



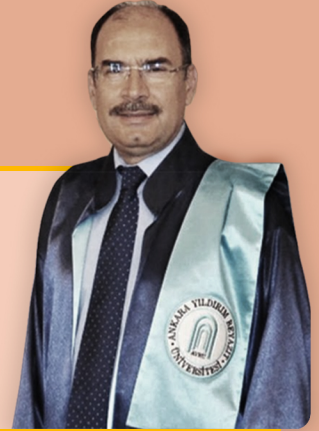
HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • Yıl 7 • Sayı 2022/2

Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a
Dekanlıkta 10. Yıl Anısına
Teşekkür Armağanı



ISSN: 2149-5831
E-ISSN: 2791-8971

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

“Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10.
Yıl Anısına Teşekkür Armağani”

YBHD • 2022/2

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editör

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Belkıs VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Murat EKİNCİ

Yabancı Dil Editörleri

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

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

Arş. Gör. Köroğlu KAYA (*Almanca Dil Editörü*)

Editör Yardımcıları

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

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hilal Büşra OSMANLI

Arş. Gör. Hatice ATALAY - Arş. Gör. Aybeniz AKLAN

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

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ – Arş. Gör. Miray ÖZHAN

Arş. Gör. Elif Banu ÜNAL

Mizanpaj Editörü

M. Yusuf KARATOSUN

ISSN: 2149-5831

E-ISSN: 2791-8971

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

"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

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

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

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

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

Elektronik Ağ / Website: www.ybhukukdergisi.com • **E-posta / E-mail:** ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Brüksel Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliği

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ

Carballo-Calero Univeristy of Vigo Faculty of Law

EDİTÖRLER KURULUNDAN

Kıymetli Okuyucular,

2016 yılında yayın hayatına başlayan Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin 14. sayısını, Fakültemizin Kurucu Dekanı olan ve 10 yılı aşkın süre ile bu görevi yürüten Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN Hocamıza “Teşekkür Armağanı” olarak çıkarmanın mutluluğu içerisindeyiz.

2011 yılında eğitim öğretim hayatına başlayan Fakültemizin bugünlere gelmesi için büyük emek ve mesai harcayan Hocamızın, Fakültemizin geliştirilmesinde ve Fakültemiz genç akademisyenlerinin geleceğe hazırlanmasında büyük katkıları olmuştur. Bu katkılarının yanı sıra Hocamız, Dergimizin düzenli ve sürekli bir akademik dergi olarak yayın hayatına devam etmesi hususunda da desteklerini hiçbir zaman esirgememiştir.

Akademik ve bilimsel değerinin yanında, manevi bir değere sahip olan bu sayımız için kıymetli çalışmaları ile katkı sunan yazarlarımıza, büyük bir titizlikle değerlendirmelerde bulunan hakemlerimize ve diğer sayılarımıza nazaran daha çok emek isteyen bu sayımızın yayına hazırlanmasında yoğun çaba ve özveri gösteren mesai arkadaşlarımıza çok teşekkür ederiz.

Bu vesile ile armağan sayımızı kendilerine ithaf ederken, kıymetli Hocamız Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN'a sağlıklı, mutlu, huzurlu ve uzun ömürler diler, kıymetli Hocamıza tüm emekleri için şahsımız, Dergimiz ve Fakültemiz adına şükranlarımızı sunarız.

YBHD Editörler Kurulu

*“Hukukun
üstünlüğünü
özümsemiş,
hakkanîyetli ve
adaletli hukukçular
yetiştirmek
hedefiyle...”*

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN



Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

AYBÜ Hukuk Fakültesi Kurucu Dekanı

07.04.2011 – 28.05.2021

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)
Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

ÖZGEÇMİŞ VE FOTOĞRAFLAR / CV & PHOTOS I-XLVI

ANI YAZILARI / MEMOIRS

Sevgili Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER 1

Fatih Uşan Hoca

Prof. Dr. Metin DOĞAN 4

Hukuk Başlangıcına Dair

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK 7

Sevgili Kardeşim Fatih Uşan

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ 13

Fatih Abi

Prof. Dr. Cemil KAYA 17

Kıymetli Hocam Prof. Dr. M. Fatih Uşan

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ 22

Ülen, Biz Varken Misafirhanede Kalınır Mı?

Doç. Dr. Akın ÜNAL 23

Hedef ve Merhamet Sahibi Bir Yönetici: Prof. Dr. M. Fatih Uşan

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ 25

Fatih Uşan, The Visionary

Dr. Öğr. Üyesi Alvin Joel SANTOS GARCIA 28

Bu Bir Teşekkür Yazısıdır...

Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN 30

Sayın Hocam Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Burak GÜNDOĞDU 32

Bu Bir Bayrak Yarışı

Öğr. Gör. Dr. Samet TATAR 34

Hocam Prof. Dr. Muhammed Fatih Uşan'la Geçen 10 Yıl Anısına

Arş. Gör. Onur Musab KARAKAŞ 36

Fatih Hocama Teşekkürlerimle

Arş. Gör. M. Zahid YENER 38

Saygıdeğer Hocam Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a

Mehmet ŞAHBALI 41

Memleket Sevdalısı

Melek UŞAN 43

Kader Gayrete Aşıktır

Beyzanur AKDERE 47

Babam

Zeynep Rana UŞAN 50

CİLT I

HAKEMSİZ MAKALELER / NON-REFEREED ARTICLES

İcranın Geri Bırakılması Hakkında (İİK M. 36) 7343 S. K. ile Yapılan Değişiklikler ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar

Suspension of the Enforcement (Enforcement and Bankruptcy Law Article 36) in accordance with the Law numbered 7343 and the Issues Arising Therefrom

Muhammet ÖZEKES 57

Hesap Benim, Eleştireni Engellerim (Sosyal Medya Platformlarında Engellenme-Kamu Görevlileri Etik Kurulu Uygulaması Kapsamında Bir Değerlendirme)

The Account Belongs to me, I will Block Whoever Criticizes Me (Being Blocked on Social Media Platforms-an Assessment of the Ethics Council for Public Officials' Practice)

M. Fatih UŞAN 79

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Ian Mcewan'ın Çocuk Yasası Romanına Çocuğun Tedaviyi Reddetme Hakkı Açısından Bir Bakış

An Analysis of Ian Mcewans' Novel "The Children Act" According to Minors' Right to Refuse Treatment

Hatice Cemre AKYILMAZ 109

Osmanlı Payitahtında Esnaf Teşkilatı: Loncaların Hukuki Açidan İncelenmesi

Artisan Organizations in the Ottoman Capital City: Legal Examination of Guilds

Betül ARGUNHAN 145

Fazla veya Yersiz Olarak Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Uygulanacak Faiz Sorunu: Danıştay Kararları Işığında Bir İnceleme

The Problem of Interest to be Applied in the Refund of Excessive or Unduly Collected Taxes: An Analysis in the Light of Decisions of Turkish Council of State

İmran ARITI ERDEM 197

Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri Bağlamında İdari Yargılama Usulünde Sebep İkamesi

Substitution of Motives in Administrative Jurisdiction within the Context of Equality of Arms and Adversarial Trial Principles

Serkan ASKER 249

* Makaleler yazarların soyadlarına göre sıralanmıştır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükûmet Sisteminin Tahlili Execution of Presidential Decrees and Analysis of Governmental System Taylan BARIN	289
İnsan Haklarında Hümanizmin ve Liberalizmin İzleri Reflections of Humanism and Liberalism on Human Rights Emre BERBER	315
İş Yerinde Psikolojik Tacize Maruz Kalan Kamu Personelinin İzleyebileceği Hukuki Başvuru Yolları Legal Remedies to deal with Psychological Harassment in the Workplace Mehpare ÇAPTUĞ DİLEK	359
İdari Usul Hukukunda “Temsil Hakkı” Right to Representation” in Administrative Procedure Law Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI	397
Anayasa Mahkemesinin Kadın Haklarına Dair Kararlarındaki Değişimin Pierre Bourdieu'nun Hukuk Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi The Evaluation of the Change in the Constitutional Court's Decisions on Women's Rights within the Framework of Pierre Bourdieu's Theory of Law Rıdvan DEĞİRMENCİ	435

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları
Doğrultusunda Tanık Sorgulama Hakkı

The Right to Interrogate a Witness in the Case-Law of the European Court on
Human Rights and Turkish Constitutional Court

Kübra DEMİR ARSLAN 479

İdare ve Mükellef Bağlamında Belçika Vergi Hukukunda Vergi Denetimi

Tax Audit in Belgium in the Context of the Tax Administration and Taxpayers

Neslihan KARATAŞ DURMUŞ 517

The Influence of the Ottoman State on Islamic Law

Osmanlı Devleti'nin İslam Hukukuna Tesiri

Ahmet KILINÇ 547

Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu

The Offense on Breach of Tax Privacy

Mehmet KÜÇÜKKAYA 582

Osmanlı Devleti'nde Kamu Görevlilerine Verilen Sürgün Cezalarındaki Suç
Tipleri (18. Yüzyıl)

Types of Crime in Banishments Ordered Against Public Servants in the
Ottoman State (18th Century)

Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU 625

İspanya'da Olağanüstü Hal Dönemlerinin İnsan Haklarının Kısıtlanması
Bakımından Güncel Gelişmeler Doğrultusunda Değerlendirilmesi

The Evaluation of Emergencies in Spain in Accordance with the Restriction of
Human Rights through Current Developments

Anıl Güven YÜKSEL 667

CİLT II

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

'Bolagsupplýsningen OÜ' İle 'Edate and Martinez' Kararları Işığında Brüksel Ia
Tüzüğü Uyarınca Kişilik Hakkının İnternet Ortamında İhlâlinde Milletlerarası
Yetkili Mahkeme

International Jurisdiction on the Violations of Personality Rights on the Internet
in accordance with Regulation Brussels Ia in the light of the Decisions of
Bolagsupplýsningen OÜ and Edate and Martinez

Elif Hande ALTINTAŞ AÇIKGÖZ 702

Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi ve İstinaf İncelemesinin Sebebe
Bağlılığı

The Principle of "*Iura Novit Curia*" and Causality of Appealing Procedure

Murat ATALI 733

Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk
Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği

The Validity of the Records Regarding the Choice of Law in the Foreign Service
Contract Prepared by the Turkish Employment Agency

Musa AYGÜL

Canan ERDOĞAN 753

Kamu Denetçiliği Kurumu ve Alt İşveren İşçilerinin Kadroya Geçiş Sonrası Kuruma Yaptığı Başvurular

Ombudsman Institution and Subcontractor Workers' Applications to the Institution After Transition to Staff

Fatma BENLİ YALÇIN 789

Engelli Bireylere Yönelik Kamusal Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler

Public Social Assistance and Social Services for People with Disabilities

Sıdıka BULUŞ 835

Mirasın İradi Reddi (Mirasın Gerçek Reddi)

Disclaiming An Inheritance

Büşra CÖMERT AKBAY 873

Yükseköğretim Kurumlarına Ait Buluşların Ticarileştirilmesinin Önündeki Engeller

Obstacles to the Commercialization of Higher Education Institutions' Inventions

Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ 927

Aile İçi Cinsel İstismar Mağduru Çocuklarla Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırlandırılması

Limitation the Right to have Personal Relations with Children who are Victims of Domestic Sexual Abuse

Zeynep DÖNMEZ 951

Başka Birinin Sürekli Bakımına Muhtaç Derecede Ağır Engelli Çocuğu Bulunan Kadınların Sigortalılığa Bağlı Olan ve Olmayan Hakları

The Rights of Women who have disabled Child to the Extent of Being in Need of Constant Care of Another Person within the Scope of Insurance and Non-Insurance

Sevgi DURSUN ATEŞ 979

Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanının Niteliklerine, Seçilmesine ve Yönetim Kurulunun Başkanlık İşleyişine İlişkin Bazı Değerlendirmeler

An Evaluation Regarding the Election and Qualifications of the Chairman of the Board and the Operation of the Board without a Chairman

Cafer EMİNOĞLU

Zehra AVCI 1029

Londra Deniz Ticareti Hakemleri Birliğı (Lmaa) Tahkimi İlişkin Genel Bir Değerlendirme

An Evaluation of the London Maritime Arbitrators Association (Lmaa)

Ersin ERDOĞAN

Nevin MERAL 1073

İcra Hukukunda İradî Taraf Değişikliği

Voluntary Change of Party in Enforcement Law

Vildan ERDOĞAN

Hüseyin ZORLU 1119

Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde İşyeri ve İşletme Kavramları ile İşyerine Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesine İlişkin Bir Değerlendirme

Workplace and Enterprise in the Determination of the Competence of Collective Labor Agreement and an Evaluation on the Determination of the Units Connected to the Workplace

Seracettin GÖKTAŞ

Gökhan YILMAZ1161

Aşırı Nitelikteki Rekabet Yasağının Hâkim Tarafından Sınırlandırılması

Judge's Intervention to Excessive Competition Prohibition

Gözdenur GÜLLÜ1199

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tarafından Yayımlanan "Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber" in İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

An Evaluation of "The Guide on Good Remuneration Practices at Banks" Published by the Banking Regulation and Supervision Agency in Terms of Labor Law

Volkan GÜNEŞ1225

CİLT III

Artificial Intelligence and the New Challenges for EU Legislation

Yapay Zeka ve AB Mevzuatı İçin Yeni Zorluklar

Z. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE

Lutz PESCHKE1267

İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu

The Responsibility of Board Members in Joint Companies within the Context of Business Secret and Trade Secrets Arising from the Prohibition of Competition

Atanur KARAAHMETOĞLU 1293

Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Üçüncü Kişi

Third Person in Turkish Social Security Law

Hasan KAYIRGAN 1335

Davaların Yığılmasında Dava Şartı Arabuluculuk İncelemesi

Examination of Mandatory Mediation in the Accumulation of Actions

Cansu KORKMAZ 1365

Taşınmaz Malikinın Kazı ve Yapı Yaparken Komşu Taşınmazlara Zarar Vermeme Yükümlülüğü

The Obligation of the Owner of the Immovable Property not to damage the Neighboring Immovables during the Excavation and Construction

Suheyli Rebi KURT 1407

Türk İş Hukukunda Ücretin Güvencesi

Guarantee of Wages in Turkish Labour Law

A. Eda MANAV ÖZDEMİR

İştar URHANOĞLU 1437

Covid-19 Pandemisinin Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Güncel Değerlendirilmesi

An Evaluation of the Covid-19 Pandemic in Terms of Turkish Social Security Law

Burcu SAVAŞ KUTSAL

Yeliz Bozkurt GÜMRÜKÇÜOĞLU1473

Payları Borsada İşlem Gören Ortaklıkların Sermaye Piyasası Kurulunun Basın Duyuruları Kapsamında Kendi Paylarını Edinmeleri

Acquisition of Own Shares by Corporations whose Shares are Traded on the Stock Exchange within the Framework Shaped by Press Announcements of Capital Markets Board

Damla Gül TARHAN1511

Türkiye’de Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği

Occupational Health and Safety of Domestic Workers in Turkey

H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY1545

Takım Sözleşmesi

Team Contract

Bilâl TOPRAK1587

Yargıtay Kararları Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması İşlemlerinde Sigorta Başlangıcının Belirlenmesi

In the Light of the Supreme Court Decisions, Determination of Insurance Initiation in Foreign Service Borrowing Transactions

Çiğdem YORULMAZ 1635

İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik

Fundamental Amendment in Working Conditions as a Limit to Employer's Management Right and Employee's Obligation to Follow the Instructions

Ertuğrul YUVALI

Tuğçe YABA 1685

Asıl İşverenin Vergi Tevkifatından Sorumluluğu

Principal Employer's Responsibility for Tax Stoppage

Mehtap YÜCEL BODUR

Derviş ALTINOK 1715

KARAR İNCELEMESİ / CASE ANALYSIS

İtirazın İptali Davasını Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kapsamında Değerlendiren Bir Yargıtay Kararının İncelenmesi

An Analysis of the Court of Cassation's Decision which accepts that the Action for Annulment of Objection is subject to Compulsory Mediation

N. Şeyma AKYEL1743

ÇEVİRİLER & KARARLAR / TRANSLATIONS & JUDGMENTS

22.10.1991 Tarihli ve 1 Ws 249/91 Sayılı Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararı Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüste Azmettirilen Fiilin Yeterince Somutlaştırılması

Sercan TOKDEMİR1777

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 9 Kasım 2021 Tarihli Lw ve Almanya Federal Cumhuriyeti Kararı Çevirisi

Belkıs VURAL ÇELENK1787

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Tahkime Elverişlilik III Kararı

Tuğçe Nimet YAŞAR

Mustafa YAŞAR1813

ÖZGEÇMİŞ

1968 yılında Ankara'da doğdu. İlk, orta ve lise eğitimini Ankara'da tamamladı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1990 yılında birincilikle mezun oldu.

Mayıs 1991 yılında Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi olarak başladığı akademik çalışmalarına, Aralık 1994 yılından itibaren Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinde devam etti. 1999 yılında yardımcı doçent, 2004 yılında doçent, 2010 yılında da profesör oldu.

2011 yılında atandığı Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinde kurucu dekanlık görevi 2021 Haziran ayında son buldu. 2014-2019 yılları arasında 4,5 yıl rektör yardımcılığı görevini de dekanlık görevi ile birlikte yürüttü.

2012-2019 tarihleri arasında Yüksek Öğretim Kurulunu temsilen, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı nezdinde Yüksek Hakem Kurulu asil üyeliği, 2014-2018 yılları arasında da Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurul ve Yönetim Kurulu Üyeliği görevlerini ifa etti.

2013 yılında başladığı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Üyeliği görevi, üçüncü kez yenilerek devam etmektedir.

Yine 2013 yılında üye olarak, 2014 yılından beri de başkan olarak Üniversitelerarası Kurul Mevzuat Komisyonundaki görevini sürdürmektedir.

2006-2012 yılları arasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Konya Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü görev alanı çevresinde, 1.1.2012 tarihinden itibaren de Ankara, Kastamonu ve Kırıkkale illerinde resmi arabulucu olarak seçilmiştir. Bu görevini de sürdürmektedir.

2019 ve 2021 yıllarında Sn. Cumhurbaşkanı tarafından Kamu Görevlileri Hakem Kurulu asil üyeliğine seçilmiştir.

Başta İş Mahkemeleri Kanunu Hazırlık Komisyonu başkanlığı olmak üzere, çeşitli kanun komisyonlarında görev almış, bilimsel ve mesleki eğitim faaliyetlerine katılmış, 2005-2010 yılları arasında Konya iş mahkemeleri nezdinde bilirkişilik yapmış, avukat, arabulucu, iş hukuku, ticaret hukuku, tüketici hukuku ve sigorta hukuku uzman arabuluculuk sertifikalarına da sahiptir.

İş ve sosyal güvenlik hukuku alanında çok sayıda kitap, makale, tebliğ ve karar incelemeleri bulunmaktadır.

İngilizce bilmekte olup, evli ve 3 çocuk babasıdır.

PROF. DR. M. FATİH UŞAN'IN
AKADEMİK - İDARİ GÖREV VE YAYIN LİSTESİ

EĞİTİM	
Doktora	Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, 1993-1997 (Tez Adı: İş Hukukunda Sakat İstihdamı)
Yüksek Lisans	Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, 1991-1993 (Tez Adı: Çıraklık sözleşmesi)
Lisans	Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 1986-1990 (Birincilikle)

AKADEMİK UNVANLAR/GÖREVLER	
22.03.2011 ...	Hukuk Fakültesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Prof. Dr.
2010-2011	Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi, Prof. Dr.
2004-2010	Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi, Doç. Dr.
1999-2004	Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi, Yrd. Doç. Dr.
1997-1999	Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi, Dr. Araştırma Görevlisi.
1994-1997	Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi, Araştırma Görevlisi.
1991-1994	Erzincan Hukuk Fakültesi, Atatürk Üniversitesi, Araştırma Görevlisi.

YABANCI DİL BİLGİSİ

İngilizce

B2, Orta ve Üstü

UZMANLIK ALANLARI

İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku, Çıracılık Hukuku, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Engelli Hukuku, Etik, Kamu Yönetiminde Etik

BAŞARI VE ÖDÜLLER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dönem Birinciliği, 1990

YURT DIŞI TECRÜBELERİ

**Temmuz -
Eylül 1995**

Birmingham Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Institute of Advanced Legal Studies

Mayıs 2001

Nottingham Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Nottingham Trent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AKADEMİK-İDARİ DENEYİM/GÖREVLER	
17.06.2021- ...	Fakülte Kurulu Üyeliği, Hukuk Fakültesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
07.04.2011- 28.05.2021	Kurucu Dekan, Hukuk Fakültesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
22.03.2011- ...	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Hukuk Fakültesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
16.12.2014- 24.05.2019	Rektör Yardımcısı, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
20.02.2015- 21.12.2017	Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı Müdür Vekili, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
22.11.2010- 22.03.2011	Fakülte Kurulu Üyeliği, Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi
16.06.2004- 16.02.2010	Fakülte Yönetim Kurulu Üyeliği, Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi
04.07.2006- 08.10.2009	Fakülte Kurulu Üyeliği, Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi
25.05.2004- 17.03.2009	Fakülte Kurulu Üyeliği, Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi
12.09.2001- 14.09.2004	Senato Üyeliği, Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi
22.09.2000- 30.01.2002	Özel Hukuk Bölüm Başkan Yardımcısı, Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi
03.12.1999- 02.07.2002	Dekan Yardımcısı, Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi

EĞİTİM VE ÖĞRETİM ETKİNLİĞİ/VERDİĞİ DERSLER	
Lisans	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku I
Lisans	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku II
Lisans	Hukuk Başlangıcı
Yüksek Lisans	Güncel İş Hukuku Uygulamaları
Yüksek Lisans	Güncel Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamaları
Doktora	İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku
Doktora	İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları
Doktora	Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği

AKADEMİ DIŞI DENEYİM/RESMİ KURUM GÖREVLERİ	
2013 - ...	Kamu Görevlileri Etik Kurulu Üyeliği (3. Dönem)
2013 - ...	Üniversitelerarası Kurul Mevzuat Komisyonu Başkanı
2021 - 2021	Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Asil Üyeliği
2019 - 2019	Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Asil Üyeliği
2014 - 2018	Adalet Akademisi Genel Kurul ve Yönetim Kurulu Üyeliği (Yüksek Öğretim Kurulu'nu temsilen)
2012 - 2019	Yüksek Hakem Kurulu Asil Üyeliği (Yüksek Öğretim Kurulu'nu temsilen)
2012 - ...	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Resmi Arabulucu (Ankara-Kastamonu-Kırıkkale illeri)
2003 - 2012	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Resmi Arabulucu (Konya)

SERTİFİKA VE KURSLAR	
2021	Sigorta Hukuku Uzman Arabuluculuk Eğitimi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
2020	Tüketici Hukuku Uzman Arabuluculuk Eğitimi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
2020	Ticaret Hukuku Uzman Arabuluculuk Eğitimi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
2019	İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk Eğitimi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
2016	Arabuluculuk Temel Eğitimi, Adalet Bakanlığı

DERGİ KURULLARINDAKİ GÖREVLERİ

A) YAYIN KURULU ÜYELİKLERİ

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

B) DANIŞMA KURULU ÜYELİKLERİ

1. Adalet Dergisi
2. İstanbul Hukuk Mecmuası
3. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
4. T.C. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
5. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
6. Sicil İş Hukuku Dergisi
7. Terazi Hukuk Dergisi
8. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
9. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
10. Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi
11. İstanbul Medeniyet Hukuk Dergisi
12. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
13. Çukurova Hukuk Fakültesi Dergisi
14. Kırıkkale Hukuk Mecmuası
15. Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi

C) BAŞ EDITÖR

1. Kişisel Verileri Koruma Dergisi, (2019-2021)

TEZ DANIŞMANLIKLARI

A) YÜKSEK LİSANS TEZLERİ

1. **Ahmet Burak Beldüz**, “İşverenin Yönetim Hakkının Sınırları”, 2022.
2. **Zeynep Işın Şener**, “Alt İşverenlerin Değişmesinin İşçilik Alacaklarına Etkisi ve Sonuçları”, 2019.
3. **Mehmet Z. Yener**, “İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt”, 2019.
4. **Nazlı Çoban**, “Türk İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyeliğinin Korunması”, 2019.
5. **Bilal Toprak**, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Işığında İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, 2018.
6. **Onur Musab Karakaş**, “İşverenin Sağlık Personeli Çalıştırma Yükümlülüğü”, 2015.
7. **Tuğba Cengiz**, “İşçinin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, 2015.
8. **Canan Erdoğan**, “Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi”, 2014.
9. **Fatih Özgökçen**, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Rücu”, 2011.
10. **Ahmet Yalçın**, “5510 Sayılı Kanuna Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyeti”, 2010.
11. **Oğuzhan Tekin**, “5510 Sayılı Kanun ve Sosyal Güvenlik Reformu Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık”, 2010.
12. **Gülin Karakaş**, “Toplu İş Sözleşmesinden Üyelik Dışında Yararlanma”, 2009.
13. **Mehmet Günay**, “Ödünç İş İlişkisi”, 2007.
14. **İbrahim Kayhan**, “Türk Hukukunda Bireysel Emeklilik Sistemi”, 2007
15. **İlyas Topçuoğlu**, “Türk Hukukunda Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, 2007.

