ticareti ve teknolojisindeki gelişmeler

<sup>6</sup> KENDER, s. 4.

<sup>7</sup> BRICE Geoffrey, *Brice on Maritime Law of Salvage*, 4. bası, REEDER, John (ed.), Sweet and Maxwell, U.K., 2003, s. 6.

<sup>8</sup> SHARPE H. Birch, "Maritime Salvage", 22 L Q Rev 163, 1906, s. 165.

<sup>9</sup> KENDER, s.7.

karşısında yetersiz kalması üzerine uluslararası alanda yeknesak kural-lara ihtiyaç duyulmuştur<sup>10</sup>

1910 yılında denizde kurtarma faaliyetlerine ilişkin ilk milletlerarası düzenleme olan “Denizde Kurtarma ve Yardım İşlerine Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme”<sup>11</sup> (Brüksel Konvansiyonu) yürürlüğe ko-nulmuştur. Günümüzde uygulanan kurtarma mevzuatının dayanağını teşkil eden Brüksel Konvansiyonu İngiliz hukuku temel alınarak oluşturu-lmuştur<sup>12</sup>.

Soğuk savaş nedeniyle Basra Körfezi’ndeki ham petrol taşımacılığı güvenli alanlara kaymıştır. Taşımanın mekân olarak değişmesi yeni prob-lemeleri de beraberinde getirmiştir. Örneğin, petrol taşımacılığına uygun şekilde inşa edilmeyen limanların yetersiz altyapısı sebebiyle ham petro-lün gemilerden boşaltılması esnasında patlamalar meydana gelmiştir<sup>13</sup>. Ayrıca, Basra Körfezi’nin kapanması dolayısıyla daha uzun olan Güney Afrika rotası izlenmeye başlanmış ve ölçek ekonomisinden yararlanmak için kısaca VLCC (*very large crude carrier*) olarak anılan büyük tanker ge-mileri kullanılmaya başlamıştır<sup>14</sup>. Tanker gemilerinin büyümesi netice-sinde tanker gemi sayılarının azalması<sup>15</sup> ile kurtarma hizmeti veren şir-ketler finansal açıdan dar boğaza girmiş ve sonuç olarak çoğu kurtarma şirketi ya kapanmış ya da küçülmeye gitmiştir<sup>16</sup>.

Ekonomik zorluklar yaşayan kurtarma sektörünün önemi 1960’lı yıllarda meydana gelen ve sonucu tam bir çevresel felaket olan tanker ka-zalarında kendini hissettirmiştir. *Torrey Canyon* kazası en dikkat çeken

<sup>10</sup> GORMLEY W Paul, “The Development of the Rhodian-Roman Maritime Law to 1681, with Special Emphasis on the Problem of Collision”, 3 Inter-Am L Rev, 1961, s. 320.

<sup>11</sup> 23.09.1910 tarihinde imzalanan Konvansiyon için hazırlık süreci 1900 Paris Konfe-ransı ve 1902 Hamburg Ön Tasarısı ile başlamıştır. Paris ve Hamburg toplantılarında, faydalı sonuç gibi günümüze kadar ulaşan birçok prensibin temeli atılmıştır. KEN-DER, ss. 9-10.

<sup>12</sup> KERR Michael, “The International Convention on Salvage 1989: How It Came to Be”, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 39 No. 3, 1990, s. 532.

<sup>13</sup> SHEEN Barry, “Conventions on Salvage”, Tulane Law Rev, Vol: 57, 1982-1983, s. 1394.

<sup>14</sup> SHEEN, s. 1395.

<sup>15</sup> Yazara göre kurtarma şirketlerinin ekonomik açıdan sorun yaşamasının diğer bir ne-deni de İkinci Dünya Savaşı sonrası meydana gelen ekonomik daralmadır.

<sup>16</sup> KERR Michael, s. 532.

tanker kazalarından biri olarak tarihteki yerini almıştır<sup>17</sup>. İtalyan kaptan ve gemi adamları tarafından sevk edilen Liberya bayraklı, Amerika sahipli *Torrey Canyon* gemisi İngiltere'nin güneybatı sahilinde tehlikeye maruz kalmıştır. Kaza sonrası, gemi enkazı taşıdığı 117.000 ton ham petrol ile uluslararası sulara sürüklenerek karaya oturunca Hollandalı bir firmayla kurtarma sözleşmesi yapılmıştır. Kurtarma faaliyetlerinin semersiz kalması üzerine kurtaran, kurtarma hizmetini durdurmuş ve gemi, sahipleri tarafından terk edilmiştir. Bunun üzerine İngiliz ordusu enkazı bombalayarak yok etmiştir. Kazada yaklaşık olarak 80.000 ton ham petrol denize karışarak deniz ekolojisi üzerinde ciddi tahribata neden olmuştur. Bu kaza neticesinde, çevre kirliliğinin sorumlularının belirlenmesi gibi birçok karmaşık konu ülkeler arasında hukuki uyumsuzluklara yol açmıştır<sup>18</sup>. Petrol kirliliğinden dolayı zarara uğrayanlara tazminat hakkı verilmesi ve devletlerin açık denizlerde petrol kirlenmelerine müdahale edebilmesine imkân sağlayan milletlerarası kuralların yürürlüğe girmesi *Torrey Canyon* kazası sonrası verilen ilk hukuki tepkiler olarak tarihe geçmiştir<sup>19</sup>.

Tanker kazalarının yıkıcı etkisiyle 1910 Brüksel Konvansiyonu'nda yer alan hükümlerin deniz çevresinin korunmasının sağlanması bakımından yetersiz ve kurtarma faaliyeti kapsamının sadece su aracı ve/veya eşya kurtarılmasından ibaret olmadığı anlaşılmıştır<sup>20</sup>. Bunun üzerine, ilk adım 1980 tarihinde uygulanmaya başlayan LOF kurtarma sözleşmesi ile atılmış ve tanker kaynaklı kirleticilerle mücadele eden kurtaranlara "Safety Net" kapsamında bir ödeme sistemi getirilmiştir. Ayrıca, kurtarma mevzuatındaki kirlenme hususunda mevzuat eksikliğinin giderilmesi için *Comité Maritime International (CMI)* tarafından çalışmalar başlatılmış ve 1981 yılında Montreal konferansında kurtarma

<sup>17</sup> AKTEN Necmettin, "Shipping Accidents: a Serious Threat for Marine Environment", J. Black Sea/Mediterranean Environment, Vol. 12, 2006, s. 283.

<sup>18</sup> NANDA Ved P., "The Torrey Canyon Disaster: Some Legal Aspects", Denv LJ , Vol: 44, 1967, ss. 400-401.

<sup>19</sup> ATAMER Kerim, Deniz Ticaret Hukuku, 1. Cilt, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 190.

<sup>20</sup> ATAMER Kerim, "1989 Londra Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kurtarma", Prof.Dr. Hüseyin Ülgene Armağan, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, ss 810-811.

mevzuatı etrafıca tartışılarak bir rapor yayınlanmıştır<sup>21</sup>. Sonrasında, tanker kazalarının hukuki boyutunun araştırılması için *International Maritime Organization* (IMO) bünyesinde bir komite kurulmuş ve komite raporunda 1910 Brüksel Konvansiyonu'nun yenilenmesi veya tamamen yeni bir uluslararası konvansiyonun hazırlanması gerekliliği belirtilmiştir<sup>22</sup>. Bu bilinçle ve Montreal konferansının etkisiyle, IMO tarafından 1989 Londra Konvansiyonu hazırlık çalışmaları başlatılmış ve 14.07.1996 tarihinde ilgili Konvansiyon 15 devletin katılma iradesinin beyanıyla yürürlüğe girmiştir<sup>23</sup>.

## II. KURTARMA MEVZUATINDA ÇEVRE KİRLİLİĞİ İLE MÜCADELE

Kurtarmaya ilişkin uluslararası düzenlemelerin temelinde faydalı netice ilkesi yatmaktadır. İngiliz Hukuk sistemine dayanan bu kural gereğince, kurtarma faaliyeti sonunda kurtarmaya konu olan su aracının ve/veya eşyanın kurtarılmış veya emniyet altına alınmış olması gerekir<sup>24</sup>. Hem Brüksel hem de Londra Konvansiyonlarında yer alan bu ilke TTK m. 1304(1) ile de iç hukukumuzda girmiştir. Londra Konvansiyonu faydalı netice ilkesine ek olarak özel tazminatı uygulamasını da kabul etmiştir.

Yukarda vurgulandığı üzere faydalı netice ilkesinin istisnası özel tazminattır. Faydalı netice ile sonuçlanmamış bir kurtarma faaliyetinde kurtaran çevre kirliliğini önlemek veyahut azaltmak için bir eylemde bulunmuş ise bu eylem özel tazminat ilkesi uyarınca uygun bir tazminata hak kazanabilmektedir<sup>25</sup>.

Çalışmanın bu bölümünde özel tazminat ve Londra Konvansiyonu'nun kirlenme ile ilgili hükümleri incelenecektir. Londra Konvansiyonuna ek olarak LOF 80 ile getirilen "Safety Net" ve LOF 2000'deki "SCOPIC Klotu tartışılacaktır.

<sup>21</sup> BOZABALI Banu Bozkurt, "Kurtarma Faaliyetinde Deniz Kirlenmesini Engelleyen Kurtaranın Ücret Hakkı", S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I S.1,2011, s. 174.

<sup>22</sup> CLETON Robert, "Introductory Note to the International Convention on Salvage, 1989", *Unif L Rev os*, 1989, s. 188.

<sup>23</sup> ATAMER, 2007, ss. 820-821.

<sup>24</sup> KENDER, s. 59.

<sup>25</sup> 1989 Londra Konvansiyonu m. 14, TTK. m. 1312/1.

### A. LOF 80

LOF 80'le çevre korunmasına yönelik getirilen en önemli yenilik "Safety Net" olarak adlandırılan güvenlik ağı maddesidir. Bu madde dolu bir tankere kurtarma hizmeti veren kurtarana, kurtarma ücretinin doğmadığı durumlarda masraflarına<sup>26</sup> ek olarak bu masraflar üzerinden hesaplanacak ek %15'lik bir ödeme isteme hakkı vermektedir<sup>27</sup>.

Bununla birlikte "Safety Net" tazminatı ile "no cure no pay" ilkesinin tam anlamıyla bertaraf edildiği ve ikame bir kuralın getirildiği kesinlikle anlaşılmamalıdır<sup>28</sup>. Aslında "Safety Net" ile asıl amaçlanan kurtarma ücretinin doğmadığı durumlarda, yalnızca masraflar ile masraflara ek olarak bir ödüllendirme sisteminin getirilmesidir.

LOF 80'in en önemli çevreci özelliği her ne sebep olursa olsun<sup>29</sup> kurtarma doğmadığı durumlarda kurtarana yaptığı masrafların üzerinde bir ödeme yapılabilmesine imkân sağlamasıdır. Bununla birlikte LOF 80 sözleşmesi yalnızca petrol yüklü tanker kaynaklı kirlenmelere karşı yapılan kurtarma faaliyetlerine uygulanmaktadır. Tanker kazalarındaki kirlilik riskinin ve tehdidinin yüksek olduğu dikkate alındığında, LOF 80 sözleşmesinin kurtarana ek bir ücret vererek, kirliliğin önlenmesini önemli ölçüde teşvik ettiği söylenebilir.

Bu uygulamanın son derece yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Burada sorgulanması gereken sadece dolu tanker gemilerinin büyük kirliliğe yol açmayacağıdır. Zira boş tanker gemilerinin ve hatta diğer tüm su araçları ve taşıdıkları yükler, yakıtlar son derece tehlikeli kirletici olmaları her zaman mümkündür.

<sup>26</sup> Sözleşmenin İngilizce metninde "out-of-pocket expenses" ibaresi geçmektedir. Dolayısıyla bu masraflar peşin yapılan masraflar olarak değerlendirilmelidir.

<sup>27</sup> KERR Donald A. "The Past and Future of No Cure-No Pay". J. Mar. L. & Com. 23, 1992, s. 421.

<sup>28</sup> GOLD Edgar, "Marine Salvage: Towards New Regime", Journal of Maritime Law and Commerce, Vol: 20(4),1989, s. 494.

<sup>29</sup> Sadece faydalı netice elde edilmediği durumlarda değil kurtarma faaliyetine devlet engelinin olduğu durumlarda da kurtaran ücrete hak kazanamayabilir. GOLD, s. 494.

## B. 1989 Londra Konvansiyonu

1910 Brüksel Konvansiyonu'nun eksikliklerini gidermek amacıyla hazırlanan Londra Konvansiyonunda çevre kirliliğiyle mücadelenin önemi dört ayrı madde ile vurgulanmaktadır<sup>30</sup>. Bunlardan ilki m. 8/1(b)'de düzenlenen özen yükümlülüğüdür. Kurtaran deniz kirliliğinin önlenmesi veyahut azaltılması hususunda önlemler alırken gerekli özeni göstermek zorundadır.

LOF 80 ile Londra Konvansiyonunda tarafların özen yükümlülüğünün belirlenmesinde farklı ifadeler kullanılmaktadır. LOF 80 kurtaranın azami gayreti (*best endeavours*) sarf etmesi üzerinde dururken Londra Konvansiyonu kurtaranın özenli davranması (*due care*) gerekliliğini düzenlemektedir.

Bu iki kavram arasında özünde önemi bir farklılık yatmaktadır. Londra Sözleşmesiyle getirilen özen yükümlülüğü azami gayreti de içersine alan bir kavramdır. Özen yükümlülüğü her türlü ihmal ve kusuru kapsamaktadır. Bununla birlikte LOF 80 sözleşmesinde kullanılan azami terimi ise gayret sadece ağır kusuru ifade etmektedir<sup>31</sup>.

Kurtaran, Londra Konvansiyonu m. 8/1(b) uyarınca çevre zararının önlenmesi ve sınırlandırılması için de gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Dolayısıyla, Londra Konvansiyonu çevre korumasını, faydalı neticeden bağımsız olarak tüm kurtarma hizmetleri için temel bir bileşen olarak kabul etmiştir<sup>32</sup>.

Londra Konvansiyonunda özen yükümlülüğü sadece kurtaranlar için getirilmemiştir. Konvansiyonun m. 8/2(b) hükmüne göre tehlike altındaki aracın kaptanı ve/veya maliki çevre zararının azaltılması ve sınırlandırılması için gerekli özeni göstermelidir. Bu anlamda çevre kirliliğinin olduğu durumlarda kurtaran yalnız bırakılmamış, gemi kaptanı ve/veya malikinin de kurtaranla iş birliği içinde çalışması gerekliliği kurala bağlanmıştır<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> BINNEY Brian F., "Protecting the Environment with Salvage Law: Risks, Rewards, and the 1989 Salvage Convention", Wash. L. Rev., Vol: 65, 1990, s. 648.

<sup>31</sup> DEMİR, 2010, s. 148.

<sup>32</sup> ALLEN Michael, "The International Convention on Salvage and LOF 1990." Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 22, No. 1, January 1991, s. 121.

<sup>33</sup> BRICE, 2003, s. 442.

LOF 80'le belirlenen azami gayret sadece dolu tankerlere müdahalede değil tüm kirlilik olaylarını kapsamaktadır<sup>34</sup>. Azami gayreti kurtarma maliyetleri ile karıştırmamak gerekir. Azami gayretle vurgulanmak istenen kurtaranın, somut olayın özelliklerine göre, makul olduğu ölçüde çevre kirliliğini önlemek için çaba sarf etmesi gerekliliğidir<sup>35</sup>.

Çevre kirliliğine yönelik ikinci yenilik ise kurtarma ücretinin hesaplanmasını düzenleyen m. 13'tür. Londra Konvansiyonu m. 13/1(b) kurtarma ücretinin hesaplanmasında çevre zararının önlenmesi veya azaltılmasına yönelik olarak kurtaranın sarf ettiği çaba ve hünerin de dikkat alınmasına imkân vermektedir. Bu itibarla, kurtarmanın unsurlarının sağlanıp kurtarma ücretinin doğduğu durumlarda, çevrenin korunmasına yönelik faaliyetlerin maksimum gayretle yapılması konvansiyonca belirlenmiş, çevre kirliliğinin önlenmesine yönelik çabalar kurtarma ücretine eklenerek, kurtarma faaliyetleri teşvik edilmek istenmiştir.

Londra Konvansiyonu'nun kirlilikle mücadele için getirdiği diğer bir ilke ise m. 11'e düzenlenen iş birliği kuralıdır. Buna göre devlet dahil tüm ilgililer, kurtarma faaliyeti esnasında çevre kirliliğinin azaltılması için mutlak şekilde iş birliği içinde olmakla yükümlüdürler.

Konvansiyonun çevre kirliliği hakkındaki diğer bir düzenlemesi özel tazminatı konu alan m. 14'tür. Yukarda da belirtildiği üzere LOF 80 ile getirilen "Safety Net" kuralı sadece dolu tanker kirliliğine müdahalelerde geçerlidir. Londra Konvansiyonu bu kuralı genişleterek özel tazminatın tüm gemilere ve kirleticilere uygulanabileceğini benimsemiştir. Ek olarak, Konvansiyon özel tazminatın doğması için mevcut tehlikeyi ara-mamış muhtemel bir tehlikenin varlığını yeterli görmüştür<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> MILLER Anthony R, "Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement - LOF 1980: A Commentary." *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 12, No. 2, January 1981, s. 247.

<sup>35</sup> BRICE, 2003, s. 547.

<sup>36</sup> BRICE Geoffrey, "Salvage and Maritime Environment", *Tulane Law Rev*, Vol: 70, No: 2&4, 1995-1996, s. 672.



## 1. Özel Tazminat ve Şartları

Özel tazminat kavramı ilk olarak CMI<sup>37</sup> raporunda yer almış olsa da<sup>38</sup> kaynağını LOF 80 ile kurtarma mevzuatına giren “Safety Net” oluşturmaktadır<sup>39</sup>. Özel tazminat esasında kurtarma mevzuatında çevre korunması açısından getirilmiş en önemli düzenlemedir.

Özel tazminat 1989 Londra Sözleşmesi m. 14/1 ile düzenlenmiştir. Buna göre:

*“bir kurtaran, çevre zararı tehdidi oluşturan bir araç veya onun içindeki eşya için kurtarma faaliyetinde bulunmuş, ancak bu madde uyarınca hesaplanan özel tazminata en azından denk bir kurtarma ücretine 13. madde uyarınca hak kazanamamışsa, kurtarma faaliyeti için bu maddede belirtilen giderleri özel tazminat olarak araç malikinden isteme hakkına sahiptir”.*

Kurtaranın gemi malikinden<sup>40</sup> özel tazminat isteyebilmesi için kurtarma faaliyetine başlamış ve kurtarmaya konu olan tehlikenin de çevre zararı tehdidini içermesi şarttır. Ayrıca, özel tazminattan bahsedebilmek için kurtaranın kurtarma ücretine hak kazanamaması veyahut çevre zararının önlenmesine yönelik masraflarının kurtarma ücretinden fazla olması da gereklidir<sup>41</sup>.

Görüldüğü gibi özel tazminat ücretinin istenebilmesi belirli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu koşulların detaylı olarak incelenmesi özel tazminatın mantığının daha iyi anlaşılmasını sağlayacağından, koşulların alt başlıklar altında incelenmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır.

<sup>37</sup> CMI'nin 32. kongresi 1981 yılında Montreal'de yapılmıştır. Bu kongrenin ana gündem konusu Londra Konvansiyonu'nun taslağını oluşturmaktır. Taslak hakkında bir rapor hazırlanması için bir çalışma grubu kurulmuştur. Bu çalışma grubunun hazırladığı rapor CMI raporu olarak isimlendirilmektedir. ATAMER, 2007, 820.

<sup>38</sup> DEMİR, 2010, s. 205.

<sup>39</sup> BAYAMLIOĞLU Emre, “1989 Tarihli Uluslararası Denizde Kurtarma ve Yardım Konvansiyonunun 14. Maddesi: Özel Tazminat (Special Compensation), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 53.

<sup>40</sup> Esasında özel tazminatın borçlusu nihai olarak malikin sorumluluk sigortacısı olan P&I'dır. BAYAMLIOĞLU, 2001: 53 ve DEMİR, 2010, s. 205.

<sup>41</sup> DEMİR, 2010, s. 207.

### a. Kurtarma Faaliyeti

Londra Konvansiyonu m. 1’de kurtarma faaliyeti “*seyrü sefere elverişli sular da veya her türlü diŐer sular da bulunan bir aracı ya da diŐer bir eşyayı kurtarmak amacıyla yapılan herhangi bir eylem veya hareket*” olarak tanımlanmıştır<sup>42</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kurtarma faaliyetinin konusu eŐyadır. EŞya kapsamı kurtarma mevzuatınca çok geniş tutularak, su aracı ve hak kazanılmış navlun dahi eşya olarak kabul edilmiştir. Su aracı ise TTK m. 1298/2 her türlü gemi<sup>43</sup> ve seyrüsefere elverişli<sup>44</sup> yapı olarak tanımlanmıştır. Buna göre kıyıya sürekli ve iradi olarak sabitlenmiŐ yapılar veyahut su araçları<sup>45</sup> ile “*deniz yataklarındaki mineral kaynakların keŐfi, çıkarılması veya işlenmesi amacıyla kullanıldıkları sürece sabit veya yüzer platformlar ile açık deniz sondaj birimleri ve deniz yatağında bulunan prehistorik, arkeolojik veya tarihi deŐeri olan kültür eserleri*”<sup>46</sup> verilen hizmetlerin, kurtarma hükümleri altında deŐerlendirilmesi hukuken mümkün deŐildir.

Tehlike unsurunu karŐılamaması nedeniyle kurtarma faaliyeti öncesi batmıŐ, tam zayi olmuş, eşyalar da kurtarma mevzuatının dışında tutulmuştur<sup>47</sup>. Kurtarma faaliyetinden bahsedebilmek için kurtarmaya konu olan eşya tehlikeye maruz kalmalıdır<sup>48</sup>. Tehlike mevcut bir tehlike olabileceği gibi muhtemel bir tehlike de olabilir.  nemli olan eşyanın tehlike sonrası hasara veya zarara uğrama riskinin bulunmasıdır<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> TTK m. 1298/1 belirlenen kurtarma faaliyetinin tanımı 1989 Londra Sözleşme’nin m. 1/a hükmünden alınmıştır. Bknz m. 1298 gerekçesi. TTK m. 1298/1 kurtarma faaliyeti “Seyr sefere elverişli sular da tehlikeye uğramış bulunan su aracı veya diŐer eşyanın kurtarılması için yapılan her fiil veya harekettir”.

<sup>43</sup> TTK m. 931/1 geminin tanımını yapmakta ve aynı maddenin 2. fıkrası ise TTK’deki hükümlerin sadece ticaret gemilerine uygulanacağını kurala bağlamaktadır. Fakat TTK m. 935/2 (a ve b) hükümleri göz önüne alındığında kurtarma hükümleri devlet gemiler, savaş gemileri dahi tüm gemilere uygulanmaktadır.

<sup>44</sup> Seyr sefere elverişli yapıların su aracı kapsamına alınmasıyla gemi vasfı olmayan, diŐer bir ifade ile suda hareket etmesini gerektirecek bir gayesi olmayan araçlar da kurtarma mevzuatının kapsamına girmiştir. YAZICIOĞLU Emine, Kender- etingil Deniz Ticareti Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2020, s. 470.

<sup>45</sup> TTK m. 1298/2 ve Londra Konvansiyonu m. 1/c.