16. **Serkan Nogay**, “İş Hukukunda Geçerli Nedenle Fesih”, 2004.
17. **Neriman Hanahmedov**, “Türkiye ve Azerbaycan Hukukunda Yaşlılık Sigortası”, 2003
18. **Sıdika Buluş**, “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmetlerin Birleştirilmesi”, (devam ediyor).
19. **Mahmut Şamil Karababa**, “Mesleki Eğitim Görenlerin Sigortalılığı”, (devam ediyor).

B) DOKTORA TEZLERİ

1. **Hasan Doğan**, “II. Meşrutiyet Döneminde Çalışma İlişkileri ve Çalışan Hakları”, 2020.
2. **Canan Erdoğan**, “Şüphe Feshi”, 2019.
3. **Hatice Hilal Tiritioğlu Ersoy**, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Ev Hizmetlerinde Çalışanlar”, (devam ediyor).
4. **Onur Musab Karakaş**, “İş Hukukunda Uçucu Personel”, (devam ediyor).
5. **Tuğba Cengiz**, “İş Hukukunda İfade Özgürlüğü”, (devam ediyor).
6. **Fatma Benli Yalçın**, “Kamu Denetçiliği Kurumu ve Alt İşveren İşçilerinin Kadroya Geçiş Sonrası Kuruma Yaptıkları Başvurular”, (devam ediyor).
7. **Bilal Toprak**, “Dijitalleşmenin Bireysel İş Hukukuna Etkileri”, (devam ediyor).
8. **Fatih Akpınar**, “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunda İşçi Adayı”, (devam ediyor).

YAYINLAR

KİTAPLAR

1. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, (Dr. Öğrt. Üyesi Canan Erdoğan'la birlikte) 3. B., Ankara 2022.
2. **Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması**, (Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN ve Dr. Öğrt. Üyesi Canan Erdoğan'la birlikte) Ankara 2020.
3. **İş ve Sosyal Sigorta Kanunları**, (Ortak Çalışma), Ankara 2020.
4. **Bireysel İş Hukuku**, Anadolu Üniversitesi, Açık Öğretim Fakültesi, (Bölüm Yazarlığı 7 ve 8) Eskişehir 2018.
5. **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, 2.B. Ankara 2009.
6. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C.1, İş Hukuku**, Kolay Hukuk Serisi No:12, 2.B., Ankara 2009.
7. **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara 2003.
8. **İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret**, Ankara 2003.
9. **İş Hukukunda Sakat İstihdamı**, Ankara 1999.
10. **Çıraklık Sözleşmesi**, Konya 1994.
11. **Hukuka Giriş**, (Ortak Çalışma), editör Doç. Dr. İbrahim DÜLGER, 4. Bası, Konya 2010.
12. **Temel İş Kanunları**, (Ortak Çalışma), Konya 2003.

KİTAP BÖLÜMLERİ

1. **Dava Şartı Arabuluculukta Beklentiler, Gözlemler ve Sonuçlar**, İş Hukuku Kongresi, 20-22 Ocak 2022, Hukuk Eğitim, Editörler Çelik A. Çelik, Sema Güleç Uçakhan, Hakan Tokbaş, İstanbul 2022.
2. **Kent İşyerinde Maneviyat**, Kent ve Maneviyat, Editörler, Seyfettin Şahin, Zehra Erşahin, Ankara 2020.

MAKALELER

A) YABANCI DİLDE YAYIMLANAN MAKALELER

1. **Working Conditions of Women Workers in the Turkish Labour Law**, II. International Women's Congress, Florence, 9-11 Mayıs 2018, İtalya.

B) ULUSAL HAKEMLİ DERGİLERDE YAYIMLANAN MAKALELER

1. **Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi Veya Bölünmesinde İşçi Alacaklarının Durumu**, (Dr. Öğrt Üyesi Canan ERDOĞAN'la birlikte) TFM., C.8, S.1, 2022, s.1-28.
2. **Kanun Yapmak Bu Kadar Kolay mı, Yahut Bu kadar Zor Mu? (5510 Sayılı Kanun Çerçevesinde Bir Tesbit)**, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016/1, s.209–228.
3. **Danıştay Kararları Işığında Bakanlar Kurulunun Grev Ertelemesi**, (Doç. Dr. Cemil KAYA ile birlikte), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ankara 2011.
4. **Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları**, Kamu-İş, C.10. S.1. 2008. s.1-48.
5. **İşçinin Kendisinin İş İle İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum Mudur? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Yakın Tarihli İki Farklı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme)**, Çalışma ve Toplum, S.17, 2008/2, s.201-218.
6. **4857 sayılı İş Yasası'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişik ve Uygulama Sorunları**, DEÜ. HFD. C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal NARMANLOĞLU'na Armağan, İzmir 2007, s.211-271.

7. **İş Kanununun İş Sağlığı Ve Güvenliği İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Sosyal Siyaset Konferansları, Prof. Dr. Nevzat YALÇINTAŞ'a Armağan, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İstanbul 2006.
8. **Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışan İşyeri Hekiminin Sözleşmesinin Susma İle Yenilenmesi Halinde, Tarafların Sözleşmede Kararlaştırdıkları Türk Tabipler Birliği Asgari Ücret Tarifesinin Uygulanabilirliği**, Çimento İşveren, C.20, S.3, Mayıs 2006, s. 40-51.
9. **Teşmil Edilen Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.631-639.
10. **Türk Tabipler Birliğinin İşyeri Hekimlerine İlişkin Ücret Belirleme Yetkisi Var mıdır ? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**, Çimento İşveren, C.19, S.5, Eylül 2005, s.56-65.
11. **İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.2, S.8, 2005, s.1624-1632.
12. **İşyerinde Geçirilen Kalp Krizi İş Kazası mıdır? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)** Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.10, 2005, s.119-126.
13. **Mirasçılarının Alacakları Kıdem Tazminatında Borçlanılan Askerlik Süresi Dikkate Alınabilir Mi? (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**, Prof. Dr. A. Can Tunca'y'a Armağan, İstanbul 2005.
14. **İş Kanunu'nun İş Sağlığı ve Güvenliği ile Kadın, Çocuk ve Genç İşçileri İlgilendiren Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, C.0, S.50, 2005, s.607-661.

15. **Kamu ve Özel Sektör Açısından Özürlü İşçi İstihdamı (4857 sayılı İş Kanunu ve Buna Dayalı Düzenlemelerin Getirdiği Hükümlerin Eleştirel Açından Değerlendirilmesi)**, Öz-Veri, C.1, S.2, 2004.
16. **Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı**, e-akademi, S.15, Mayıs 2003. (<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>).
17. **Yargıtay Kararları Işığında İş Kanunu Açısından Tarım İşleri (4773 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler de Dikkate Alınarak)** Kamu-İş, C.7, S.2, 2003, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Ankara 2003, s.511-534.
18. **Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, Haziran-Analık 2000, s.90-116.
19. **Çıraklık Alanında Yapılan Son Yasal Değişikliklerin Değerlendirilmesi**, Çimento İşveren, C.17, S.1, Ocak 2003, s.19-29.
20. **Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunundan Doğan Borçlarından Sorumluluğu**, (Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Kamu-İş, C.7, S.1, 2002, 81-91.
21. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Konut Kapıcıları (1994 tarihli Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Bireysel ve Toplu İş Hukuku ile Sosyal Sigortalar Hukuku ile Kapıcı Eşine Yardım Eden Kişinin Niteliği ile İlgili Bir Değerlendirme)**, Kamu-İş, C.5, S.1, Temmuz 1999, 63-100.
22. **Çıraklıkta Geçen Süre Sigortalılık Başlangıcının Tesbitinde Dikkate Alınır mı? (Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.3-4, 2002, s.143-147.

23. **Kıdem Tazminatının Hesaplanmasında Ölen İşçinin Değişik Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetleri Birleştirilebilir mi? (Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Bir Değerlendirme)**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, 2000, s.689-698.
24. **Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Kıdem Tazminatı**, (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C.5, S.2, Ocak 2000, s.59-65.
25. **İşyeri Uygulaması-İşverenin Yönetim Hakkı-İşyerinin Değiştirilmesi-Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi-Bildirimli Fesih-İhbar ve Kıdem Tazminatı**, (Karar İncelemesi), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1- 2, 1999, s.391-396.
26. **Çıraklık Sözleşmesi-Kıdem Tazminatı**, (Karar İncelemesi), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, 1999, s.385-390.,

C) DİĞER MAKALELER

1. **Hesap Benim, Eleştireni Engellerim**, (Sosyal Medya Platformlarında Engellenme-Kamu Görevlileri Etik Kurulu Uygulaması Kapsamında Bir Değerlendirme), YBHD., Y.7, 2022/2.
2. **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Neler Oluyor?** Standard Ekonomik ve Teknik Dergi, Şubat 2013.
3. **Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar Ve Bunun Geçerliliği Meselesi**, (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Sicil, Mart 2011.
4. **Taşeron Müracaat Bazen Haklı Olabilir, Ama Bir de Yol Açtığı Sorunlar Olmasa!** Taşeronlaşma Sorununa Siyasi ve Akademik Bakış, Tes-İş, Ağustos 2010, s.100-102.

5. **5510 Sayılı Kanun Karşısında İlave Tediye­lerden Sosyal Sigorta Primi Kesilemeyeceğine İlişkin Kuralın Yürürlükte Olduğu Söy­lenebilir Mi?** Sicil Dergisi, Mart 2010.
6. **Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında İşçi ve İşveren Sendikalarının Yargılama Hukukuna İlişkin Faaliyetleri,** (Doç. Dr. Cemil KAYA ile birlikte), Haluk Konuralp Armağanı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.1, Ankara 2009.
7. **5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler,** Sicil, Y.4, S.14, Haziran 09, s.239-248.
8. **Avukat ve Noterlerin Sigortalılığı,** Terazi, Y.4, S.34, Haziran 2009.
9. **Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin De Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi,** (Yrd. Doç. Dr. Musa Aygül ile Birlikte), Legal İHSGHD.,C.5, S.17, 2008, s.47-57.
10. **İşyeri Devrinde Kıdem Tazminatı Açısından Çalışılan Tüm Süre Birleştirilirken Bir Yıldan Az Olanlar da Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerin Değerlendirme),** Prof. Dr. Bilge ÖZTAN'a Armağan, Ankara 2008, s.917-934
11. **İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanununda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir mi?** Sicil, Y.3, S.9, Mart 2008, s.102-111.
12. **İşyeri Hekimi ile İşveren Arasında Yapılan Sözleşmenin Belirli Süreli Yapılması Gerekliği Konusunda Yargıtay Görüş mü Değiştirdi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerin Değerlendirme)** İşveren, C.46, S.5, Şubat 2008, s.81-84.

13. **Sosyal Güvenlik Hukukunda Neler Oluyor?** Hukuk ve Strateji, Y.1, S.1, Ocak-Şubat 2008, s.8-10.
14. **Kıdem Tazminatı Açısından Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetler Birleştirilirken Bir Yıldan Az Süreler De Dikkate Alınabilir Mi? Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)** Legal YKİ, C.2, S.4, 2007.
15. **Kamu İşverenleri Açısından Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği! Ne Kadar? (Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği-Toplu İş Sözleşmesine Yargısal Müdahale),** Legal İHSGHD., C.4, S.15, 2007, s.973-979.
16. **Kıdem Tazminatına İlişkin Düzenlemenin Hâla Mutlak Emredici Niteliğini Koruyup Korunmadığı Sorunu,** Terazi, Y.2, S.13, Eylül 2007, s.57-68.
17. **İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye’de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL ile birlikte), (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)** Legal YKİ, C.2, S.3, 2007, s.80 vd.
18. **İş Güvencesi-İşe İade,** DAK, Karaman Ticaret ve Sanayi Odası Dergisi, Temmuz 2006, s.33-35.
19. **Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme),** Sicil, S.1, Mart 2006, s.53-71.
20. **İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi,** Mercek, Yıl 10, S.38, Nisan 2005, s.97-120.
21. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tutuklu ve Hükümlü Çalışması,** Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.2, İstanbul 2001, s.1436-1473.

22. **İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları (Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2000, s.1213-1227.
23. **Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Kiracı Borcunun Hizmet İfası (Kapıcılık) ile Yerine Getirilmesi Halinde Hukuki İlişkinin Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1, S.1, Ocak 2002, s.848-856.
24. **Özürlü Çalıştırma Yükümlülüğüne Aykırılığın Müeyyidesi: Yüzyirmidört Milyon Türk Lirası**, Mercek, S.14, 1999, s.68-81,.
25. **İstifa - Devamsızlık Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi - Haksız Fesih - İhbar Tazminatı - Kıdem Tazminatı (Karar İncelemesi)**, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay Hatırasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1999, s.639-644.
26. **İş Hukuku Uygulamasında Sözleşmeli Personel ve Özelleştirmenin Bunlara Etkisi**, Prof. Dr. Halil Cn'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s.553-600.
27. **İş Kaybı Tazminatı**, KAMU-İŞ, C.4, S.1, 1995, s.103-115.
28. **Toplu Görüşme**, Çimento İşveren, C.6, S.4, 1994, s.19-25.
29. **Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Yargıtay ile Öğreti Arasındaki Görüş Farklılıkları)**, KAMU-İŞ, C.3, S.4, 1994, s.131-153.
30. **3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanununun Çıraklık Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Uygulamada Karşılaşılan Aksaklıkları ve Çözüm Önerileri**, Çimento İşveren, C.6, S.2, 1994, s.9-21.

BİLDİRİLER

A) ULUSLARARASI SEMPOZYUMDA SUNULAN BİLDİRİLER

1. **Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi Veya Bölünmesinde İşçi Alacaklarının Durumu**, (Dr. Öğrt Üyesi Canan ERDOĞAN'la birlikte) IV. Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu, AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi. 26.10.2021.
2. **Working Conditions of Women Workers in the Turkish Law**, II. International Women's Congress, 9-11 Mayıs, İtalya 2018.
3. **Kadın ve Sosyal Güvenlik**, 1. Uluslararası Kadın Kongresi, 14-16 Kasım, Ankara 2016.
4. **5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda 6111 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi**, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, 3. Uluslararası Kongre, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Türkiye Adalet Akademisi, Bakü Devlet Üniversitesi, Qafqaz Üniversitesi, 4-6 Mayıs 2012 Samsun, Ankara 2012.
5. **Küreselleşme, Küresel Ekonomi ve İş Sağlığı ve Güvenliği İlişkisi (Globalisation, Global Economy And Their Relations With Occupational Health And Safety)**, 19. Dünya İş Sağlığı Kongresi, ISSA, ÇSGB., 11-15.09.2011 İstanbul
6. **Employment of Disabled in Turkish Employment Law**, International Conference for Academic Dicipines, International Journal of Arts and Sciences, 29.5-2.6.2011, Boston University, Cambridge, Massachusetts.
7. **Employment of Disabled in Turkish Employment Law**, American Canadian Conference for Academic Disciplines, Ryerson University, International Journal of Arts and Sciences, 23-25.2011, Toronto, Canada.

8. **Sosyal Sigortaların Kişi Bakımından Kapsamı**, 1. Uluslararası Sosyal Güvenlik Sempozyumu, Sosyal Güvenlik Kurumu, 14-15 Mayıs, Ankara 2010.
9. **Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler**, Hukuk İlminin Güncel Problemleri, II. Uluslararası Konferans, Bakü Devlet Üniversitesi ve Qafqaz Üniversitesi, Bakü, 29 Nisan-1.Mayıs 2010.
10. **Azerbaycan Hukukunda İş Sözleşmesinin (Emek Mukavelesinin) Temel Özellikleri**, (Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak), Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, Qafqaz Üniversitesi, Bakü 29-30 Eylül 2005, s.123-160. Ayrıca bu Tebliğ Sempozyum Kitapçığı dışında Azerbaycan Hukukunda İş Sözleşmesinin (Emek Mukavelesinin) Temel Özellikleri (Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak) Kamu-İş, C.8, S.3, 2005, s.17-51’de yayınlanmıştır.
11. **The Comparative Analysis of International Student Recruitment: Good Practices at Yıldırım Beyazıt University**, TACHE 2016 2. Türk Arap Yükseköğretim Kongresi, C.1 İstanbul, 26-30 Nisan 2016.

B) ULUSAL BİLİMSEL TOPLANTILARDA SUNULAN BİLDİRİLER

1. **Dava Şartı Arabuluculukta Beklentiler, Gözlemler ve Sonuçlar**, İş Hukuku Kongresi, 20-22 Ocak 2022, Hukuk Eğitim, editörler Çelik A. ÇELİK, Sema G. UÇAKHAN, Hakan TOKBAŞ, İstanbul 2022.
2. **Bir Türü Çözülemeyen Bir Problem: Hukuk Eğitimi**, Hukuk Eğitimi Sempozyumu, Adalet Bakanlığı, 13-14 Ocak 2021 Ankara.
3. **Adalet Eğitiminde Yeni Yaklaşımlar (Klasik Metottan Ayrılma Gerekliliği)**, Adalet Şurası, 10-11 Ocak 2018, Ankara.
4. **Sendikalar Hukukuna İlişkin Değişiklikler**, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 15.3.2013 Eskişehir, 20. Yıl Konferansları, Eskişehir 2013.

5. **Hizmet Alımlarında Asıl İşveren (Üst Yüklenicilerin) Sorumluluğu**, 4. Ulusal Sağlık Kurultayı, T.C. Sağlık Bakanlığı, SAYED (Sağlık Yönetimi ve Eğitimi Derneği) 17 - 21 Ekim 2012 Belek/Antalya, Ankara 2013.
6. **Yargıtayın Sosyal Sigortalar Hukukuna İlişkin 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**, Yargıtayın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 23-24 Kasım 2012 İstanbul 2012.
7. **Çalışma Hayatında İSG Alanında Yaşanan Hukuki Sorunlar**, 24. İş Sağlığı ve Güvenliği Haftası, 4-5.5.2010, Konya
8. **Türk Hukukunda Çıraklar**, Çocuk İşçilerin Dünü, Bugünü Ve Yarını, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi Çocuk İşçiler Çalışma Grubu, 21-22 Nisan 2006 İstanbul 2006, s.40-60.
9. **Özürülüler de İnsan: Özürülülere de İnsan Hakları (Mevzuatta Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi)**, Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9.12.1998 Ankara, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 2000, s.549- 569.
10. **İş Hukukunda Özürlü İstihdamı Yöntemleri**, (1-2.12.1997 tarihinde Ankara’da Altı Nokta Körler Derneği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sosyal Güvenlik Kuruluşları Genel Müdürlüğü, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü ve H.Ü. Sosyal Hizmetler Yüksek Okulu Müdürlüğüne düzenlenen “Görme Özürlülerin Sosyal Güvenlik ve İstihdam Sorunları Sempozyumu” na sunulmuş olup, bildiri kitabında da yayınlanmıştır.) Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1-2, 1998, s.851-883.
11. **Çocuk işçilerin ve Mülteci Çocukların Hakları**, Çocuk Hakları Zirvesi, Ankara 2018.

C) **ÇEŞİTLİ MESLEKİ TOPLANTILARDA SUNULAN TEBLİĞLER**

1. **Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği**, 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, 4-7 Mayıs 2014 İstanbul.
2. **Kıdem Tazminatı Uygulama Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği, Manisa Barosu, 22.03.2014 Manisa.
3. **İş Sırrı ve Korunması**, Ankara Barosu VIII. Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2014.
4. **Kıdem Tazminatı, İş Hukukunda Güncel Sorunlar**, Trabzon Barosu ve Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 20 Aralık 2013 Trabzon.
5. **Kıdem Tazminatı Fonu Yasa Tasarısı**, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, Adana Barosu, 14 Aralık 2013, Adana.
6. **Türk Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası, İş Güvencesi Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk-Alman Uluslararası İş Hukuku Sempozyumu-V 19-20 Eylül 2013.
7. **Sendikal Güvenceler**, Toplu İş Hukuku'nda Güncel Gelişmeler, Türk-Alman İş Hukuku Sempozyumu-IV Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası, 07.06.2013 İstanbul.
8. **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Yargıtay üye ve tetkik hakimlerine yönelik olarak, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Adalet Akademisi ve Yargıtay Başkanlığı tarafından ortaklaşa düzenlenen Türk Borçlar Kanunu Tanıtım Semineri, 7-8.01.2013 Afyonkarahisar.
9. **Türk İş Hukukunun Temel Özellikleri**, Türk-Rus İş Hukuku Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi ve Rus Adalet Akademisi, 6-8 Mayıs 2013 Ankara.

10. **Bireysel İş Hukukunda Üçlü İlişkiler ve Sonuçları/Asıl işveren-Alt işveren İlişkisi; İş Yeri Devri; İş Sözleşmesinin Devri**, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Adalet Akademisi iş birliğinde iş mahkemeleri hakimleri için düzenlenen Bireysel İş Hukuku Eğitim Semineri, 8-9 ve 10-11 Nisan 2013, Ankara 2013.
11. **Meslek Hastalıkları Çalıştayı**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi (ÇASGEM) İş birliği ile 17.01.2013, Ankara.
12. **Kadın Hakları**, Sağlık Ve Sosyal Alanda Kadının Güçlendirilmesi Panel, 8 Mart 2012 Dünya Kadınlar Günü, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi, Ankara 2012.
13. **İş Yargılaması**, Sağlık Bakanlığı ve Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı tarafından düzenlenen “Hukuk Müşavirliği Muhakemat Hizmetleri Eğitimi”, 19-25.02.2012 ve 27.02.2012-2.03.2012, Antalya.
14. **Kıdem Tazminatı Uygulama Sorunları**, Kıdem Tazminatı Paneli, YBÜ Hukuk Fakültesi, Marmara Çalışanlar Federasyonu, İstanbul Ticaret Odası, 19.01.2012, İstanbul.
15. **İşveren ve İşveren Vekillerinin İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarındaki Hukuki ve Cezai Sorumlulukları**, Botaş Eğitim Semineri, Çorlu 17-18.Kasım 2011.
16. **Bakım ve Onarım Hizmetlerinin Türk Mevzuatındaki Yeri**, İş Sağlığı ve Güvenliği Haftası Toplantıları, MESS, Ankara 9.5.2011.
17. **İşe İade Davalarında Önleyici İK Uygulamaları, Eğitim Semineri**, Tepe Güvenlik Şirketi Yöneticilerine Yönelik, Bilkent Holding, Ankara 18.03.2011
18. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamaları**, Eğitim Semineri, Bilkent Holding, Ankara 26-27.Ocak.2011.
19. **İşveren ve İşveren Vekillerinin İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarındaki Hukuki ve Cezai Sorumlulukları**, Botaş Eğitim Semineri, Ankara 23-24.Aralık 2010.

20. **İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Devlet-İşçi-İşveren Görev ve Sorumlulukları Nelerdir?** Sosyal Sorumluluk Eğitim Semineri, ÇASGEM, Hak-İş, Konya Büyükşehir Belediyesi, 11.6.2010, Konya.
21. **4857 sayılı İş Kanunu ve Uygulaması**, Botaş, Eğitim Semineri, 14-15.Haziran 2010, Ceyhan/Adana.
22. **5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Uygulaması**, Botaş, Eğitim Semineri, 21-22.Haziran 2010, Ceyhan/Adana.
23. **İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği**, Karatay Belediyesi Hizmet İçi Eğitim Programı, 9.11.2009 Konya.
24. **Ekonomik Krizin Etkilerinden Kurtulmada İş Hukuku Düzenlemeleri**, Çalışma Hayatı, Türkiye ve Dünyadaki Gelişmeler, 16.19.11.2009, Öz-İplik İş Sendikası Eğitim Semineri, Antalya 2009.
25. **İşe İade Davalarının Sonuçları**, Adana Barosunun Avukatlar Günü Kutlama Etkinlikleri, 31 Mart-5 Nisan 2008 çerçevesinde, 1.4.2008 Adana.
26. **4857 sayılı Yasanın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları**, Yargı Kararları Işığında Ücret, Yıllık İzin, Fazla Çalışma, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve İbraname Uygulamaları, Mersin Barosu Hukuk Toplantıları, 12.4.2008, Mersin.
27. **İşçi ve İşverenlerin Hukuki Yönden Hakları ve Sorumlulukları**, Selçuklu Belediye Başkanlığı, 23-24.7.2007 Konya.
28. **SSK Mevzuatı ve Uygulamaları**, Türkiye Şeker Fabrikaları Genel Müdürlüğü AŞ Personel Ve Tahakkuk Şefleri İçin Eğitim Semineri, Eskişehir (26-27 Nisan 2005) ve Ilgın (3-4.Mayıs 2005).

29. **Türkiye’de Özürlülerin İstihdamı**, Selçukludan Günümüze Özürlüler Politikası, Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Selçuk Üniversitesi Selçuklu Araştırmaları Merkezi, Eğitim Fakültesi Özel Eğitim Bölümü, Türkiye Sakatlar Derneği Konya Şubesi, 15 Nisan 2006 Konya.
30. **Sendika, Sendikal Örgütlenme, Sendikal Haklar, Sendikaların Görevleri ve Türkiye’de Sendikal Örgütlenme**, Şeker- İş Sendikası, Eğitim Semineri, Konya, Ilgın ve Ereğli, Mayıs 2004.
31. **4857 sayılı İş Kanunu’nun Değerlendirilmesi**, Demiryolu İş Sendikası Eğitim Semineri, 16.4.2004, Konya.
32. **İş Hukuku Eğitim Semineri**, Konya Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü, 7.4.2004 Konya.
33. **4857 sayılı İş Kanununun İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümleri ile Çalışma Hayatında Özel Risk Grupları İçin Getirilen Yeniliklerin Değerlendirilmesi**, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşyerinde Sağlık ve Güvenlik ve Çevre (HESME), Eğitim Treni Güneydoğu Anadolu Seferi (1-27 Eylül 2003), Ortak İş Sağlığı ve Güvenliği Birimleri ve Çalışma Yaşamında Özel Risk Gruplarının Önemi Paneli, 12.9.2003 Karaman.
34. **İş Hukuku ve Güncel Gelişmeler (Yeni İş Kanunu, İşçi-İşveren İlişkileri)**, Karaman Ticaret ve Sanayi Odası İşletme Yöneticileri İçin Eğitim Semineri Programı, 27-28 Haziran 2003, 12 Temmuz 2003, Karaman.
35. **Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi Mevzuatı ve İş Mevzuatı**, Mülki ve Mahalli İdarelerin Sosyal Hizmet Kapasitesinin Artırılması, Engelliler ve Hukuk, Galatasaray Üniversitesi, Bakırköy Belediyesi, 1.12.2001 İstanbul.
36. **Sendikalar Hukuku, Teminatlar, Sendikal Faaliyetler, Sendika Üyeleri, Sendika Üyelerinin Güvencesi**, Tes-İş Sendikası Eğitim Semineri, 26.3.2001, Konya.



12.03.2012



13.03.2014



24.10.2018



07.09.2012



07.09.2012



10.10.2012



10.10.2012



16.01.2013



17.01.2013



19.02.2014



12.03.2014

XXX



12.03.2014



11.03.2015



08.05.2015



09.03.2016



09.03.2016



09.03.2016



09.03.2016



09.03.2016



09.03.2016



30.03.2016



15.07.2016



21.03.2017



21.03.2017



16.01.2018



16.05.2018



16.05.2018



06.07.2018



06.07.2018



06.07.2018



24.10.2018



31.10.2018



31.10.2018



06.12.2018



06.12.2018



13.02.2019



05.07.2019



31.10.2019



02.01.2020



19.02.2020



07.04.2021



07.04.2021



07.04.2021

ANI YAZILARI

SEVGİLİ PROF. DR. M. FATİH UŞAN'A

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER*

Sevgili Fatih ile uzun yıllar birlikte çalıştık ve bugün onun adına çıkacak bir armağan için yazı yazıyor olmak nedeniyle ayrı bir heyecan yaşıyorum. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden birincilik ile mezun olan Fatih ile tanıştığımızda Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi idi. Yüksek lisans yapmak üzere Selçuk Üniversitesine görevlendirildiğinde, ben Konya Personel Okulunda Yedek Subay öğrencisiydim. İzinli olduğum bir hafta sonu kendisi ile tanışmıştık. Konya Personel Okulundaki dört aylık okul döneminden sonra Ankara Kara Kuvvetleri Komutanlığında askerliğime devam ettim. Bu süreçte Ankara'da beni ziyaret etmesini hiçbir zaman unutmadım.

Sonraki yıllarda Fatih'in Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi kadrosuna katılmasından mutluluk duydum. Akademik kariyerim boyunca ilk tecrübelerimin birçoğunu kendisi ile yaşadım. Henüz yeni bir Yardımcı Doçent olarak yönettiğim ilk yüksek lisans tezi Fatih'in "Çıraklık Sözleşmesi" adlı tezidir. Bu teze en az Fatih kadar emek sarf ettiğimi düşünüyorum. Savunmasında ise Fatih kadar heyecanlandığımı çok iyi hatırlıyorum.

Yüksek lisansının tamamlanmasından sonra Fatih'in doktora ders döneminde danışmanlığını üstlendim. Doktora Yeterliliğini tamamladıktan sonra kendisinin bir Profesör büyüğümüzle tezini yazmasının onun için daha uygun olacağını düşünerek Sayın Prof. Dr. Adnan TUĞ Hocamıza teklif götürdük. Kendisi de memnuniyetle Fatih'in danışmanlığı kabul etti. Artık Fatih'in danışmanı resmi olarak Adnan Hoca idi ancak biz yine kendisiyle çalışmayı sürdürdük. Adnan Hocamız da teze önemli katkılar sağladı. Fatih'in tezini başarı ile savunduğu jüride de yerimi aldım.

* Prof. Dr., Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

Fatih'in akademik kariyerinde sadece doçentlik jürisinde bulunamadım. Bunun dışında Selçuk Üniversitesi ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitelerinde profesörlük kadrolarına atanma jürilerinde de büyük bir onur ile görev aldım.

Kendisi Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu Dekanlığına ilişkin teklif aldığıında, büyük bir nezaketle iznimi istemiştir. Üstlendiği bu zor görevde büyük başarılarla imza atmıştır. Gerçekten bir Fakültede Dekanlık yapmak zordur, kurucu Dekan olmak ise daha zordur. Henüz kadrosu ve binası bile olmayan bir fakülteyi bugün bulunduğu bu noktaya getirmek büyük bir özveridir. Bu süreçte özel yaşamından, akademik çalışmalarından ve ailesinden fedakârlık yapmış olmasaydı, AYBÜ Hukuk Fakültesi bugün bu gelişimi gösteremezdi.

Fatih öncelikle iyi bir hukukçudur. Eserleri ile de iyi bir iş hukukçusu olduğunu ortaya koymuştur. Yaptığı çalışmaların tamamı titizlikle kaleme alınmış ve özgün niteliktedir. Lisans dersleri, öğrencileri tarafından ilgi takdir ve saygı ile takip edilen Fatih, lisansüstü eğitimler ile de birçok genç değerli öğretim üyesinin yetişmesine büyük katkılar sağlamıştır. Fatih'in daha uzun yıllar boyunca hem akademik çalışmalarında hem de genç hukukçuların yetiştirilmesinde aynı başarıyı sürdüreceğinden eminim.

Tüm bunların yanında Fatih çok yönlü idari görevlerde bulunmuş ve bu görevlerini son derece başarılı şekilde yerine getirmiştir. Bunlar arasında; Kamu Görevlileri Etik Kurulu Üyeliği, Üniversitelerarası Kurul Mevzuat komisyonu Başkanlığı, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Üyeliği, Yüksek Hakem Kurulu Üyeliği, Adalet Akademisi Genel Kurul ve Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Rektör Yardımcılığı ve yukarıda da bahsettiğim gibi Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesinde on yıl süre ile başarılı Dekanlık görevi sayılabilir. İdari görevlerini yürüttüğü kurumların çalışanları tarafından her zaman sevgi ve saygı ile anılmıştır.

Selçuk Üniversitesinde çalıştığımız uzun yıllar boyunca kendisine duyduğum güven hiçbir şekilde sarsılmamıştır. Saygılı, dürüst, disiplinli, objektif ve adaletli kişiliğinden hiç taviz vermemiştir. Karşılıklı sevgi ve saygıya dayalı olarak uzun yıllar aynı kürsüde birlikteliği sürdürmek bizim için bir

ayrıcalıktı. Şair Bâki'nin ifadesiyle Fatih “kubbede hoş bir sadâ” bıraktı. Bu sadâ halen kulaklarımızda çınlamaktadır.

Son söz olarak Sevgili Fatih, iyi bir eş, iyi bir baba, iyi bir akademisyen, iyi bir yönetici ve her şeyden önce iyi bir insan oldu. Yolu ve bahtı hep açık olsun.

FATİH UŞAN HOCA

Prof. Dr. Metin DOĞAN*

Biz Fatih hocayla üniversite (AYBÜ) kurulmadan önce tanışmıyorduk.

Rektör olarak atamam yapıldıktan sonra kuruluştaki mevcut olan yedi fakülteден birisi olan Hukuk Fakültesi için dekan adayları belirlemek için çalışmaya başladık. Bu adaylar içerisinde bize önerilen kişiler içerisinde Fatih Uşan Hocanın da adı vardı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuş ve o dönemde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalında görev yapan genç ve başarılı bir Profesör olarak bana önerilmişti.

İlk görüşmemizde ve CV'sini incelediğimde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini dönem birincisi olarak bitirdiğini anladım.

Zaten çalışkan ve başarılı bir akademisyen olduğunu düşünmüştüm. Biraz daha araştırdığımda çalışkan, başarılı ve beşeri ilişkilerinde her zaman olumlu özelliklerinden bahsedilen bir akademisyendi. aradığımız Dekan adayını bulduğuma karar vermiştim. Hukuk Fakültesi Dekanı olarak Sonraki dönemde birlikte çalışmaya başladığımızda, Daha sonraki görüşmelerimizde, çeşitli sebeplerle birincilik konuşması kendisine yaptırılmadığını, o dönemin şartlarında, İmam Hatip Lisesi mezunu olduğu için böyle bir uygulamaya maruz kaldığını öğrenmiştim.

Gerçekten üniversitenin kuruluş döneminde şevkle ve heyecanla AYBÜ Hukuk Fakültesinin kurulmasında görev aldı.

Bütün Fakültelerimiz içerisinde, bütün personelinin bir arada tutmayı başarabilen hepsiyle diyalog içerisinde olan bir Dekan profili çizmekteydi. Akademisyeninden diğer çalışanlara kadar, her bir personelinin herhangi bir sorunu hakkında her zaman bilgi sahibi olan onların dertleri ile ilgilenen, problemlerini çözmeye çalışan bir dekan olarak çalışmıştır.

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Kurucu Rektörü.

Belli aralıklarla yaptığı, Fakültesine ait sosyal etkinlik toplantılarında, birkaç kutlama konusunu da bir araya getirmeyi, her zaman başarmıştır.

Özellikle akademik yükselmesi olan öğretim üyelerinin kutlamasını veya evlenen, çocuk sahibi olan personelinin de mutluluğunu tüm fakülte ile paylaşmayı ve paylaşdırmayı da her zaman başarmıştır. Ben de zevkle bu toplantıların pek çoğuna katılma imkânı buldum. Böylelikle bütün personelinin, çalışanların, fakültede görev yapanların yüreklerine de dokunduğuna her zaman şahit oldum. Bir yöneticiden ziyade lider olarak AYBÜ Hukuk Fakültesini bayrağı devrettiği güne kadar, sıfırdan alıp heyecanından bir nebze bile kaybetmeden bugünlere getirmiştir.

Bunların yanı sıra düzenlemiş olduğu, çok sayıdaki Kaliteli Akademik çalışmalar ile, çıkardığı dergilerle, AYBÜ Hukuk Fakültesinin her zaman ülkemizin önde gelen hukuk fakültelerinden birisi olmasına gayret etmiş ve bunu da başarmıştır. Çok mütevazı imkanlarla ulusal ve zaman zamanda uluslararası ölçekte önemli akademik toplantılar düzenleyerek, üniversitemizin adını pek çok mecrada duyurmayı da başarmıştır.

Fakültesinde yaptığı ister sosyal; ister akademik her türlü organizasyonda rektör olarak mutlaka beni de de davet ettiği için, iş öyle bir noktaya geldi ki, ben de kendimi bir Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi gibi hissetmeye başlamıştım.

Bu faaliyetlerin yanı sıra özellikle bahsetmeden geçemeyeceğim bir husus ise, üniversitemizin ilk kuruluş dönemindeki zor zamanlarımızda zorluklardan yılmamış ve bana her zaman en yakın desteği vermiştir.

Öyle ki okulun açılmasına birkaç gün kalmasına rağmen, halen dersliklerimizin olmadığı, yollarımızın yapılmadığı, binalarımızın olmadığı zamanlar oldu. Fatih Hoca ve seferinde şöyle söylemişti “ben fakültemin iyi bir fakülte olması için, iyi bir fiziki imkânın olması için seher vakitleri dua ediyorum” demişti. Bu sözü beni çok etkilemişti.

Gerçekten de Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesinin kuruluşu döneminde, böyle bir maddi ve manevi ortam vardı. Yaptığımız işleri bir iş ya da meslek olarak yapmaktan ziyade; İbadet aşkıyla yaparak kuruluş döneminin her türlü zorluğunu yenmiştik.

Daha sonra Fatih Hoca ile hem Fakülte Dekanı, hem Konservatuvar Müdürü, hem Projeler Ofisi Sorumlusu, hem de Rektör Yardımcısı olarak birlikte uzun yıllar görev yaptık. Mesai arkadaşlığımız, zaman içerisinde derin bir kardeşlik ve dostluğa dönüşmüştür.

On yıla yakın süre, belki de on yılı aşan dekanlık süresi içerisinde, her zaman birinci önceliği Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi olmuştur. Fakültenin bugünlere gelmesinde gerçekten en büyük emeği heyecanı çabayı sarf eden kişidir.

Üniversite için çalışmalarımızda her zaman yanımda olmuştur.

Dolayısı ile sadece Hukuk Fakültesi için değil; aynı zamanda rektör yardımcısı olarak, özellikle de Türk Musikisi Konservatuarı gibi, başka birimlerin kuruluşunda doğrudan sorumlu olarak, gelişmelerinde ciddi pay sahibi oldu.

Üniversitenin kuruluşundan benim görevden ayrıldığı zamana kadar, her zaman, her konuda yapmış olduğumuz çalışmalara destek oldu, güç verdi bu yüzden kendisine ayrıca teşekkür etmek istiyorum. Heyecanıyla, çalışkanlığıyla üniversitemizin bugünlere gelmesindeki temel taşların en önemlilerinden birisidir. Kendisiyle daha önceden hiç tanışmıyor olmamıza rağmen, ortak ideallerimiz için birlikte mücadele ettik. Yöneticilik görevinden ayrıldıktan sonra da çok güzel bir dostluk ve arkadaşlık ilişkimiz oldu ve bu halen devam etmektedir.

Rabbim ömür boyu iyi dostlardan bizleri ayırmasın.

Fatih Hocamızın, ömrü de bahtı da açık olsun. Rabbim emeklerini kabul etsin, her iki cihanda da başarılı kılsın...

HUKUK BAŞLANGICINA DAİR

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK*

*“Evet! Görmemiştir bu âlemde göz
Şu "el-hakku ya'lü"^{**} kadar doğru söz!”*

Mehmed Akif Ersoy, Safahat

Fakültemizin ilk yıllarında Hukuk Başlangıcı dersine ben girecektim. O zamana kadar maddi hukuka dair birçok derse girmiştım ama bir hukuk fakültesinde Hukuk Başlangıcı tecrübem hiç olmamıştı. Başlangıçta düşüncem, bu dersin benim için sıradan bir şey olacağı oldu. Gerçekten, böyle bir dersin, hukuk fakültesi programında ne işi olabilirdi? Zaten her hukuk öğrencisi dört yıl boyunca bütün hukuk derslerini alıyordu.

Dersler yaklaşıncı kütüphanemde bulunan, bazılarının kapağını henüz açmadığım, eski ve yeni bazı Hukuk Başlangıcı kitaplarını elime aldım. Çoğunun planı ve içeriği birbirine benziyordu. Konu “basit” ve “sıradan” olduğu için fazla hazırlık yapmaya gerek yoktu.

Bütün hukuk başlangıcı kitapları neredeyse şu sorular ve bunlara verilmiş cevaplarla başlıyordu: “Hukuk nedir”? “Hak kavramının çoğulu”. Güzel. “Hak nedir”? “Kişilere hukuk düzeni tarafından tanınan yetkiler”. Bu da güzel. Ama insan, toplum, düzen, toplumsal düzen kuralları, din, ahlâk, örf adet ve hukuk kuralları, kural koyma, bunlar arasındaki ilişki vb. şeklinde kavram ve sorular peş peşe geldikçe, hukuk başlangıcında kitaplara yansıyandan daha fazla bir derinlik olduğunu fark etmeye başladım. Bazı çalışmaların ahlak kurallarını oldukça yüzeysel açıkladığını, din kuralları konusunda ise yetersiz kaldığını gördüm.

Kitapları biraz inceleyip kapaklarını kapattıktan sonra içimdeki rahatlık yerini endişeye bırakmaya başladı. Hukuk başlangıcı aslında, kolay olduğunu

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı.

** Tamamı: “El hakku ya'lü ve lâ yu'lâ aleyh”. Türkçesi: “Hak üstündür, ondan daha üstün bir şey yoktur”.

sandığımız, ama soru işaretleri ile dolu, genellikle yüzeysel ele alınan ama hukuk eğitiminin temeli idi. Adı ne olursa olsun, öğrenciye, hukuk eğitimine başlamadan, hukukun temeline dair bir ders verilmesi gerekiyordu.

İlk derse geçip, kurucu dekanımız Prof. Dr. Muhammed Fatih Uşan'ın öğrenciye ders verecek bir yer bulmaya yönelik çırpınışları sonunda kısmetimize düşen, fakültemizin eski bir apartmandan bozma küçük sınıfını doldurmuş, gözleri çakmaktaşı gibi parlayan ilk dönem öğrencileriyle yüz yüze geldiğimde durumun ciddiyeti kendini daha çok belli etmeye başladı. Hepsi de üniversiteyi yüksek puanlarla kazanmış, yabancı dil hazırlık eğitimini tamamlamış, memleketin hukuk kadrolarında yer almaya namzet gençlerdi. Afilliydiler, bilgiliydiler, donanımlıydılar. Bir yandan akıllı cihazlarda on parmak yazarken, diğer yandan hem dersi dinliyor hem de arkadaşlarıyla sohbet edebiliyorlardı! Fakat diğer dersler gibi hukuk başlangıcı ile de ilk defa karşılaşıyorlar, daha önce hiç duymadıkları kavramlarla henüz tanışıyorlardı.