<sup>46</sup> TTK. 1298/3(a).

<sup>47</sup> ATAMER, 2007, s. 828.

<sup>48</sup> KAYIHAN Şaban, Deniz Ticareti Hukuku, Umuttepe Yayınları, Sakarya, 2020, s. 312.

<sup>49</sup> BEDERMAN, D. J., / DEHNER, J. S., “Salvage”, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol: 26, 1995, s. 624.

Tehlikenin hem su aracını hem de yükü aynı anda tehdit etmesi zorunlu değildir; sadece su aracını veya sadece yükü tehdit etmesi yeterlidir<sup>50</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kurtarma faaliyetine tehlike altındaki su aracının malikinin veyahut kaptanın açık ve makul karşı koymaması gerekir. Kaptanın veyahut su aracının malikinin karşı koymasına rağmen verilen kurtarma hizmeti kurtarma hükümleri dışında tutulmuştur<sup>51</sup>.

Kurtarma faaliyeti için gerekli diğer bir unsur ise gönüllülük unsurudur. Gönüllülük unsuru gereğince tehlike var olmadan önce kurulmuş bir sözleşmenin ifası amacıyla yapılan veyahut yapılması gereken hizmetler kurtarma faaliyeti olarak kabul edilmez<sup>52</sup>. Örneğin, gemi adamları tehlike altında bulunan gemilerine kurtarma hizmeti verseler dahi ücrete hak kazanamazlar<sup>53</sup>.

### **b. Çevre Zararı Tehdidi**

1989 Londra Konvansiyonunda deniz kirliliği yerine çevre zararına yer verilmiştir. Konvansiyonun m. 1/d hükmü uyarınca “*çevre zararı insan sağlığına veya karasularındaki ya da iç sulardaki deniz yaşamına veya kaynaklarına ya da bunlara bitişik alanlara kirlilik, bulaşma, yangın, patlama ya da benzer önemli olaylar sebebiyle verilen esaslı fiziki zararı ifade eder*”. Tanımdan da anlaşılacağı üzere çevre zararının Londra Konvansiyonu’nun kapsamında değerlendirilmesi birtakım koşullara bağlıdır. Bu koşullar, çevre zararının esaslı fiziki zarar olması, önemli olaylar sebebiyle meydana gelmesi ve coğrafi sınırlamalar içerisinde meydana gelmesi olarak listelenebilir. Bu koşullarının varlığının esas nedeni ise sigorta ilgililerinin endişeleri olduğu bilinmektedir<sup>54</sup>.

Çevre kirliliği tanımında ilk tartışılması gereken “*esaslı fiziki zarar*” ifadesidir. Deniz çevresini tehdit eden bir kirliliğe Londra Konvansi-

<sup>50</sup> KENDER, s. 22.

<sup>51</sup> DEMİR, 2010, s. 33.

<sup>52</sup> TTK m. 1298/4(c)

<sup>53</sup> DAVIES M. “Whatever Happened to the Salvage Convention 1989”. *Journal of Maritime Law and Commerce*, 39(4), 2008, s 486.

<sup>54</sup> DEMİR, 2010, s. 151.

yonu'nun uygulanabilmesi, o kirliliğin esaslı olması şartına bağlıdır. Dolayısıyla küçük çaplı deniz kirliliği zararları<sup>55</sup>, kural olarak, Londra Konvansiyonu'nun kapsamı dışındadır<sup>56</sup>. Bu anlamda zararın büyüklüğünün muhtemel veyahut mevcut bir ölçümünün yapılması gerekir. Bu ölçümün kimler tarafından nasıl yapılacağı Londra Konvansiyonunda<sup>57</sup> belirlenmemiştir<sup>58</sup>.

“Esaslı” ifadesinin konvansiyonda kullanılmasının asıl amacı kirlenme zararının genel nitelikte değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktır<sup>59</sup>. Esaslı kirliliğin nasıl ölçüleceği gerçekten meşakkatli bir sorundur. Esaslı yerine “*kirlenmenin nispeten daha düşük olduğu durumlar*” ibaresi kullanılması ve böyle durumlarda dahi bir hakem heyeti tarafından ücret belirlenebilmesi mümkün kılınmalıdır<sup>60</sup>. Böylece, mevcut haliyle esaslı sayılmayacak bir kirliliğin zamanla büyük felaketlere dönüşme riski en başta bertaraf edilmesi mümkün olacaktır. Konvansiyonca belirtilen önemli kirleticilerin esaslı bir kirliliğe yol açmadığı durumlarda Konvansiyon'un uygulanamayacağı sonucu çıkartılabilmektedir. Bu anlamda da

<sup>55</sup> Konvansiyonun ilk uygulamalarında LOF hakemleri, daha çevreci bir yaklaşımla, özellikle hassas sayılan bölgelerdeki düşük miktardaki petrol kirliliği vakalarını dahi esaslı bir kirlilik olarak değerlendirmiştir. Fakat, sonraları LOF hakemleri “esaslı” ibaresini geniş yorumlamış ve çevreye karışan kirliliğin gerçekten deniz yaşamına etki edip etmediğinin belirlenmesinin güç olduğunu belirtmişlerdir. BISHOP Archie, “The Development of Environmental Salvage and Review of The London Salvage Convention 1989”. Tul. Mar. LJ, Vol: 37, ss. 69-70.

<sup>56</sup> ABERDEIN, D. “Marine Salvage and the Environment: New Zealand and the 1989 Salvage Convention”. Australian and New Zealand Maritime Law Journal, 10(Part I), 1994, s. 48.

<sup>57</sup> CMI raporuna göre kirlilik için dikkat edilmesi gereken risk genel nitelikte olmalıdır. Diğer bir ifadeyle belirli bir insanı, yapıyı veya deniz yaşamını riske atan kirliliğin, esaslı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. KENNEDY William Rann/ ROSE Francis D., Kennedy and Rose, the Law of Salvage, 6th ed, Sweet and Maxwell, London, 2002, s. 194.

<sup>58</sup> DEMİR, 2010, s. 153.

<sup>59</sup> DEMİR, 2010, s. 153.

<sup>60</sup> Demir'e (2010, s. 154) göre kurtarma ücretinin ve özel tazminatın belirlenmesinde birtakım sınırlandırılmaların olması ödemelerin hesaplanmasını oldukça kolaylaştıracaktır. Fakat bu sınırlandırma çevre koruma bilinci için isabetli bir sınırlandırma değildir.

esaslı ifadesi önemli ifadesinden daha sınırlayıcı bir hal almaktadır. Örneğin küçük bir petrol kirliliği sonucunda “*Penguenler*<sup>61</sup>” in ölmesi toplumca önemli kabul edilirken çevre kirliliğimin küçük çapta olması bu olayın esaslı olmasını engelleyecektir<sup>62</sup>. Tüm bu faktörler göz önüne alındığında Konvansiyonda önemli olayların geniş tutulmasının gerçekte hiçbir öneminin olmadığı, asıl sınırlayıcı faktörün “esaslı” ifadesidir olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle “önemli” ifadesinin yukarıda belirtilen şekilde değiştirilmesi çevre korunması bilinci açısından gerekli olacaktır.

Londra Konvansiyonunda bir olayın kirlenme açısından önemli olup olmadığının belirlenmesinde örnekleme metoduna gidilmiştir. Konvansiyonun m.1/d hükmüne göre “...kirlilik, bulaşma, yangın, patlama ya da benzer” vakalar önemli olarak kabul edilmelidir. Konvansiyonda kirliliğe neden olabilecek olayların sınırlı sayıda olmadığı, listenin asıl amacının kirliliğe neden olabilecek olayların önem derecesini belirlemeye yardımcı olmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda, kirlilik, bulaşma, yangın ve patlamanın mutlak olarak önemli olduğunu doğrudan belirtmektedir. Bu olayların büyük ya da küçük ölçüde olmasının bir önemi yoktur Hangi ölçekte olursa olsun bu vakalar önemli kabul edilmelidir. Buna karşın uygulamada, vaka bakış açısı değil, sonuç odaklı bir yaklaşım olduğu görülmektedir. Bu nedenle kirliliğe neden olan olayın sonucunun önemli olması esas ölçüt olarak kabul edilmektedir<sup>63</sup>.

Deniz çevresi kirliliği, esaslı ve insan sağlığına, deniz yaşamına veya deniz kaynaklarına yönelik olması durumunda Konvansiyonu’n kapsamına girer. İnsan yapımı olarak suda bulunan balık çiftlikleri ve iskele gibi yapılar da deniz yaşamının ve deniz ürünlerinin kullanılmasına yönelik olmaları kaydıyla deniz kaynakları kapsamında değerlendirilmelidir<sup>64</sup>. Turizm endüstrisi de denizden fayda sağlayan bir endüstri tipidir

<sup>61</sup> Yazar tarafından bu örnek verilmiştir. Kanaatimizce bu sınırlamanın ne kadar absürt sonuçlar doğurabileceğinin farkındalığı için yerinde bir örnek olmuştur. GASKELL, Nicholas J.J., “The 1989 Salvage Convention and The Lloyd’s Open Form (LOF) Salvage Agreement 1990”, *Tulane Maritime Law Journal*, 16(1), 1991, s. 39.

<sup>62</sup> GASKELL, s. 39.

<sup>63</sup> KENNEDY ve ROSE, ss. 195-196.

<sup>64</sup> DEMİR, 2010, s. 151.

ve turizmi etkileyen deniz kirliliği de Konvansiyon kapsamında çevre kirliliği olarak değerlendirilmelidir<sup>65</sup>.

Tanım ayrıca çevre kirliliği için bir da yaparak deniz çevresi kirliliği zararının “karasularında<sup>66</sup> ya da iç sular<sup>67</sup>daki veya bunlara bitişik alanlar<sup>68</sup>da” olması gerektiğini belirtmiştir. Münhasır ekonomik bölge ve açık denizlerde oluşabilecek kirlilik çevre zararı riski Londra Konvansiyonunun kapsamına alınmamıştır<sup>69</sup>. Bununla birlikte, açık denizlerde meydana gelen kirlilik de devletlerin kıyı alanlarını tehdit edebilmektedir. Bu nedenle, Londra Konvansiyonca belirlenen çevre zararının coğrafi kapsamı çok kısıtlayıcıdır<sup>70</sup>. Böyle bir sınırlandırmanın<sup>71</sup> çevre bilincinden uzak olduğu tartışmasız bir gerçektir.

Londra Konvansiyonu her ne kadar yukardaki sınırlamalar çerçevesinde çevre kirliliği ile mücadele etse de LOF 80 gibi bir gemi ayrımı yapmamaktadır. Dolayısıyla Londra Konvansiyonun çevre koruma hükümleri tüm gemilerin neden olduğu sınırlamalar içindeki bütün kirlenme tiplerini kapsamaktadır<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> KENNEDY ve ROSE, s. 194.

<sup>66</sup> Karasuları ise kıyı devletinin topraklarını çevreleyen uluslararası hukuka mütenasip olarak belirli bir sınırlandırmaya kadar uzanan kıyı devletine ait deniz alanıdır. KURAN Selami, Uluslararası Deniz Hukuku, 6. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016, s. 73.

<sup>67</sup> İç sular, karasularının iç sınırı ile kara ülkesi arasındaki deniz alanıdır. Karasuları ve içsular kıyı devletinin egemenliğine tabidir. KURAN, s. 33.

<sup>68</sup> Bitişik bölge ise karasularına bitişik olan ve kıyı devletinin belirlenen mesafeye kadar belirli konularda denetim yetkilerini kullandığı deniz alanıdır. KURAN, s. 213.

<sup>69</sup> GOLD, s. 497 ve BAYAMLIOĞLU, s. 58

<sup>70</sup> ABERDEIN, s. 48.

<sup>71</sup> Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukukî Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme (CLC Protokolü) çevre kirliliği zararının münhasır ekonomik bölgeyi de içine almaktadır. Fakat bu görüş ne yazık ki Londra Konvansiyonunda yer alamamıştır. GASKELL, s. 39.

<sup>72</sup> BRICE, 1995-1996, s. 669.

### **c. Kurtarma Faaliyeti Neticesinde Ücrete Hak Kazanılmamış Olması veya Kurtarma Ücretinin Özel Tazminat Giderlerinin Altında Olması**

Özel tazminata hak kazanılmasında belirleyici faktörlerden birisi de kurtarma ücretinin doğmamış veya çevre kirliliğinin önlenmesi için yapılan masrafların ücretin altında kalmış olmasıdır. Yukarda da vurgulandığı gibi özel tazminatın amaçlarından bir tanesi de faydalı netice elde edilmemiş kurtarma faaliyetlerinde, kurtaranın, çevre kirliliğini önlemek için yapmış olduğu emeklerine ve giderlerine bir karşılık almasıdır. Bu karşılık için kurtaranın, mutlak suretle kurtarma faaliyetinin icrasına başlamış olması gereklidir.

Özel tazminatın belirlenmesinde Konvansiyonun m. 13 de oldukça önemlidir. Somut olaya göre Konvansiyonun m. 14 kapsamında ortaya çıkan giderlerin, m. 13 göre hesaplanan kurtarma ücretinden fazla olması durumunda da özel tazminata hükmedilir<sup>73</sup>. Özel tazminat giderleri, kurtarma faaliyeti esnasında kurtaranın yapmış olduğu makul nakdi harcamalar ve Konvansiyonun m. 13 1(h),(i),(j) kıstasları dikkate alınarak, kurtarma süresince fiilen ve makul surette kullanılan ekipman ve personel ilişkin<sup>74</sup> uygun bir tutarı ifade eder<sup>75</sup>.

Bununla birlikte giderlerin makul olması gerekir. Örneğin yangın müdahalesi için satın alınan köpükler yangına müdahale edildiği sürece gider olarak kabul edilir. Köpük, somut olaya uygun olmayan bir amaçla kullanılırsa gider olarak değerlendirilemez<sup>76</sup>. Kullanılan personel ve ekipmanlarda da makul olunması gerekir. Kurtarma faaliyetinde fiilen bulunmuş ve katkı sağlamış ekipmanlar ve iş gücü makul olarak değerlendirilir<sup>77</sup>.

Kurtarmaya fiilen katkı sağlayan personel ve ekipman giderlerinin makul olup olmadığının belirlenmesinde ise konvansiyonun m.

<sup>73</sup> BAYAMLIOĞLU, 2001, s. 60

<sup>74</sup> Kurtaranın, kurtarma operasyonuna katılan personeline fazla mesai ücreti, o operasyon için uzman personeli tedariki, olay yerine giderken harcanan yakıt gider kapsamındadır. BRICE, 2003, s. 430.

<sup>75</sup> Londra Konvansiyonu m. 14/3.

<sup>76</sup> BRICE, 2003, s. 430.

<sup>77</sup> KENNEDY ve ROSE, s. 205.

13/1/(h),(i) ve (j) hükümleri uygulanır<sup>78</sup>. Buna göre verilen hizmetin çabukluğu<sup>79</sup>, kurtarma faaliyetinde kullanılan araçların ve ekipmanların kullanıma hazır bulundurulması ve fiilen kullanılmış olması<sup>80</sup> ile kurtaranın ekipmanlarının, kurtarma faaliyeti için hazır olması ve etkinliği özel tazminat giderlerinin belirlenmesinde kullanılır.

*The Nagasaki Spirit*<sup>81</sup> davasına kadar giderler için ödenmesi gereken uygun bir tutarının hesaplanmasında kâr unsuru dikkate alınmaktaydı. Fakat ilgili davada Londra Konvansiyonu m. 14 kapsamının belirtilen giderlerin genel giderleri kapsadığı karara bağlanmıştır<sup>82</sup>. Böylece kurtaranın çevre korumasına yönelik yaptığı giderlerin karşılanması özel tazminatın asıl varlık nedeni haline gelmiştir<sup>83</sup>. Sonuç olarak bu durum çevrenin korunması için verdiği hizmete karşılık sadece yapmış olduğu giderler oranında bir ödeme alacağını bilen kurtaran kurtarma faaliyeti için gemisini, ekipmanlarını ve çalışanları riske atmak istememelerine yol açmıştır<sup>84</sup>.

Bu olumsuzluğun giderilmesine yönelik olarak Londra Konvansiyonu m. 14/2' de çevre zararının önlenmesi veya azaltılması amacıyla faaliyet göstermiş kurtaranların ödüllendirilmesi için özel tazminatın hakem veya mahkeme tarafından arttırılmasını mümkün kılmıştır. İlk aşamada özel tazminat, giderlerin %30'u kadar arttırılsa da ikinci aşamada<sup>85</sup> giderlerin %100'üne kadar bir artırım söz konusu olabilmektedir<sup>86</sup>. Fakat bu

<sup>78</sup> BRICE, 2003, s. 431.

<sup>79</sup> Londra Konvansiyonu m. 13/1(h).

<sup>80</sup> Londra Konvansiyonu m. 13/1(i).

<sup>81</sup> Semco Salvage & Marine Pte. Ltd. v. Lancer Navigation Co. Ltd (The Nagasaki Spirit) [1997] 1 Lloyd's Rep. 323. <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/jd970206/semco01.htm> erişim tarihi, 22.01.2021.

<sup>82</sup> KENNEDY ve ROSE, s 206.

<sup>83</sup> DEMİR, 2010, s. 233.

<sup>84</sup> BRICE, 1995-1996, s. 669.

<sup>85</sup> Hak ve nesafetin gerektirdiği hallerde. DEMİR, İsmail, "Special Compensation Protection and Indemnity Clause (SCOPIC)". Banka Huk. Dergisi, Vol:27, 2011, s 91.

<sup>86</sup> Demir bu karmaşık hesaplamayı bir örnekle daha anlaşılır hale getirmiştir. Londra Konvansiyonu m. 13'e göre belirlenen kurtarma ücretinin 1.000 TL ve Londra Konvansiyonu m. 14/2'e göre hesaplanan giderlerinin 800 TL olduğu durumunda giderler kurtarma ücretinin altında kaldığından özel tazminat doğmamıştır. Fakat, hakem veya mahkemece giderlerin %40 artırıldığı durumda gider 1.120 TL olarak hesapla-



artırım ile belirlenen toplam özel tazminat tutarının Londra Konvansiyonu m. 13 kullanılarak belirlenen kurtarma ücretinden indirilmesi gerekir<sup>87</sup>.

Londra Konvansiyonun m. 14/2 hükmü de birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. İki farklı üst sınırın belirlenmesi kanun yapma tekniği açısından doğru olmadığı söylenebilir. Yine üst sınırlara hakem veya mahkemenin takdirine bırakılması da uygulamada sorunlara yol açmıştır<sup>88</sup>.

Özel tazminatın belirlenmesi ile kurtarma ücreti arasında sıkı bir ilişki vardır. Özel tazminatın belirlenmesinde ve artırılmasında Londra Konvansiyonun m. 13 esas alınmaktadır. Aslında özel tazminat ücretinin ve hatta çevre zararının önlenmesi için yapılan faaliyetlerin kurtarma ücretinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereklidir. Zira, kurtarma ücretinin ve özel tazminatın belirlenmesinde mahkemelerin veya hakem heyetlerinin dikkat ettikleri sadece kurtaranın kurtarma faaliyetinde göstermiş olduğu çaba, beceri ve yapmış olduğu giderlerdir; kâr unsuru dikkate alınmamaktadır.

Çevre zararının muhtemel sonuçları da Londra Konvansiyonunda göz ardı edilmiştir. Kurtarmanın ve/veya çevre zararının önlenmesi için yapılan faaliyetlerin başarısız olması durumunda ortaya çıkacak zararlar da mutlak suretle özel tazminat hesaplanmasında dikkate alınmalıdır<sup>89</sup>. Bu tür bir hesaplamanın dikkate alınmaması akıllara kurtarma mevzuatının sadece su aracı malikinin<sup>90</sup> çıkarları doğrultusunda kirlilikle mücadeleyi teşvik ettiği ve kirlilikten etkilenen diğer ilgililerin çıkarlarını hiç saydığı düşüncesini getirmektedir<sup>91</sup>.

Diğer bir eleştirilecek husus ise çok fazla riske girerek çevre kirliliğini engelleyen kurtaranın sadece maliklerden tazminat isteyebilecek olmasıdır. Buna karşın kirliliğin önüne geçen veya etkilerinin daha da azaltan kurtaranları, devlet dahil tüm ilgililerden teşvik edici bir ücret alması,

---

nacaktır. Bu durumda ise 1.120 TL tutan giderlerden kurtarma ücretinin çıkartılmasıyla özel tazminat tutarı belirlenecektir. Bu örnekte özel tazminat miktarı 120 TL olacaktır. DEMİR, 2010, s 224.

<sup>87</sup> KENNEDY ve ROSE, s 203.

<sup>88</sup> DEMİR, 2011, ss. 92-93.

<sup>89</sup> DEMİR, 2011, 93.

<sup>90</sup> Kurtarma ücretinin borçlusu

<sup>91</sup> BINNEY, s. 649.

çevrenin korunmasına olumlu etki sağlayacaktır. Zira çevremizin kurtarılan her eşyadan her gemiden ve hatta her ekonomik menfaatten daha değerli olduğu tartışmasızdır. Bu haliyle mevcut kurtarma mevzuatının, kamu yararında uzak olduğunu söylemek mümkündür. Doktrinde Binney<sup>92</sup> de mevcut kurtarma mevzuatını kamu yararı düşüncesinden uzak olması nedeniyle eleştirmektedir.

### C. SCOPIC Klozu

Özel tazminatın sadece giderleri kapsayacak şekilde düzenlenmesi ve tam bir teminat sistemine sahip olmaması ve hesaplanmasında kâr unsurunun göz ardı edilmesi uygulamada sorunlara yol açmıştır<sup>93</sup>. Kurtaranların, özel tazminat için bir teminat sistemi olmaması, tazminatı ya geç aldıklarını ya da hiç alamadıkları; P&I kulüplerinin de kurtarma faaliyetlerinin sırf özel tazminat ücretini artırmak adına uzatıldığı yönündeki şikayetlerine<sup>94</sup> cevaben LOF 2000<sup>95</sup> kurtarma sözleşmesine “*The Scopic Clause*” klozu eklenmiştir.

SCOPIC Klozu<sup>96</sup>, kurtarma faaliyeti sonunda, faydalı netice elde edilmese dahi, kurtarana, çevrenin korunmasına yönelik yaptığı giderler için önceden belirlenen tarife<sup>97</sup> üzerinden bir tazminat isteme hakkı veren bir ilkedir<sup>98</sup>. Kurtaranın isteyebileceği giderlerin kapsamına ise personel çalıştırılması, araçların ve kullanılan teçhizatın kiralanması ve kurtarma faaliyeti için makul bir şekilde olan diğer giderler girmektedir<sup>99</sup>. Ayrıca

<sup>92</sup> BINNEY, s. 652.

<sup>93</sup> BRICE, 2003, ss. 614-615.

<sup>94</sup> MERCANGÖZ Ebru, Kurtarma ve Yardım Hukukunda 1989 Londra Konvansiyonu, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk A.B.D., Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001, s. 107.

<sup>95</sup> Güncel olmasından dolayı dipnotlarda LOF 2020 SCOPIC Klozu maddelerine atıf yapılmıştır.

<sup>96</sup> SCOPIC Klozu tamamlayıcı nitelikte bir uygulama olduğundan kurtaran, yine Londra Konvansiyonu m. 13 üzerinden hesaplanacak kurtarma ücretine hak kazanır. DEMİR, 2010, s. 238.

<sup>97</sup> İlgili tarife LOF sözleşmesinin ek A kısmında belirlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. LOF 2020 Ek A, SCOPIC Klozu tarifesi, <https://assets.loyds.com/assets/pdf-scopic-appendix-a-2020/1/Appendix-A-2020.pdf>, erişim tarihi 11.02.2021.

<sup>98</sup> NUMMEY, T. L. “Environmental Salvage Law in the Age of The Tanker”, Fordham Environmental Law Review, 20(1), 2009, s. 288.

<sup>99</sup> DEMİR, 2011, s.101.

SCOPIC Klotunda kâr unsuru da dikkate alınmaktadır. Belirlenen tazminat üzerinden %25'i oranında bir kâr payı hesaplanarak tazminat tutarına eklenmektedir<sup>100</sup>.

LOF 2000 sözleşmesi ile kurtarma hukukuna giren SCOPIC Klotu, özel tazminatın alternatifi olarak düşünülmüştür. Bu açıdan, klotun kullanıldığı durumlarda çevrenin korunmasına yönelik faaliyetler özel tazminata göre değil SCOPIC Klotu'na göre değerlendirilir<sup>101</sup>.

Kurtaranın SCOPIC Klotuzuna dayanarak bir ücret isteyebilmesi, tıpkı özel tazminatta olduğu gibi, Londra Konvansiyonu m. 13 ile belirlenen kurtarma ücretinin SCOPIC ücretinden az olması şartına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle kurtaranın SCOPIC ücretinden yararlanması kurtarma ücretine bağlıdır<sup>102</sup>.

Klotun uygulanabilmesi için kurtaranın klotdan yararlanma isteğini gemi malikine yazılı olarak bildirmelidir. Ek olarak, LOF 2000'in ön yüzünde bulunan kutu 7'deki "hayır" ibaresinin de silinmesi gereklidir<sup>103</sup>. Bu şartların yerine getirilmediği durumlarda çevrenin korunmasına yönelik faaliyetler, yalnızca özel tazminat kapsamında<sup>104</sup> değerlendirilir<sup>105</sup>.

Klotun getirdiği önemli yeniliklerden birisi, teminatın sabitlenmesidir. Gemi maliki klotun uygulanmaya başlamasından itibaren iki iş günü içerisinde 3 milyon değerinde teminatı kurtarana vermek zorundadır<sup>106</sup>. Verilen teminatın klot kapsamında ödenen ücretten fazla olması durumunda ise gemi malikleri kurtarandan teminatın iadesini talep edebilirler<sup>107</sup>. Kurtaran, iki iş günü içerisinde kendisine teminat verilmediği takdirde klotun uygulanmasından vazgeçebilir<sup>108</sup>.

Hem gemi malikinin hem de kurtaranın SCOPIC Klotunu feshetme hakkı vardır. Kurtaran, SCOPIC Klotundan faydalanmaktan vazgeçerse

<sup>100</sup> SCOPIC Klotu 2020, m. 5/iv.

<sup>101</sup> DEMİR, 2011, s 96.

<sup>102</sup> DEMİR, 2010, s. 237.

<sup>103</sup> DEMİR, 2010, s. 237.

<sup>104</sup> Özel tazminat şartları sağlandığı takdirde.

<sup>105</sup> BISHOP, s. 78.

<sup>106</sup> SCOPIC Klotu 2020, m. 3/i

<sup>107</sup> DEMİR, 2011, s 99.

<sup>108</sup> SCOPIC Klotu 2020, m. 4.

çevrenin kirlenmesine yönelik faaliyetler özel tazminat kapsamında değerlendirilir<sup>109</sup>. Gemi malikinin de klozu fesih hakkı vardır. Fesih hakkını kullanmak isteyen gemi maliki, durumu 5 gün öncesinden kurtarana ihbar etmek zorundadır<sup>110</sup>.

LOF 2020 ile gemi malikinin fesih hakkına ilişkin olarak hakeme başvurma imkânı getirilmiştir. Buna göre sözleşmenin gemi maliki tarafından feshedilmesine rağmen tarafların fesih şartları üzerinde anlaşamamaları durumunda, taraflar dilerse, sözleşme maddelerinin ve şartlarının geçerliliği ile sözleşmenin sona erip ermediğinin<sup>111</sup> belirlenmesi için hakemlere başvurma imkanına sahiptirler<sup>112</sup>. LOF 2020'ye eklenen bu yeni maddeyle kurtaran ile gemi maliki arasında SCOPIC Klozunun feshedilmesi yönünde bir uyuşmazlık olması durumunda taraflar için hakem yolu açılmış ve böylece kurtaran bakımından ekstra bir korunma sağlanmıştır.

SCOPIC Klozu ile kurtarma mevzuatındaki çevrenin korunmasına ilişkin eksiklikler büyük ölçüde giderilmiştir. Kloz ile kurtaranlara yaptıkları giderler yanında çevre korunmasına yönelik faaliyetler için ek bir ödeme alma imkânı verilmiştir. Yine özel tazminatın ödenmesine ilişkin karmaşık sürece çözüm bulunarak kurtaranların, hak ettikleri ödemeye daha süratli kavuşmaları sağlanmıştır<sup>113</sup>. Ayrıca, özel tazminata hak kazanmak için mutlak suretle aranan çevre zararı tehdidinin SCOPIC Klozu için aranmaması olumlu olmuştur. Çevre zararının olmadığı durumlarda dahi kurtaranın çevrenin korunmasına yönelik almış olduğu önlemler

---

<sup>109</sup> DEMİR, 2011, s. 99.

<sup>110</sup> SCOPIC Klozu 2020, m. 9/i. SCOPIC Kloz 2020, <https://assets.lloyds.com/assets/pdf-scopic-2020/1/SCOPIC-2020.pdf>, erişim tarihi 22.01.2021.

<sup>111</sup> Hakemler sözleşmeyi sona ermiş olarak değerlendirirlerse bile fesih ihbarında bulunan süre boyunca kurtaranın SCOPIC klozu hakları ile Londra Konvansiyonu m. 13 uyarınca belirlenecek kurtarma ücreti hakkı halen korunur.

<sup>112</sup> SCOPIC Klozu 2020, m. 19/1

<sup>113</sup> DEMİR, 2010, s. 23.

ödüllendirilmiştir<sup>114</sup>. SCOPIC Klozu ile özel tazminattaki coğrafi sınırlandırma kaldırılması<sup>115</sup> da çevrenin korunmasına yönelik kurtarma faaliyetlerinin tüm sulara ödüllendirilmesi teşvik edilmiştir.

## SONUÇ

Asıl gayesi tehlike altındaki su aracını veya eşyayı güvene almak olan kurtarma mevzuatına, yaşanan tanker kazaları sonrası deniz çevresinin korunması gibi çok önemli bir amaç daha eklenmiştir. Bu amaca ulaşmak için kurtaranların çevre korunmasına yönelik yaptığı faaliyetler için teşvik edilmesi gereklidir. Bu bilinçle LOF 80 kurtarma sözleşmesi hazırlanmıştır. LOF 80 ile kurtaranlar çevre kirliliğiyle mücadele için yaptığı masraflarla beraber ek bir ödeme alabilir hale gelmişlerdir. Bununla birlikte LOF 80 sadece tanker kirleticilerini kapsadığından daha geniş kapsamlı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaca binaen Londra Konvansiyonuna özel tazminat hükmü eklenmiştir.

Londra Konvansiyonu m. 14 ile düzenlen özel tazminat çevre zararının olduğu durumlarda uygulama imkânı bulunan bir ilkedir. Çevre zararı ise Konvansiyonun m. 1/d tanımlanmıştır. Buna göre bir zararın çevre zararı olarak kabul edilmesi *esaslı fiziki zarar* olması gereklidir. Muhtemel zararlar diğer bir ifadeyle kirlenme riski özel tazminatın kapsamına girmez. Konvansiyonun koyduğu bu esaslı zarar kriteri kanaatimizce yanlış bir sınırlamadır. Zira, kirleticinin esaslı olarak nitelendirilmesi her zaman objektif olamayabilir. Küçük miktardaki bir kirletici bile tabiat için çok büyük tehlike de arz edebilir.

Konvansiyonda çevre kirliliği için bir coğrafi sınır belirlenmemiştir. Buna göre sadece “...karasularındaki ya da iç sulardaki deniz yaşamına veya kaynaklarına ya da bunlara bitişik alanlar...” kirliliğin konusu olabilmektedir. Dolayısıyla yalnızca bu alanlarda verilen kurtarma hizmeti sonucunda özel tazminata hak kazanılması mümkündür. Son derece hatalı

<sup>114</sup> ZANELLA, T. V “Marine Salvage and the Protection of the Marine Environment: The Reassessment of the ‘No Cure-No Pay’ Principle for the Protection of the Marine Environment”. *Advanced Shipping and Ocean Engineering*, Vol. 3 Iss. 4, 2014, s. 45.

<sup>115</sup> MERCANGÖZ, s. 110.

olan bu düzenleme kanaatimizce tüm suları kapsayacak şekilde değiştirilmelidir. Nitekim açık denizde meydana gelen bir kirliliğin kıyı devletinin deniz ekolojisine zarar vermesi her zaman ihtimal dahilindedir.

Özel tazminat, kurtaranın çevre kirliliğini önlemek amacıyla yapmış olduğu giderleri karşılayan bir ödeme sistemidir. Giderler için ödemelerin arttırılması mümkün olsa da bu artırımın kâr unsurunu içermemesi ve hesaplanmasının karmaşıklığı uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Özellikle faydalı neticenin elde edilmediği diğer bir ifadeyle kurtarma ücretinin doğmadığı durumlarda kurtaranın tek alacağı ödeme özel tazminat olacaktır. Sadece giderlerini karşılanacağını, kâr edemeyeceğini bilen kurtaran çevrenin korunmasında çok fazla istekli olmayabilecektir. Dolayısıyla, özellikle çevre kirliliği olasılığının yüksek olduğu olaylarda, kurtaranın teşvik edilmesi için hem kurtarma ücretinin borçlusu hem de kirliliğin tehdit ettiği ülkeler, çevre kirliliğini önlemek için yapmış olduğu hizmetler için kurtarana daha teşvik edici bir ödeme yapmalıdırlar.

LOF 2000 ile kurtarma literatürüne giren SCOPIC Klozu, özel tazminatın bazı eksik yönlerini tamamlayıcı niteliktedir. SCOPIC Klozuyla Londra Konvansiyonuyla belirlenen çevre zararı sınırının olumsuz yönleri bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Diğer bir ifadeyle açık denizlerde icra edilen bir kurtarma faaliyetindeki kurtaranın deniz çevresinin korunmasına yönelik yaptığı giderleri teminat altına alınarak, kurtaranlar teşvik edilmiştir. Ayrıca, SCOPIC Klozu'nun kullanılması özel tazminatın belirlenmesindeki uzun süreçleri ve karmaşık hesaplama yöntemini ortadan kaldırdığından, SCOPIC Klozu kurtaranlar açısından geniş çaplı kabul görmüştür. Bununla birlikte SCOPIC Klozu tarifelerinin büyük kirlenme olaylarında yetersiz kalma olasılığı bulunmaktadır. Bu nedenle, kirlenmenin büyük olduğu ve giderlerin çok yüksek olduğu durumlarda kurtaranlar, SCOPIC Klozu yerine özel tazminat hükümlerine başvurmak isteyebilmektedir.

SCOPIC Klozu gerek özel tazminat gerekse LOF 80'ne kıyasen daha çevreci hükümleri ihtiva etmektedir. Bu hükümlerin kurtarma mevzuatının temelini oluşturan Londra Konvansiyonunda da yer alması gerekir. Ayrıca, Londra Konvansiyonunda yer alan özel tazminat coğrafi sınırlandırmaları çıkarılmalı ve kurtarma ücretinin hiç doğmadığı durumlarda

özel tazminat hesaplanmasına kâr unsurunun eklenmesine dair bir hüküm ilave edilmelidir.

## KAYNAKLAR

- 1989 Kurtarmaya Dair Milletlerarası Sözleşme, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140524-2-1.pdf>, erişim tarihi 17.11.2020.
- 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun, No: 6480, Kabul Tarihi: 14.05.2013, Resmî Gazete Sayı: 28661, Tarih 29.5.2013.
- ABERDEIN, D. "Marine Salvage and The Environment: New Zealand and the 1989 Salvage Convention" *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, 10(Part I), 1994, 35-74.
- AKTEN Necmettin, "Shipping Accidents: a Serious Threat for Marine Environment", *J. Black Sea/Mediterranean Environment*, Vol. 12, 2006, 269-304.
- ALLEN Michael, "The International Convention on Salvage and LOF 1990." *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 22, no. 1, January 1991, 119-130.
- ATAMER Kerim, "1989 Londra Sözleşmesinde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kurtarma", Prof. Dr. Hüseyin Ülgene Armağan, 1. Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, 807-890.
- ATAMER Kerim, *Deniz Ticaret Hukuku*, 1. Cilt, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- BAYAMLIOĞLU Emre, "1989 Tarihli Uluslararası Denizde Kurtarma ve Yardım Konvansiyonunun 14. Maddesi: Özel Tazminat (Special Compensation), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, 47-65.
- BEDERMAN, D. J., / DEHNER, J. S. "Salvage", *Journal of Maritime Law and Commerce*, 26, 1995, 621-629.
- BINNEY Brian F., "Protecting the Environment with Salvage Law: Risks, Rewards, and the 1989 Salvage Convention", *Wash. L. Rev.*, Vol: 65, 1990, 639-656.
- BISHOP Archie, "The Development of Environmental Salvage and Review of The London Salvage Convention 1989". *Tul. Mar. LJ*, Vol: 37, 65-106.
- BOZABALI Banu Bozkurt, "Kurtarma Faaliyetinde Deniz Kirlenmesini Engelleyen Kurtaranın Ücret Hakkı", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I S.1,2011*, 169-191.



- BRICE Geoffrey, "Salvage and Maritime Enviroment", Tulane Law Rev, Vol: 70, No: 2&4, 1995-1996, 669-678.
- BRICE Geoffrey, Brice on Maritime Law of Salvage, 4. bası, REEDER, John (ed.), Sweet and Maxwell, U.K., 2003.
- CLETON Robert, "Introductory Note to the International Convention on Salvage, 1989", Unif L Rev os ,1989, 188-212.
- DAVIES, M. "Whatever Happened to The Salvage Convention 1989" Journal of Maritime Law and Commerce, 39(4), 2008, 463-504.
- DEMİR İsmail "Special Compensation Protection and Indemnity Clause (Scopic)". Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 27(4), 2011. 89-110.
- DEMİR İsmail, 1989 Londra Konvansiyonu Çerçevesinde Kurtarma, 1.Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010.
- GASKELL Nicholas J.J., "The 1989 Salvage Convention and The Lloyd's Open Form (LOF) Salvage Agreement 1990", Tulane Maritime Law Journal, 16(1), 1991, 1-104.
- GOLD Edgar, "Marine Salvage: Towards New Regime" Journal of Maritime Law and Commerce, 20(4), 1989, 487-504.
- GORMLEY W. Paul, "The Development of the Rhodian-Roman Maritime Law to 1681, with Special Emphasis on the Problem of Collision", 3 Inter-Am L Rev, 1961, 317-346.
- KARA Hacı, "Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku'na Göre Gemi-lerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararından Hukuki Sorumluluk", Yamaner Marka Patent Müşavirlik Yayıncılık Ticaret A.Ş., İstanbul, 2005.
- KAYIHAN Şaban, Deniz Ticareti Hukuku, Umuttepe Yayınları, Sakarya, 2020.
- KENDER, Rayegan, Denizde Kurtarma-Yardım 1910 Tarihli Brüksel Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 952 Hukuk Fakültesi No: 197, İstanbul, 1962.
- KENNEDY William Rann/ ROSE Francis D., Kennedy and Rose The Law of Salvage, 6<sup>th</sup> ed, Sweet and Maxwell, London, 2002.
- KERR Donald A. "The Past and Future of No Cure-No Pay". J. Mar. L. & Com. 23, 1992, 411-428.
- KERR Michael, "The International Convention on Salvage 1989: How It Came to Be", The International and Comparative Law Quarterly Vol. 39 No. 3, 1990, 530-556.

- KÖSEOĞLU, Burak, TÖZ Ali Cemal/ ŞAKAR Cenk, "Deniz Atıklarının Değerlendirilmesi ve Geri Dönüşümü: İstaç Örneği". Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 8, 2016, 153-177.
- KURAN Selami, Uluslararası Deniz Hukuku, 6. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016.
- LOF 2020 Ek A, SCOPIC Klozu tarifesi <https://assets.loyds.com/assets/pdf-scopic-appendix-a-2020/1/Appendix-A-2020.pdf>, erişim tarihi 11.02.2021.
- MERCANGÖZ Ebru, Kurtarma ve Yardım Hukukunda 1989 Londra Konvansiyonu, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk A.B.D., Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001.
- MILLER Anthony R, "Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement - LOF 1980: A Commentary." Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 12, Vo. 2, January 1981, 243-262.
- NANDA Ved P., "The Torrey Canyon Disaster: Some Legal Aspects", Denv LJ, Vol: 44, 1967, 400-425.
- NUMMEY T. L. "Environmental Salvage Law in The Age of The Tanker", Fordham Environmental Law Review", 20(1), 2009, 267-304.
- SCOPIC Kloz 2020, <https://assets.loyds.com/assets/pdf-scopic-2020/1/SCOPIC-2020.pdf>, erişim tarihi 22.01.2021.
- Semco Salvage & Marine Pte. Ltd. v. Lancer Navigation Co. Ltd (The Nagasaki Spirit) [1997] 1 Lloyd's Rep. 323. <https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/jd970206/semco01.htm> erişim tarihi, 22.01.2021.
- SHARPE H. Birch, "Maritime Salvage", Law Quarterly Review 22(2),1906, 163-171.
- SHEEN Barry, "Conventions on Salvage", 57 Tulane Law Rev 1387, 1982-1983, 1387-1411.
- Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı İnternet Sitesi, <http://ua.mfa.gov.tr/detay.aspx?2233>, erişim tarihi 05.01.2020.
- YAZICIOĞLU Emine, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2020.
- ZANELLA T. V. "Marine Salvage and the Protection of the Marine Environment: The Reassessment of the 'No Cure-No Pay' Principle for

the Protection of the Marine Environment”, Advanced Shipping and Ocean Engineering, Vol. 3 Iss. 4, 2014, 41-49.





## KAMU SAĞLIĞI VE İSTİMVAL: KORONAVİRÜS SALGINININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ ÇERÇEVESİNDE BİR KAMU SAĞLIĞI KANUNU ÖNERİSİ\*

Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER\*\*

### Öz

Koronavirüs salgının meydana getirdiği olağanüstü şartlarda salgınla mücadelede idare tarafından ihtiyaç duyulan malzemelerin tedarik edilmesi elzemdir. İdare, olağan dönemde, ihtiyaç duyduğu taşınurları ihale usulü ile akdettiği sözleşmelerle karşılamaktadır. Ancak olağanüstü durumlarda durumun önemi ve ivediliği gereği idare, özel hukuk kişilerinin rızaları olmaksızın taşınır temin etmek zorunda kalabilir. İstimval adı verilen bu yetki, kişilerin Anayasayla güvence altına alınmış başta mülkiyet hakkı ve zorla çalıştırılmama hakkı olmak üzere diğer temel hak ve özgürlüklerini sınırlamaktadır. Bu itibarla, bu usulün hu-kuki rejiminin ve uygulanabilme şartlarının ortaya konulması önem arz etmektedir. Olağanüstü hâl ilan edilmemesine rağmen olağanüstü şartların oluşması halinde istimvalin uygulanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim, Türk Hukukunda, olağanüstü hâl ilanına gerek olmaksızın, acil müdahalenin gerektiği durumlarda idareye istimval yetkisi veren kanunlar mevcuttur. Bu açıdan diğer ülkelerdeki düzenlemeler de dikkate alınarak kamu sağlığına dair olağanüstü şartlar ortaya çıkması halinde taşınurlar açısından getirilebilecek yükümlülükleri de düzenleyen yeni bir kamu sağlığı kanunu hazırlanması gerekmektedir.

\* 17-19 Aralık 2020 tarihleri arasında düzenlenen Selçuk Hukuk Kongresi I 2020’de sunulan ‘‘Kamu Sağlığı ve İstimval’’ başlıklı bildirinin genişletilmiş halidir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye | Asst. Prof., Yalova University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Yalova, Turkey.

✉ sirri.duger@yalova.edu.tr • ORCID 0000-0002-1132-8138

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: DÜĞER Sırrı, ‘‘Kamu Sağlığı ve İstimval: Koronavirüs Salgınının Düşündürdükleri Çerçevesinde Bir Kamu Sağlığı Kanunu Önerisi’’, *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2625-2653.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Koronavirüs • Kamu Sağlığı • İstimval • Olağanüstü Hal • Olağanüstü Şartlar

# PUBLIC HEALTH AND REQUISITION: A PUBLIC HEALTH LAW PROPOSAL IN THE CONTEXT OF THE CORONAVIRUS PANDEMIC

## Abstract

In the extraordinary conditions caused by the coronavirus epidemic, it is essential to supply the materials needed by the administration in the fight against the epidemic. In the ordinary period, the Administration meets the movables it needs through contracts concluded by procure-ment procedure. However, in extraordinary situations, due to the im-portance and urgency of the situation, the administration may have to procure movables without the consent of private law persons. This au-thority, called requisition, limits people's fundamental rights and free-doms, which are guaranteed by the constitution, including the right to property and the right not to be forced to work. In this respect, it is im-portant to set forth the legal regime of this procedure and the conditions for its implementation. Although a state of emergency has not been de-clared, it should be accepted that in case of extraordinary conditions, requisition can be applied. As a matter of fact, in Turkish Law, there are laws that authorize the administration to take action in cases where ur-gent intervention is required, without the need for declaration of state of emergency. In this respect, considering the relevant laws in other countries, it is necessary to make a new public health law that regulates the obligations that can be imposed for movables in case of extraordinary conditions regarding public health.

## Key Words

Coronavirus • Public Health • Requisition • State of Emergency • Extra ordi-nary Conditions

## GİRİŞ

Tehlikeli salgın hastalık gibi olağanüstü durumlarda ihtiyaç duyulan ilaç, aşı ve diğer tıbbi malzemelerinin temin edilmesi kamu sağlığı açısından önem arz etmektedir. Ancak bu gibi durumlarda idare salgınla mücadelede gereksinim duyduğu malları kimi zaman hemen ve yete-rince temin edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalabilmektedir. Nite-kim, Korona salgınında ülkemizde bazı tıbbi ürünlerin temininde sıkın-tılar yaşanmıştır.

Bu açıdan, çalışmanın araştırma sorusu Koronavirüs salgınının istivalin uygulanması açısından olağanüstü bir durum teşkil edip etmediği, bu salgın sebebiyle ortaya çıkacak ihtiyaçların istival usulü ile giderilip giderilemeyeceğidir. Çalışmanın hipotezi salgının istivalin uygulanması açısından bir olağanüstü durum oluşturduğudur. Bu durumda ilaç, aşı, koruyucu ekipman vb. gibi tıbbi malzemelerin özel hukuk kişilerinden istival yoluyla temin edilebilmesi mümkündür. Ancak temel mesele bunun kanuna dayanması ve hukuki rejiminin nasıl olacağıdır. Dolayısıyla, çalışmada öncelikle istivalin tanımı ve kapsamı açıklanmış akabinde istivalin normatif dayanakları ve şartları incelenmiştir. Çalışmanın devamında Türk hukukunda kamu sağlığının korunması amacıyla idarenin sahip olduğu istival yetkisine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. İleride de Koronavirüs benzeri salgınların olma ihtimali çok yüksek ve normalleşmeye geçilse bile salgının etkisinin devam edecek olması nedeniyle bir kamu sağlığı kanunu ve bu kanunda istivalin nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair önerilerimiz de dile getirilmiştir. İstimvale dair değerlendirmelerimiz mal yükümlülüğü getirilmesi kapsamında tutulmuştur.