Kısa bir tanışmadan sonra derse geçtiğimizde sınıfı bir sessizlik kapladı. Bir şeyin ne olmadığını anlatmak bazen ne olduğunu anlamak kadar önemli, hatta ondan daha zor derler. Onlara ilk anlatmaya çalıştığım şey, hukukun mekanik bir şey olmadığı oldu. Hukukçuluk bir şeyi alıp satmak veya basit bir görevi yerine getirmek gibi değil; adalet ve hakkaniyeti hazmetmek, onunla bütünleşmek, onu benliğinde yaşamak ve her an hissetmek gibi bir şeydi. Hukuk sistemini bir makine örneği ile anlatmayı denedim. Bir mekanizma ancak ona uygun kurallar ile çalışabilirdi. Mesela, bir motor, ancak onun için belirlenmiş çalışma şartlarında ve uygun bir yakıtla çalışabilirdi. Mesela “kural” dediğimiz şey, aslında sonradan belirlenen ve konulan değil, ilişkin olduğu şey henüz var olmadan olması gereken, örneğin makine henüz çalıştırılmadan, hatta yapılmadan önce belli olan işleyiş esaslarından ibaretti. Bu nedenle, bir hukuk kuralı da aslında düzenlediği konu ile ilgili zaten mevcut olan denge unsurları ile uyumlu olduğu, insanın, insan, eşya ve toplumla ilişkilerini düzenleyen kurallar da ancak bu ilişkilerin özüne uygun ölçüde başarılı olabilirdi. Bu yüzden hukukun temelinde insanı, toplumu ve insan ilişkilerini tanımanın önemli bir yeri vardı.

Bir de hukukçuluğun sadece bir fakülteyi kazanan ve bitirenler için değil, herkes için ne kadar önemli olduğunu anlatmaya çalıştım. Çünkü herkes çeşitli

şekillerde bazı hak veya haklar üzerine karar vermekte, kural koymakta veya hakkını aramakta idi. Hayatta sahip olduğumuz bütün kimlikler bizi farklı hukuklarla tanıştırtıyor veya onlarla karşı karşıya getiriyordu. Ailede annemiz, babamız, eşimiz, çocuklarımız, mahallede komşularımız, çarşı pazarda alışveriş yaptığımız kimseler, işyerimizde çalışanlarımız, işverenlerimiz, çalışma arkadaşlarımız, mal ve hizmet temin ettiğimiz veya sunduğumuz kesimler; müşterilerimiz, tedarikçilerimiz, hatta öğrencilerimiz, öğretmenlerimiz, müvekkillerimiz, davasına baktığımız taraflar, bir toplu taşıma vasıtası, bir kurumdaki işlem bekleme sırası veya bir arabalı vapur sırasında hasbelkader yan yana veya peş peşe geldiğimiz kimseler, çeşitli şekillerde bize bağlı olarak çalışanlar, aynı şehri, aynı ülkeyi, aynı dünyayı paylaştığımız herkes. Bunların hepsine karşı hak ve sorumluluklarımız vardı.

Semt pazarındaki satıcılar gibi küçük esnaftan, hatta sokaktaki seyyar satıcıdan bir şey alırken bazılarının haksızlıktan sakınarak kendi zararlarına ağır tarttıklarına çok şahit olmuştum. Bir yaz seyahatimde yol boyunda bahçesinde yetiştirdiği meyveleri satan bir köylüden bir şeyler aldım. Verdiğim para tarttığı meyvenin fiyatından çok az fazla idi. Bir tane küçük bir şey eklese terazi dengeye gelecekti. “Önemli değil” dememe aldırmadan, “hak geçmesin” diye iki elini doldurarak mesuliyeti kendi üzerinden attı ve vermesi gerekenden fazlasını verdi. Bunun, kaynağını “tarttığımız zaman ağır tartın” Hadisinde bulan, aslında kökeni inanç ve kültürümüzde yer alan bir ticari gelenek olduğunu, hatta ceza hukukunun meşhur “şüpheden sanık yararlanır” kuralının temelinde, şüpheli hallerde sanığı ceza almaktan kurtarma yaklaşımının değil, hüküm vereni suçun işlendiğinden emin olmadığı hallerde masum birine ceza vererek haksızlığa düşmekten sakındırmanın, onun da aslında yine “hâkimin afa yanılması, cezalandırmada yanılmasından daha hayırlıdır” Hadisinin yer aldığını (Erturhan, Sabri, *İslâm Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi, In Dubio Pre Reo, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2002, Cilt 6, Sayı 2, 179 – 206*) öğrendiğimde hayretim daha da arttı.

İyi bir inşaat ancak sağlam bir zemin üzerinde yükselebilir. Temel ve proje de önemlidir. Malzeme ve uygulama kalitesini ve başka şeyleri de buna eklemek mümkündür. Bunların hiçbirinde görüntü ve gösteriş yoktur. Zemini, projeyi, temeli, betonu, demiri vb. kimse görmez. Çoğu kimsenin onların

varlığından ve mahiyetinden haberi bile yoktur. Hukuk Başlangıcının bunlara benzediğini düşündüm. İnsanlık tarihinin adeta deprem bölgesi olan yaşadığımız zamanda başta adalet, hakkaniyet ve sair yüksek insani değerlerin, başkalarından çok bizzat hukukçular için ne kadar hayati ve gerekli olduğu açıktır. Pozitif hukuka dair dersler, hukuk binamızın göze çarpan bölümlerine veya işlevlerine benzetilebilir. Bunların sağlam bir temel üzerine inşa edilmesi gerekir. Uygun olmayan bir zeminde, kötü bir proje ile, çürük malzemelerle, temelsiz yükselen bir binanın dış cephesi altınla kaplansa, duvarlarına en değerli tablolar, diplomalar, sertifikalar, belgeler asılsa neye yarar.

İmam-ı Âzam, yaşadığı zamandan bugüne sayısız insanın hayatında derin izler bırakan bir hukukçudur. Herkesin bildiği en önemli eserine *El-Fıkhu'l Ekber*, yani “*En Büyük Fıkıh*” / “*En Büyük Hukuk*” adını vermesi, yani yapının temeline benzeyen iman, itikat ve insanı insan yapan değerlere, dış cephesine benzeyen *ibadat (ibadetler)* ve *muamelat (hukuki işlemler)* gibi hayata yansıyan boyutundan daha ziyade önem atfetmesi oldukça dikkat çekicidir. Zira temel sağlam olmadığı, yani bu toplumu oluşturanlar olarak her birimizde, adalet ve hakkaniyet, bunun da temelinde insanı insan yapan değerler ve güzel ahlak gibi seciyeler bulunmadığı sürece, bütün çabalarımız çürük binaların süslenmesinden ibaret kalacaktır. Bu alt yapıyı hangi yol ve yöntemle olursa olsun bir şekilde tesis ve tahkim etmek zorundayız. Aksi halde hukuka ve dolayısıyla topluma ve insanlığa hukukçuların vereceği zarar, başkasının vereceği zararlar ile kıyaslanamayacak ölçüde büyük olacaktır.

Belki de işe hukukun tanımından başlamamız gerekiyor. Zira bizim, hepimizin hukuk algısı “haklar” üzerine kurulu. Zira hepimiz, insanlar, eşya ve topluma karşı olan, hayattaki neredeyse bütün ilişkimizde, payımıza düşen ödev ve sorumluluklardan ziyade, haklarımıza odaklanıyoruz. Oysa hukuk, haklar rejimi olmaktan çok, bir mesuliyetler rejimidir (*Yusuf Kaplan, Hukukun Vicdanı, Vicdanın Hukuku, Yeni Şafak, 18.2.2022*).

Osmanlı'dan Cumhuriyet'e geçerken kaybettiğimiz ve yerine yenisini koyamadığımız değerlerden birisi de hukukun temeli diyebileceğimiz *usûl-ü fıkhıtır* (*Songur, Haluk, Fıkıh Usûlü Dersinin Kaldırılması Bağlamında Darülfünundan Cumhuriyete Hukuk Eğitim Müfredatı Üzerine, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.3, S.1, Yıl 2013, s.15*). Hukuk tarihi çalışanlar, insanlık tarihi

boyunca, günümüzde ticaret, borçlar, ceza ve iş hukuku gibi adlarla anılan, İslam hukuku literatüründe *füru-u fikh*, yani hukukun konu edindiği meseleler veya günümüz pozitif hukukçuların aşına olduğu kavramla “maddi hukuk” alanında birçok kaynak ve düzenleme bulunduğunu, hukuk bilimi, metodolojisi ve usulüne dair bir esere ise rastlanmadığını, usûl-ü fikh, yani hukukun aslı, usûlü, kökü ve yöntemi hakkında ilk eser verenin *er-Risale* adlı eseriyle *İmam Şâfi* (vefatı: 204 Hicri / 820 Miladi) olduğunu nakletmektedir (Songur, s.25; Şaban, *Zekiyüddin - çev. Dönmez, İ. Kâfi, İslâm Hukuk İlminin Esasları, Ankara 2019, s.40*). Tarihi gelişim süreci içinde *usul-ü fikhin* istikrar kazanmasını, *füru-u fikhin*, yaklaşık iki buçuk asırlık bir gelişim sürecini müteakip, hukukun meselelerine dair uygulama olgunlaşıp şekillendikten ve ekoller haline geldikten sonra gerçekleştiği nakledilmektedir (Köse, *Saffet, İslam Hukukuna Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2013, s.159*). Bu nedenle *usûl*, aynı kavramı yerine kullandığımız *procédure*’den çok daha fazlasını ifade eden bir kavram olup hukuk eğitiminin vazgeçilmezidir. İçeriğini doldurabilirsek günümüzde Hukuk Başlangıcı da aynı rolü ifa edebilir.

Meslek hayatımın ilk yıllarında bir hoca tanıdım. Herkes öğrencilerine kalın ders kitapları tavsiye ederken, ülkemiz ve dünyanın en saygın üniversitelerinden diplomalı bu hoca, öğrencilerine kendi el yazısı ile yazdığı, teksir makinesiyle çoğaltılmış kısa ders notları veriyordu. O notların ne kadar öz ve maksada ne kadar uygun olduğunu bilemiyorum. Yaptığı tartışmaya açık olsa da içinde bir doğruluk payı olduğunu sanıyorum. Zira hoca, öze, temel kavramlara ve esaslı noktalara dikkat çekmeye çalışıyordu. Bu nedenle, hukuk başlangıcında, hak ve adaleti dağıtabilmenin özü olan kavram ve ilkeleri, hakkın her şeyden üstün olduğunu, iyi bir hukukçu olmanın yolunun insanı insan yapan değerlerden geçtiğini, içimizdeki vicdan pusulasını takip etmenin önemini hukuk talebeleri, yani iyi bir hukukçu olmaya talip olanlar ve bu amaç için yola çıkanlar ile birlikte konuşmanın, anlamaya çalışmanın, uygulamanın ve birlikte yaşamının daha faydalı olacağını düşünmüştüm.

Bütün hayatında az şeyi, ama hakkıyla öğrenmenin, adalet ve hakkaniyeti kendi kişiliğine ayrılmaz ve ayrıştırılmaz bir şekilde işlemenin, ilk defa aşına olunan bazı kavramları sadece “anlamak” değil, onları özümsemenin,

hazmetmenin, onları maddi ve manevi varlığının bir parçası haline getirmenin, bununla da yetinmeyip, hak ve adaleti omuzlamanın, yüklenmenin, bunlarla mücehhez olmanın, onun için enerji ve nefes tüketmenin değerini ölçmek mümkün olmasa gerektir. Bu nedenle, eğer bir gün yazmaya muvaffak olabilirim, hukuk başlangıcı için sanırım bu kalın bir kitap değil, bir makale veya kısa bir ders notu olacaktır.

Ülkemizde hukuk fakülteleri bir yılda yaklaşık on beş bin öğrenci kabul etmektedir. Hukuku, adalet ve hakkaniyeti, başka hiç kimse değil, sadece hukukçular bile, sadece iyi bir meslek, sadece parlak bir kariyer veya sadece bir “ekmek kapısı” olarak değil, adalet ve hakkaniyet ölçüsü içinde bir hayat tarzı olarak benimseyip kendi hayatına yansıtabilse ülkemiz ve dünyanın daha yaşanabilir olacağından şüphem yok. Bunu başarabilmek kadar, bu hedefe yaklaşabilmenin, hatta bunu bir hedef olarak önümüze koyabilmenin bile ne kadar önemli olduğu açıktır. Bu durum aynı zamanda hukukta model ihtiyacının ne kadar önemli olduğunu da göstermektedir.

Hasılı, hukuk başlangıcına biraz farklı bir giriş yapmanın iyi olabileceğini düşünmüştüm. Bu düşüncelerimin bir kısmını Fatih hocamızla paylaştım. Ankara’da da olsa, son derece mütevazı şartlar içinde (uzaktan anlaşılması zor olacağından yokluklar içinde demeyeceğim), bir fakültenin sıfırdan nasıl kurulduğunu ve ayağa kaldırıldığını, kısa zaman dilimine çok sayıda başarının nasıl sığdırıldığını görmek isteyenlerin onun dekanlık sürecini incelemesi gerekir. Hukuk fakültelerinde, hukukun esası ve temeli olan hukuk başlangıcına, maddi hukuka dair başlıklarla dolu ders programları arasında daha fazla önem atfedilmesi dileğiyle.

SEVGİLİ KARDEŞİM FATİH UŞAN

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ*

Genel gerekçesinde “*kaynakların etkin bir şekilde kullanılmasını ve fırsat eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesini; kurumların memleket yüzeyinde dengeli dağılımını; öğretim elemanlarımın hizmet gücümünden, istenildiği ve gerektiği gibi yararlanılmasını; ileriye yönelik ve planlara uygun öğretim elemanı ve insan gücü yetiştirilmesini sağlamak amacıyla*” hazırlanmasına ihtiyaç duyulduğu belirtilen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 06.11.1981 tarihli ve 17506 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle Türkiye’de yükseköğretimde yeni bir dönem başlamıştır.

Yeni Kanun’la birlikte çeşitli illerde yeni Üniversiteler hayata geçmiş; önceki dönemde dağınık bir görüntü arz eden “akademi”, “enstitü”, “yüksekokul” “teknik okul” adıyla faaliyette bulunan çeşitli yükseköğretim kurumları, “fakülte” ya da “yüksekokul” olarak yeni kurulan veya var olan üniversitelerin bünyesine alınmıştır.

2547 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde 1982’de mezun veren iki hukuk fakültesi bulunmaktadır: 1874’de Mekteb-i Hukuk-ı Sultânî adıyla eğitime başlayan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve cumhuriyetin ilanından sonra Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt’un girişimiyle kurulan ve 5 Kasım 1925’te Mustafa Kemal Atatürk tarafından törenle açılan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. 2547 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra 1982’de Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1978’de E.Ü Hukuk Fakültesi kurulmuş 1980’de öğrenci almıştır) ve Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi; 1983’de Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve 1987’de de Atatürk Üniversitesi’ne bağlı olarak Erzincan Hukuk Fakültesi kurulmuştur. Hülasa, 1992’de Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Kocaeli Hukuk Fakültesi kurulana kadar on yıllık süreçte yeni açılan hukuk fakültesi sayısı beştir.

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

Yeni hukuk fakültelerinin açılmasıyla birlikte o zamana kadar son derece sınırlı sayıda hukuk öğrencisinin aklında geçen akademik kariyer yapma düşüncesi Ankara Hukuk ve İstanbul Hukuk'tan mezun olan başarılı öğrenciler tarafından arzu edilir olmaya başlamıştır. Ben de o dönemin, bu arzusu gerçek olan; yeni kurulan hukuk fakültelerine alınan ilk araştırma görevlilerindenim.

1984'te Ankara Hukuk'tan mezun olduktan sonra Aralık 1984'te Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin açtığı ilk araştırma görevliliği sınavında başarılı olarak akademik hayatıma başladım. Çocuk yuvasına ait bir binada eğitime başlayan bu fakülte, bütün zor şartlara rağmen hep güzel hatırladığım anılara sahne olmak dışında; başta hayat arkadaşım olmak üzere; canım kadar sevdiğim, kardeş bildiğim dostlarımla buluşmama da vesile oldu.

İşte sevgili Fatih, yüksek lisansa başladığı 1991'de o fakültede tanıştığım, o günden bu güne hep kardeşim olarak bildiğim, dostluğumuzun her geçen gün daha büyük bir muhabbetle arttığı o güzel insanlardan biridir. Otuz yılı aşan bu süre içinde onun sevinci, mutluluğu benim de sevincim, mutluluğum; onun üzüntüsü, elemi benim de üzüntüm, elemim oldu. Şimdi şöyle geriye dönüp bakınca bunun ne kadar önemli, ne kadar değerli olduğunu daha iyi anlıyor insan.

Selçuk Hukuk'ta dekan yardımcısı olarak görev yaptığım dönemde, o yıllarda Erzincan Hukuk Fakültesi kadrosunda olan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni birincilikle bitirerek ne kadar başarılı biri olduğunu fazlasıyla kanıtlayan; üstelik yüksek lisans yaptığı dönemde çok kısa sürede herkesle son derece sıcak ilişkiler kurarak, yıllardır fakültenin kadrosundaymış gibi uyum sağlayan sevgili Fatih'in ve şimdiki gençlerin tabiriyle "kanka"sı olan sevgili kardeşim Murat ATALI'nın Fakültemiz kadrosunda olmasını çok arzu ettim. Fatih ve halen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalında görev yapan sevgili Murat'ın da aynı düşüncede olması ile başlayan süreçte, –Atatürk Üniversitesi yönetimince çıkarılan bütün zorluklara rağmen– 1994'te artık sevgili Fatih de sevgili Murat da Selçuk Hukuk kadrosundaydılar.

2004'te ben Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi kadrosuna geçene kadar aynı fakültede görev yaptık. Fatih'in Melek Hanım'la evlenmesi, yeni evlerine geçmeleri, kızlarının doğumu... dün gibi.

90'lı yıllar, yeni hukuk fakültelerinin ilk araştırma görevlilerinin doçentlik heyecanları yaşadığı yıllar... Doktoradan sonra ilk defa İstanbul Hukuk, Ankara Hukuk'taki hocalarımızın karşısına çıkıyor ve belki de yeni açılan bu fakültelerin rüştünü ispat edecek sınavlara giriyoruz. Akabinde artık sizin yetişmelerine katkı sağladığınız ikinci nesil araştırma görevlilerinin doçentlik heyecanları... Bu sınavlar bizim için de önemli. Zira sadece sınava giren kişi değil; bir bakıma siz de değerlendirilmeye tabi tutuluyorsunuz. İşte 2000'li yılların başında bizden sonra araştırma görevlisi olan ve doçentlik sınavına girecek olanlarda da aynı heyecanı yaşıyoruz.

Akademik hayatım boyunca elimden geldiği kadar, kendi yaşadığım sıkıntıları, benden sonra akademik hayata başlayan genç kardeşlerimin yaşamaması için gayret sarf ettim. Bu çerçevede yapmaya çalıştığım şeylerden bir tanesi de öncesindeki gerginliği ve heyecanı bildiğim için doçentlik (sözlü) sınavı öncesinde genç kardeşlerimi yalnız bırakmamak, heyecanlarını paylaşarak kendilerini bir nebze de olsa daha rahat hissetmelerini sağlamak oldu. Bunu ilk kez sevgili Fatih'in doçentlik sözlü sınavında yaptım.

Sevgili Fatih, doçentlik (sözlü) sınavına İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi'nde girecekti. Biz de eşim Gül Hanım'la birlikte İzmir'e gitmeye ve sınav öncesi Fatih'in yanında bulunmaya, O'nun ve Melek Hanım'ın heyecanlarını paylaşmaya karar verdik. Başaracağına hiç şüphem olmamasına rağmen benim de bir heyecan yaşadığımı itiraf etmeliyim. O gün jürinin "başarılı" bulup kararını tefhim ettikten sonra sevgili Fatih'in sınav salonundan çıkışı, yaşadığımız mutluluk akademik hayatımda hiçbir zaman unutmayacağım anılarım arasındadır. Tabii yine unutmadığım ve hâlâ tadı damağımda olan bir başka şey de sınav sonrası Melek Hanım'ın anne ve babasının İzmir'deki evlerinin terasında yediğimiz o balığın tadıdır.

Hep söylerim: sizden sonra gelenler, sizden çok daha başarılı olmazsa akademik bir gelişme söz konusu olmaz. O dönem, bizden sonra araştırma görevlisi olanlar başarılarını ispatladılar. Bunun sonucu olarak hem pek çok Hukuk Fakültesi'nin akademik hayata geçmesine vesile oldular hem de önemli kamu görevlerini üstlendiler.

Akademik hayatta hem kişilik hem de akademik başarıları ile kendisini kanıtlayarak 2010'da profesörlüğe yükseltilen sevgili Fatih, 2011'de yeni

kurulan Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu Dekan'ı olarak atandı. Bu benim için büyük bir mutluluktur. Hem böylesi önemli bir görev, bu işi bihakkın yapacak ehil bir kişiye teslim ediliyor, hem de Fatih artık Ankara'ya geliyordu.

Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi çok kısa bir sürede Türkiye'nin önemli hukuk fakültelerinden biri haline geldi. Sevgili Fatih'in gayretleri ile kısa sürede güçlü bir kadro oluşturuldu. Devlet üniversitelerinde çok alışık olmadığımız İngilizce hazırlık sınıfı ve müfredattaki derslerin yüzde otuzunun İngilizce olması ile yabancı dil bilen hukukçuların yetiştirilmesi hususuna öncülük etti. Yine müfredatta yeni gelişen hukuk alanlarına da yer vererek vizyonunu ortaya koydu. Özetle: Kurucusu olduğu fakülteye imzasını attı.

Yine hep söylediğim bir şey vardır: İyi akademisyen, evladınızı ilmine tereddütsüz teslim edeceğiniz akademisyendir. Fatih Uşan, sadece iyi bir yönetici değil; iyi bir akademisyendir. Daha da fazlasıdır: Çok iyi bir akademisyen, çok iyi bir yönetici, çok iyi bir insan ve çok iyi bir dosttur.

Sevgili kardeşim; iyi ki varsın. İyi ki seni tanımışım; iyi ki hayatımda olmuşsun.

FATİH ABİ*

Prof. Dr. Cemil KAYA**

Fatih abi ile ilk tanışmamız, kardeşi Ahmet Selim Uşan (Selim) ile Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde sınıf arkadaşı olduğum yıllara dayanır. 1990 yılında girdiğim Öğrenci Yerleştirme Sınavı (ÖYS) sonucunda Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini kazandım. Aynı yılın Eylül ayında bu Fakültenin 1/C Şubesine kaydoldum. Bu Şubede en yakın arkadaşlarımdan birisi Selim oldu. Fakültede okuduğum yıllarda Medeni Hukuk kürsüsünde görevli bazı araştırma görevlilerinin (rahmetli Bülent Yurt hoca, rahmetli Veysel Başpınar hoca ile Hüseyin Altaş hoca) yönlendirmesi ve benim de onlara özenmem neticesinde akademisyen olmaya karar vermiştim. Benim bu isteğimi bilen Selim, tesadüftür ki abisi Muhammed Fatih Uşan'ın Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi olduğunu, ancak yüksek lisans ve doktora eğitimi için görevlendirme yoluyla Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bulunduğunu söyleyerek Ankara'ya geldiğinde beni abisi ile tanıştırdığını söyledi. Akademisyen olmayı düşündüğüm için Selim'in bu teklifi beni çok heyecanlandırdı. Zira yakın arkadaşım olan Selim'in abisine (Fatih abi) akademisyenlik ile ilgili A'dan Z'ye her şeyi sorabilecektim. İşte kardeşi Selim sayesinde 1990 yılında, bundan tam 32 yıl önce Fatih abi ile tanıştım. Dolayısıyla Fatih abi ile 32 yıllık geçmişimiz bulunmaktadır.

Bu tanışma şöyle oldu. 1990 yılının son aylarında bir gün Selim, abisinin Konya'dan Ankara'ya geldiğini söyleyerek beni akşam evlerine davet etti. Selimler Ankara'nın Dikmen semtinde Rıfat Börekçi Camisinin tam karşısındaki evde oturuyordu. Fatih abiyi ilk gördüğümde açıkçası biraz çekinmiştim. Zira sert görünümlü birisi gibi gelmişti bana. Tabi bu, kendisiyle ilk tanışmamda edindiğim izlenim idi. Ancak daha sonra kendisiyle samimi

* Fatih abi ile ilk tanışmamız bir "hoca-öğrenci" ilişkisi olarak değil "abi-kardeş" ilişkisi olarak başladı ve öyle de devam etti. Bu açıdan ben kendisine -resmî ortamlar dışında- hep Fatih abi diye hitap ettim. Dolayısıyla bu yazının başlığı da "Fatih Abi" olarak konmuştur.

** Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Idare Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

olunca, o sert görünümünün altında oldukça samimi ve altın kalpli bir insan yattığını gördüm. Bu açıdan Fatih abi ile ilk tanışanlara bu tecrübemi çok defa anlatmışımdır. Fatih abi ile bu ilk tanışmamda Konya'dan ev arkadaşı olan Murat Atalı hoca da vardı. O da Fatih abi gibi Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi kadrosunda Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi idi ve yüksek lisans ve doktora eğitimi için görevlendirme yoluyla Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bulunuyordu. Fatih abi ve Murat hoca ile o akşam akademisyenlik üzerine hoş bir sohbet yaptık. Ayrıca sohbet esnasında ikimizi birbirine bağlayan lise geçmişimiz de ortaya çıkmıştı. Şöyle ki Fatih abi Ankara Merkez İmam Hatip Lisesi mezunu idi. Hatta Fatih abi 1990 yılında Ankara Hukuku birincilikle bitirmesine rağmen mezun olduğu liseden dolayı 5 Kasım 1990 tarihinde yapılan mezuniyet töreninde konuşturulmadığını ve geleneklerin aksine bu fakülteye araştırma görevlisi olarak alınmadığını da anlatınca çok üzülmüştüm.

Fatih abiyle 1990 yılının son aylarında başlayan samimiyetimiz Ankara Hukuk'ta öğrenci olduğum yıllar boyunca devam etti. 1992 yılının yaz tatilinde Selim beni Aydın Bozdoğan'a davet etti. Zira Selimler aslen Aydın Bozdoğan'lı idi ve oranın yaylasında güzel bir evleri de vardı. Ben de ailemden izin alarak Aydın Bozdoğan'a gittim. Fatih abi de oraya gelmişti. Güzel ve maceralı bir tatil yaptım, yaylada fotoğraflar çektim, Kemer Barajında yüzdüm ve bu arada Fatih abi ile bol bol sohbet etme fırsatı buldum. Hatta orada Fatih abinin akrabası ve hâlihazırda Bursa Uludağ Üniversitesi Rektörü olan Prof. Dr. Ahmet Saim Kılavuz hoca ile de tanışmış oldum.

Burada Fatih abinin, üzerimde emekleri bulunan rahmetli babası Ahmet Özcan amca ile annesi Nurten teyze hakkında da kısaca bahsetmek istiyorum. Fatih abinin rahmetli babası Ahmet Özcan amca T.C. Cumhurbaşkanlığı Diyanet İşleri Başkanlığı Merkez Teşkilatı'ndan emekli olmuş ve Kızılay'daki gökdelende (Emek İş Merkezi) emlakçılık ofisi bulunan babacan biriydi. Fakültede derslerden sonra zaman zaman Selim ile babasının bu ofisine uğruyorduk. Ahmet Özcan amca şivesi ve samimiyeti ile tam bir Ege insanı idi. İnançlı ve hoş sohbet bir insandı. Bu vesileyle Ahmet Özcan amcaya bir kez daha Allah'tan gani gani rahmet diliyorum. Fatih abinin annesi Nurten teyze de çok iyi bir insandır. Sınav dönemlerinde Selimlerin evinde kaldığım

zamanlarda -sağ olsun- sabah kahvaltımızı hazırlardı. Hatta ilk kaldığım gün zeytin tabağını, zeytinyağıyla dolu bir şekilde sofraya koyduğunu görünce çok şaşırmışım. Bir İstanbullu olarak Ege kültürü ile tanışmışım. Bu vesileyle Nurten teyzeye sağlık ve sıhhat içerisinde uzun ömürler diliyorum.

1993 yılının Ağustos ayında kardeşim doğdu. Rahmetli babam bana isim olarak ne koyalım diye sordu. Ben de hiç tereddüt etmeden “Fatih” koyalım dedim. İşte kardeşim Fatih’in ismi de çok sevdiğim Fatih abinin isminden gelmektedir.

1994 yılının Haziran ayında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden derece ile mezun oldum. Tabi o yıllarda Türkiye’de internet ve cep telefonu bugün ile kıyaslanmayacak şekilde çok sınırlı olduğundan, iş sınavlarından haberdar olmak da çok kolay değildi. Bir gün Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde hem kamu hem de özel hukuk bölümlerinde araştırma görevliliği sınavı açıldığını duydum ve müracaat için Konya’ya gittim. Fatih abi beni evinde ağırladı. Neticede sınava girdim ve sınavı kazandım. 28 Şubat 1995 tarihinde idare hukuku anabilim dalında araştırma görevlisi olarak göreve başladım. Bu süreçte Fatih abinin misafirperverliğini ve manevi desteğini unutamam. Aynı zamanda Fatih abi benim, sevgili hocalarım Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz ve Prof. Dr. Murat Sezginer ile tanışmama da vesile oldu. Fatih abilerin Konya’daki evi o yıllarda tramvayın son dan (Erenkaya Caddesi Durağı) bir önceki durağı olan Binkonutlar’daydı. Buradan kampüse “Mevlana” otobüsleri ile gidiliyordu. Fatih abi o muhitten ev kiralarsam rahat edeceğimi söyledi. Bu amaçla rahmetli babam Konya’ya geldi ve beraber ev aramaya başladık. Tabi bekâr olduğum için o yıllarda Konya’da kiralık ev bulmak kolay değildi. Nihayet babamın ikna kabiliyeti sayesinde Fatih abilere de yakın bir sitede ev kiraladım. Birbirimize gidiş gelişlerimiz oldu. Daha sonra 1996 yılının yazında evlendim. Fatih abi de aynı yılın yazında benden birkaç ay önce evlenmişti. Eşlerimiz de birbiri ile arkadaş oldu.

Fatih abi doktorasını bitirip 1999 yılında yardımcı doçent kadrosuna atanınca Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde “dekan yardımcısı” oldu ve bu görevini 2002 yılına kadar sürdürdü. 2000 yılının Eylül ayında “doktor” unvanını aldıktan hemen sonra, doktora sonrası bilimsel araştırma yapmak için 1 yıllığına İngiltere’nin Nottingham şehrine gittim. Orada hem kendi bilimsel

çalışmalarımı yaptım hem de Fatih abinin doktora tezine dayanan “İş Hukukunda Sakat İstihdamı” başlıklı kitabına yeni kaynaklar buldum. Ayrıca bu arada Fatih abiyi doçentlik çalışmasına (İş Hukukunda İş Sırrının Korunması) yabancı kaynaklar toplaması için İngiltere’ye gelmeye ikna ettim. Ne de olsa kalacak yeri hazırdı! Fatih abi Mayıs 2001’de kısa bir süreliğine de olsa İngiltere’ye geldi ve bizim evimizde kaldı. Fatih abi ile birlikte bir taraftan Nottingham Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin kütüphanesine gidip bilimsel araştırma yapıyorduk, diğer taraftan Nottingham ve çevresini geziyorduk ve balıkçı (Kıbrıslı) Mustafa abinin o güzel “fish & chips”lerini yiyorduk. Çok güzel yıllardı.

1995-2009 yılları arasında Fatih abiyle Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde beraber görev yaptık. Sınavlarda nöbet tuttuk, öğlenleri Üniversite Evi’nde (değerli dostlarım Hasan Mor ve Ali Şafak Bal’ının da katılımıyla) yemekler yedik, Cumaları Kampüsün ilerisinde Dokuzun Hanını geçince yolun solunda bulunan balık restoranlarına gittik, rektörlük seçimlerinde aynı rektör adayı etrafında yer aldık, fakültenin yeni binasına taşınma sürecinde görev ifa ettik, fakülte dergisinin düzenli bir şekilde çıkması için çalıştık, fakülteyi daha da ileriye götürmek için çabaladık vs. Velhasıl iyi günde de kötü günde de hep beraber olduk.

2009 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden ayrılarak İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine doçent olarak geçtim. 1990 yılında üniversite sınavını kazanarak ayrıldığım, doğup büyüdüğüm şehir olan İstanbul’a 19 yıl aradan sonra geri dönmüştüm. Diğer taraftan Konya’da beraber görev yaptığımız yıllarda ve İstanbul Hukuka geçmemden sonra, bilimsel açıdan da üstün nitelikli olan Fatih abinin, akademik yaşamına İstanbul’da devam etmesini çok istemiş olmama rağmen, çok değer verdiği ailesi Ankara’da bulunduğu için Ankara’da bir üniversiteye geçmesi için onu hep teşvik ettim. Nihayet Fatih abi 2011 yılında Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesine geçti. Üstelik bu Fakültenin 10 yıl boyunca “efsane” dekanlığını yürüttü. Aynı zamanda 2014-2019 yılları arasında Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’nin rektör yardımcılığı görevini de ifa etti.

2013 yılından beri Fatih abiyle T.C. Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı Mevzuat Komisyonu’nda beraber çalışıyoruz. Fatih abi bu Komisyonun

başkanı olarak görev yapmaktadır. Prof. Dr. Fethi Gedikli hoca da Komisyonun bir diğer üyesidir. Bu Komisyonda Fatih abinin gündem konuları üzerinde görüşlerini açıklarken açık sözlü ve samimi olduğuna ve karar verirken de adil olduğuna her daim şahit olmuşumdur.

Fatih abi araştırma görevlisi olarak başladığı akademik kariyerinde profesörlüğe kadar yükseldi ve aynı zamanda hem üniversitede hem de üniversite dışında birçok idari görevlerde bulundu ve halen de bulunmaktadır. Fatih abi için şunu söyleyebilirim ki birçok kişinin aksine “sınavı” kaybetmedi. Zira unvan, makam ve mevki onu hiç değiştirmede. Onu tanıdığım 1990 yılından bugüne kadar duruşunda bir değişiklik olmadı. Hiçbir zaman kibirli olmadı, aşırıya kaçmadı, insanlara karşı hep merhametli ve yardımsever oldu. Rüzgâra göre yaşam tarzını, görüntüsünü ve üslubunu hiç değiştirmede. Bir kimsenin veya grubun adamı olmadı. Her zaman kendi hür iradesi ve vicdanı ile hareket eden bir “birey” oldu. Belki de en önemlisi, en zor dönemlerde bile, ne pahasına olursa olsun “adalet” duygusundan hiç ayrılmadı.

Bu yazı vesilesiyle Fatih abiye benim ikinci abim olduğu için bir kez daha teşekkür ederim. Sağlık, sıhhat ve afiyet içinde olmasını, kıymetli eşi ve çocukları ile her daim güzel günler görmesini dilerim. Ayrıca akademiye daha nice katkılar yapmasını, kendisi gibi vatan ve millet sevgisiyle dolu, doğruluk, dürüstlük ve adaletten ayrılmayan, nitelikli, kaliteli, onurlu ve şahsiyetli nice akademisyenler yetiştirmesini temenni ederim.

Son olarak, bu yazı vesilesiyle şu hususa da şahit oldum ki bir akademisyenin çok sevdiği ve değer verdiği bir kişi hakkında anı yazısı kaleme alması makale yazmasından daha zormuş. 32 yılı bu birkaç sayfaya sığdırmak benim için gerçekten kolay olmadı. Sürçülisan ettiysem affola.

KIYMETLİ HOCAM PROF. DR. M. FATİH UŞAN**Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ***

Prof. Dr. M. Fatih Uşan Hocam ile ilk tanışmam 2015 yılı Eylül ayında öğretim üyesi olarak göreve başlamış olduğum Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Dekanı olması hasebiyledir. 2021 yılı Mayıs ayına kadar devam ettirmiş olduğu Dekanlık görevinin son 3 buçuk yılında yürütmüş olduğum Dekan Yardımcılığı vazifesi sayesinde, Fatih Hocam ile daha yakın çalışma ve kendisini daha yakından tanıma imkânım oldu.

Bu görevim sürecince Fatih Hocamın mesai mefhumu gözetmeksizin çalışmasına, insani yönünün kuvvetli oluşuna yakından tanık oldum. Fakültemizin kuruluşundan bugüne kadar yoğun emek harcıyarak kalıcı izler bırakan Hocamız; aynı zamanda pek çok insana yapmış olduğu iyilikler ile hayatlarına dokunarak, silinmez izler bırakmıştır.

Hocamızın 10 yılı aşkın süre ile Dekanlık vazifesini yürütmesinin ardından bu görevden ayrılmasının akabinde, benim de editörlük görevini yürüttüğüm Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin bir sayısının Hocamız için bir armağan olarak çıkarılmasına karar verilmesi üzerine büyük bir heyecan ile hazırlıklara başladık. Dergimizin bu sayısına yoğun bir ilgi gösterilmiş ve ekip arkadaşlarımızın özverili çalışmaları ile armağan sayımız hazırlanmıştır. Hocamıza takdim ettiğimiz armağan sayımızı hazırlayan ekibin içerisinde yer almaktan ayrıca büyük mutluluk duymaktayım.

Kıymetli Hocamız, başarılı akademisyenliğinin ve uzun yıllar özveri ile yürütmüş olduğu Dekanlık görevinin yanı sıra Devletin çeşitli kademelerinde önemli görevler yapmış ve halen de yapmaya devam etmektedir.

Saygıdeğer Hocamıza hem akademik hayatında hem bundan sonra üstleneceği görevlerde başarılarının ve aile hayatında da saadetlerinin devamı ile sağlıklı, uzun ömürler dilerim.

* Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD Başkanı.

ÜLEN, BİZ VARKEN MİSAFİRHANEDE KALINIR MI?

Doç. Dr. Akın ÜNAL*

Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora giriş mülakatı için Avukat Ali Köse Ağabey ile Ağustos 2005' te Kayseri'den Konya yolunu koyulduk. Mülakat tarihinden bir gün önce yola çıktık ve nerede kalalım diye istişare edip kendimize Konya Polisevi'nden yer ayırttık.

Konya'ya varınca önce üniversiteye gidecek ve Ali Köse Ağabeyin Hukuk Fakültesinden sınıf arkadaşı o zamanlar doçent olan Fatih Uşan Hoca ile de görüşecektik. Fatih Hoca aynı zamanda Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki anabilimdalı başkanı hocam Murat Doğan'ın da fakülleden arkadaşı imiş.

Öğleden sonra Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesine vardık. Hocanın odasının olduğu kata çıktık. Hangi oda olduğunu sormaya gerek kalmadı, zira koridorun başından hocanın sesi rahatlıkla duyuluyordu. Sesi takip edip odaya vardık. Neşesi sesine yansiyordu. Bu arada hocayı görünce herhalde burada genç yaşta doçent olunuyor diye de düşündüm. Hoşbeş muhabbet sonrasında veda vakti gelince, hoca nerede kalacağımızı sordu. Ali Bey, Polisevi'nde kalacağımızı söyleyince hoca – sevimli ege şivesiyle- : “Ülen, biz varken misafirhanede kalınır mı?” dedi. Ben, Ali Bey ile hocanın hukukuna binaen onun orada kalacağını düşünüp müsaade isteyince, beni de bir güzel payladı. Sen de Ali Bey ile gelmişsin, Murat Hoca'nın selamını getirmişsin sen de geliyorsun dedi.

Selçuk Üniversite'sindeki doktora kabul edilip kayıt olmam ile birlikte hocayı da sıkça ziyaret eder oldum. Her ne kadar ders döneminde kendisinden ders alamasam da, doktora tez konumun Fatih Hoca'nın çalışma konuları ile ilgili olması sebebi ile o dönem kürsü başkanı olan Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer

* Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

Hoca'nın yönlendirmesiyle Fatih Hoca tez izleme jürimde yer aldı. Süreçte hem kendisinden hem de konuya ilişkin eserlerinden çokça istifade ettim.

Doktorayı bitirme aşamasına geldiğimde Fatih Hoca, yeni kurulan Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne Dekanlığına atanmıştı. Tez savunma jürime de mevzuat gereği dışarıdan hoca olarak katıldı.

Yıllar içinde de Ankara'ya gelip gittikçe Fatih Hoca'ya ilk gün duyduğum muhabbetle ziyaret etmeye devam ettim. Fatih Hoca'nın katkıları ile 2019 yılında ben de Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi kadrosuna dâhil oldum.

Bir gün bir muhabbet esnasında Fatih Hoca, biz seninle nasıl ve nerede tanışmıştık diye sorunca, ben de "*Hocam sizin evde kalarak başlamıştı*" diye cevap verince, hadiseyi tamamen unutmuş olan Hoca şaşırarak yine ege ağzıyla gülerek "Hadi ülen!" dedi. Hatırayı baştan sona nakledince kendisi de duygulandı.

Ben de istedim ki bu hatıra kayıtlara geçsin ve bir hocanın samimi bir davranışının doktora yeni başlamaya çalışan genç bir akademisyende nasıl bir tesir bıraktığı görülsün...

Sağlık sıhhat afiyet dileklerle Değerli Hocam...

HEDEF VE MERHAMET SAHİBİ BİR YÖNETİCİ: PROF. DR. M. FATİH UŞAN

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ*

“(o zamanki adıyla) Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne kurucu dekan olarak atandığım haberini aldığımında, Selçuk Üniversitesi Kampüsüne girmiştım. Omuzlarımda çok bir yük hissetmişim. Allah’ım beni iyi insanlarla karşılaştı, diye çok dua ettim.”

“Bizim amacımız, Anadolu insanına imkân verildiğinde neler yapılabileceğini göstermektir.”

“Takip eden değil, takip edilen fakülte.”

“Hedefimiz ilk binden öğrencinin tercih ettiği fakülte olmak”

“Kamu kaynaklarını verimli kullanmak gerekir”

“Yaptığımız iş etiğe de uymalıdır”

Bu ve bunun gibi nice bir yönetici de olması gereken özellikleri ihtiva eden sözler, Fatih hocamızın yardımcılığını yaptığım sırada kendisinden ziyadesiyle duyduğum sözlerden birkaçıdır. Aradan yıllar geçmesine rağmen hâlâ bu ifadelerin aklımızda yer alması, sözlerin sadece lafta kalmadığını aynı zamanda uygulandığını göstermektedir. Nitekim bu ifadeler, tek bir mevzu tek bir konu tek bir kişi hakkında değil, karşılaşılan her vakada esas alınan yönetim ilkeleri olarak kabul edilmiştir.

2013 yılının son ayında Fakülteadaki görevimize başlayınca, Fatih hocamız bizi bölüm başkan yardımcısı olarak görevlendirmiş idi. Bölüm başkanı olarak kendisinin yardımcısı olduğumuz anla birlikte yakın mesai çalışmalarımız da başlamış idi. Yaklaşık bir yıl sonra ise hocamızın takdiriyle dekan yardımcılığı vazifesine atanmış idik. Bölüm başkan yardımcılığında belli

* Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi ABD Başkanı.

bir süre çalışıp daha sonra dekan yardımcılığına geçiş, sanırım bu şekilde bir teamülün başlangıcı oldu. Elbette hocamız ile en yoğun en etkili en çok çalıştığımız dönem 2018 yılında Japonya'ya görevlendirdiğimiz tarihe kadar geçen yaklaşık 4 yılda meydana gelmişti.

Fakültenin kuruluş aşamasında birçok zorlukla karşı karşıya kalınmış idi. Bir yandan üç öğretim üyesi için ayrılan odada iki masa ve iki koltuğun olduğu odalardan müteşekkil bina bir yandan derslere girecek ideali sağlayacak öğretim üyelerini ve araştırma görevlilerini tespit etmek gerekiyor idi. Esasında her ikisi de bir şekilde çözülebilecek, hassas davranılmaz ise kolaylıkla hallolabilecek mevzular idi. Ancak Fatih hocamızın bir ideali, hedefi, amacı ve bu hedefler için izleyeceği üslubu vardı. O, *Anadolu insanına imkân verildiğinde neler yapılabileceğini* göstermek istiyordu. Üstelik bir ilki başarmak istiyordu, Türkiye'de İngilizce eğitim veren ilk devlet Hukuk Fakültesini kurmak istiyordu. O halde, ne burada çalışan ve/veya çalışacak akademisyenler sıradan olmalıydı ne de fakülte hak etmediği bina ve veya yerleşkede olmalı idi.

Türkiye'de devlet üniversitelerinde bugüne kadar yapılamamış yapmak, %30 İngilizce eğitimi olan bir hukuk fakültesini kurmak, üstüne bir de "*ilk binden öğrencinin tercih ettiği*" fakülteyi teşekkül ettirmek hakikaten çok büyük emek, gayret, sabır ister. Bunun için hocamız, görev kendisine verildiğindeki "*Allah'ım beni iyi insanlarla karşılaştı*" duasına sığınarak, ülkesine vatanına milletine aşkla şevkle çalışacağına inandığı birçok kişiyi fakülteye katabilmek için çok ciddi efor sarf etmiştir. Kimi hocamızın, daha önceki çalıştığı kurumuna defeatle gitmiş, kimi hocamıza ise mektuplar göndererek kendilerini kuruma kazandırabilmiştir. Ülkemizin her yerinden her bölgesinden her düşünceden kişilerin fakültede görev yapabilmesini temin etmiş; sadece belli bir düşünceye sahip olan veya fakülteyi bir araç olarak gören kişilerin dahil edilmemesi için göğsünü siper etmiştir. Nitekim, hocamızın bir hedefi vardı ve bu hedefe ulaşmak için nasıl bir yol izleyeceğini de biliyor idi.