## I. TANIMI VE KAPSAMI

Genel anlamda istival, idarenin; olağanüstü durumlarda, gereksinim duyduğu taşınır malları kamu gücü kullanarak elde etme yetkisi olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Doktrinde AZRAK, istivali “*idarenin olağanüstü ve geçici nitelikte kollektif ihtiyaçların karşılanması amacıyla ve mevzuatta öngörülen usule uygun olarak, fertlere ya bir hizmet ifa etmek ya da taşınmaz malının kullanılmasını, taşınabilir malının da mülkiyetini veya sadece kullanılmasını idareye terk etmek hususunda, yüküm altına sokması*” olarak

<sup>1</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 281, AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 630. Doktrinde, TAN ve GÖZÜBÜYÜK’e göre ise istival, idarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz malların yalnız geçici olarak kullanma hakkını, taşınır malların mülkiyetini ve geçici olarak kullanma hakkını kamu gücünü kullanarak elde etmesidir. Yazarlar İstimvali aynı zamanda “Taşınırın Kamulaştırılması” olarak adlandırmaktadır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 1016.

tanımlamıştır.<sup>2</sup> ONAR ise istimvali *İdareye bazı menkullerin mülkiyetini veya istimal ve intifa hakkını gayrimenkullerin de istimal ve intifa hakkını, haklı bir tazminat mukabilinde, iktisap ettiren idarî bir ameliyedir*” şeklinde tanımlamıştır.<sup>3</sup> Yapılan tanımlardan hareketle idarenin olağanüstü durumlarda, rayiç bedel karşılığında özel hukuk kişilerine ait taşınurların mülkiyetini ve/veya kullanma hakkını, taşınmazların ise sadece kullanma hakkını elde etmesi ve yine gerçek kişilere bedensel yükümlülükler getirmesi istimval kapsamında kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Taşınır veya taşınmazların kullanım hakkının idareye devredilmesi durumunda olağanüstü hallerin sona ermesi ile mallar malike geri dönmektedir.<sup>5</sup>

## II. NORMATİF DAYANAKLAR

### A. Anayasal Dayanak

İdarenin olağanüstü durumlarda para, mal ve hizmet temin etme usulü olarak istimval müessesesi gerek 1924 ve 1961 Anayasalarında gerekse 1982 Anayasasında yer almıştır. Öncelikle 1924 Anayasasının 74. maddesi, kamu yararı için ihtiyaç olduğu belirlenen usule göre anlaşılmadıkça ve bedeli peşin olarak verilmedikçe kimsenin malının istimval ve mülkünün de istimlak olunamayacağını düzenlemiştir. Ayrıca olağanüstü durumlarda kanunla getirilecek para ve çalışma yükümlülükleri dışında hiç kimsenin hiçbir fedakarlığa zorlanamayacağı da öngörülmüştür.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> AZRAK, Ali Ülkü, Millileştirme ve idare hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 60.

<sup>3</sup> ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s. 1574.

<sup>4</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 630; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019, s. 436; KUTLU GÜRSEL, Meltem, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin, Ankara, 2012, s. 42. Doktrinde GÜNDAY, GÖZLER/KAPLAN ve ÇAĞLAYAN, istimvalin sadece taşınır malları (mülkiyet ve/veya kullanma hakkı) kapsadığını belirtmektedir. GÜNDAY, s. 281; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, 2020, s. 641-642; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 708-709.

<sup>5</sup> ATAKAN, Murat Can, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018; 26(2): 397-441, s.407.

<sup>6</sup> **1924 Anayasası m. 74:** *Umumi menfaatler için lüzumu usulüne göre anlaşılmadıkça ve mahsus kanunları mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülkü istimlak olunamaz. Fevkalade ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdi,*



1961 Anayasası, 1924 Anayasasından farklı olarak, doğrudan istimval kavramına yer vermemiş ancak olağanüstü yönetim usullerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 123. maddesinde<sup>7</sup> olağanüstü hallerde para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebileceğini hüküm altına almıştır. Buna göre istimvalin konusu para, mal ve çalışma yükümlülüğü olarak belirlenmiş ve ancak istimvalin olağanüstü hallerde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa m. 123'te olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak ne var ki, 1961 Anayasası döneminde böyle bir kanun yapılmamıştır.<sup>8</sup> Yine, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra da Kamulaştırma Kanunu örneğinde olduğu gibi istimvale özel bir kanun yapılmamıştır.

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası, istimval müessesesini, 1961 Anayasası'na paralel olarak düzenlemiştir. Doğrudan istimval kavramını kullanmayan 1982 Anayasası'nın 119. maddesinde, olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin Anayasa'nın 15. maddesine uygun bir şekilde kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.<sup>9</sup> Bu çerçevede Olağanüstü Hal Kanunu'nun (OHAL K.) 5 vd. maddelerinde tehlikeli salgın hastalık sebebiyle getirilebilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri düzenlenmiştir. OHAL K. m. 5'te tehlikeli salgın hastalık sebebiyle ihtiyaç duyulan ve hemen sağlanamayan her türlü taşınmaz mal ve yapılması gereken işlerin, para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilerek sağlanabileceği ifade edilmiştir.

## B. Olağanüstü Hal Kanunu

OHAL K. 'da tehlikeli salgın hastalık sebebiyle OHAL ilan edilmesi halinde salgın sebebiyle ihtiyaç duyulan ve hemen sağlanamayan pa-

---

*aynı sayı amele müteallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakarlığa icbar edilemez.*

<sup>7</sup> **1961 Anayasası m.123:** "Olağanüstü hallerde vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri ile bu hallerin ilânı, yürütülmesi ve kaldırılması ile ilgili usuller kanunla düzenlenir".

<sup>8</sup> ONAR, Cilt 3, s. 1575.

<sup>9</sup> **An. m. 119/f. 5:** Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.

ra, taşınırlar ve yapılması gereken işler için yükümlülük getirilebileceği düzenlenmiştir (OHAL K. m. 5). Kanunun 6. maddesine göre, gerekli harcamalar öncelikle kamu kaynakları ile yardımlardan sağlanacaktır. Bununla birlikte, anılan madde uyarınca acil ve hayati ihtiyaç maddeleri için gerekli para, kamu kaynaklarından zamanında sağlanmadığı takdirde, bölgedeki kredi kuruluşlarının imkanlarından faydalanacaktır. Ayrıca para yükümlülüğünün uygulanmasında kuruluşların faaliyetlerinin aksatılmaması dikkate alınacaktır (OHAL K. m. 6). Mal yükümlülüğü açısından OHAL ilan edilen bölgedeki kamu kurum ve kuruluşlarıyla tüzel ve gerçek kişiler, kendilerinden istenecek veya yükümlülük konulacak arazi, arsa, bina, tesis, araç, gereç, yiyecek, ilaç ve tıbbi malzeme ile giyecek ve diğer maddeleri vermek zorundadır. Bu amaçla öncelikle bölgedeki taşra teşkilatına, mahalli idarelere ve kamu kurumlarına başvurulacağı bu kaynaklardan zamanında ve yeterince karşılanamaması halinde imkân ve kaynakları dikkate alınarak özel hukuk kişilerine yükümlülük getirileceği düzenlenmiştir (OHAL K. m. 7). Çalışma yükümlülüğü de bölgede bulunan 18-60 yaşları arasındaki kişilere getirilebilmektedir. Ayrıca bu yükümlülük getirilirken iş mevzuatının çalışma yasağı ile ilgili hükümleri ile çalıştırılacak kişilerin yaş, cinsiyet, sağlık, meslekleri, meşguliyetleri ve sosyal durumları ile aile ve bakıma muhtaç yakınları göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir (OHAL K. m. 8).

Her ne kadar OHAL K., olağanüstü ilan edilmesi halinde uygulanabilecek kanun ise de kanunda belirtilen ilkeler diğer olağanüstü durumlar için de yol gösterici niteliktedir. Bu çerçevede ihtiyaçların öncelikle bölgedeki idarelerden, bunun mümkün olmaması halinde ise bölge dışındaki idarelerden karşılanması; bunun da mümkün olmaması halinde özel hukuk kişilerinin rızaları ile karşılanması imkanının kalmaması gerekir. Bu durum, getirilen yükümlülüğün son çare olması ilkesi gereğidir. Ayrıca bölgedeki özel hukuk kişilerinin imkân ve kaynaklarının değerlendirilmesinin öngörülmesi getirilecek yükümlülüğün ölçülülük ilkesine uygun olmasına hizmet edecektir.

### C. Diğer Yasal Düzenlemeler

Anayasanın 119. maddesinde olağanüstü hallerde vatandaşlara para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebileceği belirtildikten sonra

bu yükümlülüklerin 15. maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceğinin kanunla düzenleneceği hüküm altına almıştır. Nitekim, düzenleme uyarınca OHAL K. yürürlüğe konulmuştur. Ancak 1982 Anayasası'ndan önce çıkarılan Milli Korunma Kanunu ve Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nda istimvale ilişkin hükümler bulunmaktadır.<sup>10</sup>

Bununla birlikte, bir olağanüstü hâl ilanı gerekmeksizin meydana gelen afetler ile acil müdahalenin gerektiği kimi durumlarda idareye istimval yetkisi veren diğer düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu m. 6 uyarınca, *“Taşkın sularla kenar ve setlerin yıkılma ve yarıлма tehlikesine maruz bulunması veya yakın arazinin su baskınına uğraması gibi hallerde, hadisenin vuku bulduğu mahallin en büyük mülkiye memurunun emriyle tehlike ile karşılaşan köy ve kasabaların 18 yaşını bitirip 50 yaşını doldurmamış bulunan erkekleri, ellerinde bulunan ve yıkıntıları düzeltmeğe yarayacak her türlü alat, edevat ve malzeme ve vasıtalarla tehlike yerine yardıma koşmağa ve gösterilen işlerde çalışmağa mecburdurlar”*. Yine aynı maddenin beşinci fıkrası uyarınca, *“Yardıma giden komşu köy ve kasabalar halkı da ellerinde bulunan alat ve malzeme ve vasıtaları, ameliyatı idare edenlerin emrine vermeğe mecburdurlar”*. Görüldüğü üzere, kanun olağanüstü hâl ilanına gerek olmaksızın sel baskınının etki ve sonuçlarının dikkate alınarak acil müdahalede bulunulması için idareye istimval yetkisi vermiştir.<sup>11</sup>

Türk hukukunda, olağanüstü hâl ilanı gerekmeksizin kanunda belirtilen ve acil müdahalenin gerektiği durumların gerçekleşmesi halinde idarenin kişilere para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirme yetkisi veren başkaca düzenlemelere örnek olarak, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun (m. 6) ile 6831 sayılı Orman Kanunu (mülga m. 69) verilebilir.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 630.

<sup>11</sup> YAYLA, Türk İdare Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 69.

<sup>12</sup> *“Devletin olağanüstü hallerde kanunların tesbit etmediği bazı tedbirlerin alınmasını zaruri kıldığı, bunun için bütün Anayasaların sıkıyönetim gibi geçici ve istisnai müesseseleri ta-*

### III. İSTİMLALİN ŞARTLARI

#### A. İstisnai Bir Usul Olması

İstimval, idarenin olağan mal ve hizmet edinme usulü değildir. Nitekim Anayasa'nın 119. maddesinde belirtilen nedenlerden dolayı olağanüstü hâl ilan edildiğinde kullanılabilen bir yetki olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, olağanüstü hâl ilan edilmesine gerek olmayan (gerek duyulmayan) fakat aynı zamanda meydana gelen afet veya hut salgın hastalıkla mücadele edilmesi gereken hallerde istimval yoluna başvurulabilir. Buna "istisnailik ilkesi" denir.<sup>13</sup> İstimvale konu olan taşınır mallar esas itibariyle nihayetsiz bir miktar ve derecede üretilebilir ve çoğaltılabilir. Bu sebeple, idarenin ihtiyaç duyduğu taşınır malları temin etmesi oldukça kolaydır. Yine idare gereksinim duyduğu taşınmaz malları kamulaştırma veyahut acele kamulaştırma yolu<sup>14</sup> ile iktisap edebilmektedir. Keza, kamu hizmetlerini yürütmek için gerekli ve yeterli personeli düzenli olarak istihdam etmektedir. Bu durumda, taşınırların istenildiği zaman ve istenildiği kadar temin edilememesi ancak fevkalâde hallerin bir neticesi olabilir. Yine ihtiyaç duyulan bir taşınmazın derhal işgal edilmesi veya belirli fevkalâde ihtiyaçları karşılamak için işletmelere el konulması ancak olağanüstü durumlarda zorunluluk haline gelebilir.<sup>15</sup> Bununla birlikte, idare, meydana gelen olağanüstü durumun etkilerini ortadan kaldıracak gerekli mala ve personele sahip olma-

---

*nımak suretiyle, kamu emniyet ve nizamının olağanüstü tehlikelere karşı korunması yetkisini, yürütme kuvvetine tanıdığı belirtilmiş, isyan, kargaşalık, harp hali gibi kanunlarımızda sayılanların dışında, iktisadi buhranların da olağanüstü durumları doğurabileceği kabul edilmiştir". Danıştay 3. Dairesi, E.1976/323, K. 1976/336, T.13.05.1976 (legalbank).*

<sup>13</sup> ÖZTUNÇ, Hikmet, İdare Hukukunda İstimvalin Hukuki Rejimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE., 2015, s. 32.

<sup>14</sup> Olağanüstü dönemler dışında acele kamulaştırma yapılması mümkündür. Ancak acele kamulaştırma yapılması için olağanüstü dönem olmasa bile olağanüstü şartların varlığının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Acele kamulaştırma açısından olağanüstü şartların varlığı, nitelikli bir kamu yararının veya kamu düzeninin bozulması tehlikesinin bulunması ve bunun somut delillerle ortaya konulması halinde kabul edilmektedir. Acele kamulaştırma açısından olağanüstü şartların varlığı, nitelikli bir kamu yararının veya kamu düzeninin bozulması tehlikesinin bulunması ve bunun somut delillerle ortaya konulması halinde kabul edilmektedir. Krş. GÖZLER/KAPLAN, s. 642.

<sup>15</sup> ONAR, s. 1575.

sına rağmen bunları olağanüstü durumun yaşandığı bölgelere zamanında veya ihtiyaç duyulan miktar ve sayıda ulaştıramayabilir.<sup>16</sup>

### B. Kanuna Dayalı Olması

Hukuk devleti ilkesi gereği, İdare, eylem ve işlemlerini hukukun kendisine tanımuş olduğu sınırlar içerisinde gerçekleştirmek durumundadır. İdare istimval yetkisini kullanırken aynı zamanda kişilerin mülkiyet hakkına ve zorla alıştırılmama hakkına sınırlama getirmektedir. Anayasa'nın 13. maddesine göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçünlülük ilkesine aykırı olamaz*".<sup>17</sup> Buna istinaden Anayasa koyucu, Anayasa'nın 119. maddesine göre vatandaşlara getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesini öngörmüştür. Dolayısıyla, idare kanunun öngörmediği durumlarda istimval yetkisini kullanamaz. Bununla birlikte, 2935 sayılı OHAL K. m. 4'e göre, Cumhurbaşkanını olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Anayasanın 91. maddesindeki kısıtlamalara ve usule bağlı olmaksızın, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilmektedir. Bu kararnameler Resmî Gazete'de yayımlanmak ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmak zorundadır.

### C. Bedelinin Ödenmesi

Kamulaştırmada olduğu gibi istimvalde de idareye intikal eden mülkiyet veya kullanım hakkını mukabilinde bir tazminat verilmesi gerekir. İstimval hükümleri içeren *Millî Müdafaa İhtiyaçları Hakkındaki Kanun* ve *Millî Korunma Kanunu* da bunu belirtmektedir. Kamulaştırmada olduğu gibi istimvalde de bedel idare tarafından takdir edilir. Kanunlarda

<sup>16</sup> ÖZTUNÇ, s. 46.

<sup>17</sup> "Özel mülkiyetteki bir taşınmazın, malikinin rızası olmasa da, kamulaştırma yoluyla, yani zorla, kamu malları arasına geçirilmesi, aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. Zorla alımın dayanağı olan kamu yararı kayramı, mülkiyetin karşılıksız devrine dayanak tutulamaz. Anayasa'nın 11. maddesinin açık hükmü karşısında temel hakların özüne dokunmak mümkün değildir. Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkını paraya geerilmek suretiyle korunmuş olacağından, "öze dokunma" durumu da "sınırlama" niteliğine dönüşmüş olacaktır.". AYM, E.1976/38, K.1976/46, T.12.10.1976, R.G. 20.1.1977-15825.

gösterilen veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak idarî kararlarla kurulan komisyonlar bu bedeli takdir eder. Bu bedelin mahrum kalınan mülkün veya menfaatin tam karşılığını teşkil etmesi de lâzımdır. İstimval, karşılığı ödenmek suretiyle başvurulabilecek bir usul olmakla birlikte bu karşılık, gerçek bir karşılık olmaktan ziyade haklı bir tazminattır.<sup>18</sup> Ancak bu bedel takdiri ile ilgili ihtilâfların mahiyeti nedir? Bunlar hangi mercii tarafından görülecektir? Bedel takdiri hakkındaki kararlar, birer idari işlemdir. Buna göre idari yargının görevli olması gerekir. Ancak istimval, mülkiyet hakkının bütününe veya bir kısmına ilişkin kamulaştırma cinsinden bir işlemdir.<sup>19</sup> Kamulaştırma hakkındaki esaslar ise bedel ihtilâflarının sadece mülkiyet hakkını dolayısıyla özel hukuku ilgilendirdiğinden, bunlara ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>20</sup>

#### IV. KAMU SAĞLIĞI VE KORONAVİRÜS

İdare, kamu düzenini sağlamak ve korumak zorundadır. İdarenin bu faaliyeti, kolluk faaliyetidir. Kamu düzeni, belirli bir zaman dilimi içerisinde bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve toplumun temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünü olarak ifade edilmektedir.<sup>21</sup> Kamu düzeninin

<sup>18</sup> KAPLAN, Gürsel, “Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze’ye Armağan*, Sayı: 2004/1–2, s. 167–188 (2004), <https://www.idare.gen.tr/kaplan-tasinmaz.htm>.

<sup>19</sup> ONAR, s. 1579.

<sup>20</sup> ONAR, s. 1579. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi, eski bir tarihli kararında, istimvalin bedelinden kaynaklanan ihtilâfların adli yargıda görülmesi gerektiğini şu şekilde açıklamıştır: “*Davacılar, tapulu gayrimenkullerinin İkinci Dünya Harbi sırasında 99 uncu Uçaksavar Bataryası tarafından işgal edilip hasar yapıldığını ve 1960 yılı sonbaharında boşaltıldığını ileri sürerek eski hale getirilmesi için gerekli 3.603 liranın tazminini istemişlerdir. İddia ve savunmaya göre, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu, işgalin hukuki sebebini teşkil etmektedir. Anılan Kanun’un 11 inci maddesinde, bu Kanun’a dayanılarak yapılacak işgallerin şekil ve şartları belirtildikten sonra 17 inci maddesinde askeri kıtaların iskân edildikleri veya konakladıkları gayrimenkullerde sebep oldukları bütün zararlardan Devlet sorumluluğu ve 58 inci maddesinde de uyuşmazlık halinde salahiyyətli mahkemelere başvurulabileceği ve davaların basit muhakeme usulüne tabi olduğu esası kabul edilmiştir. Kanunun bu açık hükmü karşısında mahkemenin görevsizliği söz konusu edilemeyeceğinden, davada adalet mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir*”. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1961/33, K. 1961/31, RG. 25.11.1961-10941.

<sup>21</sup> ATAY, s. 330.

dirlik (esenlik), güvenlik ve sağlık olarak üç unsuru olduğu kabul edilmektedir.<sup>22</sup> Kamu düzeninin bir unsuru olarak sağlık, toplumun tamamının salgın ve bulaşıcı hastalıklardan korunması anlamındaki kamu sağlığıdır.<sup>23</sup> Kamu sağlığı, bireylerin tek tek sağlığını değil, toplumsal sağlığın korunmasını amaçlar. Kamu düzeninin unsuru olan kamu sağlığının korunması, bir idari kolluk faaliyetidir.<sup>24</sup>

Koronavirüs salgını ile mücadele için sokağa çıkma kısıtlaması, belirli işletmelerin sınırlı bir şekilde hizmet verebilmesi, eğitim-öğretimin uzaktan yürütülmesi gibi hayatımızı önemli şekilde etkileyen tedbirler alınmaktadır. Salgının yayılmasının önlenmesi için alınan bu tedbirler idari kolluk tedbirleridir. Her ne kadar tehlikeli salgın hastalık sebebiyle olağanüstü ilan edilmese de Koronavirüs salgınının Anayasa 119. maddesinde sayılan olağanüstü hâl sebeplerinden “tehlikeli bulaşıcı hastalık” kavramına dahil olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Koronavirüs salgını ile mücadele için alınan önlemler toplumun tamamını ilgilendiren ve hastalığın ortaya çıkmasını ve yayılmasını engellemek için alınan önlemler olduğundan idarenin sağlık kolluğu faaliyeti olarak kabul edilmelidir.<sup>25</sup>

## V. İSTİMVAL İŞLEMİNİN HUKUKA UYGUNLUğU

### A. Anayasa’daki Sınırlama Rejimine Uygunluk Açısından

İstimval ile istisnai, olağanüstü ve geçici nitelikteki kolektif gereksinmelerin karşılanması amaçlanmaktadır. İstimval, seferberlik, doğal afet, kıtlık gibi kamu hizmetlerini belirli bir süre ile ciddi olarak aksatan olağanüstü durumlar nedeniyle giderilmesi imkânsızlaşmış veya çok güçleşmiş olan kolektif ihtiyaçların giderilmesi amacıyla tesis edilen bir idari işlemdir.<sup>26</sup> Bu çerçevede Koronavirüs salgını ile mücadelede alınan tedbirlerden bir tanesi de maske takma zorunluluğu getirilmesidir. Bu

<sup>22</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 578.

<sup>23</sup> ÇAğLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 275.

<sup>24</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 582.

<sup>25</sup> YÜZBAŞIOğLU, Cihan, İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 39.

<sup>26</sup> AZRAK, Millileştirme ve İdare Hukuku, s. 60.

durum daha önce karşılaşılmamış derecede olağanüstü nitelikte ve kolektif bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyacı gidermek için özel kişilerin elindeki maske keller istimval edilebilir mi? Maske üreten işletmelerin kullanılmasının geçici olarak idareye geçmesi mümkün müdür?