Elbette, böylesi bir hedefe ulaşmak önemli fedakarlıkları da beraberinde getiriyordu. Gerek Cinnah caddesindeki gerekse Etlik'teki makam odasında, akşam 9'a kimi zaman 10'a kadar çalıştığımız, akabinde eve geçtikten sonra telefon ile görüştüğümüz günlerin sayısı çok fazladır. Hoca, zamanı eşinden çocuklarından çalarak aşkla şevkle yönetim sergilemeye çalışmıştır. Bu denli

çalışmasının özündeki hedefi ise vazifeyi layıkıyla yapıp Hakkın rızasını kazanmak idi. Bu nedenle kendisine gelir de getirebilecek başka kurumlara üye olma veya o kurumlara geçme tekliflerini reddetmiştir.

Fatih hocamız, hedefe ulaşabilmek için nasıl bir yöntem izleyeceğine vakıf idi. Hangi konuda olursa olsun, ilkeli olunması, sadece hukuku değil *etiğe* de uygun davranılması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması gerektiğine inanmış ve bu şekilde bir yönetim sergilemiştir. Öğretim üyelerinin derslere girmesi ve derslerini takip etmesindeki tercihleri, sınavlarda öğrencilerin ve araştırma görevlilerin uyması gereken kuralları belirlemesi, önemli kararlarda herkesi dinlemesi ve kapısının herkese açık olması bu yönetim anlayışının uzantılarından birkaçıdır. Hocamız, görüş alışverişine önem verir; bu açıdan görevi, unvanı ne olursa olsun herkesi odasına kabul ederdi. Kendi meramını düşüncelerini izah edebilmek için bugün çok az uygulanan ancak kanaatimce çok tesirli olan bir yöntem uygular idi: Mektup. Muhtelif defalar çalışma arkadaşları olarak bizlere mektuplar yazarak, bizlere ne derece önem verdiğini belirtmiştir. Yapılan çalışmaların manevi hazzını sağlayacak olan teşekkür etme nezaketi, hatalı olduğunu fark ettiğinde kararından geri adım atması, hocamızın uyguladığı ancak her yöneticinin kolay kolay yapamayacağı ilkesel duruştur.

Hocamız, görevi devrettiğinde hedeflerine ulaşmış idi. Onun vizyonunun ne kadar tutarlığı olduğunu zaman bizlere gösterdi. Artık AYBÜ HUKUK Fakültesi, hukuk İngilizcesi eğitimde ilk ancak tek değildir. Süre içerisinde ilk binden öğrencimiz de oldu. Dergimiz birçok indekste taranıyor. Fakültemiz şu an adına, şanına yaraşır bir yerleşkede hizmetlerine devam ediyor; artık takip eden değil edilen bir fakülte olduk. Tüm hususlar, gayret, emek, çaba sarf edilerek elde edilmişti. Hocamızla çalışma imkanına sahip olduğum için Allah'a hamd ediyorum. Çalışmalarına, niyetine, gayretine kendi çapımızda şahit olduk. Nice hayırlı güzel vazifeler yapmasını temenni ediyorum. Sağ olsun, var olsun.

FATİH UŞAN, THE VISIONARY

Dr. Öğr. Üyesi Alvin Joel SANTOS GARCIA*

After completing my J.D. in 2014, I decided to move to Ankara to try to find a teaching post. Fortunately, I was able to get in touch with Mr. Nebi BÜKÜLMEZ, Doç. Dr. Ahmet KILINÇ, and Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU who were able to arrange a meeting with the Dean, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN. We all met at the Cinnah campus. I felt quite welcomed and although the university was relatively young at the time, I observed the eagerness of Prof. UŞAN and his team to make the law school one of the best faculties in Turkey. Prof. UŞAN navigated the administrative hurdles in hiring a foreign lecturer and thanks to his efforts, I was able to obtain a position with the law school.

Once I started working, I met again with Prof. UŞAN and proposed the idea of joining the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot in Vienna. I discussed the positive impact the competition would have on students in terms of building confidence and giving them the opportunity to network with other law students from around the world.

Prof. UŞAN had the foresight and determination to support this initiative and find the funding to bring it to fruition. Today, Ankara Yıldırım Beyazıt University is one of the few universities in Turkey to partake in this prestigious program.

Another aspect of Prof. UŞAN's contribution to the university I remember fondly is his efforts to foster comradery among faculty members and the administrative staff by hosting numerous family-friendly lunches and dinners over the years. I always the enjoyed the cordial conversations with my colleagues and listening to Turkish classical music during these events.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

Prof. UŞAN has worked tirelessly for the advancement of the university and he has left a lasting impact.

His legacy will be remembered for generations to come and I wish him the very best in his future endeavors.

BU BİR TEŞEKKÜR YAZISIDIR...

Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN*

Evet bu bir teşekkür yazısıdır, ancak içimdeki şükran ve vefa duygusunu ifade edebilecek kelimelerin hepsini içermemektedir. Zira Fatih hocama olan vefa hislerimi tam olarak karşılayabilecek ve bunları kâğıda döküp karşı tarafa aktarabileceğim kelimeler hazinemde yok. Ancak şunu söyleyebilirim ki 10 yılı aşkın süredir var olan usta çırak ilişkimizde hocam benim için bir ağabey, bir üstat, bir usta ve akademik yolculuğumda bir rehber oldu. Elbette bu süreç bitmiş değil, ki o yüzden bir anı değil teşekkür yazmak istedim. Bundan sonra da kendisinden öğreneceğim tonlarca şey var. Hayatım boyunca hangi unvanları ne zaman alabilirim bilmiyorum ama gururla ve de onurla taşıyacağım en güzel unvanım “Fatih hocamın asistanı olmak”, olacak. Tüm bu süreçte yaptığım hatalar kendime ait iken, ortaya çıkarabildiğim güzel ve doğru şeyler de hocamın vesilesiyledir. Bana bu yolda hocalık ve de rehberlik ettiği için teşekkür ederim!

Hocamız, fakültede çalışmaya başladığımız daha ilk ay, ikinci bir yabancı dil öğrenmemiz konusunda tüm asistanları teşvik ve motive etti. Onun sayesinde birçok arkadaşımızın bugün ikinci yabancı dili var. Bizlere yeni kurulmuş bir fakültede yapılması gereken onca işin arasında bu vizyonu verdiği için çok teşekkür ederim!

Hocama asistanlık yaptığım süre boyunca hiç şüphesiz onlarca hatam ve yanlışım oldu. Başkalarının öğretme usulü nasıldır bilemem ancak Fatih hocam her hatamı düzelttiğinde ve ardından kendisinden özür dilediğimde “*özür dilemen için değil öğrenmen için söylüyorum*” dedi. Kendisine hatalarımı görmem ve düzeltmemde vesile olduğu için teşekkür ederim!

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

Fatih hocam her zaman “*Önemli olan unvan değil, önemli olan iyi insan olabilmek, zaten Allah ömür verirse hepimiz bir gün profesörlük unvanında birleşeceğiz*” der. Bana her şeyden önce bu zorlu süreçte kalbimizi kirletmeden iyi insan olmamız gerektiğini her bir araya geldiğimizde hatırlattığı için teşekkür ederim!

Teşekkür edilecek çok şey var.

Bu liste böyle uzar gider.

Velhasıl kıymetli hocam, benim için sadece makale nasıl yazılır, tez nasıl hazırlanır şeklindeki öğretileriniz değil hayatımın her alanında sıkıştığım da bana sakinleştirici bir şekilde yol gösterdiğiniz için varlığınıza bin şükür!

SAYIN HOCAM PROF. DR. M. FATİH UŞAN'A**Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Burak GÜNDOĞDU***

Değerli hocam, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN ile 2011 yılında araştırma görevlisi olarak göreve başlamam vesilesiyle tanışma fırsatı buldum. Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı kapsamında atandığım Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kurucu dekanı olan sayın hocam beni fakültemizin Ulus Yerleşkesinde olan odasında kabul etmişti. Hukuk Fakültesinin ilk asistanı olduğum için şahsıma gösterdiği ilgi ve alâkadan oldukça etkilenmiştim. O zamanlar fakültemiz yeni kurulduğu için imkânları oldukça kısıtlıydı ve hocamız odasını diğer bir fakülte dekanı ile paylaşmaktaydı. Hocamız kısa bir zaman sonra Cinnah'ta bir yer tahsis edildiğinin müjdesini bizlerle paylaştı ve beni koordinatör asistan olarak orada görevlendirdi. Öğrenci alımlarından sonra Etlik yerleşkesinde verilen hazırlık eğitimlerinin ardından öğrencilerimiz de Cinnah kampüsünde eğitime başladı. Burada hocamızla olan birlikteliğimiz bizler için oldukça büyük bir kazanımdı. 313 numaralı odamızda kendisi ile yaptığımız her sohbet bizler için yeni bir şeyler öğrenmek anlamına gelirdi. Hocamız hem bana hem de göreve yeni başlayan arkadaşlarımıza her zaman ailesinin bir üyesi gibi davranırdı.

Yüksek lisans eğitimimde hocamızdan ders alma imkânına da sahip olmuşum. Öğrencilerine yaklaşımı ve ilgisiyle sıra dışı bir hukukçu olan hocamız, duruşuyla, tavırlarıyla fark yaratır, derste kendisini zevkle dinletirdi. Kendisi oldukça titiz bir insandı, okuduğu veya yazdığı bir şeyde en küçük ayrıntıyı dahi gözden kaçırmazdı. Ödevleri ve çalışmaları dikkatle inceler, hatalarımızı ve eksiklerimizi göstererek her daim iyi niyetle ve yapıcı eleştirileriyle öğrencilerine yol gösterirdi. Eğitim sürecinde çalışmalarını da okuma fırsatı bulduğumuz hocamızın kullandığı dil ve üslup yanında meselelere bakış açısı da farkını gösterirdi.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

İdareci olarak da fakültemize büyük emekler veren hocamız, her zaman hoşgörülü idi ve kapısı tüm arkadaşlarımıza sonuna kadar açıktı. Yurt dışı görevlendirmeler dâhil olmak üzere fakültemizde görev yapan her arkadaşımıza akademik hayatının her alanında yardımlarını esirgemez, bizlerin gelişimi için her zaman en iyiyi örnek gösterirdi. Fakültemizin ilk asistanı ve kuruluşundan bugüne gelişimini gözlemlene fırsatı bulan birisi olarak, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinin ulaşması gereken seviyeyi her zaman en yüksekte tutan hocamızın dekanlık görevini bıraktığında bunu büyük ölçüde başardığını söyleyebilirim. Bize düşen vazife, hocamızın öğrettiklerini bir an olsun unutmadan, ona lâıyk bir akademisyen olabilmektir. Sayın hocamıza hayatımıza kattığı her şey için sonsuz teşekkürler...

BU BİR BAYRAK YARIŞI

Öğr. Gör. Dr. Samet TATAR*

Sayın Prof. Dr. Fatih M. Uşan'la Eylül 2015'te Üniversitemizin Cinnah yerleşkesinde tanıştım. Yaşadığım sağlık sorunları nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri'nde devam ettiğim eğitimime bir süre ara vermiştim. Saygıdeğer Hocam, anlattığım sorunlarımı tebessümle dinledi. Gülümseyerek akademik hayatta karşılaşılan sorunların çözüleceğini söyledi. Öyle ya benim için çokça karışık gelen sorunlar, Hocam tarafından her gün dinlenen meselelerdi. İşin özünde sabretmek var dedi, yılmadan pes etmeden çalışmak var dedi. Yeni tanıştığım bir insanın benim kişisel meselelerime bu kadar kafa yorması ve beni cesaretlendirmesi Amerika'da pek de karşılaşmadığım bir değerdi. Kendimi dekanlık ofisinde oldukça güvende hissettim.

Hocanın çok yoğun şekilde çalıştığını fark ettim. Bu yoğunluk içerisinde zamanı nasıl yönetebildiğini sordum. Hocam bana şunu dedi “Bizim bu memlekete hizmet edecek gençlere ihtiyacımız var. Bu bir bayrak yarışı. Zamanı geldiğinde sen de elini taşın altına koymaktan çekinme. Zamanı yönetmeyi çalışarak öğreneceksin.” Hocamın bu altın nasihatini hiç unutmadım. İletişimde kalarak yüksek lisans ve doktora eğitimimi bitirdim. Kurucu Dekanımızın mentörlüğü sayesinde akademik olarak başarılı işler çıkardım.

Kasım 2020'de Türkiye'ye temelli döndüğümde, pandemiden dolayı esnek mesai modelinde çalışmaya başladım. Yurt dışı personelin Türkiye'deki akademik hayata uyumu için büyük çabalar gösteren kurucu Dekanımız, ivedilikle Bahar dönemi için ders açmamı önerdi. Kendi dersimin öğrenim materyallerini hazırlarken kısa bir dönem de olsa birlikte çalışabilmenin ayrıcalığını hissettim. Bu armağan yazısı küçük bir teşekkür niteliğini taşımaktadır.

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD Öğretim Görevlisi.

Hocam tanıştığımız günden itibaren akademik gelişimim için beni sabırla destekledi. Bizlere mentörlük yaparken bilgi ve deneyimi genç kuşaklara aktarmanın önemini öğretti. Başım sıkıştığında hayatla ilgili bir fikir danışmam gerektiğinde gideceğim kişinin Hocam olduğunu çok iyi bildim. Doktora sonrası çalışmalarım için, beni bilişim hukuku alanında çalışmaya motive ettiği için Hocamıza karşı bahtiyarım. Hamdolsun Rabbime, iyi ki tanıştık iyi ki beraber çalıştık. Bu bayrak yarışında hocamız gibi başarılar gösterip hizmetler edebilmek temennisiyle...

HOCAM PROF. DR. MUHAMMED FATİH UŞAN'LA GEÇEN 10 YIL ANISINA

Arş. Gör. Onur Musab KARAKAŞ*

Sayın Hocam Fatih Uşan'la tanışıklığımızın 10. Yılı'nı doldurmuş bulunuyoruz. Gençlik yıllarımız dan bugüne bize büyüklük eden, her zaman yol gösteren karşılaştığımız zorluklarda elimizi tutan sayın hocama her zaman minnettarım. Yetişmemizde onca emeği olan kıymetli hocama geçirdiğim trafik kazası nedeniyle oluşan sağlık problemlerim nedeniyle bu anlamlı armağanda eser sunamamanın tarifsiz üzüntüsünü yaşıyorum. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ve bizlerin bugüne gelmesinde kurucu dekanımızın üstün gayret ve emekleri yadsınamaz bir gerçektir. Bu bağlamda üzerimizde emeği olan hocama haddim olmayarak bu yazıyı kaleme almak istedim.

Fatih hocam, akademik başarılarının yanı sıra özel hayatında sevilen ve insanların takdir ettiği örnek bir şahsiyettir. Kendisi mütevazi, şefkatli, babacan ve hoşgörülüdür. Hocamın en takdir ettiğim özellikleri arasında adil, vicdanlı ve dürüst olması yer almaktadır. Sayın hocamın keskin zekâsı ve hafızası, her işini layıkıyla yapmak isteyen mükemmeliyetçiliği ile birleşince yaptığı her işte farkını ortaya koymuştur.

10 yılı aşan dönemde, hocamla bazı anılarım var ki ömür boyu unutamayacağım nitelikte. Adaylar arasında birinci olduğum doktora giriş sınavı sonrasında beni arayıp 'seninle iftihar ettim çok başarılıydın' demesi sonrasında sevincimden göz yaşlarım süzölmüştü. Yine sırf kendimi geliştireyim diye bana ders anlattırması, derse katılıp notlar alarak nasıl daha iyi anlatacağıma ilişkin tavsiyeler vermesi de unutamadığım hatıralar arasında yer almaktadır. Hocamızın kullandığı atasözlerinden biridir 'Yağız at yemini kendi arttırır'. Her ne kadar şimdiye kadar yağız bir at olamadıysak da bir dersin

* Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD.

sonunda hocamızın ağzından ‘ders anlatışımı çok beğendiğini’ duymak benim için tarifsiz bir mutluluktur. Hocamın sanata olan sevgisinin bizi birbirimize yakınlaştıran değerler arasında olduğunu düşünmüşümdür. Hocamızın desteğiyle fakültede araştırma görevlileri arasında şefliğini üstlendiğim bir koro kurulmuş ve mezuniyet töreninde de korumuz eserler icra edilmiştir. Öne çıkan yönlerimizi ve özgüvenimizi geliştirmek için hocamızın yaptıklarını bu bağlamda oldukça değerli buluyorum.

Çoğu ünlü ressamın kadri kıymeti ölünce anlaşılmış, eserleri ancak o zaman keşfedilebilmiştir. Fakültemizin kuruluşunda büyük emeği olan hocamıza görevi sırasında böyle bir armağanın çıkarılmasında emeği olanlara teşekkürümü sunarken, değerli hocama da uzun ve sağlıklı ömürler diliyorum.

FATİH HOCAMA TEŞEKKÜRLERİMLE

Arş. Gör. M. Zahid YENER*

07.09.2012 Cuma günü, o zamanlar Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'nin Etlük'te bulunan lise binasından hallice yerleşkesine kayıt için gittiğimde Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. M. Fatih UŞAN ile ilk kez tanışmıştım. Hocamın heyecanı her halinden belliydi. Kayıt için gelen herkesle tek tek tanışmıştı. O zamanlar nereye geldiğim ve kimle tanıştığım hakkında çok da fikrim yoktu açıkçası. Üniversite kayıtlarını yapan diğer üniversitelerdeki arkadaşlarımla konuştuğumda, hiçbirinin kayıt esnasında fakülte dekanı ile tanışmadığını öğrendiğimde Fatih Hocama büyük sevgi ve saygı duymuştum. Hazırlık yıllarında öğrencileri bahçede gördüğünde tek tek sorar, hukuk fakültesi öğrencisi ile karşılaştığında ise büyük bir heyecanla hazırlığı bir an önce bitirip fakülteye başlamamız hususunda bize tavsiyeler verirdi.

2013 yılının sonbaharında nihayet fakülte'deki eğitime başlıyorduk. Cinnah'ta bulunan fakülte binasına geldiğimizde çoğumuz bir miktar şaşkındık. Bir devlet kurumunun binası eldeki imkânlar dahilinde üniversiteye çevrilmeye çalışılmıştı. Bu şaşkınlık ile eğitim öğretime başladık. Fiziki imkânlarımız bugün üniversitemizin sahip olduğu imkânlardan çok uzaktı. Ancak fiziki imkânsızlıklar ben ve arkadaş çevrem açısından pek de önemli değildi. Zira Fatih Hocamın önderliğindeki fakültenin akademik kadrosu ile tam bir aile ortamımız vardı. Cinnah'ın o küçük bahçesinde biz otururken Fatih Hoca oralardan geçiyorsa muhakkak bizim olduğumuz tarafa gelir, bir eksiğimizin ya da sorunumuzun olup olmadığını sorardı. Kendisi de fiziki yetersizliğimizin farkında idi ve bunu dile getirirdi. Bunun üzerine de önemli olanın bina değil, binanın içindekiler olduğunu bize her defasında söylerdi. Bunun anlamını yıllar içerisinde anlamaktayız. Orada geçen günlere duyduğum/duyduğumuz özlem, her fırsatta hem benim hem de arkadaşlarım tarafından dile getirilir. O kadar imkânsızlığın içerisinde o günler hâlen hoş bir

* Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.

şekilde hatırlanıyorsa, bunda Fatih Hocamın emekleri ve özverisi yadsınamaz bir gerçektir.

Cinnah yıllarımızda üniversite yaz şenlikleri düzenliyordu. Bundan mütevellit bütün personel orada görevlendirilmişti ve kantin kapalıydı. Arkadaşlarımla beraber dersten çıktığımızda, çay içememenin vermiş olduğu gerginlikle soluğu Fatih hocanın kapısında aldık. Yaklaşık on beş kişiyi kapıda görünce Fatih Hoca bizi hemen odasına aldı ve ne olduğunu sordu. Biz de kantinin kapalı olduğunu ve çay içemediğimizi söyledik. Bunun üzerine Fatih Hoca hepimize çay söylemiş ve yanında çikolata ikram ederek bizimle sohbet etmişti. Bir hukuk fakültesi dekanı, çoğu için bu gereksiz olayda bile öğrencilerine her zamanki gibi babacan tavrı ile yaklaşmıştı. Fatih Hocamız her şeyden önce öğrencileri için ulaşılabilir biriydi. Bunun ne kadar önemli olduğunu yıllar içerisinde diğer üniversiteler ile de karşılaştırarak idrak ettik.

Cinnah'ta o zamanlar ufak bir çalışma salonu vardı. Orada çalışmak için yer bulmak imkânsıza yakındı. Bizler o zaman vize ve finallere çalışmak için Enstitü binasındaki derslikleri kullanıyorduk. Bir akşam dersten sonra yine çalışmaya giderken Fatih Hoca bizi görmüş ve takip etmişti. Enstitü binasında bizi tabiri caizse basmış ve ne yaptığımızı sormuştu. Biz de çalışacak yerimizin olmadığından bahisle burayı çalışmak için kullandığımızı söylediğimizde Fatih Hoca çok mutlu olmuştu. Hatta üzerine “biri size laf ederse, benim haberimin olduğunu söyleyin. Sizin burada çalışmanızla sorunu olan gelsin beni bulsun” diye de eklemişti. Hoca, öğrencilerine güvenilir ve sorunlarını kendi sorunuymuş gibi ele alarak, bunları makul şekilde çözmek için elinden geleni yapardı.

2017 yılında mezun olduktan sonra aynı yıl yüksekisans eğitimime başladım. Ders döneminde akademik olarak Fatih Hocamdan çok şey öğrendim. Aynı zamanda akademisyen olma yolunda kendisinden çok şey öğrendiğim Fatih Hocamın yol göstericiliği ve yardımları karşısında müteşekkirim.

Fatih Hocam aynı zamanda benim yüksekisansızta tez babam olarak danışmanlığımı yürüttü. O süreç boyunca bana yol göstermesi, öğreticiliği, adeta bir baba-oğul ilişkisi içerisinde bana yardımcı olması, akademik anlamda beni eğitmesi ve daha birçok şey için hocama çok teşekkür ederim. Yine yüksekisans tezimi yazarken Almanya'ya gitmem hususunda beni

cesaretlendirmesi ve gitmem hususunda yardım etmesi benim için çok önemliydi. Bir öğretim elamanının yurt dışına gönderilmesi hususunda hiçbir zaman zorluk çıkarmaz; aksine herkesin bu tecrübeyi yaşaması ve bu tecrübe ile vatana-millete daha iyi hizmet etmesi bilinci ile hepimizin yurt dışına gitme konusundaki en büyük destekçimizdi.