Olağanüstü Hâl ilan edilmediğinden OHAL K. 'nın ilgili maddelerinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle olağan dönemde geçerli olan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Anayasa m. 13'te düzenlenen rejim çerçevesinde hareket edilmek şartıyla olağanüstü durumlarda kişilere mal yükümlülüğü getirilebileceği kanaatindeyiz.<sup>27</sup>

1982 Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı, mutlak bir hak olarak değil fakat kamu yararı açısından sınırlanabilen bir hak olarak düzenlemiştir.<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda kamu yararını, özel yarardan üstün tutarak idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı işlemlerle mülkiyet hakkına sınırlama getirebilmesinin mümkün olduğuna dikkat çekmiştir. Mülkiyetin kullanımının aynı zamanda kolektif menfaate hizmet etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca mülkiyetin sadece malikle eşya arasındaki bir ilişki olmadığı, bu ilişkinin üç taraflı bir ilişki olduğu ve bu ilişkide sosyal çevrenin de giderek daha fazla önem kazandığı kabul edilmektedir.<sup>29</sup>

Genel sağlığın korunmasında kamu yararı bulunmaktadır. Anayasanın 35. maddesindeki sınırlama sebebi, Koronavirüs salgını ile mücadele çerçevesinde istimval konusunda kanun koyucuya yetki vermektedir. Ancak bu konuda kanuni dayanak bulunmamaktadır. Kamu sağlığı ile ilgili temel kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. Fakat bu kanunda idareye istimval yetkisi tanınmamıştır. Bu konunun kanunda öngörülmesinin yanında mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçülülük, öze dokunmama ve demokratik toplum düzeninin gerekleri şartlarına da uygun olması gerekir.

<sup>27</sup> YAYLA, s. 42.

<sup>28</sup> **Mülkiyet hakkı Madde 35** – Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılmasında toplum yararına aykırı olamaz.

<sup>29</sup> AZRAK, Ülkü, "Millileştirme Kavramı Üzerine", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1968, 1.2; 47-58, s. 52.



Buna göre istimval dışında başka bir yolla idarenin kolektif ihtiyacı karşılamasının mümkün olmaması gerekir. İstimvalin karşılığının ödenmesi onun mülkiyet hakkının özüne dokunmamasını sağlamaya hizmet etmektedir.<sup>30</sup> Ayrıca istimvalin yargı denetimi altında olması da hem öze dokunmama hem de demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından önem arz etmektedir. İstimval, malikin taşınırının idarenin mülkiyetine geçmesini sağladığından mülkiyetten yoksun bırakmanın bir örneğini oluşturmaktadır. İstimvalde taşınırın karşılığının ödenmesi, yoksun bırakma şeklindeki müdahalenin ölçülülüğü açısından da önem arz etmektedir.<sup>31</sup>

### 1. Sınırlamanın Kanunla Yapılması

İstimvalin kanunda düzenlenmesi hukuki güvenliğin sağlanmasına da hizmet edecektir. AYM, acele kamulaştırma ile ilgili verdiği bir kararda acele kamulaştırmanın mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama niteliğinde olduğunu ancak 2942 sayılı Kanun'da acele kamulaştırma hallerinin düzenlendiğini, petrol faaliyetinde bulunulacak alanlarda acele kamulaştırma yapılmasının da ek, yeni bir istisnai durum olarak kanunda öngörüldüğünü bu şekilde kanunda kapsamı ve şartları ayrıntılı bir şekilde düzenlenen bir konunun hukuki güvenlik ilkesini zedelediğinden bahsedilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>32</sup> Dolayısıyla öncelikle bu konuda bir kanuni dayanak gerekir. Bu dayanak yapılacak bir kamu

<sup>30</sup> ÖRÜCÜ, Esin, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 41.3-4: 145-161, s. 160.

<sup>31</sup> GEMALMAZ, Burak, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, MRK Baskı ve Tanıtım, Ankara, 2018, s. 103.

<sup>32</sup> "...Acele kamulaştırmada, mülkiyet hakkı hukuken ortadan kaldırılmamakta birlikte, el koymayla, malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri kısıtlanmış olduğundan, bunun, anılan hakka yönelik bir sınırlama niteliğinde olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak bu işlem için 2942 sayılı Kanun'da belirli durumlar öngörülmekte ise de Anayasa'nın 46. maddesinde herhangi bir istisnai hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla petrol faaliyetinde bulunulacak alanlarda acele kamulaştırma yoluna imkân tanınması, 2942 sayılı Kanun'da sayılan durumlara ek, yeni bir istisnai durum olarak öngörülmektedir. Bu şekilde Kanun'da kapsamı ve koşulları ayrıntılı olarak düzenlenen bir hususun hukuki güvenlik ilkesini zedelediği söylenemez." AYM, E. 2013/96 K. 2014/118 T. 3.7.2014, R.G. 21.5.2015-29362.

sağlığı kanunu olabilir. Bazı ülkeler bu dayanağı özel olarak salgınla mücadele etmek için çıkarttıkları kanuna koymuştur.

Kanunilik teminatı alınacak tedbirlerin öngörülebilir olmasına da hizmet edecektir. AYM, yanılıcı özellik taşıdığı için müzede alıkonulan veya müsadere edilen eşya ile ilgili alınan bu tedbirlerin kanunla düzenlenmediğini, dolayısıyla da öngörülebilir bir şekilde uygulanmadığını dikkate alarak kanunilik teminatının sağlanmadığını hüküm altına almıştır.<sup>33</sup>

Kanunilik ilkesi gereği Koronavirüs nedeniyle yapılması gerekebilecek istimval, kamu sağlığı kanununda düzenlenmelidir. İstimvalin kanunla öngörülmesinin yanında alınan kararların TBMM'ye sunulması yoluyla yasamanın denetiminin sağlanmalıdır. Salgınla ilgili eleştirilen noktalardan biri de meclisin ve mahkemelerin denetiminin yetersizliğidir. Meclis denetimi ve yargısal denetim yoluyla hesap verilebilirlik sağlanmalıdır. Örneğin Tayvan'da tüm kontrol tedbirleri meclis denetimine tabidir ve mümkün olan en kısa sürede meclise sunulmalıdır.<sup>34</sup>

## 2. Ölçülü Olma

Ölçülülük kamu yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil dengenin sağlanması için ulaşılmak istenen amaçla kullanılan araç arasında makul bir ilişki bulunması ola-

<sup>33</sup> "56. Sonuç olarak başvuru konusu olayda anılan Yönetmelik'in 9. Maddesi çerçevesinde şikâyete konu orijinal olmadığı tespit edilen tablonun yanılıcı özellik taşıdığı gerekçesiyle müsaderesine karar verilmiştir. Ancak belirtilen düzenleyici işlemin tek başına müdahalenin kanuniliği unsurunu sağlamayacağı kuşkusuzdur. Hâlbuki Anayasa'nın 35. Maddesinde bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenen mülkiyet hakkının en temel güvencelerinden biri olan müdahalenin kanuna dayalı olması ölçütü, bireyleri kamu makamlarının keyfi ve öngörülemez müdahalelerinden korumayı amaçlamaktadır. Somut olay bakımından ise Yargıtay içtihadına aykırı olarak müzede alıkonulma yerine müsadere kararı verildiği anlaşılmaktadır. Mülkiyet hakkına müdahaleye yol açan yanılıcı özellik taşıyan eşyanın müzede alıkonulması veya müsaderesi gibi tedbirlerin ise kanunla düzenlenmemiş olup öngörülebilir biçimde de uygulanmadığı dikkate alındığında belirtilen kanunilik güvencesinin sağlanmadığı sonucuna varılmıştır. Buna göre mevcut hâliyle somut olay bağlamında başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale Anayasa'nın 13. ve 35. Maddelerinde öngörülen kanunilik ölçütünü karşılamamaktadır." Cengiz Turgut, B. No: 2016/7508, 4/7/2019, § 56.

<sup>34</sup> GROGAN, Joelle: *Power, Law and the COVID-19 Pandemic – Part I: The Year of Pandemic*, *VerfBlog*, 2021/5/15, <https://verfassungsblog.de/power-law-and-the-covid-19-pandemic-part-i-the-year-of-pandemic/>, DOI: 10.17176/20210515-211106-0.

rak ifade edilebilir.<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi, davacının eser üzerindeki mülkiyet hakkına eserin kamuya mal edilmesi şeklinde yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar verdiği bir davada ölçülülük ilkesinin şartlarını şöyle açıklamıştır:

*“Ancak mülkiyet hakkına sınırlama getirilebilmesi için meşru bir amaca dayanılması yeterli olmayıp Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen diğer güvencelere de uyulması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için gerekli ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.”*

Olayda eser, memleket kültürü için önem taşıdığı için Bakanlar Kurulu kararıyla kamuya mal edilmiştir. Eser sahibinin mülkiyet hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğuran bu müdahale, ölçülülük ilkesi açısından değerlendirilmiştir. Bakanlar Kuruluna verilen yetki, eserin memleket kültürü için önem taşıması kriterine dayanmaktadır. Bu kriter ise objektif nitelikte olmadığından öngörülen amacın dışına çıkılabilecek şekilde yetki kullanımına imkân vermektedir. Sonuç olarak objektif nitelikte olmayan bir kritere dayalı olarak kamuya mal etme yetkisi kullanmak eser sahibinin hakkına müdahale için elverişli bir araç olarak görülmemiştir.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> OĞURLU, Yücel, AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi. Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, 485-522, s. 512-513.

<sup>36</sup> “Yukarıda da ifade edildiği üzere fikir ve sanat eserinin kamuya mal edilmesi kurumuyla amaçlanan husus, memleket kültürü için önem taşıyan eserlerin kamusal erişiminde devamlılığı

Sonuç olarak salgın sebebiyle ihtiyaç duyulan ve başka şekilde temin edilmesi mümkün olmayan tıbbi malzemeler, buna imkân veren bir kanuni dayanak olması halinde (Anayasa'nın 13. maddesindeki diğer şartların da sağlanması halinde) istimval edilebilir Bunun için olağanüstü hâl ilan edilmesine gerek yoktur.<sup>37</sup>

## B. İdari İşlem Olarak İstimvalin Hukuka Uygunluğu

### 1. Yetki

İstimval konusunda yetki, cumhurbaşkanı, bakan veya mülki idare amirlerine verilebilir. Örneğin Milli Korunma Kanunu (MKK)'nda istimval yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiştir. BK dışındaki makam veya kişilere bu yetkinin verilebilmesi ancak kanun veya BK kararı ile mümkündür.<sup>38</sup> Yapılması önerilen kamu sağlığı kanununda idarenin istimval yetkisinin açık bir şekilde öngörülmesi gerekir. Kanunda maske vb. gibi tıbbi malzemelerin idarenin mülkiyetine geçeceği açıkça belirtilmelidir. Salgınla ilgili alınan ve temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran tedbirlerin genelgeler ile alınması hukuka uygun değildir. Temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı kurallar ancak kanunla konulabilir. Dolayısıyla

---

*sağlamaktır. Dava konusu kural, kamuya sunumunda herhangi bir sorun yaşanmayan eserler üzerindeki hakların da, söz konusu eserlerin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi durumunda Bakanlar Kurulunca kamuya mal edilebilmesine imkân tanımaktadır. Mirasçının tasarruflarıyla kamusal erişimi sağlanabilen eserler üzerindeki hakların Bakanlar Kurulu kararıyla kamuya mal edilebilmesi ve bu suretle malikin mülkiyetinden yoksun bırakılabilmesi, değişilen amaca ulaşılması bakımından gerekli bir araç niteliği taşımamaktadır. Öte yandan, Bakanlar Kuruluna tanınan kamuya mal etme yetkisi, memleket kültürü için önem taşıyan eserlerle sınırlandırılmış ise de "memleket kültürü için önem taşıma" kriterinin sübjektif yönünün ağır bastığı gözetildiğinde, kuralın, öngörülen amacın dışına çıkılacak şekilde yetki kullanımına zemin hazırladığı ve bu haliyle amaca ulaşmaya elverişli bir araç temin etmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, mülkiyetlerinden yoksun bırakılan hak sahiplerinin "...münasip bir bedel talep etme hakları..." saklı tutulmak suretiyle kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmış ise de kamuya mal edilen hakların ekonomik değerinin doğrudan hak sahibine ödenmek yerine talep hakkı tanımakla yetinilmesi, Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkı güvenceleriyle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, dava konusu kuralla fikri mülkiyete getirilen sınırlamanın ölçülü bir müdahale teşkil ettiği söylenemez." AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, T. 14/05/2015, R. G. 11.06.2015-29383.*

<sup>37</sup> Krş. DORU, Seyit Rasim, "COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 78.2: 769-807, s. 781.

<sup>38</sup> YAYLA, s. 112.

istimval yetkisinin kanunla verilmesi gerekir. Kanunda bu yetki, ülke geneli için Cumhurbaşkanına, diğer durumlar içinse mahallin en yüksek mülki idare amirine verilebilir. Ancak bu durum bilimsel bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden oluşturulacak bilim kurulunun tavsiyesi üzerine Sınai Mülkiyet Kanunu'nun kamu sağlığı nedeniyle zorunlu patent lisansı verilmesine dair maddesinde öngörüldüğü gibi Sağlık Bakanlığına bu konuda bir teklifte bulunma yetkisi verilebilir. Bu yetkinin olağanüstü durum süresi ile sınırlı olması gerekir.<sup>39</sup> Örneğın, Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, yetkinin kullanılma süresini afetin sona ermesinden itibaren 15 gün olarak belirlemiştir.

## 2. Şekil

İstimvale dair hükümler ihtiva eden bazı kanunlar idari işlemin şekil ve usulü ile ilgili hükümler de ihtiva etmektedir. İlgili kanunda düzenlenen şekil ve usule göre istimval işleminin tesis edilmelidir. Bakanlar Kurulunun MKK gereğince alacağı istimval kararları bir hazırlık safhasına tâbi tutulmuştur. Bakanlar Kurulunca bu konuda alınacak kararları hazırlamak ve bakanlıklar arasındaki iş birliğini sağlamak üzere bir komisyon kurulması öngörülmektedir. Bakanlar Kurulunca istimval konusunda alınacak kararların bu heyet tarafından hazırlanması gerekir. Aksi durumda alınacak kararlar şekil ve usul açısından sakat olacaktır.<sup>40</sup>

İstimval yapılırken istimval edilen malların miktarı, niteliği, karşılığı gibi durumların belirtildiği yazılı ve imzalı belgelerin düzenlenmesi gerekir. Bu belgelerin işleminin gerçekleştirilen kamu görevlileri ile malları istimval edilenler tarafından imzalanması gerekir.<sup>41</sup> Kamu sağlığı olağanüstü durumu nedeniyle istimvale karar verildiğinde de istimval edilecek tıbbi malzemelerin türü, niteliği, miktarı ve diğer özelliklerinin düzenlenecek belge ile belirlenmesi gerekir. Bu belgelerin düzenlenmesine ilişkin kuralların ise bir düzenleyici işlemle belirlenmesi hukuken doğru olacaktır. İşlemlerin yazılı bir şekilde yapılması hak arama hürriyetinin kullanılması açısından da büyük önemi haizdir.

<sup>39</sup> YAYLA, s. 121.

<sup>40</sup> ONAR, s. 1578.

<sup>41</sup> YAYLA, s. 128-129.

Fransa'da Koronavirüs salgını nedeniyle değişiklik yapılan Kamu Sağlığı Kanunu m. L3136'da istimvale tabi maskelerin, kullanılamaz, elden çıkarılamaz veya ihraç edilemez olduğu ve buna aykırı hareket edenlerin altı ay hapis ve 10.000 € 'ya kadar para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu Kanun, bu taleplerin uygulanmasına yönelik pratik düzenlemeleri içermemektedir. Buna karşılık, bu konuda Fransız Savunma Kanunu'nun hükümler bulunmaktadır. Bu kanunun L.2213-1 ve sonraki maddeleri ile R.2213-1 ve sonraki maddeleri, kanunla öngörülen durumlarda ülkenin ihtiyaçlarını karşılamak için mal ve hizmetlerin istimval edilmesi için geçerlidir. Özellikle, Fransız Savunma Kanunu'nun R.2213-4. maddesi, hizmetin niteliğini, miktarını veya süresini, mal veya hizmet sağlayıcının seçilmesini, istimvalin tarihini ve yerini içermesi gereken bir belge oluşturulmasını öngörmektedir. 13 Mart 2020 Kararnamesi'nin bu unsurlar ile ilgili herhangi bir ayrıntı içermediği ve bu tedbirin ilgili teşebbüsler için uygulanmasında sorunlar yaşanabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, Fransız Kamu Sağlığı Kanunu'nun L.3131-8. maddesi istimvalin karşılığının ödenmesi konusunda açık olmadığı ve Covid-19 salgını ile mücadeleyi amaçlayan olağanüstü hâl yasası, Fransız Halk Sağlığı Kanunu'nun L.3131-8. maddesine bir cümle ekleyerek belirsizliği ortadan kaldırıldığı ifade edilmektedir. Fransız Savunma Kanunu m. R.2234-1'de öngörülen tazminat, sağlık konularındaki istimval için geçerli olacaktır. Sonuç olarak, sağlık nedenleriyle malı istimval edilen kişi, tazminattan efektif maliyet (kayıplar) yani istimvalin kendisine yüklediği maddi, doğrudan ve belirli kayıpla sınırlı olarak faydalanabilecektir. Bu tazminat, beklenen kâr ve faydayı içermemektedir.<sup>42</sup> Bu hükümler önerilen kanunda istimvalin karşılığı ile ilgili kurallar konulurken dikkate alınabilir.

### 3. Sebep

İstimvalin sebebi, istisnaî, olağanüstü ve geçici nitelikteki kolektif ihtiyaçların tatminidir. İstimval; seferberlik, doğal afetler ve kıtlık gibi kamu hizmetlerini belirli bir süre ve ciddi olarak aksatan olağanüstü ve buhranlı hallerde, ya önceden yokken bu haller dolayısıyla ortaya çıkan,

<sup>42</sup> BEN KHELİL Kawthar, Covid-19: Requisition Regime for Respiratory Masks, Lexology, <https://www.lexology.com/library>.

ya da önceden var olup da tatmini imkânsızlaşmış veya çok güçleşmiş olan kolektif ihtiyaçların tatmini amacına yönelmiş bir işlemdir. Bu yola olağanüstü zamanlarda başvurulabilir. Toplumun belirli bir andaki ihtiyacının karşılanması maksadı güdülmektedir. Taşınırın temini taşınmazlar kadar zor olmamakla birlikte olağanüstü şartların geçerli olduğu belirli bir dönemde taşınır ihtiyacını karşılamak da mümkün olmayabilir. Ancak olağanüstü şartlar dışında bu ihtiyaç üretim, satın alma vb. yollarla giderilebilir çünkü taşınır üretilir ve çoğaltılabilir. Dolayısıyla istimval, ikincil bir mal edinme usulüdür.<sup>43</sup>

İstimvalin uygulanması fevkalâde hallere münhasırdır. MKK'ya göre fevkalâde haller:

- Umumî veya kısmî seferberlik,
- Devletin bir harbe girmesi ihtimali,
- Türkiye Cumhuriyeti'ni de alâkalandıran harp halleridir.

Kanun bu hallerin nasıl tespit edileceğini de göstermiştir. Bakanlar Kurulu fevkalâde hallerin ortaya çıkması üzerine bu kanunla kendisine verilen görev ve yetkilerin kullanılmasını gerektiğini görünce derhal kanunu uygulayarak durumu ilan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine arz eder. Olağanüstü / fevkalâde halin bu şekilde tespit edilmiş olması istimvalin sebebi olabilir.<sup>44</sup> Salgın sebebiyle istimvale karar verilmesi için salgının bir olağanüstü durum olarak kabul edilmesi gerekir. Olağanüstü haller ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili ÇAĞLAYAN, kavramın olağanüstü hâl, savaş ve seferberlik gibi halleri kapsadığını ifade etmektedir.<sup>45</sup>

#### 4. Konu

İstimvalin konusu, taşınırın mülkiyeti veya kullanımının, taşınmazların ise sadece kullanımının idareye geçmesidir. Ayrıca fertlere çalışma yükümlülüğü getirilmesidir. İstimval, bir işletmeye kamu yararına işletilmek üzere el konmasını içermekle beraber bu işlem, geçici niteliktedir ve teşebbüsün mülkiyetini etkilemez.<sup>46</sup> MKK'ya göre istim-

<sup>43</sup> KUTLU GÜRSEL, s. 42.

<sup>44</sup> ONAR, s. 1578.

<sup>45</sup> ÇAĞLAYAN, s. 703.

<sup>46</sup> AZRAK, Millîleştirme ve İdare Hukuku, s. 60.

valin konusu, bazı taşınırın mülkiyetinin veya bazı işletmelerin geçici olarak işletmesinin idareye geçmesidir.<sup>47</sup> Anayasa'nın 35. maddesinde teminat altına alınan mülkiyet hakkı, iktisadi değer ifade eden ve parayla kıymetlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını içermektedir.<sup>48</sup> Bu çerçevede mülk olarak değerlendirilmesinde şüphe bulunmayan taşınır ve taşınmazlar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikrî haklar da mülkiyet hakkının kapsamında kabul edilmektedir.<sup>49</sup>

## 5. Amaç

İstimval, istisnai, olağanüstü ve geçici nitelikteki kolektif ihtiyaçların tatmini amacıyla gerçekleştirilen bir idari işlemdir. İşlemin sebep ve maksat unsurları birbirine bağlıdır.<sup>50</sup> İstimval, olağanüstü durumlardan kaynaklanan bazı kolektif ihtiyaçların giderilmesi için başvuru bir tedbirdir.

MKK'nın 1. maddesinde hükümete tanınan istimval yetkisinin hangi amaçla verildiği açık bir şekilde gösterilmiştir: *"fevkalâde hallerde Devletin bünyesini iktisat ve millî müdafaa bakımından takviye maksadı ile"* bu yetki tanınmış olduğuna göre böyle bir amaca ilişkin olmayan istimvaler hukuken batıldır.<sup>51</sup>

İstimval An. m. 35'te düzenlenen mülkiyet hakkının sınırlanması niteliğinde olduğundan yapılan sınırlamanın kamu yararı nedeniyle yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesi, kamuya açık bir parkta spor alanı oluşturulmak üzere kamulaştırılan bir taşınmazın spor alanına dönüştürülmeyip ticari alana dönüştürülerek üçüncü kişilere satılmasının kamu yararı amacı dışında bir müdahale olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak AYM, yapılan müdahale bakımından kamu yararı amacının somut olarak gerçekleştirilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin An. m. 35'te teminat altında alınan meşru amaç unsurunu taşımadığını hüküm altına almıştır.<sup>52</sup> İstimval de mülkiyet hak-

<sup>47</sup> ONAR, s. 1578.

<sup>48</sup> AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, R.G. 15.7.2015- 29417, § 20

<sup>49</sup> Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60.

<sup>50</sup> YAYLA, s. 146.

<sup>51</sup> ONAR, s. 1578.