Son olarak hem öğrenci hem de araştırma görevlisi olarak yer aldığım üniversitede bulunduğum süre içerisinde yeri geldiğinde hocalığı, yeri geldiğinde arkadaşlığı ve yeri geldiğinde babalığı için hocama sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

SAYGIDEĞER HOCAM PROF. DR. M. FATİH UŞAN'A

Mehmet ŞAHBALI*

Fatih Hocamla 9 yıla yakın çalıştım. Daha ilk günden itibaren hızlı bir temponun içinde buldum kendimi. O, gece gündüz demeksizin kurucu dekanı olduğu fakültenin gelebileceği en iyi yere gelmesi için çalışıyordu. 10 yıl sonra Dekanlık görevini devrettiğinde eminim kendisinin deyimiyle pek çok konuda “takip eden değil takip edilen fakülte olduk” ve sayısız başarılarla imza attık. Mesai mefhumunu unutarak o kadar çok çalışırdı ki “Hocam bugünlerin yarınları da var. Sağlığınıza ve çocuklarla ilişkilerinize dikkat edin” derdim. Fakat eminim ki çok da önemsemezdi. Çünkü son zamanlarda “senin dediğin daha doğruymuş, Şahbalı” demesinden anlıyorum.

Çoğu zaman kendisi “Ya Rabbi beni iyi insanlarla karşılatır diye çok dua ettim ve de kabul olunduğunu görüyorum” demiştir.

O, Anadolu insanının kendisine yetki verildiğinde neler yapacağını göstermek için garazsız ivazsız bir şekilde çalışmıştır. Bunun için öğretim üyesi arayışında idi. Bir hoca hakkında eğer olumlu şeyler duyarsa ne yapar ne eder onunla irtibat kurar, kadromuza katmak için elinden geleni yapardı. Bununla ilgili olarak, pek çok kişiye mektuplar yazdığını bizzat biliyorum. Araştırma görevlisi olarak atanmaya hak kazananlarla bizzat ilgilenir onlara bir Dekan gibi değil baba gibi nasihatlerde bulunurdu. Mutlaka özgür, vatanına ve milletine faydalı bireyler olmalarının önemine işaret eder akıllarını başkalarına kiraya vermemelerini tembihlerdi.

Hocamla ilişkimiz Dekan - Fakülte Sekreteri ilişkisinin ötesindeydi. Geceleri 2 - 3 lerde yazıştığımızı hatırlıyorum. Bu saatte de görüşülür mü diye hiç aklıma gelmedi, çünkü unuturum belki deyip yazardı. Cinnah'taki yerleşkemizde iken başbakanlık binası, tarım bakanlığı binası, Etlik'teki bazı binaların fakültemize devri için çok çalıştığını biliyorum. Bunlardan ikisi için muvaffak olabildik; biri Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumunun binası

* Fakülte Sekreteri, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

ile BOTAŞ'a ait olan bina. Bu binaları ikili ilişkilerini kullanarak üniversitemize / fakültemize kazandırmıştır.

İlk mezunlarımızı 15 Temmuz 2016 tarihinde düzenlediğimiz mezuniyet töreniyle Çubuk yerleşkemizde öğrencilerimiz, velilerimiz, hocalarımız ve o dönemki iki bakanla yaptık. Benim için o mezuniyetin önemi, belki de Türkiye'de ilk defa mezunlarımıza mezuniyet töreninde gerçek diplomalarını vermektir. Ondan sonraki hiçbir mezuniyetimizde bunu yapamadık. Tabii ki o günün en unutulmaz yanı ise FETÖ'nün hain darbe girişimi idi. Çok şükür ki bu aziz millet buna pabuç bırakmadı ve bundan sonra da asla bırakmayacaktır. Etlikteki hain terör örgütüne ait olan Turgut Özal Üniversitesinin bu yerleşkesinin bize tahsis edilmesi için de çok uğraştı. 2016 yılından beri bu yerleşkede eğitim ve öğretim faaliyetlerimize devam etmekteyiz.

Hocamız cömert, vefakâr, duygusal, kızsız bile gönül almasını bilen, insana değer veren ve yaptıklarının bir gün mutlaka karşılığı olduğunu inanan bir insandır

Fatih Hocam herhangi bir iş yapmadan önce mutlaka ilgili kişilerle istişare eder ondan sonra karar verirdi. Bu kişiler yerine göre akademisyen, dekan yardımcısı veya çaycı bir arkadaş da olabiliyordu.

Velhasıl söylenecek çok şey var, fakat Fatih hocam gibi bir hoca, kardeş ve dost ile çalışmak benim için gerçekten bir nimet idi. Kendisiyle acı tatlı pek çok anımız oldu. İyi ki varsınız ve iyi ki benim dostumsunuz. Canım hocam yolunuz açık olsun. Rabbim size ve ailenize sağlıklı, huzurlu, mutlu, hayırlı uzun bir ömür versin. Dareyn saadetleri dilerim.

MEMLEKET SEVDALISI

Melek UŞAN*

Acizane Fatih beyin eşiyim ben, Melek UŞAN. İki kız ve bir erkek evladımız var. Aslında buna bir dördüncüsünü de eklemek gerekir: AYBÜ HUKUK FAKÜLTESİ.

Benden Armağan için, yazı yazmam istendiğinde, hem güzel anılar canlandı içimde, hem de zor günler geçti gözlerimin önünden. Bazen hüznümlendiğim, bazen yalnız kaldığım, bazen de çocuklarımın çoğu sorunları ile tek başına ilgilenmek zorunda olduğum, koca bir 10 yıl, şöyle bir akıp geçiverdi. Hem güzel, hem başarılı hem de zorlu geçen on yılın çok kısacık bir özetini bulacaksınız bu yazdıklararımda.

Fatih Beyin akademik hayatı Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesinde başlamış. Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisi iken 1996 yılı Haziran ayında evlendik. 2011 yılında, yeni açılacak bir Üniversitenin dekanı olarak atanması haberi ile Ankara yolculuğu başlamış oldu.

Ankara yolculuğunun başlaması ile ben eşimi, çocuklar da babalarını yeteri kadar göremez olmuştu. Hepimiz açısından katlanmamız gereken sıkıntılar ve yapmamız gereken fedakarlıklar baş gösterdi. Ama içime bir nebze de olsa su serpen şey vardı ki; O da Fatih beyin hep gerçekleştirmek istediği idealleri, hayalleri... Bu vesile ile ve bu görevle O, ideallerini, hayallerini hayata geçirme fırsatı bulabilecekti, inşallah. Bu sevinilecek bir şeydi. Çünkü eşiniz mutlu olursa, siz de mutlu olursunuz. Başka bir şehre taşınma, bilinmeyen bir ortam, yeni bir çevre. Bu düşünceler bizi endişelendirse de, hayal ve idealleri ile yaşayan eşinizin, başarıma öyküsünü hissederek, yani sonu baştan görerek, ailemizle ve çocuklarımızla istişaremizle de bu işe hep birlikte evet diyerek, yola koyulduk. Böylece hepimiz için yeni bir serüven başlamış oldu.

* Meslek Dersleri Uzman Öğretmeni, Ümitköy Kız Anadolu İmam Hatip Lisesi, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'ın Eşi.

Fatih beyin en büyük ideali, memleketine faydalı olmak ve Anadolu insanlarına imkân verilirse, kaliteli öğrenciler, liyakatli akademisyenler yetiştirmektir. Tabiri caizse karınca misali, su taşımaktı yangına...

Zemin, hazırlanmıştı. 2011 yılında eğitim öğretim faaliyetlerine başlayan Fakültede kurucu dekan olarak göreve başlamıştı. Gece gündüz Fakültenin ve birlikte çalıştığı ekip arkadaşlarının işlerini kolaylaştırmak için hep gayret sarf etti. Türkiye'nin doğusundan batısına, kuzeyinden güneyine kadar farklı üniversitelerdeki, hocaları ve genç akademisyen adaylarını, Yıldırım Beyazıt Üniversitesinde toplamak için çok çaba sarf etti. Gece rüyalarında, gündüz hayallerinde hep daha iyi nasıl olabiliriz, ben değil, biz bilincini hem asistanlarına hem hocalarına hem de idari personele aktarmaya gayret gösterdi. Böylece, onların, o dönemde kalplerine misafir oldu diye düşünüyorum. Bir dekan, bir yönetici değil de bir büyük, bir abi, belki de bir baba olarak yaklaştı hep onlara. Asistanlarının makul isteklerini yapmaktan hep zevk aldı, bu anlamda yorulmak bilmeksizin hep çaba gösterdi. Gece gündüz demeden kâh sorunları için, kâh akademik çalışmalarına destek vermek için gayret etti.

Doğrusunu söylemem gerekirse, ben ve çocuklarım bu durumu kıskanmıyorduk, diyemem. Ama karşımda memleket sevdalısı eşimi görünce, çocuklarım da memleket sevdalısı babalarını görünce, bu durum kıskançlık değil, imrenmek, gıpta etmek olarak bizde tezahür etmişti.

Bu arada eşimin iki duasına çok kez kulak misafiri olmuşumdur. "Allah'ım! Fakültemiz için uygun bir bina bulalım, Allah'ım! Beni iyi insanlarla karşılaştırsın, onlarla çalışayım". Bu iki duanın kabul olduğunu, yaşananlarla beraber görmüş oldum.

Ankara'ya geldiğimizden beri, eşimin evde Fakülte ile ilgili, gündeme getirdiği iki önemli konu vardı. Biri Fakülte binasının yokluğuydu. Henüz Üniversitenin kampüs alanı belli olmuşsa da binalar tamamlanıncaya kadar bir yer bulmak gerekli idi. İkincisi ise öğretim kadrosunun oluşturulmasıydı. Hatta öyle ki bina yokluğu meselesi, Başbakan'a (şimdi Cumhurbaşkanımıza) yazılan bir mektuba bile konu olmuştu. Külliye'nin yapım aşaması sonrası Başbakanlık binasının akıbeti ile ilgili basın yayın organlarında haberler geçerken, Fatih Bey, sayın Başbakandan, Kızılay'daki Başbakanlık binasını, uygun bulunmaması halinde ise, Bakanlıklarda yer alan eski Orman Bakanlığı binasını istemişti.

Mektup denilince, eşimin bir gece yarısı doktorasını yurt dışında tamamlamış ve İstanbul'da görevine devam edecek bir akademisyene yazdığı mektubu da hatırlıyorum. Ancak bu sefer mektup karşılığını buldu, hocayı ikna etmişti. Kısa bir zaman sonra da Ankara'ya atama için uğraşıldı, nihayet işler halloldu, hoca da evini Ankara'ya taşıdı.

Fatih beyin hayallerinden başka bir diğeri de ilk 1.000 içerisinde yer alan öğrencilerin tercih ettiği bir Fakülte oluşturmaktı. Çok şükür, kısa bir zaman sonra ilk 1.000 içerisinde yer alan bir öğrenci Fakülteyi kazandı ve kayıt yaptırdı. Allah, kendisine bu ideali henüz dekanlık görevi devam ederken gerçekleştirmeyi de nasip etti.

Unutamadığım hadiselerden bir diğeri de küçük kızımın yaşadıkları bir diyalogdur. Ankara'ya geldiğimiz ilk yıl, (2011, Fakültenin kurulduğu yıl öğrenci alınacaktı), eşimi bir arkadaşı telefonla aramıştı. Çocuğu hukuk fakültesinde okumak, o da Fakülte hakkında bilgi almak istiyordu. Eşim burada bir kısmını anlatmaya çalıştığım ideal ve hayallerinden bahsetmişti. Kızım Zeynep Rana, telefon kapandıktan sonra dedi ki, "Baba, birçok şeyden bahsettin, acaba biz Fakülteyi tercih edecek olsaydık, bize de burayı önerir miydin?" Fatih beyin bu soruya cevap veremediğini, koltukta bir süre oturup kaldığını gördüm. Evet, düşünce, ideal ve hayaller vardı ve hepsi de güzeldi, ama daha ortada hiçbir şey de yoktu. Hoca yoktu, bina yoktu, mekân yoktu, fakat idealler vardı. Çok şükür, dekanlık süresi boyunca her şey yoluna girdi.

Hafızama kazınan olaylardan biri de darbe teşebbüsü ve sonrası yaşananlardır. Fakültenin ilk mezuniyet töreni 15 Temmuz 2016 Cuma günü yapıldı. Mezuniyet töreni çok güzel oldu. Ancak o gece hain darbe teşebbüsü ile karşılaştık, ama darbeciler emellerine ulaşamadılar. Törene şimdi olduğu gibi, o dönem de Adalet Bakanı olan Sn. Bekir BOZDAĞ da katılmıştı. 15 Temmuz ülkemiz için unutulmayacak bir zaman dilimi olmuşken, AYBÜ Hukuk Fakültesi açısından da ilk mezunlarını o gün verdiği çok önemli bir gün olarak hafızalarda yerini aldı. Oğlum Ahmet Taha 15 Temmuz'u; babasının, uzun süren toplantılarının olduğu ve bu yüzden eve geç saatlerde geldiği bir dönem olarak hatırlıyor. Öyle ki, oğlumuzun sünnet merasimi için yapılacak fotoğraf çekimine dahi, babası katılmadı. Benzer durum, idareci olması ve yoğunluğu

nedeniyle daha sonraki yıllarda büyük kızımız Beyzanur'un evlilik hazırlık sürecine de yansıdı.

Fatih beyin dekanlık dönemi ile ilgili şu hususları da sıralayabilirim. Fakülteyi tercih eden öğrencilere ödül verirken, bizzat kendi çocuğu o ödülü alıyormuş gibi sevinen, yapılan konferans ve sinema faaliyetlerinde daha iyi nasıl hissederim değil, hissettiririm'i düşünen, motivasyon yemekleri ile akademik personel ve ailelerinin kaynaşmasını hedefleyen, dava yarışmalarında öğrencilerinin yanında olmasa bile kalben orada olan ve bizleri de o dava yarışmalarının içine sürükleyen bir süreçte buluyorduk kendimizi. O zamanlar 5, 6 yaşlarında olan oğlumuzun, hukuki terimlerini çok sık duyduğu için, onları çok güzel telaffuz ettiğini de söyleyebilirim.

Fakültede yapılan ve yapılacak olan tüm faaliyetler evimizde bizzat konuşulmuş ve konular bizimle de istişare edilmişti. Arabuluculuk faaliyetleri, dava yarışmaları ve çarşamba seminerleri. Çarşamba seminerleri, Fakültenin başından beri sürdürüle gelen bir geleneğin devamı olup, kendisinin çok önem verdiği bir etkinlikti. Kısa film yarışmaları düzenlendiğinde, biz de ailecek tüm filmleri izleyerek, AYBÜ Hukuk Fakültesinin içine dahil olmuştuk. Yine tüm öğrenciler ve Fakülte personeli ve ailelerinin içinde yer aldığı film gösterileri de hafızamda kalanlardan. Aslında ben ve çocuklarım, belki fiziki olarak Fakültede değildik, ama manen hep Fakülte bizimle beraberdi. Zira Fatih Bey için AYBÜ Hukuk, her şeyden öte, her şeyin üstünde bir konumdaydı.

Kısacası eşimin Fakültede verdiği ve bizim de çok iyi bildiğimiz ve ezberlediğimiz mesaj, "Hukukun üstünlüğünü özümsemiş, hakkaniyetli ve adaletli hukukçular yetiştirmek"ti. O'na göre hukuk, daha doğrusu hukukçuluk çok önemliydi. Hukukçunun da hakkaniyetli ve adil olması gerekiyordu. Dekanlık yaptığı süre boyunca, bu hedefe ve bu hayale ulaşmak için elinden geleni fazlasıyla yapmaya çalıştı. Allah da kendisine yardım etti, on yılı aşkın süren dekanlığı döneminde birçok iyi işe imza attı. Arkamıza baktığımızda, yapılan fedakarlığın güzel sonuçlarını görmek ve bir Fakültenin doğuşuna ve gelişmesine şahit olmak, hepimizi çok mutlu etti ve ediyor.

AYBÜ Hukuk Fakültesinin bu duruma gelmesinde emeği geçen herkese teşekkürlerimi sunuyorum, yolları açık olsun.

KADER GAYRETE AŞIKTIR

Beyzanur AKDERE*

Her şeyden önce, konuya dair yazacaklarım, hislerim ve düşüncelerim zihnimin bir köşesinde net olsa da yazıya nasıl başlamam gerektiği konusunda epey düşündüğümü belirtmek istiyorum. Beni bu yazıyı daha evvel yazmaktan alıkoyan ve bir süredir ertelememe sebep olan şeyin ne olduğunu düşündüğümde ise, bu yazının konusunu oluşturan döneme dair hislerimin epey yoğun olmasının onları yazıya dökmemi zorlaştırdığı sonucuna ulaştım. Henüz ortaokuldan yeni mezun olmuştum ki Ankara'ya taşınacağımız ve babamın Ankara'da yeni kurulacak bir üniversitede kurucu dekan olarak göreve başlayacağı belli olmuştu. Aslına bakarsanız bu çok beklenmedik ve birden karşı karşıya kaldığımız bir gelişme de değildi. Çok küçük yaşlardan itibaren babamın hayallerinde ve mesleğine ilişkin ideallerinin bir bölümünde, doğduğu şehir olan Ankara'ya dönüş yaparak hedeflerini orada gerçekleştirmenin yattığını biliyorduk. Geleceğe dönük bir plan olarak zikredilen bu niyet ise, 2011 yılının yazında artık Konya'da yaşamayacağımızı kesinleştiren bir gerçeğe dönüşüvermişti. Ankara'da bizi nasıl bir hayat bekliyor, oraya alışabilecek miyiz, nasıl bir liseye gideceğim, Konya'daki arkadaşlarımla bir daha görüşebilecek miyim gibi sorular zihnimi meşgul ederken, yaşımın gereği biraz fazla duygusallaşmış, hatta bir süreliğine Ankara'ya taşınmamıza sebep olduğu için babama mesafe koymuştum. Nitekim Konya'daki evimizin satılacağı kesinleştiğinde ise anne-babama satmamaları konusunda direterek üniversiteyi Konya'da, o evde arkadaşlarımla birlikte kalarak okumak istediğimi söyleyecek kadar da ileri gitmiştim. Neyse ki bu buhranlı dönem Ankara'daki liseme ve arkadaşlarıma alışmış olmamla birlikte etkisini azaltarak sona erdi. Artık Ankara'ya nispeten alışmış da olsak, babamızı Konya'da geçirdiğimiz günlere nazaran daha az gördüğümüz bir dönem de bizim için başlamış oldu.

* Uzman Klinik Psikolog, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'ın Kızı.

Yeni olan her şeyin, beraberinde getirdiği çeşitli zorluklarla beraber, aslında nasıl gelişeceğini ve dönüşeceğini gözlemleyebilmek noktasında da çok heyecan verici olduğunu fark ederek ailecek babamın mücadelesine ortak olmayı seçmiştik. Üniversitenin kurulacağı ilk yıldır. Acaba nasıl bir binası olacaktı, ilk yıl yeterince tanıtım yapılabilecek miydi, öğrencilerin tercih etmesi için neler yapılabilirdi, şartlar nasıl daha elverişli hale getirilebilirdi gibi birçok konuyu evde tartışıyor, babamın bizimle istişare etmesinin bizi onurlandırmasının yanı sıra, sorunlarına çözümler aramak bizi de AYBÜ Hukuk ailesinin bir parçası gibi hissettiriyordu. Nitekim, Muhammed Fatih Uşan için AYBÜ Hukuk'un önemi çok büyüktü. Bunu, onu tanıyıp da onaylamayacak bir kişi bile olduğunu sanmıyorum. Gece gündüz demeden çalıştığına (fiziken çalışmadığı vakitlerde bile zihnen sürekli çalıştığına) evde biz şahit olsak da onu tanıyan diğer insanların da aksini düşünmeyecek kadar onu üniversite ile özdeşleştirdiğini görür olmuştuk. Bu durumu, birçok sefer üniversitenin düzenlediği iftar, ödül töreni ve mezuniyet gibi etkinliklerde asistanlarından “Fatih Hoca hiç uyumuyor mu, gecenin bir vakti gruba üniversitenin meseleleri ile ilgili mesajlar atıyor, gece gündüz başka bir şey düşünmüyor herhalde.” gibi cümleler duyarak tecrübe etmiştik.

Hiç şüphesiz bir insanın hayatta peşinden gitmek için elinden gelenin fazlasını yapma amacıyla çabalamaya karar verdiği hedef ve ideallerinin olması, onu hayata bağlayan ve yaşamın her günü çabasını diri tutan en önemli motivasyon kaynağı olarak kabul edilebilir. AYBÜ Hukuk Fakültesi, babam için elinden gelenin fazlasını yapmaya gayret ettiği ve onu daha iyi bir noktaya getirebilmek için gece gündüz çalıştığı idealiydi. Yaşımız ilerledikçe meselenin babamız açısından ciddiyetini kavlıyor, hakkaniyetli ve adaletli hukukçular yetiştirmeyi kendisine şiar edinmiş bir babanın evladı olduğumuz için gurur duyuyorduk. Evet bizimle geçirdiği vakitler azalmıştı fakat bir yandan da içinde bulunduğumuz durumda bize çok kıymetli bir ders veriyordu. “İnanıldığın şeyin uğrunda elinden geleni yapmaktan geri durma, sen elinden geleni yap ki sonra tevekkül edebilecek yüzün olsun”. Allah’a şükür ki 10 yıllık süreçte verdiği emeklerinin ve fedakarlıklarının karşılığını gördüğü birçok işe imza atmak nasip oldu. Mücadelesine belki de en yakından şahitlik edenlerden biri olarak inanıyorum ki kurucu dekanlık görevinden ayrılırken arkasında hedeflediği gibi hoş bir sadâ bırakabilirdi. Sadece bu bile onu örnek almam için yeterli bir

sebeptir. Başta, bir gaye uğruna hareket etmenin hayatı ne denli anlamlı bir hale getirdiğini bize uygulamalı olarak öğrettiği için kendisine, daha sonra ise bu yolda onun yanında olan ve olmayan bizlere acı ve tatlı tecrübeler yaşatan herkese teşekkürü borç bilirim. Nihayetinde acı ya da tatlı her tecrübeden insan dersler çıkarıyor. Allah, kendi rızasını gözeterek çalışan, zorlaştırmayıp kolaylaştıran, müjdeleyip nefret ettirmeyen insanların emeklerinin karşılığını iki cihanda da versin inşallah.

BABAM

Zeynep Rana UŞAN*

Eminim herkesin AYBÜ'nün kuruluşu için farklı bir hikayesi vardır. Benim hikayemin başrolünde de babam var: M. Fatih Uşan. AYBÜ'nün kuruluşu ilk zamanlar benim için farklı bir şehre taşınmak demektir. Babam her zaman olduğu gibi herhangi bir karar almadan önce hepimizle tek tek konuşup düşüncelerimizi sordu. Babamın kurucu dekan olmasıyla doğup büyüdüğüm Konya'yı bırakıp Ankara'ya taşınacaktık. O zamanlar bunun biraz da korkutucu bir karar olduğunu hatırlıyorum. Ama babamın Ankara'ya dönme isteği ve kurucu dekan olarak gerçekleştirmek istediği hayalleri, onun için benim de heyecanlanmama sebep olmuştu.