<sup>52</sup> *"Somut olayda kamu yararı kararında açıklanan amaç kamuya açık bir parkta spor alanı oluşturmak olup bu amaçla imar düzenlemesi ve kamulaştırma işlemi yapılmıştır. Kamulaştır-*



kına kamu yararı amacı ile yapılan bir müdahale olduğuna göre salgın nedeniyle yapılacak istivali düzenleyen kanunda bu kamu yararı amacının ne olduğunun ve bu amaca uygun kullanılmaması halinde bunun müeyyidesinin ne olacağının düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Kamu yararının gerekleriyle ile mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerekir. Danıştay, imar planıyla kamunun kullanımına ayrılmasına rağmen beş yıl geçtiği halde kamulaştırılmayan bir taşınmazla ilgili olarak idarenin kamu hizmetleri için ihtiyaç duyulan ve kamulaştırılması gereken taşınmazları belirlerken, ödenek durumunu ve hizmete duyulan ihtiyaç çerçevesinde hizmetin ivediliğini dikkate alarak kamunun kullanımına ayrılacak taşınmazları belirlemesi gerektiğine aksi durumun belirtilen adil dengenin bozulması ve mülkiyet hakkının belirsizliğe itilmesi anlamına geleceğine hükmetmiştir.<sup>53</sup> İstimvalin de

---

*tırma işlemleri yapıldıktan sonra ise başvuruçunun payının bulunduğu taşınmaz, bu kamu yararı amacının gerektirdiği şekilde spor alanına dönüştürülmemiş, kamulaştırma işleminin yapıldığı tarihten yaklaşık yedi ay gibi kısa sayılabilecek bir süre içerisinde ticari alana dönüştürülerek bu taşınmazın bir bölümü üçüncü kişilere satılmıştır. Diğer bir deyişle idare, kamulaştırılan taşınmaz yönünden kamu yararı kararında belirtilen amacı gerçekleştirmediği gibi esasında bu taşınmazı herhangi bir başka kamu yararı amacı doğrultusunda dahi kullanmamıştır. Üstelik Büyükşehir Belediyesi imar planında "spor alanı" olduğu gerekçeyle kamulaştırdığı taşınmazın imar durumunu "ticari alan" olarak değiştirmiş, kamulaştırılan taşınmaz yönünden yaptığı bu değişlikle bir artı değer oluşturmuş ancak bu artı değerden başvuruçuyu yoksun bırakarak taşınmazın bir bölümünü bu şekilde özel kişilere devretmiştir. Buna göre idare, kaynağını Anayasa ve yasalardan alan imar düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemleriyle yöntemince kamu yararına dayalı olarak mülkiyetini devraldığı taşınmaz bölümünü, başvuruçuyu mülkiyetinden yoksun bırakmaya yol açan bu işlemlerin dayandığı kamu yararı amacını somut olarak gerçekleştirmeden devretmek suretiyle başvuruçunun meşru bir rızası da olmadan sadece yararına gelir sağlayıcı bir mülkiyet transferine yol açmıştır. Dolayısıyla başvuruçunun taşınmazdaki payına ilişkin mülkiyet hakkına kamulaştırmanın dayandığı kamu yararı amacı bulunmadan müdahale edilerek Anayasa'nın 35. maddesindeki güvencelere aykırı olarak başvuruçuyu mülkiyetten yoksun bırakılmıştır. Sonuç olarak kamulaştırma yoluyla yapılan müdahale bakımından kamu yararı amacının somut olarak gerçekleştirilmemesi nedeniyle başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan meşru amaç unsurunu taşımadığı kanaatine varılmıştır. Başvuruçunun mülkiyet hakkına meşru amaç unsuruna gerçekleşmeden müdahalenin yapıldığı sonucuna varılmakla ayrıca orantılılık incelemesi yapılmasına gerek görülmemiştir"; Nusrat Külâh, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, § 68.*

<sup>53</sup> "Dava konusu olan uyuşmazlığa dair olarak yukarıda açıklanan hukuki sonuca varıldıktan sonra, davalı idarenin, özellikle İstanbul, Ankara gibi metropoller için yapılmış imar planlarında kamunun kullanımına ayrılmış olan yerlerin tümünün aynı anda imar programlarına alınamayacağı, dolayısıyla hepsinin birden kamulaştırılmayacağı, mali ve idari yönden

ivedi durumlarda uygulanması gerektiği de dikkate alınarak idarenin kullanımına geçecek taşınmazların ve idarenin kullanımına veya mülkiyetine geçecek taşınırın belirlenmesi, kişilerin mülkiyet haklarına belirsizlik getirmeyecek surette yapılmalıdır. Dolayısıyla ayrıntıları düzenleyecek düzenleyici işlemlerin buna göre hazırlanması önem arz etmektedir.

## VI. DEĞERLENDİRME

İstimvalin hukuka uygun olabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

- Karşılığının ödenmesi,
- Belirli bir usule uygun hareket edilmesi,
- Kanunla yapılması,
- Geçici süreli olması,
- Olağanüstü şartların olması,
- Başka türlü temin imkanının bulunmaması,
- Yargı yolunun açık olması.<sup>54</sup>

Olağanüstü dönemler dışındaki olağanüstü durumlarda getirilen mal ve çalışma yükümlülükleri ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında Anayasanın 13. maddesi uygulanacaktır.

Yapılacak kamu sağlığı kanununun hukuki belirliliği sağlaması gerekir. Alınan kararların muhataplarına nasıl ve ne zaman duyurulacağı

---

*bunun imkan dahilinde olmadığı yolundaki iddialarının da değerlendirilmesi gerekli görülmemiştir.5393 Sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinde, hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırasının belirlenmesinde, belediyenin mali durumu yanında hizmetin ivediliğinin dikkate alınacağı kuralına yer verilmiştir. Ayrıca 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde, idarelerce yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanılmayacağı kuralı yer almıştır. Bu kurallar uyarınca, imar planlarını hazırlamakla yükümlü olan idarelerin, ilgili diğer idarelerle koordinasyon içinde hareket ederek, gerek imar planlarının, gerek imar programlarının hazırlanması aşamasında, kamu hizmetleri için ihtiyaç duyulan ve kamulaştırılması gereken taşınmazları belirlerken, ödenek durumunu ve hizmete duyulan ihtiyaç çerçevesinde hizmetin aciliyetini dikkate alarak kamunun kullanımına ayrılacak taşınmazları belirlemesi, kamu yararının gerekleriyle mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmaması ve mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itilmemesi, dolayısıyla uyumsuzluklara neden olunmaması için hukuka uygun bir yöntem olacaktır. Bu durumda, davaya konu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir". Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2010/342 K. 2013/4255 T. 25.11.2013, www.lexpera.com.tr.*

<sup>54</sup> ÖRÜCÜ, s. 157-158.

düzenlenmelidir. Yayınlanmayan ve tedbirin alınmasından birkaç saat önce medya ve internet aracılığıyla duyurulan düzenlemeler ile hukuki belirlilik/kesinlik sağlanamaz.<sup>55</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa m. 13'te düzenlenen sınırlama rejimine uygun hareket edildiği takdirde kanuni dayanak olmak kaydıyla olağanüstü durumlarda istimval mümkündür. İstimval, olağanüstü dönemler ile sınırlı bir mal edinme usulü değildir.<sup>56</sup> Dolayısıyla An. m. 13'e uygun olmak kaydıyla olağanüstü durumlarda mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebilir. Olağanüstü dönemlerde getirilen mal ve çalışma yükümlülükleri ise An. m. 15'e uygun olmak şartıyla daha sınırlandırıcı mahiyettedir.<sup>57</sup>

Genel olarak salgın sebebiyle istimval yapılabileceğinin kanunla öngörülmesi, olağanüstü durumun ve istimval ihtiyacının varlığının yürütmenin başı olan cumhurbaşkanınca karara bağlanması, bu kararın meclise sunulması, sağlık bakanlığı tarafından veya taşrada valilik ve kaymakamlıklar tarafından kurulacak komisyonlar tarafından kimlerden, nelerin istimval edileceğine karar verilmesi, istimval edilecek malların niteliği, miktarı ve bedeline ilişkin tutanakların düzenlenmesi gerekir. Cumhurbaşkanı kararı ve komisyon kararlarının olağanüstü durumun varlığı, ihtiyacın kolektif ve istisnai niteliği gibi konularda idari yargıda denetlenebilmesi mümkündür. Bedele ilişkin ihtilafların ise adli yargıda görülmesi gerekir. İstimval, salgın süresinde uygulanabilecek bir usuldür. Dolayısıyla alınan kararların olağanüstü durum sonrasında herhangi bir hukuki sonucunun olmaması gerekir.

Fransa'da Kamu Sağlığı Kanunu m. L3131 ile başbakana diğer yetkilerin yanı sıra hastalara uygun ilaçların ulaştırılabilmesi için gereken tüm tedbirleri alma ve sağlık olağanüstü hali/durumu ile mücadele için gerekli tüm mal ve hizmetlerin istimvali yetkisi verilmiştir. Fransa'da, covid-19 salgınıyla başa çıkmak için 23 Mart 2020 tarih ve 2020-290 sayılı Kanun ile Kamu Sağlığı Kanunu'na L.3131-15 maddesi eklenmiştir. Bu

<sup>55</sup> GROGAN, Joelle: *Power, Law and the COVID-19 Pandemic – Part I: The Year of Pandemic*, *VerfBlog*, 2021/5/15, <https://verfassungsblog.de/power-law-and-the-covid-19-pandemic-part-i-the-year-of-pandemic/>, DOI: 10.17176/20210515-211106-0.

<sup>56</sup> YAYLA, s. 42.

<sup>57</sup> YAYLA, s. 78.

madde kamu sağlığı nedeniyle acil / olağanüstü durum ilan edildiği takdirde kamu sağlığını korumak amacıyla başbakana sağlık felaketiyle mücadele için gerekli tüm mal ve hizmetlerin istimval edilmesi yetkisi vermektedir. Yine sağlık felaketinin ortadan kaldırılması için hastalara gerekli ilaçların temin edilmesi gerekli tüm tedbirleri almak yetkisi de başbakana verilmiştir. Bu tedbirler, karşılaşılan sağlık tehdidiyle orantılı, zaman ve yerin koşullarına uygun olmalıdır. Ayrıca bu tedbirler artık gerekli olmadığında gecikmeden sonlandırılmalıdır.<sup>58</sup> 2020-293 Sayılı Kararname ile sağlık profesyonelleri için maske istimval edilmiştir. 2020-337 Sayılı Kararname ile ise ağrı kesici, antibiyotikler gibi ilaçları da kapsayacak şekilde istimvalin kapsamı genişletilmiştir. İdarenin güvenliği sağlamak için aldığı tedbirlerin paradoksal biçimde hukuki güvensizliğe sebep olduğu ifade edilmektedir. Uygulanacak mevzuatın istikrarsızlığı, devamlı değiştirilmesi ve normlar hiyerarşisinde farklı seviyelerde tedbir alınması hukuki belirsizliğe yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Salgınla mücadele sürecinde alınan tedbirlerin belirlenmesi, uygulanması ve denetlenmesinde meclisin ve yargının rolünün artırılması gerekir. Tedbirlerin belirlenmesinden sonra uygun olan en kısa zamanda meclisin bilgisine sunulması yoluyla meclis denetimine imkân verilmesi hukuken doğru olacaktır. Alınan tedbirlerin yargısal denetiminin gerçekleştirilmesinde de mahkemelerin gerek salgın şartları gerekse de bu konudaki isteksizliklerinden dolayı gerekli rolü üstlenmedikleri ifade edilmektedir. Yürütme/idare tarafından alınan tedbirlerin siyasi ve yargısal denetiminin çok zayıf olduğu belirtilmektedir. Temel hak ve hürriyetlere bu şekildeki devamlı bir müdahalenin hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü açısından bir gerileme olduğu ifade edilmektedir. Diğer bir eleştiri de vatandaşların yürütmenin gücüne karşı pasif kalarak daha az özgür olmayı kabul ettiği yönündedir. İdari yargının da maske zorunluluğu uygulamasına dair tedbirin hukuka uygunluğunun değer-

---

<sup>58</sup> POCHART Francois, RAULINE Mathilde, VERTEVILLE Océane de La, "Compulsory licenses granted by public authorities: an application in the Covid-19 crisis in France", *Kluwer Law Blog*, <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/23/compulsory-licenses-granted-by-public-authorities-an-application-in-the-covid-19-crisis-in-france-part-1/>.

lendirdiği bir davada uygulamanın gerekliliği ve orantılılığını değerlendirmemesi eleştirilmiştir.<sup>59</sup>

Yapılması önerilen kanunda salgının süresi ile sınırlı olarak istimval yetkisinin verilmesi gerekir. Ayrıca sadece salgın olması bir ihtiyacın istimval usulüyle karşılanması için yeterli değildir. Salgın sebebiyle ortaya çıkan bu kolektif ihtiyacın başka türlü karşılanma imkânı kalmamış olmalıdır. Bu teminatlar istimvalin mülkiyet hakkının özüne dokunulmamasını sağlamaya hizmet edebilir.<sup>60</sup> Salgın sebebiyle ortaya çıkan kolektif bir ihtiyacın varlığının tespitinin bu konuda uzman bir komisyon tarafından yapılması, daha sonra Sağlık Bakanlığı tarafından bu konuda bir teklif hazırlanarak Cumhurbaşkanlığına iletilmesi ve bu makam tarafından da istimvale karar verilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Salgınla mücadele için çıkarılan kanunların (Korona Kanunları) da tüm sorunları çözdüğünü söylemek de mümkün değildir. Bu kanunların olağanüstü durum ortaya çıkmadan yapılması gerekir. Olağanüstü durum başladıktan sonra yapılan kanunlar idareye geniş bir takdir yetkisi verilmesi, meclis denetimi eksikliği, idareye belirsiz ve açık uçlu yetkiler verilmesi gibi hukuki sorunlar ihtiva etmektedir. Bu kanunlarla kalıcı değişiklikler yapılabilmesi ve bunların olağan dönemi ve yönetimi etkilemesi de başka bir hukuki sıkıntı olarak ifade edilmektedir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin Covid-19 Salgınına Etkili ve Hak Temelli Bir Müdahaleden Gelecek İçin Dersler başlıklı 2329 (2020) sayılı kararında da kamu sağlığının korunması alınan tedbirlerin uygulanmasında insan hakları ve insan onurunu ihlal eden idari aşırılıktan, orantısız ve gereksiz olarak sınırlayıcı önlemlerden ve her türlü ayrımcılıktan kaçınılması tavsiye edilmiştir. Kararda meclislerin yürütmenin işlemlerini denetlemedeki temel görevlerinin yeniden teyit edilmesi

<sup>59</sup> BASİLİEN-GAİNCHÉ, Marie-Laure: French Response to COVID-19 Crisis: Rolling into the Deep, *VerfBlog*, 2021/3/18, <https://verfassungsblog.de/french-response-to-covid-19-crisis-rolling-into-the-deep/>, DOI: 10.17176/20210318-154150-0.

<sup>60</sup> AKÇA, Kürşat, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6.3: 543-596.s. 573, 576.

ve onlara bu görevi yerine getirmek üzere gerekli bilgi ve teknik araçların sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>61</sup>

## SONUÇ

İstimval, olağanüstü durumlarda kişilere para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilmesi şeklinde ortaya çıkan bir idari işlemdir. Koronavirüs salgını istimval açısından olağanüstü durum olarak kabul edilebilir. İstimvalin uygulanması için olağanüstü hâl ilan edilmesi gerekmediği kanaatindeyim. Ancak istimval mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlama olduğundan bu sınırlama An. m. 13'e uygun bir şekilde gerçekleşmelidir.

Bundan sonra yeni salgınlar olmasının kuvvetle muhtemel olması ve normalleşme aşamasında dahi salgının etkilerinin devam edecek olması ve kamu sağlığına yönelik tehditlerin gün geçtikçe artması ve karmaşıklaşması kamu sağlığı kanununun önemini daha da arttırmaktadır. Olağanüstü durum ortaya çıkmadan böyle bir kanunun yapılması gerekir. Çünkü olağanüstü durumun şartları içinde yapılan kanunlar hukuki belirlilik ve kesinliği sağlamakta yetersiz kalacaktır. Ülkemizde ve diğer ülkelerde getirilen eleştirilerden biri de salgınla mücadele için alınan tedbirlerin tamamen yürütme tarafından alınması ve uygulanmasıdır. Olağanüstü durumun doğası, güçlü bir yürütmeyi gerektirmektedir. Ancak bu durum, yasama ve yargının etkisizleştirilmesine ve süreçte rol alamamalarına neden olmamalıdır. Yapılacak kanunda yürütme tarafından alınan tedbirler ile ilgili meclisin bilgilendirilmesi ve hatta belirli durumlarla ilgili onayının alınması zorunluluğunun getirilmesi

<sup>61</sup> "8.7. Kamu sağlığının uygulanmasında insan haklarını veya insan onurunu ihlal eden idari aşırıktan, orantısız ve gereksiz yere baskıcı önlemlerden ve ayrıca her türlü ayrımcılıktan kaçınmak engelli kişilere ve yaşlılara karşı ayrımcılığa özel önem vererek, özellikle ayrımcı triyaj sistemlerinden kaçınmaya yönelik önlemler;

8.8. Parlamentoların hükümet eylemlerini denetleme görevlerindeki temel rolünü yeniden teyit etmek ve onlara hem teknik araçları hem de gerekli bilgi seviyesini sağlayarak bu görevi tam olarak yerine getirebilmelerini sağlamak." Resolution 2329 (2020) Lessons for the future from an effective and rights-based response to the Covid-19 pandemic, <http://assembly.coe.int/>.

yerinde olacaktır. Ayrıca kanunda etkili ve hızlı bir yargısal denetime olanak veren düzenlemelerin yer alması gerekir.<sup>62</sup>

Önerilen kamu sağlığı kanununun istimvalle ilgili hükümleri açısından öncelikle olağanüstü durumun varlığını, bunun neticesi olan kolektif ihtiyacı ve bu ihtiyacın başka bir yolla karşılanma imkanının kalmadığını karara bağlayacak makamın belirlenmesi gerekir. Önerimiz yeni hükümet sisteminde yürütmenin başı olarak bu yetkinin cumhurbaşkanına verilmesidir. Ancak bu konu bilimsel bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden daimî bir bilim kurulu kurulması ve bu kurulun tavsiyesi üzerine Sağlık Bakanlığının teklifi ile bu kararın alınması daha yerinde olacaktır. Dolayısıyla salgın hastalık gibi sağlıkla ilgili bir olağanüstü durumun ortaya çıkması halinde istimvale kimin karar vereceği, hangi malların istimval edilebileceği ve istimvalde nasıl bir usulün izleneceğinin kanunda belirtilmesi gerekir. Bu konuların kanunda açıkça öngörülmesi; kurulacak komisyonların nasıl kurulacağı, düzenlenecek tutanakları neleri ihtiva edeceği gibi konuların da düzenleyici işlemlerle belirlenmesi hukuken sağlıklı olacaktır. Kamunun sağlığının yanında hukuk devletinin sağlığının da korunması gerekir.

---

<sup>62</sup> Fransız hukukundaki *référé-liberté* gibi bir usulün kabul edilmesi uygun olabilir. Bkz. ŞİRİN, Memduh Cemil, "Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ının 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın İncelenmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 19: 103-114, s. 109.

## KAYNAKLAR

- AKÇA, Kürşat, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6.3: 543-596.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- ATAKAN Murat Can, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018; 26(2): 397-441.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.
- AZRAK, Ali Ülkü, Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- AZRAK, Ülkü, “Millileştirme Kavramı Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, 1.2; 47-58.
- BASİLİEN-GAÏNCHE, Marie-Laure: French Response to COVID-19 Crisis: Rolling into the Deep, VerfBlog, 2021/3/18, <https://verfassungsblog.de/french-response-to-covid-19-crisis-rolling-into-the-deep/>, DOI: 10.17176/20210318-154150-0.
- BEN KHELİL Kawthar, Covid-19: Requisition Regime for Respiratory Masks, Lexology, <https://www.lexology.com/library>.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- DORU, Seyit Rasim, “COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 78.2: 769-807.
- GEMALMAZ, Burak, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, MRK Baskı ve Tanıtım, Ankara, 2018.
- GÖZLER, Kemal/ KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, 2020.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- GROGAN, Joelle: Power, Law and the COVID-19 Pandemic – Part I: The Year of Pandemic, VerfBlog, 2021/5/15, <https://verfassungsblog.de/power-law-and-the-covid-19->



pandemic-part-i-the-year-of-pandemic/  
10.17176/20210515-211106-0.

DOI:

- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- KAPLAN, Gürsel, "Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan, Sayı: 2004/1-2, s. 167-188 (2004), <https://www.idare.gen.tr/kaplan-tasinmaz.htm>.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin, Ankara, 2012.
- OĞURLU, Yücel. AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi. Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, 485-522.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.
- ÖRÜCÜ, Esin, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 41.3-4: 145-161.
- ÖZTUNÇ, Hikmet, İdare Hukukunda İstimvalin Hukuki Rejimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE., 2015.
- POCHART Francois, RAULİNE Mathilde, VERTEVİLLE Océane de La, "Compulsory licenses granted by public authorities: an application in the Covid-19 crisis in France", Kluwer Law Blog, <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/23/compulsory-licenses-granted-by-public-authorities-an-application-in-the-covid-19-crisis-in-france-part-1/>.
- YAYLA, Ahmet, Türk İdare Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- YÜZBAŞIOĞLU, Cihan, İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.



**Karar İncelemeleri**  
**Reviews of Judgment**





## UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ'NİN 2020/479 E., 2020/626 K. SAYILI VE 26.10.2020 TARİHLİ VAKIF ÜNİVERSİTESİNDE ÇALIŞAN ÖĞRETİM ÜYESİNİN ALACAK TALEPLİ AÇTIĞI DAVANIN "İDARİ YARGI" YERİNDE ÇÖZÜMLENMESİ GEREKTİĞİNE İLİŞKİN VERİLEN KARARIN İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI\* Arş. Gör. Sevde BULUN TOKKAŞ\*\*

### Öz

Vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanları ile vakıf üniversitesi arasında kurulan sözleşmenin niteliği hakkında Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle vakıf üniversitesi öğretim elemanlarının sözleşmesinin niteliği ile ilgili verilmiş birçok karar vardır. Konu, öğretilerde tartışmalıdır. Vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanının sözleşmesinin niteliği bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda görevli yargı yolunun tespiti için de önemlidir.

Çalışmamızda incelenen Uyuşmazlık Mahkemesi kararına göre, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanı kamu hukukuna tabi olarak, idari sözleşme ile çalışır. Bu nedenle de, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta idari yargı yeri görevlidir. Ancak karar tartışmaya açıktır. Vakıf üniversitesinin kamu tüzel kişiliğine sahip olması ve akademik personelin faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde

\* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., KTO Karatay University Faculty of Law, Department of Labor and Social Security Law, Konya, Turkey

✉ yalcin@bostancihukuk.com • ORCID 0000-0003-0574-1935

\*\* Arş. Gör., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Res. Asst., KTO Karatay University Faculty of Law, Department of Labor and Social Security Law, Konya, Turkey.

✉ sevde.bulun@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0002-6634-4530

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: BOSTANCI Yalçın / BULUN TOKKAŞ Sevde, "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2020/479 E., 2020/626 K. Sayılı ve 26.10.2020 Tarihli Vakıf Üniversitesinde Çalışan Öğretim Üyesinin Alacak Talepli Açtığı Davanın "İdari Yargı" Yerinde Çözümlemesi Gerektiğine İlişkin Verilen Kararın İncelenmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2657-2678.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

olması sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Söz konusu akademik personel, iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. İş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda adli yargı yeri olan iş mahkemeleri görevlidir.

### **Anahtar Kelimeler**

Uyuşmazlık Mahkemesi • Akademik Personel • Vakıf Üniversitesi • İş Sözleşmesi • İdari Hizmet Sözleşmesi

## **EXAMINATION OF THE DECISION OF COURT OF JURISDICTIONAL DISPUTE (2020/479 E., 2020/626 K. NUMBERED AND 26.10.2020 DATED) REGARDING THE CASE FILED BY THE ACADEMIC STAFF WORKING AT FOUNDATION UNIVERSITY WITH A REQUEST FOR RECEIVABLES SHOULD BE RESOLVED AT THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION**

### **Abstract**

There is no regulation in the Law regarding the nature of the contract established between the academic staff working at foundation universities and the foundation university. For this reason, there are many decisions regarding the quality of the contract of academic staff working at foundation universities. This subject is controversial in doctrine and judgement. The quality of the contract of the academic staff working at foundation universities is also important for determining the judicial remedy in disputes arising from this contract.

According to the decision of the Court of Jurisdictional Dispute examined in our study, the academic staff working at the foundation universities works with an administrative contract, subject to public law. Therefore, the administrative jurisdiction is in charge of the dispute arising from the contract. However, the decision is up for debate. The fact that the foundation universities have a public legal personality and the activity of the academic staff is a public service is not sufficient for the contract to be accepted as an administrative contract. The mentioned academic staff works with an labor contract. In disputes arising from the labor contract, the labor courts with judicial jurisdiction are in charge.

### **Key Words**

Court of Jurisdictional Dispute • Academic Staff • Foundation University • Labor Contract • Administrative Service Contract

## **GİRİŞ**

Yükseköğretim Kurumları Kanunu Ek madde 5/2'e göre, mütevelli heyet vakıf üniversitesinde görev yapan öğretim elemanlarının sözleşmelerini yapar ve atamalarını ve görevden almalarını onaylar. Buna

göre, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanı kendisiyle yapılan sözleşme ile çalışır. Ancak Kanun ve ilgili diğer mevzuatta bu sözleşmenin niteliği hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. Sözleşmenin niteliğinin belirsiz olması gerek yargı kararlarında gerekse öğretilerde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararına konu olan olayda, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim üyesi sözleşmesinin feshi nedeniyle yoksun kaldığını ileri sürdüğü parasal hakların talebi istemiyle önce idari yargıda dava açmış ancak bu dava görevsizlik yönünden reddedilmiştir. Daha sonra adli yargıda açılan davada da verilen görevsizlik kararı nedeniyle olumsuz görev uyuşmazlığı doğmuş ve bu uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararına göre, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanının sözleşmesi idari sözleşme niteliğindedir ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda idari yargı yeri görevli olmalıdır.

Çalışma kapsamında Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilmiş ve çalışmamızda incelenecek olan kararın tam metni yer almakta olup, öncelikle karara konu olan olayın tespiti, yargı yerlerince verilen kararlar, konuyla ilgili mevzuat hükümleri ve öğretilerdeki görüşler incelenmiş, son olarak karara ilişkin hukuki değerlendirmede bulunulmuştur.

## I. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Uyuşmazlık Konusu ve Mercii Kararları

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 26.10.2020 tarihli, 2020/479 E., 2020/626 K. sayılı kararına konu olan olayda, vakıf üniversitesinde görev yapan öğretim üyesi, idari yargıda (Trabzon 1. İdare Mahkemesi) açtığı davada, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı iddiasıyla yapılan işlemin iptalini ve yoksun kaldığı parasal hakların kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Trabzon 1. İdare Mahkemesi, davanın parasal hakları kısmı yönünden adli yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle davayı görev yönünden reddetmiş ve verilen bu karar kesinleşmiştir.

Davacı bu kez iş sözleşmesinin feshi nedeniyle yoksun kaldığını ileri sürdüğü parasal haklarının tahsili istemiyle adli yargı yerinde (Trabzon 1. İş Mahkemesi) dava açmıştır. Trabzon 1. İş Mahkemesi, da-

vayı kabul etmiş ve davacıya talep ettiği alacakların hesaplanacak yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar vermiştir. Trabzon 1. İş Mahkemesi tarafından verilen bu karar, davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olduğunu belirtmiş ve dava dilekçesinin yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme (Trabzon 1. İş Mahkemesi) tarafından verilen kararı bozmuştur. Buna uygun olarak Trabzon 1. İş Mahkemesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olmasından dolayı, dava dilekçesinin yargı yolunun caiz olmaması gerekçesiyle usulden reddine karar vermiş ve bu karar kesinleşmiştir.

Davacı vekili, idari (Trabzon 1. İdare Mahkemesi) ve adli yargı (Trabzon 1. İş Mahkemesi) yerlerince verilen görevsizlik kararları nedeniyle ortaya çıkan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur.

### **B. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararının Gerekçesi**

Uyuşmazlık Mahkemesi esasa ilişkin yaptığı incelemede, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu<sup>1</sup> ve Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği<sup>2</sup>ndeki vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarıyla ilgili yapılan düzenlemelere yer vererek bu öğretim elemanlarının niteliklerinin Devlet yükseköğretim kurumlarında çalışanlarla aynı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki atama şartlarının aranması ancak bunlara ek başka şartlar da getirilebileceği vurgulanmıştır. Kararda, vakıf üniversitelerinin, devlet üniversiteleri gibi bilimsel özerkliğe sahip oldukları da ifade edilmiştir. Ayrıca mahkeme esasın incelenmesinde, Anayasa<sup>3</sup> m.130, 2547 sayılı Kanun ek madde 2, ek madde 5, ek madde 8 ve Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeli-

<sup>1</sup> RG, 17506.

<sup>2</sup> RG, 26040.

<sup>3</sup> RG, 17863 (Mükerrer).



ği m.23 ile Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu<sup>4</sup> Ek madde 53'e de atıfta bulunmuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararın gerekçesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulduğunu belirterek Türkiye'nin idari yapısında kamu tüzel kişiliğinin idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanıldığına değinmiştir. Kararda ayrıca vakıf üniversitelerinin bilimsel özerkliğe sahip kuruluşlar olduğu ifade edilerek aradaki ilişkinin idari sözleşme olarak kabul edilmesinde bunun da etkisinden söz edilmiştir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amaçlarının kamu yararı, faaliyet konularının ise kamu hizmeti olduğundan yola çıkarak vakıf üniversitesinde çalışan personelin kamu hukukuna tabi olması nedeniyle, uyuşmazlığın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu<sup>5</sup> m. 2/b kapsamında idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine hükmederek, Trabzon 1. İdare Mahkemesi tarafından verilen görevsizlik kararının kaldırılmasına oybirliği ile karar vermiştir.

### C. Çözümü Gereken Hukuki Sorun ve Değerlendirme

İncelemeye konu olan Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, vakıf üniversitesinde görev yapan öğretim üyesinin sözleşmesinin feshi nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının talebiyle açacağı davada adli yargı ile idari yargıdan hangisinin görevli olduğu ile ilgilidir.

Uyuşmazlıkta görevli olan yargı yolunun belirlenmesi için önce taraflar arasında kurulan ilişkinin niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Sözleşmenin niteliğinin idari hizmet sözleşmesi mi yoksa iş sözleşmesi mi olduğu noktasında farklı görüşler bulunmaktadır<sup>6</sup>. Bu ayrımın önemi, taraflar arasında eğer bir özel hukuk sözleşmesi kurulmuşsa ortaya çıkan uyuşmazlıklarda adli yargı yoluna başvurulacak ancak idari sözleşme varsa bu takdirde uyuşmazlıklarda idare mahkemeleri görevli olacaktır<sup>7</sup>. Kanun ve diğer ilgili mevzuatta sözleşmenin niteliğine ilişkin

<sup>4</sup> RG, 18003.

<sup>5</sup> RG, 17580.

<sup>6</sup> KABAKCI, Mahmut, "Vakıf Yüksek Öğretim Kurumu Öğretim Elemanlarının Taraf Olduğu Davalarda Yargı Yolu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 398.

<sup>7</sup> ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul 1986, s. 411-413; GİRİTLİ, İsmail/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Huku-

bir düzenlemenin bulunmaması, konuyla ilgili öğretilerde ve yargı kararlarında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır<sup>8</sup>.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu Ek madde 5/2'e göre, mütevelli heyet, yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları<sup>9</sup> ile diğer personelin "sözleşmelerini" yapar, atamalarını ve görevden almalarını onaylar. Kanunda, vakıf üniversitesindeki öğretim elemanlarıyla "sözleşme" yapılacağı, "atama"larının onaylanacağı açıkça belirtilmiş ancak yapılacak sözleşmenin niteliği hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle, gerek yargı kararları gerekse öğretilerde sözleşmenin idari bir sözleşme mi yoksa bir iş sözleşmesi mi olduğu tartışılmaktadır. "Atama" işleminin idare hukukunda memurlara özgü bir işlem olması da aradaki hukuki ilişkinin tespitinde belirsizliğe yol açmıştır<sup>10</sup>. Ayrıca sözleşmenin niteliğiyle ilgili farklı görüşlerin ortaya çıkmasında, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olması ve öğretim elemanlarının kamu hizmeti görmesi de etkili olmuştur<sup>11</sup>. Zira incelemeye konu olan kararda mahkeme, uyuşmazlığın idari yargıda görülmesine temel gerekçe olarak, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olmasını ve davacının kamu hizmeti niteliğinde bir iş görmesini göstermiştir.

Anayasa m.130, üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliği<sup>12</sup> sahip olduğunu ve devlet tarafından Kanunla kurulacağını

---

ku, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2015, s. 1304, 1315; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 7. Basım, Ankara 2019, s. 439.

<sup>8</sup> KABAKCI, s. 398-399.

<sup>9</sup> Öğretim elemanları, yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir (2547 sayılı Kanun m.3/1-1).

<sup>10</sup> KABAKCI, s. 418.

<sup>11</sup> GÖKTAŞ, Seracettin, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki İlişkinin Niteliği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, Y. 2021, s. 584.

<sup>12</sup> Bilimsel özerklik hakkında geniş bilgi için bkz. İZMİRLİOĞLU, Fatma Ayça, Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017, s. 64 vd. Uyuşmazlık mahkemesi'nin incelemeye konu olan kararında bilimsel özerklik ile "yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamanın" amaçlandığı ifade edilmiştir.

düzenlemiştir. Bu anlamda, üniversiteler Kanunla kurulan, akademik kariyer mensuplarından oluşan ve kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip kuruluşlardır<sup>13</sup>. Üniversitelerin sadece devlet eliyle ve Kanunla kurulabiliyor olması nedeniyle ülkemizde özel üniversite kurulması mümkün değildir<sup>14</sup>.

Kamu hukuku tüzel kişileri, devlet tarafından kanunla kurulan, özel hukuk kişilerinden üstün konuma sahip ve kamu yararının gerçekleşmesi amacı taşıyan kişi veya mal topluluklarıdır<sup>15</sup>. Üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları Kanunla kurulmalarının bir sonucudur<sup>16</sup>. Anayasa m.130'un 2. fıkrasında, vakıflar tarafından da yükseköğretim kurumları kurulabileceği düzenlenmiştir. Anayasa'daki düzenlemeye paralel olarak 2547 sayılı Kanun ek madde 2'de de vakıflar tarafından yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerin kurulabileceği düzenlenmiş, böylece vakıf üniversitelerinin<sup>17</sup> de kurulabileceği açıkça ortaya konmuştur<sup>18</sup>. Nitekim 2547 sayılı Kanun da tanımlar başlığını taşıyan 3.maddesinde "üniversite" kavramını, devlet veya vakıf üniversitesi ayrımı yapmadan tanımlamış ve üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip yükseköğretim kurumları olduğunu belirtmiştir (m.3/1-d). Sonuç olarak, hukukumuzda devlet veya vakıf üniversitesi olması önem taşımaksızın üniversitelerin kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip kurumlar olduğu kabul edilmiştir<sup>19</sup>.

Vakıf üniversitelerine uygulanacak hükümler, Anayasa m.130, 2547 sayılı Kanun ve Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nde

<sup>13</sup> GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 526; İZMİRLİOĞLU, s. 56.

<sup>14</sup> GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 553; İZMİRLİOĞLU, s. 55.

<sup>15</sup> GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt 1, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, Bursa 2019, s. 191.

<sup>16</sup> ÇINARLI, Serkan/KİRAZ, Refik, "Vakıf Üniversitesi Personelinin Hukuki Statüsü ve Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personelle Yönelik Düzenleme Önerisi", Uluslararası Yükseköğretim Kongresi: Yeni Yönelişler ve Sorunlar Bildiri Kitabı, Editör: Durmuş Günay, Ercan Öztemel, C. 3, B. 8, s.1784.

<sup>17</sup> Vakıf üniversitelerinin unsurları hakkında bkz. İZMİRLİOĞLU, s. 71 vd.

<sup>18</sup> ÇINARLI/KİRAZ, s. 1784.

<sup>19</sup> GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 553; ÇINARLI/KİRAZ, s. 1784. Vakıf üniversitelerine kamu tüzel kişiliği tanınmaması gerektiği ve kamu tüzel kişisi olmasının personel, taşınmaz mallar ve kamulaştırma yetkisi hakkındaki sonuçlarıyla ilgili bkz. GÖZLER, Cilt 1, s. 224-226.

ve ilgili diğer mevzuatta yer alır. Anayasa m.130/son ve 2547 sayılı Kanun ek madde 2 gereği, vakıf üniversitelerine mali ve idari konular<sup>20</sup> dışında akademik çalışma, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönünden, devlet üniversitelerindeki hükümler uygulanır. Yani vakıf üniversitelerinin akademik yapısı ve işleyişi bakımından devlet üniversitelerinden bir farkı bulunmamaktadır<sup>21</sup>. Vakıf üniversiteleri de aynı devlet üniversiteleri gibi mali, idari ve ekonomik konularda yükseköğretim kurulunun gözetim ve denetimi altındadır (2547 sayılı Kanun ek m.10). Gerek Anayasa, gerekse Kanun ve yönetmelik hükümlerinden de anlaşılacağı üzere vakıf üniversiteleri mali ve idari konular dışında devlet üniversitelerine uygulanan tüm kurallara tabidir.

2547 sayılı Kanun Ek madde 8'e göre, vakıf üniversitelerindeki öğretim elemanlarının niteliği devlet üniversitesindekilerle aynıdır. İlgili hüküm, vakıf üniversitesindeki öğretim elemanlarının akademik konularıyla ilgili olduğundan bu konuda devlet üniversitesindekinden farklı bir uygulanma söz konusu olmayacaktır<sup>22</sup>. Zira, kanun vakıf üniversitelerine sadece mali ve idari konularda farklı düzenlemeler yapma hakkı tanımıştır. Ancak kanunun tanıdığı bu akademik güvence, vakıf üniversitesinde görev yapan öğretim elemanlarının devlet üniversitesindekiler gibi idari hizmet sözleşmesi çalışıyor olduğu anlamına gelmez<sup>23</sup>. Devlet üniversitesiyle eşit tutulan konu, vakıf üniversitesindeki öğretim elemanlarının akademik güvencelerdir Bunun sonucu olarak, 2547 sayılı Kanun'un m. 23-54 arasındaki hükümler vakıf üniversitesindeki öğretim

<sup>20</sup> Mali ve idari konularda getirilen istisnanın içeriğinin belirsiz olması ve bunların somutlaştırılması gerektiği yönünde görüş için bkz. KABAKCI, s. 393-394. Yazar mevzuatta "mali ve idari konu" ifadesine yer verilse de aslında mali konularında idari alan kapsamında bulunduğu yani idari alanın kapsamının mali alanı da kapsadığı görüşündedir. Bkz. SEVER, Çiğdem, "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", Legal Hukuk Dergisi, Mart 2016, s. 1182; KABAKCI, s. 416. Vakıf üniversitelerinin özel hukuk hükümlerine göre vakıflar tarafından kuruluyor olması nedeniyle mali ve idari konularda istisna getirilmiştir. Bkz. BAŞTERZİ, Fatma, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt 2, Editör: Süleyman Başterzi, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 1304.

<sup>21</sup> KABAKCI, s. 416.

<sup>22</sup> KABAKCI, s. 397; SEVER, s. 1183.

<sup>23</sup> KABAKCI, s. 417.

elemanlar için de uygulama alanı bulur. Ancak vakıf üniversitesindeki öğretim elemanının “çalışan” olarak sahip olduğu haklar “mali ve idari konu” kapsamında olduğundan bu konularda istisna getirilebilir<sup>24</sup>.

15.04.2020 tarih ve 7243 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>25</sup> ile 2547 sayılı Kanun'da bir takım düzenlemeler yapılmıştır. 7243 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun Ek madde 8'e eklenen 2. fıkraya göre, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanlarına, devlet üniversitesinde aynı unvandaki öğretim elemanına ödenen ücret tutarından daha az ücret verilemeyeceği düzenlenmiştir (2547 sayılı Kanun Ek m.8/2).

Vakıf Yükseköğretim Kanunları Yönetmeliği m. 23/2'de de 2547 sayılı Kanun m. 8'deki gibi benzer düzenlemeye yer vermiş ve personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından 4857 sayılı İş Kanunu<sup>26</sup>'na tabi olduğunu ifade etmişti<sup>27</sup>. Ancak Danıştay 2011 yılında verdiği karar<sup>28</sup> ile yönetmeliğin ilgili hükmünde yer alan “özlük hakları” ifadesinin iptaline karar vermiştir. Ayrıca, 2016 yılında 2547 sayılı Kanun m.11'e eklenen fıkra ile faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesindeki öğretim elemanlarına 4857 sayılı Kanun uygulanacağı düzenlenmiştir.

<sup>24</sup> KABAKCI, s. 417-418.

<sup>25</sup> RG, 31102. 2547 sayılı Kanun'da yer alan 657 sayılı Kanun'da düzenlenmiş disiplin cezası hükümlerinin öğretim elemanlarına da uygulanacağını düzenleyen hükümdeki (m. 53) “657 sayılı Kanundaki fiilere ilave olarak” ibaresinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine uygun olarak (AYM E. 2017/33, K. 2019/20, K.T. 10.04.2019, E.T.30.06.2021, www.legalbank.net) 7243 sayılı Kanun m. 7 ile 2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanlarının disiplin cezalarının yer aldığı hüküm tekrar düzenlenmiştir. 7243 sayılı Kanun'la öğretim elemanları dışındaki personelle ilgili olarak ise, “*Öğretim elemanları dışında iş sözleşmesiyle çalışan personel 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ve iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine tabidir. Memurlar hakkında ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesi uygulanır.*” hükmü getirilmiştir (2547 sayılı Kanun m. 53/1-b).

<sup>26</sup> RG, 25134.

<sup>27</sup> Kanunda düzenlenmeyen bir konunun yönetmelikte yer alması “yasallık ilkesi”ne aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle öğretilde eleştirilmiştir. Bkz. YEŞİLYURT, Nazile İrem/GÜNEŞ, Başak, “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Kurulan Çalışma İlişkisinin Nitelenmesi Sorunu”, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 963.

<sup>28</sup> Danıştay 8. Daire, E. 2008/8234, K. 2011/2452, K.T. 29.04.2011, E.T. 22.04.2021, www.legalbank.net.

Buna göre, kurucu vakfa kayyım tayin edilmesi veya vakıf üniversitesinin faaliyet izninin kaldırılması halinde vakıf üniversitesinde çalışan akademik personele 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır<sup>29</sup>.

İdare iki çeşit sözleşme yapabilir. Birincisi, idare bir idari sözleşmenin tarafı olabilir. Ancak idarenin taraf olacağı sözleşme, sadece bununla sınırlı değildir. İdare, özel hukuk sözleşmesi de yapabilir<sup>30</sup>. İdari sözleşmeler idari yargıda görülür. Ancak idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde her ne kadar sözleşmenin bir tarafını idare oluştursa da uyuşmazlıklar adli yargıda görülür<sup>31</sup>. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde Kanun idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin türünü (özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme) açıkça belirleyebilir<sup>32</sup>. İdarenin kamu hukuku kuralına dayanarak yaptığı sözleşme idari sözleşme, özel hukuk kurallarına göre yaptığı yani idarenin üstün ve ayrıcalıklı bir konumda olmadığı sözleşme ise özel hukuk sözleşmesidir<sup>33</sup>. Sözleşme türünün Kanunda belirlenmediği durumlarda yapılan sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi için, sözleşmede taraflardan birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti<sup>34</sup> olması ve sözleşmede idareye özel hukuku aşan üstün yetkilerin tanınması şartlarının tümünün bulunması gerekir<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Bu hükmün vakıf üniversitesi ve öğretim elemanı arasında doğan uyuşmazlıkta adli yargı yerinin görevli olması gerektiğine dayanak olduğu yönündeki görüş için KABAKCI, s. 390-391.

<sup>30</sup> SÜMER, Haluk, Hukuka Giriş, Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, Ankara 2020, s. 129; GÖKTAŞ, s. 585; ÇAĞLAYAN, s. 439; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1304; İZMİRLİOĞLU, s. 115.

<sup>31</sup> SÜMER, Hukuka Giriş, s. 212.

<sup>32</sup> ÇAĞLAYAN, s. 439, 440.

<sup>33</sup> SÜMER, Hukuka Giriş, s. 129.

<sup>34</sup> Devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından kişilerin genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak amacıyla yerine getirilen faaliyetlerdir. ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 1, Hak Kitabevi, 3. Basım, İstanbul 1966, s.13. Özel hukuk kişileri de idarenin denetim ve gözetimi altında kamu hizmeti yerine getirebilirler. Bkz. SÜMER, Hukuka Giriş, s. 129. Kamu hizmeti tanımını ve detaylı bilgi için bkz. ÖZAY, s. 229 vd.; GÖZLER, Cilt 2, s. 254 vd.; ÇAĞLAYAN, s. 239 vd.; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1192

<sup>35</sup> SÜMER, Hukuka Giriş, s. 129; ÖZAY, s. 414-415; ÇAĞLAYAN, s. 439-443; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1306; SEVER, s. 1194.

İdari sözleşmelerin türlerinden biri de, idari hizmet sözleşmeleridir. İdarenin işçi niteliği taşımayan kamu görevlisi ile yaptığı sözleşmelere idari hizmet sözleşmesi denir<sup>36</sup>. İdari hizmet sözleşmesi de bir idari sözleşme olduğu için yukarıda sayılan şartlar idari hizmet sözleşmesi için de aranmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanı ile vakıf üniversitesi arasında kurulan sözleşme, idari hizmet sözleşmesidir<sup>37</sup>. Bu yöndeki bir görüş, sözleşmenin tarafı olan vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olması ve sözleşmenin konusu olan eğitim-öğretimin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir faaliyet olması nedeniyle kurulan sözleşmenin idari sözleşme olduğunu ifade etmiştir<sup>38</sup>. Bunun sonucu olarak da vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında doğan uyuşmazlıklarda idari yargı yerinin görevli olduğu belirtilmiştir<sup>39</sup>. Aynı yöndeki diğer görüş ise, vakıf üniversitesindeki akademik personelin “kamu görevlisi” olduğu gerekçeyle vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olması gerektiğini ifade etmiştir<sup>40</sup>. İncelemeye konu olan uyuşmazlık mahkemesi kararında da bu görüş kabul görmüştür.

İdarenin taraf olabileceği sözleşmelerden diğeri ise, özel hukuk sözleşmeleridir. İdari sözleşmeden farklı olarak burada taraflar arasında bir eşitlik vardır diğeri bir deyişle idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde bir üstünlüğü söz konusu değildir<sup>41</sup>. Özel hukuk sözleşmelerinin türlerinden biri de, iş sözleşmesidir<sup>42</sup>. İş sözleşmesi, kuruluş

<sup>36</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Basım, Ankara 2013, s. 192.

<sup>37</sup> YILDIRIM, Turan/SAMURAY, Figen, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2010, s. 91; GÖZLER, Cilt 1, s. 225; ÇINARLI/KİRAZ, s. 1788.

<sup>38</sup> GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt 2, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, Bursa 2019, s. 34; GÖZLER, Cilt 1, s. 225.

<sup>39</sup> GÖZLER, Cilt 1, s. 225.

<sup>40</sup> ÇINARLI/KİRAZ, s. 1788.

<sup>41</sup> GÖKTAŞ, s. 585.

<sup>42</sup> ESENER, Turhan, İş Hukuku, Sevinç Matbaası, 3. Basım, Ankara 1978, s. 129; AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E.Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 3. Basım, Ankara 2013, s.53; SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 7. Basım, Ankara 2015, s. 55; DEMİRCİOĞLU, Murat/CENTEL, Tankut/KAPLAN, Hasan Ali, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 20. Basım, İstanbul 2019, s. 69; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 25. Basım,

ve hükümlerini meydana getirmesinde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulandığı bir özel hukuk sözleşmesidir<sup>43</sup>. Zira iş sözleşmesi, eşit şartlar altındaki işçi ve işveren arasında kurulur<sup>44</sup>. İş Kanunu m.8’de iş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Benzer bir tanım Türk Borçlar Kanunu m.393/1’de de yer alır. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu’nda iş sözleşmesi yerine “hizmet sözleşmesi” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. İş Kanunu m.8’deki tanımdan yola çıkarak, bir iş sözleşmesi iş, ücret ve bağımlılık unsurlarını taşır<sup>45</sup>. Bağımlılık unsuru, işçinin işverenin otoritesi altında iş görmesini ifade eder<sup>46</sup>. Bağımlılık<sup>47</sup>, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli özelliktir<sup>48</sup>.

---

Ankara 2020, s. 39; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 32. Basım, İstanbul 2019, s.177.

<sup>43</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, 3. Basım, Ankara 2019, s.73; SÜMER, İş Hukuku, s. 39; AYDIN, Ufuk/GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, 5. Basım, Eskişehir 2017, s. 59.

<sup>44</sup> ESENER, s. 129.

<sup>45</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, 9.Basım, İstanbul 2018, s. 69 vd.; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 19. Basım, İstanbul 2020, s. 223; SÜMER, İş Hukuku, s. 37; AYDIN/GÜVEN, s. 56-57; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 51; SENYEN KAPLAN, s. 53; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 68-69; GÖKTAŞ, s. 600; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 168 vd. Öğretide, İş Kanunu’ndaki tanımda yer almasa da Türk Borçlar Kanunu m. 393’de yer alan iş sözleşmesi tanımına göre iş sözleşmesinin diğer bir unsurunun “zaman” olduğu belirtilmiştir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 75-76. Aksi görüş, “zaman” ın bağımsız bir unsur olmadığı bağımlılık unsurunun belirlenmesinde kullanılan bir ölçüt olduğu hakkındaki görüş için bkz. SÜZEK, s. 223.

<sup>46</sup> SÜMER, İş Hukuku, s. 38. Bağımlılık, yapılan işin niteliğine, mesleğine vs. ye göre her işçi için farklı olabilir. SÜZEK, s. 226-227.

<sup>47</sup> Sözleşmenin iş sözleşmesi olarak kabul edilmemesinin bir sebebi de iş sözleşmesinde yer alan “bağımlılık” unsurunun Anayasa’da güvence altına bilimsel özerkliği yok edeceği ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırılığın ortaya çıkması gösterilmiştir. Ancak iş sözleşmesi ve bağımlılık unsurunun bilimsel özerkliği ve bunun sonucu olan akademik güvenceyi etkilemediği yönündeki detaylı bilgi için bkz. GÖKTAŞ, s. 614 vd.

<sup>48</sup> AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Basım, Ankara 2018, s. 121; ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınları, 12. Basım, İstanbul 2018, s. 29; ERTÜRK, Şükran, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, Seçkin Ya-



İş sözleşmesinin unsurlarından biri de “iş” tir. Bir iş sözleşmesinden bahsedebilmek için mutlaka “iş” unsurunun da bulunması gerekir. “İş” unsuru, karşı taraf için ekonomik değeri olan her türlü faaliyettir<sup>49</sup>. Yapılan iş, bedeni veya fikri olabileceği gibi kamu hizmeti niteliğinde olabilir<sup>50</sup>. İşin, kamu sektörüne ya da özel sektöre ait bir iş olması açısından da bir farklılık yoktur<sup>51</sup>. Bu bakımından iş sözleşmesinin konusu olan “iş” in türü ve niteliği hakkında hiç bir sınırlama yoktur<sup>52</sup>. Ancak suç teşkil eden, kamu düzenine, ahlak ve adaba aykırı olan faaliyetler iş sözleşmesinin konusunu oluşturamaz<sup>53</sup>.

İş sözleşmesinin taraflarını işçi ve işveren oluşturur. İşçi ve işveren tanımları 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nda ise iş sözleşmesi tanımlanmışken işçi ve işverenin tanımına yer verilmemiştir. İş Kanunu'nda işçi, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır (İş Kanunu m.2/1). Memur ve sözleşmeli personel işçi olarak kabul edilemezler, idare hukukunun konusunu içinde yer alırlar<sup>54</sup>. Bunlar işçilerden farklı olarak idari sözleşme ile çalışırlar<sup>55</sup>.

Aynı maddenin devamında yer alan tanıma göre ise işveren, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları” ifade eder (4857 sayılı Kanun m.2). Kanun ifadesinde açıkça

---

yıncılık, 5. Basım, Ankara 2016, s. 19; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, 7. Basım, Ankara 2019, s. 7; SÜMER, İş Hukuku, s. 38-39; SÜZEK, s. 229; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 51; AYDIN/GÜVEN, s. 57; SENYEN KAPLAN, s. 54; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 69; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 71.

<sup>49</sup> SÜZEK, s. 223; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 51; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 168; SÜMER, İş Hukuku, s. 37; AKYİĞİT, s. 119; AYDIN/GÜVEN, s. 57; SENYEN KAPLAN, s. 53; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 36.

<sup>50</sup> SÜMER, İş Hukuku, s. 37; SÜMER, Uygulamalar, s. 3-4; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 36.

<sup>51</sup> AYDIN/GÜVEN, s. 35.

<sup>52</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 75.

<sup>53</sup> SÜMER, İş Hukuku, s. 37

<sup>54</sup> SÜMER, Uygulamalar, s. 2; ESENER, s. 47; AKYİĞİT, s. 65; SENYEN KAPLAN, s. 28-29; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 51-52.

<sup>55</sup> AKYİĞİT, s. 65.

belirtildiği üzere, işçinin mutlaka gerçek kişi olması gerekirken, işveren gerçek kişi veya tüzel kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardan olabilir<sup>56</sup>. Örneğin işveren, özel hukuk tüzel kişisi (ticari ortaklık, dernek, sendika, vakıf gibi) olabileceği gibi kamu tüzel kişisi (devlet, üniversite, kamu iktisadi teşebbüsü, belediye gibi) de olabilir<sup>57</sup>. O nedenle kamu kuruluşunda iş sözleşmesiyle çalışan işçiler de iş hukukunun konusunun kapsamına girer<sup>58</sup>. Tüzel kişiliği olmayan özel ve kamu kurum ve kuruluşları da (adi ortaklık, Bakanlık gibi) işçi çalıştırmaları halinde işveren sıfatına sahip olur<sup>59</sup>.

Öğretideki diğer görüşe göre ise, vakıf üniversitesindeki öğretim elemanı ile üniversite arasında kurulan sözleşme, iş sözleşmesidir<sup>60</sup>. Bunun sonucu olarak da vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında kurulan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda adli yargı görevlidir. Bu görüşteki yazarlardan bazıları, taraflar arasında kurulan ilişkinin idari

<sup>56</sup> SÜMER, İş Hukuku, s. 15-16; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 29-31; AYDIN/GÜVEN, s. 36-37; SENYEN KAPLAN, s. 29-31; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 34, 39; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 31, 37.

<sup>57</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 96; AKYİĞİT, s. 68; SÜZEK, s. 142; ESENER, s. 71; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 31; AYDIN/GÜVEN, s. 37; ŞAKAR, s. 33; SENYEN KAPLAN, s. 31; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 39; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 59; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 37.

<sup>58</sup> ESENER, s. 2; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 86; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 28; SÜMER, Uygulamalar, s. 3; ŞAKAR, s. 29; SENYEN KAPLAN, s. 28-29; SÜZEK, s. 134.

<sup>59</sup> SÜMER, İş Hukuku, s. 16; SÜMER, Uygulamalar, s. 6; SÜZEK, s. 142; AKYİĞİT, s. 68; ESENER, s. 69; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.31; AYDIN/GÜVEN, s. 37; ŞAKAR, s. 33; SENYEN KAPLAN, s. 31.

<sup>60</sup> EYRENCİ, Öner, Yargıtay'ın İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Kamu-İş, Ankara 2014, s. 12; ÇELİK, Nuri, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri İle Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S. 1, Y. 2014, s. 14-15; DEMİRCİOĞLU, Murat/KAPLAN, Hasan Ali, "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri İle Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, Y. 2013, s. 72; GÖKTAŞ, s. 617; İZMİRLİOĞLU, s. 355; SÜMER, Uygulamalar, s. 3-5; KABAKCI, s. 419; ERTÜRK, s. 194-195; BAŞTERZİ, s. 1314-1315.

sözleşme olduğunu belirten Danıştay kararlarına gerekçe gösterilen gerek Anayasa madde 130, gerekse 2547 sayılı Kanun ek madde 2, 5 ve 8 hükümlerinde vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının sözleşmelerinin niteliği hakkında açık bir düzenleme bulunmadığını belirtmiştir<sup>61</sup>. Bu görüşteki diğer bir yazara göre, sözleşmenin taraflarından birinin kamu tüzel kişisi olması ya da yapılan işin kamu hizmeti olması değil, öğretim elemanının nasıl istihdam edildiği ve yaptığı işin niteliğidir. Öğretim elemanı ile sözleşme kurulurken vakıf üniversitesinin üstünlüğünden ziyade taraflar arasında serbesti söz konusu olduğundan kurulan sözleşme, iş sözleşmesidir<sup>62</sup>. Vakıf üniversitesindeki öğretim elemanlarının akademik güvenceler (2547 sayılı Kanun m.23-54) bakımından devlet üniversitesindeki öğretim elemanlarıyla aynı konumda olması, bunlarla kurulacak ilişkinin iş sözleşmesi olmadığı anlamına gelmez<sup>63</sup>. Ayrıca 2547 sayılı Kanun m.11/10'da faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesindeki öğretim elemanına 4857 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması da bu görüşü destekler niteliktedir<sup>64</sup>. Aynı görüşteki diğer bir yazara göre ise, 2547 sayılı Kanun ek madde 8, sözleşmenin bir iş sözleşmesi olduğu görüşünü doğrulamaktadır<sup>65</sup>. Ayrıca, vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında kurulan ilişkinin idari sözleşme olarak kabul edilmesi halinde, idarenin üstün yetkilerini kullandığı bir sözleşme olacak, idareyi sözleşmeyi her zaman sona erdirebilme hakkına sahip olacak ve sona erme halinde öğretim elemanına İş Kanunu'nda düzenlenen iş güvencesi hükümleri uygulanamayacaktır<sup>66</sup>. Kaldı ki uygulamada öğretim elemanları 5510 sayılı Kanun<sup>67</sup> anlamında 4/1-a'lı iken idari sözleşme ile çalıştıklarının kabul edilmesi halinde si-

<sup>61</sup> DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, s. 72-73; GÖKTAŞ, s. 610; BAŞTERZİ, s. 1302.

<sup>62</sup> EYRENCİ, s. 12.

<sup>63</sup> KABAKCI, s. 420. Taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığı kabul edildiğinden uyuşmazlığın iş mahkemesinde görülmesi gerektiği kabul edilse de, akademik güvenceye ilişkin hükümlerin yer aldığı 2547 sayılı Kanun m.23-54'deki konulardan doğan uyuşmazlıkların idari yargı görülmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. KABAKCI, s. 425.

<sup>64</sup> KABAKCI, s. 424.

<sup>65</sup> BAŞTERZİ, s. 1315.

<sup>66</sup> BAŞTERZİ, s. 1305. Öğretimde görüş isabetli bulunmuştur. Bkz. ÇELİK, s. 14.

<sup>67</sup> RG, 26200.

gortalılık statülerinin 4/1-c’li olarak değiştirilmesi durumu da gündeme gelecektir<sup>68</sup>.

Öğretide bir görüş, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanının kamu personeli olduğu görüşünde olsa da, üniversite ile öğretim arasında kurulan sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olmadığını kabul etmektedir<sup>69</sup>. Bu görüşe göre, taraflar arasındaki ilişki, bir iş sözleşmesi de değildir<sup>70</sup>. Mütevelli heyet tarafından vakıf öğretim elemanının kadroya “atanması” (2547 sayılı Kanun m.5/2) öğretim elemanının kamu personeli olduğunu gösterir<sup>71</sup>. Bu görüşe gerekçe olarak, 2547 sayılı Kanun ek madde 5’te vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanlarının sözleşmesinin niteliğinin açıkça belirtilmemesi gösterilmiştir. Diğer bir deyişle, Kanun’da sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi mi yoksa iş sözleşmesi mi olduğuyula ilgili boşluk nedeniyle vakıf üniversitesi öğretim elemanı kamu personeli olarak kabul edilmiştir<sup>72</sup>.

Son olarak, kamu görevlisi statüsüne sahip olan vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanının çalışmasında iki aşamalı bir işlem ya-

<sup>68</sup> BAŞTERZİ, s. 1311.

<sup>69</sup> YEŞİLYURT/GÜNEŞ, s. 955. Görüşe göre, taraflar arasında serbestçe karar verilebilecek konuların bulunması (idari konular gibi) nedeniyle sözleşme, idari hizmet sözleşmesi olarak kabul edilemez. YEŞİLYURT/GÜNEŞ, s. 965.

<sup>70</sup> YEŞİLYURT/GÜNEŞ, s. 960. Görüşe göre, vakıf üniversitesindeki öğretim elemanı ile üniversite arasındaki ilişki iş sözleşmesi değildir, iş sözleşmesi olarak kabulü öğretim elemanının da işçi kabul edilmesini gerektirir ki bu da Anayasa m.130’a aykırıdır. Ayrıca sözleşmede kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin kuralların varlığı da aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olmadığını gösterir. Bkz. YEŞİLYURT/GÜNEŞ, s. 959, 965 vd., 968-969.

<sup>71</sup> YEŞİLYURT/GÜNEŞ, s. 958, 968. Görüşe göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.4’te kamu hizmetlerinin memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçi kavramlarından biri tarafından görüldüğü belirtilmiştir. Öğretim elemanının sayılan kişilerden biri olmaması, bu kişilerin kamu personeli olmadığını göstermez. Bu kişiler, Anayasa m.128’de düzenlenen “diğer kamu görevlileri” kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Bkz. YEŞİLYURT/GÜNEŞ, s. 960-961. Aynı yönde vakıf üniversitesindeki öğretim elemanının “diğer kamu görevlileri” kapsamında olduğu görüşü için bkz. SEVER, s.1212. Aksi görüş, öğretim elemanının kamu personeli sayılması için Kanunda sayılan dört istihdam şekline biriyle çalışması gerekir. Ancak bu dört kamu görevlisiyle ilgili unsurlar öğretim elemanı için gerçekleşmediğinden öğretim elemanının kamu görevlisi sayılması mümkün değildir. DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, s. 73-75.

<sup>72</sup> YEŞİLYURT/GÜNEŞ, s. 957.

pıldığı yönünde de bir öğreti görüşü vardır. Buna göre, önce statü hukuku kapsamında 2547 sayılı Kanun ek madde 5 uyarınca "atama" işlemi, daha sonra kurulan bu ilişkinin mali sonuçlarının düzenlenmesi için bir sözleşme yapılmaktadır<sup>73</sup>. Atama işlemi, iş sözleşmesinin ön koşulu olup idare hukukuna tabidir<sup>74</sup>. Yapılan sözleşme, sadece mali ve idari konuları (maaş, ek ders, çalışma saati vb.) içereceğinden ve sözleşme ile özel hukuku aşan hükümler getirilemeyeceğinden yapılan sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, adli yargıda görülecektir<sup>75</sup>.

Öğretide de isabetle ifade edildiği üzere, konuyu düzenleyen açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanlarının hukuki durumları, çalışma koşulları gibi konularda mevzuatta bir düzenleme yapılmalıdır<sup>76</sup>.

## SONUÇ

Vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanlarının sözleşmesinin niteliği hakkında mevzuatta bir düzenlemenin yer almaması, öğretim elemanı idari hizmet sözleşmesi ve iş sözleşmesi baskın olmak üzere farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. İnceleme konumuz olan karar, sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olmasına gerekçe olarak, vakıf üniversitesinin kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olması ve eğitim öğretim faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde sayılması gösterilmiştir. Ancak sözleşmenin taraflarından birinin kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olması ya da sözleşmenin konusunun bir kamu hizmeti olması çalışan kişinin işçi niteliği taşımayacağı anlamına gelmez. Böyle bir kabul, tüm kamu hukuku tüzel kişiliğinde çalışan ve kamu hizmeti gören kişilerin yaptıkları işin niteliğine bakmaksızın idari sözleşme ile çalıştığını gibi bir sonuca ulaştırır ki bu da kabul edilemez. Zira bazen kamu hukuku tüzel kişileri taraflar arasında eşitliğin olduğu ve özel hukuk hükümlerinin uygulandığı özel hukuk sözleşmesi de yapabilirler.

<sup>73</sup> SEVER, s. 1199.

<sup>74</sup> SEVER, s.1212.

<sup>75</sup> SEVER, s. 1200.

<sup>76</sup> KABAKCI, s. 428; BAŞTERZİ, s. 1315; SÜMER, Uygulamalar, s. 5; YILDIRIM/SAMURAY, s. 92; DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, s. 75-76.

Vakıf üniversiteleri 2547 sayılı Kanun m.3 uyarınca kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlardır. 4857 sayılı İş Kanunu m.2/1'e göre, kamu tüzel kişileri de iş sözleşmesiyle birini çalıştırmaları halinde işveren sıfatına sahiptir. Bu bakımdan işverenin özel ya da kamu tüzel kişisi olması önemli değildir. O halde, işverenin kamu tüzel kişisi olması halinde sözleşme özel hukuk sözleşmesi de olan iş sözleşmesi de olabilir.

4857 sayılı İş Kanun, iş sözleşmesinin konusu olan "iş" hakkında bir sınırlamaya gitmemiştir. İş, bedeni fikri bir iş olabileceği gibi kamu hizmeti niteliğinde bir iş de olabilir. Sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmeti niteliğinde bir işin görülmesi, sözleşmenin iş sözleşmesi sayılmamasını gerektirmez. Sözleşmenin konusu olan işin niteliği ve türü önemli değildir. Dolayısıyla vakıf üniversitesindeki öğretim elemanın kamu hizmeti niteliğinde olan eğitim-öğretim faaliyetlerini yerine getirmesi sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi için yeterli değildir.

İş sözleşmesi, taraf arasında eşitliliğin olduğu, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklanmasıyla kurulan bir özel hukuk sözleşmesidir. Vakıf üniversitesinin öğretim elemanı ile vakıf üniversitesi arasında da iş sözleşmesi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmeye 4857 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.5/1-a uyarınca, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olan vakıf üniversitesi öğretim elemanı ve vakıf üniversitesi arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden ve kanundan doğan her türlü hukuk uyumsuzluklarında iş mahkemeleri görevlidir.

Son yıllarda vakıf üniversitelerinin sayısının artmasıyla doğal olarak vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanı sayısında da artış olmuştur. Dolayısıyla vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanlarıyla buna benzer uyumsuzluklarla ileride daha çok karşılaşılması muhtemeldir. Ayrıca incelemeye konu olan karardaki gibi farklı yargı yollarına yapılan başvurular davacının yargılamada gecikmeye yol açmıştır.

Tüm bu nedenlerle, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanlarının sözleşmelerinin niteliği ve buna bağlı olarak sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda görevli yargı yolunun hangisi olacağıyla ilgili en kısa

sürede tartışmaya yol açmayacak şekilde Kanuni bir düzenleme yapılmalıdır.

## KAYNAKLAR

- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E.Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 3. Basım, Ankara 2013.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Basım, Ankara 2018.
- AYDIN, Ufuk/GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, 5. Basım, Eskişehir 2017.
- BAŞTERZİ, Fatma, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt 2, Editör: Süleyman Başterzi, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 1301-1315.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 7. Basım, Ankara 2019.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 32. Basım, İstanbul 2019.
- ÇELİK, Nuri, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Üyeleri İle Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. 20, S. 1, Y. 2014, s. 3-15.
- ÇINARLI, Serkan/KİRAZ, Refik, “Vakıf Üniversitesi Personelinin Hukuki Statüsü ve Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi”, Uluslararası Yükseköğretim Kongresi: Yeni Yönelişler ve Sorunlar Bildiri Kitabı, Editör: Durmuş Günay, Ercan Öztemel, C. 3, B. 8, s. 1783-1789.
- DEMİRCİOĞLU, Murat/CENTEL, Tankut/KAPLAN, Hasan Ali, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 20. Basım, İstanbul 2019.
- DEMİRCİOĞLU, Murat/KAPLAN, Hasan Ali, “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri İle Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, Y. 2013, s.51-80.



- ERTÜRK, Şükran, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, Seçkin Yayıncılık, 5. Basım, Ankara 2016.
- ESENER, Turhan, İş Hukuku, Sevinç Matbaası, 3. Basım, Ankara 1978.
- EYRENCİ, Öner, Yargıtay'ın İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Kamu-İş, Ankara 2014.
- GİRİTLİ, İsmail/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2015.
- GÖKTAŞ, Seracettin, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki İlişkinin Niteliği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S.1, Y. 2021, s. 581-621.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt 1, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, Bursa 2019 (Cilt I).
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt 2, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, Bursa 2019 (Cilt II).
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Basım, Ankara 2013.
- İZMİRLİOĞLU, Fatma Ayça, Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017.
- KABAKCI, Mahmut, "Vakıf Yüksek Öğretim Kurumu Öğretim Elemanlarının Taraf Olduğu Davalarda Yargı Yolu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 389-428.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, 3. Basım, Ankara 2019.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 1, Hak Kitabevi, 3. Basım, İstanbul 1966.
- ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınevi, İstanbul 1986.
- SENYEN KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 7. Basım, Ankara 2015.

- SEVER, Çiğdem, “Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü”, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2016, s. 1175-1216.
- SÜMER, Haluk, Hukuka Giriş, Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, Ankara 2020 (Hukuka Giriş).
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 25. Basım, Ankara 2020 (İş Hukuku).
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, 7. Basım, Ankara 2019 (Uygulamalar).
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 19. Basım, İstanbul 2020.
- ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınları, 12. Basım, İstanbul 2018.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, 9. Basım, İstanbul 2018.
- YILDIRIM, Turan/SAMURAY, Figen, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, Y. 2010, s. 81-95.
- YEŞİLYURT, Nazile İrem/GÜNEŞ, Başak, “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Kurulan Çalışma İlişkisinin Nitelenmesi Sorunu”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 943-972.