Haliyle babam bu Fakültede her şeye sıfırdan başlamıştı. Bu yüzden yapılacak çok iş vardı. Her zaman Fakülte hakkında fikirlerle gelir, daha iyisini nasıl yaparım sorusunu cevaplamaya çalışırdı. Bu düşünme, yalnızca okuldayken de bitmez, aile yaşantımızda da yer bulmuştu. Çünkü eve iş getirmek babamın en önemli özelliklerinden biriydi. Her şeyi fazlasıyla düşünür, üstünde başkalarının da düşünmesi için de onların fikirlerini sormaktan kaçınmazdı. Çoğu zaman Fakülte, akşam yemeklerimizin konusu olur, sohbetlerimiz Fakülte üzerinden şekillenirdi. Bu sohbetler öylesine yapılan sohbetlerden değildi. Babam her şeyden önce bizi dinlerdi. Ortaya atılan her fikri değerlendirir, mantığına uydurduklarını da hemen gerçekleştirmeye çalışırdı.

Babam, duygularını saklamakta hiç iyi değildir. Aklından ne geçtiğini yüzünden anlayabilirsiniz. Bu yüzden okuldan eve üzgün geldiğinde, biz de okulda bir şeylerin yolunda olmadığını anlardık. Bazen konuyu bize açardı bazen de açmazdı ama onu tanıyan herhangi bir kişinin de tahmin edebileceği gibi, problemi çözene kadar rahat uyumazdı. Gerek okulda gerek evde o sorun üzerine düşünür en mantıklı çözümü bulmaya çalışırdı. Zaten iş anlayışı hiçbir zaman mesai saatleriyle tanımlanmamıştı. Bunun sebebi de sahip olduğu

* Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 4. Sınıf Öğrencisi, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'ın Kızı.

görevleri prestij meselesi olarak değil, memleket meselesi olarak görür, layıkıyla yerine getirmediğinden emin olmazsa, içi rahat etmezdi. Buna rağmen hiçbir sorumluluktan kaçmadı. Nitekim başlangıçta Fakültenin problemlerine cevap arayan babamın görev tanımına, rektör yardımcılığı görevinden sonra bir de Üniversitenin problemleri katıldı.

Babam, inandığı her şey için çabalayan ve en önemlisi inandığı insanlar için hep daha fazlasını yapan bir insan olmuştur. Öyle ya bir şeye gerçekten inanıyorsanız karşınızdaki insanları inandırmanız çok daha kolaydır, derler. Babamın Fakülteye olan inancı da etrafındaki herkesi inandırmaya yetti. Daha elinde hiçbir şey olmadan büyük hayalleri vardı. Nitekim Fakülte birçok insan için kısa süreli bir yer olsa da babam için her zaman daha büyük anlamlar taşıdı.

Görevi boyunca babamın kapısı herkese açıldı. İdarecilerin ulaşılabilir olması gerektiğine inanırdı. Bunun en güzel örneğini üniversitede okurken bir arkadaş grubunda şahit olduğum diyalogu aktararak verebilirim: Arkadaşlarımdan biri, okuldaki bir hocasının kendisine randevu vermediğinden dolayı yaşadığı bir problemi anlatıyordu. Bu sırada içlerinden babamın dekan olduğunu bilmeyen bir arkadaşım “Biliyor musunuz, Yıldırım Beyazıt’ta dekanın odasına gidip çay içiyorlarmış” deyip, AYBÜ Hukuk’ta okuyan bir arkadaşının anısını anlattığında, şaşırıldığımı söyleyemeyeceğim. Çünkü babam, ulaşılmaz olmaya çalışan idarecilerden hiçbir zaman olmadı. Öyle ki kim olursa olsun okul hakkındaki bir telefonu, haftanın yedi gününün her saatinde açardı.

Babam her zaman yeni bir projeye gelirdi. Fakülte adına düzenlediği, çoğunlukla birlikte gittiğimiz iftar sofraları ve sinema etkinlikleri bizim için de Fakülteye açılan bir pencereydi aslında. Gün boyu vakit geçirdiği ortam hakkında bir şeyler öğrenmek, yer yer de akşam yemeklerimize konu olan insanlarla tanışmak, bizim için çok farklı bir deneyimdi. Bu geceler babam için ayrı bir heyecan sebebiydi, çünkü kendisi üniversitenin yalnızca klasik ders-okul sisteminden ibaret olmaması gerektiğine inanıyordu. Sinema gecelerinde izlenecek filmleri her zaman önceden araştırır, seçerken de bizim görüşlerimizi duymak isterdi. Bu etkinlikleri daha ilgi çekici yapmak ve katılımı artırmak için de, yeni fikirler peşinde koşardı.

AYBÜ Hukuk Fakóltesi babam için, babam da AYBÜ Hukuk Fakóltesi için çok değerli kanaatimce.

Babam, Fakóltenin başarısını kendi başarısı gibi özümsemesine rağmen, bu başarılarda emeği ve payı olan kimseyi atlamadan hepsini tebrik eder, hakkı olana hakkını verirdi. Çoğu zaman çıkış noktasını bildiğimiz, başta yalnızca babamın fikirleri olarak başlayan şeylerin, hayata gelip AYBÜ Hukuk Fakóltesini oluşturduğuna en yakından şahit olmak, bu macerayı en ön sıradan izleyen biz ailemiz için hem gurur kaynağı hem de çok güzel bir tecrübe oldu.

Son olarak Şunu da eklemem gerekir ki, babamın bu macerasına şahit olmak, benim de onun izlediği yolu seçmeme, hukuk fakóltesi öğrencisi olmama sebep olmuştur.

HAKEMSİZ MAKALELER

İCRANIN GERİ BIRAKILMASI HAKKINDA (İİK m. 36) 7343 S. K. İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES*

GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunumuz (İİK), artık sayısını hatırlamadığımız derecede değişikliğe uğramış, neredeyse her menfaat grubu kendi yararına uygun olarak kanun değişikliği için çaba göstermiş, zaman zaman da bu değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir kısmı teknik anlamda zorunluluk sonucu veya değişen ihtiyaçlara cevap olması bakımından gerekli ise de önemli bir kısmı önceden çok düşünülmeden, sonuçları hesap edilmeden, kanun yapma tekniğini de zedeleyecek şekilde, anlık reflekslerle yapılan değişikliklerdir. İİK değişiklikleri bazen de ekonomik kriz zamanlarında alacakları tahsile yönelik çaresizce bir arayışa dönüşmüştür! Ülkemizdeki ekonomik krizlerin varlığını biraz da İİK'de yapılan değişikliklere bakarak takip etmek mümkündür. Hatta bu müdahaleler sonucu yapılan değişiklikten kısa bir süre sonra, değişikliğin doğurduğu sakıncalar sebebiyle aynı hükümlerin tekrar değiştirildiği de görülmektedir. Sonuç olarak, İİK bu systemsiz değişikliklerle bir sistemden ve kaynağından uzaklaşmış, adeta fırtınaya tutulan pusulasız bir gemiye veya artık yama tutmayan bir elbiseye dönüşmüştür. Artık pek kimse umursamasa, yüksek yargı organlarımız dahi çok farkında olmasa dahi, şu andaki haliyle İcra ve İflâs Kanunumuzun ciddi bir temel hak sorunu da bulunmaktadır¹.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, mozekekes@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-9689-1693. Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmemiştir.

¹ Bu konuda daha önce belirttiğimiz görüş, eleştiri ve değerlendirmelerimiz için bkz. **Özekes, Muhammet** (2009) İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, 1. Baskı, Ankara, Adalet; **Özekes, Muhammet** "Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme", VII. Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, İzmir-Çeşme/24-25 Ekim 2008, TBB Yayını, Ankara 2009, s. 265-291; **Özekes, Muhammet** (2010) "Yeni Bir İcra

Bu sorunlar devam ederken, bu sefer de 7343 sayılı Kanunla² yakın zamanda İİK’de yeni bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir kısmı yararlı görülebilse de yararlı olanların da düzenlemesi ve içeriği sorunludur. Ancak hem düzenleme tarzı hem içerik bakımından en sorunlu hükümlerden biri İİK m. 36’da düzenlenen icranın geri bırakılmasına (icranın durdurulması) ilişkindir. Henüz kesinleşmeden takibe konulan ilâmların icrasını durdurmaya yönelik bu hüküm, uygulaması da çok olan bir hükümdür.

Bu maddede yapılan değişikliğin bir kısmı biraz daha şekli ve uygulamadaki bazı tereddütleri bertaraf etmeye yöneliktir. Ancak maddede asıl önemli değişiklik, icranın geri bırakılması (uygulamadaki ifade ile tehiri icra) kararını verme görevinin kanun yolu başvurusunda inceleme yapan bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay’dan alınarak icra mahkemesine verilmesidir. Bu aslında çok önemsenmese de bir sistem değişikliğidir. Aşağıda açıklanacağı üzere, istinaf ve temyizdeki bir dosya hakkında, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay yerine geçerek icra mahkemesince geçici durdurulmasına karar verilmektedir. Bunun usûl hukuku ve takip hukukuyla izahı gerçekten zordur.

Biz bu çalışmada önce ilâmların icrası hakkında genel bir bilgi vereceğiz. Daha sonra yapılan değişikliğin ne getirdiği üzerinde durup ardından değişiklik hakkındaki değerlendirmemizi ortaya koymaya çalışacağız. Son olarak da değişikliğin üzerinden henüz çok kısa süre geçmiş olmasına rağmen uygulamada ortaya çıkan sorunları ele alacağız.

I. GENEL OLARAK HÜKMÜN (İLÂMIN) KESİNLEŞMESİ VE İCRASI İLİŞKİSİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) mahkemenin yargılamayı sona erdiren ve davadan el çektiği usûle veya esasa ilişkin kararlar nihai kararlar olarak ifade edilmektedir (HMK m. 294/1, c. 1). Nihai kararların esasa ilişkin olması halinde ise Kanun bunu daha özel olarak “hüküm” şeklinde nitelendirmekte (HMK m. 294/1, c. 2), usûle ilişkin kararlar hakkında da

Özekes, Muhammet “İcra ve İflâs Kanunu’nda Yer Alan Kredi Kurumları İle İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi”, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, İstanbul-8 Haziran 2007, BATİDER Yayını, Ankara 2007, s. 97-125.

² RG. 30.11.2021 - 3165.

niteliğine uygun düştüğü ölçüde hükme ilişkin hususların uygulanacağı belirtilmektedir (HMK m. 294/6). Ancak uygulamada verilen tüm nihaî kararlar “hüküm” başlığı altında ele alınmaktadır. Tarafların her birine verilen ve karar kartonunda saklanan hüküm aslı (HMK m. 301/1; Yön. m. 214, c. 2) ile aynı olan (imzalı ve mühürlü) nüshasına ise “ilâm” denilmektedir³.

Nihaî karar olan hükmün verilmiş olması ile o hükmün kesinleşmesi aynı şey değildir. Yani her nihaî karar, kesin bir karar ya da kesin hüküm oluşturmaz. Hükmün maddî anlamda kesin hüküm etkisini doğurabilmesi için öncelikle şeklen kesinleşmesi gerekir (HMK m. 303/1). Hükmün şeklen kesinleşebilmesi için ise ya o hükme karşı herhangi bir kanun yoluna başvuru imkânının olmaması veya süresinde kanun yoluna başvurulmaması ya da kanun yoluna başvurulup ilgili süreçler işletildikten sonra artık gidilecek başkaca yolun kalmaması gerekir⁴.

Hükmün taraflara verilen (aslıyla aynı olan) nüshasından ismini alan ilâmlı icra yoluna başvuru bakımından temel sorun, mahkemenin verdiği hükmün (ilâm) henüz kesinleşmeden icra edilip edilemeyeceğidir⁵. Bu konuda farklı alternatifler söz konusu olabilir: Birincisi, ilâmların ancak kesinleştiğinde icra edilebilmesi tercihidir; ikincisi, ilâmların kesinleşmeden de icra edilebilmesidir; üçüncüsü de karma bir sistemin, yani verilen hükmün niteliğine göre ayırım yaparak kesinleşmeden icra edilip edilemeyeceğinin düzenlenmesidir⁶. Ülkemizde, kural olarak ilâmın icrası için kesinleşmesi aranmamakta, ancak bazı ilâmlar ise ancak kesinleşince icra edilebilmektedir⁷. Bu açıdan bakıldığında ülkemizde, kısmen karma bir sistemin kabul edildiği söylenebilir. Şüphesiz her tercihin yararlı ve sakıncalı yönleri mevcuttur. Örneğin ilâmın icrası için kesinleşmesi arandığında, aslında ortada bağımsız ve tarafsız bir mahkemece yargılama sonucu verilmiş güçlü bir belge olan

³ **Tanrıver, Süha** (1996) İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara, Yetkin, s. 41 vd.; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2021) Medenî Usul Hukuku, 9. Bası, İstanbul, On İki Levha, s. 434 vd.

⁴ Bu konuda bkz. **Tanrıver**, s. 145 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 455 vd.

⁵ Bkz. **Tanrıver**, s. 151 vd. Ayrıca **Özbek, Mustafa Serdar** (2018) Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği C. II, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 778 vd.

⁶ Bu konuda farklı ülkelerdeki sistemlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, s. 743.

⁷ Bu konuda karşılaştırmalı açıklama için bkz. **Özbek**, s. 778 vd.

hükümle, hak sahibi belirlenmiş olmasına rağmen henüz o hak sahibinin hakkına ulaşamaması veya (kesinleşene kadar) geç ulaşması durumu ortaya çıkmaktadır. Ancak diğer yandan, hüküm kesinleşmeden icra edilir ve kanun yolu aşamasında hükmün doğru olmadığı anlaşılırsa, icra edilen hükmün bu sefer ortadan kalkması sebebiyle tekrar eski duruma dönmek için işlem yapılmak zorunda kalınacak, belki de tamamen eski duruma döndürmek de mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, kural olarak ilâmın kesinleşmeden icrasını kabul eden sistemimizde, bu sakıncaları da bertaraf etmek amacıyla, icranın geri bırakılması (İİK m. 36) şeklinde bir düzenleme yapılarak ortalama bir yol bulunmaya çalışılmıştır.

Takip hukukumuzda asıl olan, bir ilâmın icrası için kesinleşmesinin gerekmemesidir. Yani kanun yoluna başvuru, başlı başına icrayı durdurmamaktadır (HMK m. 350/1, 367/1). Ancak kanun koyucu bazı ilâmların niteliği gereği, henüz kesinleşmeden icra edilmesinin ortaya çıkartacağı telafisi güç sorunlar sebebiyle, onların icrası için kesinleşmesini aramıştır. Kesinleşmeden icra edilemeyecek ilâmların genel çerçevesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilmiştir. Genel olarak kişiler hukuku, aile hukuku, taşınmazın aynı ile ilgili ilâmlar kesinleşmeden icra edilemez (HMK m. 350/2, 367/2). Ancak, kesinleşmeden icra edilemeyecek ilâmlar bunlarla sınırlı değildir, özel hükümlerde de bu konuda düzenlemeler bulunmaktadır⁸. Kanunda sayılan bu durumlara bakıldığında, ilâmın icrası için kesinleşmesinin aranması hem hukukî hem de mantıkî bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, taşınmazın aynıyla ilgili bir ilâmının kesinleşmeden hemen sonuç doğuracağı düşünülürse, bu arada taşınmaz el değiştirebilir, hükmün istinaf veya temyizde ortadan kaldırılması ya da bozulması halinde eski durumuna döndürmek mümkün olmayabilir. Benzer durum aile ve kişiler hukuku için daha da sorun doğuracak şekilde karşımıza çıkabilir. Ortaya çıkacak karışıklık sadece tarafları değil, üçüncü kişileri etkileyecek, hatta kamu düzenini ihlâl edecek etkileri olabilecektir.

Bu durum karşısında, kesinleşmeden icrası mümkün olan ilâmların icrasının durdurulmasını sağlayacak bir yolun tanınıp tanınmayacağı sorusu da ortada durmaktadır. Zira aleyhine ilâmlı icra takibi yapılan davalı, hüküm

⁸ Bu konuda bkz. **Tanrıver**, s. 151 vd.; **Özbek**, s. 787 vd.

aleyhine kanun yollarına başvurmuş olabilir. Böyle bir durumda, bir yandan takip devam ederken diğer yandan kanun yolu süreci devam edecektir. Şayet kanun yolu takip ilerlemeden sonuçlanır ve davalının haklı olduğu ortaya çıkarsa ister istemez, bunun takibi durdurucu bir etkisi olacaktır. Ancak ilâmlı icra takibine itiraz imkânı sınırlı olduğundan, bu takip hızlı bir şekilde ilerleyecek; diğer yandan ise kanun yolunun pratikte bu kadar hızlı sonuçlanması neredeyse mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, kanun yolundan lehine sonuç alma ihtimali yüksek olan davalıyı (hatta hükmün çok açıkça kanuna aykırı olduğu baştan belli olsa bile) takibe katlanmaya mecbur etmek doğru değildir. Kanun koyucu bu sorunu icranın geri bırakılması yoluyla çözmeye çalışmıştır. Her ne kadar kanunda bu kurum “*icranın geri bırakılması*” şeklinde ifade edilse de aslında bu imkân pratik olarak “*icranın durdurulması*”dır⁹. Kanun koyucu bu yolla menfaat dengesi gözeterek hem alacaklıyı hem borçluyu koruyucu bir yöntem izleyerek bu sorunu aşma yoluna gitmeye çalışmıştır. Aşağıda icranın geri bırakılması bakımından izlenecek süreç, yapılan değişiklik çerçevesinde ele alınacak, ayrıca bu değişikliğin ortaya çıkardığı sorunlar üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

II. İCRANIN GERİ BIRAKILMASI HAKKINDA 7343 S. K. İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE DEĞİŞİKLİĞİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. DEĞİŞİKLİĞİN ÇERÇEVESİ VE YENİ DÜZENLEME

Konunun doğru anlaşılabilmesi için değişiklik öncesi düzenlemenin ve hangi yönde değişiklik yapıldığının doğru tespiti gerekir.

İcranın geri bırakılması konusunda 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki ve sonraki durumu gösterecek şekilde İİK m. 36’yu ele almakta yarar vardır. Her iki durumu gösterecek şekilde hükmü birlikte ele

⁹ Kanunda iki farklı durumda “icranın geri bırakılması” terimi kullanılmaktadır. Biri konumuz olan ilâmın kesinleşmeden icrası ile ilgili olan İİK m. 36, diğeri ise ilâmsız icradaki itiraz ile takibin iptal ve talikinin karşılığı olan İİK m. 33’tür. Her ikisinde aynı terim kullanılsa da içerik olarak bunlar birbirinden tamamen farklı şeylerdir. Bu konuda bkz. **Köle, Mehmet** (2020) İlâmlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, İstanbul, On İki Levha, s. 19 vd.

alacak olursak (üzeri çizili olup parantez içinde italik yazılanlar kaldırılan kısımlar, koyu yazılanlar ise değişiklik sonrası getirilen kısımlardır):

“**Madde 36** – İlâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmî bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için (~~bölge adliyesi mahkemesi veya Yargıtay’dan~~) **takibin yapıldığı yer icra mahkemesinden** karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir. Bu süre ancak zorunluluk hâlinde uzatılabilir.

Borçlu, Devlet veya adlî yardımdan yararlanan bir kimse ise teminat gösterme zorunluluğu yoktur.

Ücreti ilgililer tarafından verilirse (~~bölge adliyesi mahkemesi veya Yargıtayca~~) **icra mahkemesince** icranın geri bırakılması hakkındaki karar, hükmü veren mahkemeye ve icra dairesine en uygun vasıtalarla bildirilir.

Nafaka hükümlerinde böyle bir süre verilemez.

Bölge adliye mahkemesince başvurunun haklı görülmesi hâlinde teminatın geri verilip verilmeyeceğine karar verilir. Yargıtayca hükmün bozulması hâlinde borçlunun başvurusu üzerine, bozmanın mahiyetine göre teminatın geri verilip verilmeyeceğine **bozma sonrası esasını inceleyecek** mahkemece kesin olarak karar verilir.

Bölge adliye mahkemesince başvurunun **kesin olarak** esastan reddine karar verilmesi veya Yargıtayca hükmün onanması hâlinde alacaklının istemi üzerine başkaca işleme gerek kalmaksızın teminata konu olan para alacaklıya ödenir. Mal ve haklar ise, malın türüne göre icra dairesince paraya çevrilir. **Bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddine ilişkin kararına karşı temyiz yolunun açık olması hâlinde, temyiz**

yoluna başvurma süresinin dolmasına kadar icranın geri bırakılması kararının etkisi devam eder. İlâm alacaklısının teminat üzerinde rüçhan hakkı vardır.”

Bu hüküm çerçevesinde, değişiklikten önce icranın geri bırakılması süreci şöyle işlemekteydi¹⁰:

- (i) İcranın geri bırakılması için öncelikle ilgili **kanun yoluna (istinaf veya temyiz) başvurulmalıdır.**
- (ii) Bölge adliye mahkemesi (BAM) veya Yargıtay’dan ayrıca **icranın geri bırakılması istenmelidir** (uygulamada “**tehiri icra**” kararı denilmektedir).
- (iii) BAM veya Yargıtay’dan icranın geri bırakılması hakkında karar alınıncaya kadar, takibin ilerletilmemesi için **icra dairesinden** süre alınmalıdır (uygulamada “**mühlet kararı**” veya daha çok “**mehil vesikası**” denilmektedir).
- (iv) Bu konuda karar verilebilmesi için ya ilâmda yazılı şeyin aynen depo edilmesi veya ilâmda yazılı şey dışında bir teminat gösterilecekse o zaman ayrıca bu **teminatı kabulü** için **icra mahkemesinden** karar alınması gerekir.

Yapılan değişiklik sonrasında ise ikinci aşamada, yani icranın geri bırakılmasının talep edileceği mercide değişiklik olmuş, kanun yolu incelemesini yapacak olan BAM veya Yargıtay’dan değil, takibin yapıldığı yer icra mahkemesinden geri bırakma talep edilmesi kabul edilmiştir. Bu çerçevede, icranın geri bırakılması yeni süreci şu şekilde düzenlenmiştir:

- (i) İcranın geri bırakılması için öncelikle ilgili **kanun yoluna (istinaf veya temyiz) başvurulmalıdır.**

¹⁰ Bu konuda bkz. **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2021) İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 292 vd.; **Arslan, Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2020) İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 402 vd.; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2020) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 430 vd.

- (ii) Takibin yapıldığı yer **icra mahkemesinden** ayrıca **icranın geri bırakılması istenmelidir**. Yani tehiri icra kararı artık icra mahkemesinden alınacaktır.
- (iii) İcra mahkemesinden icranın geri bırakılması hakkında karar alınıncaya kadar, takibin ilerletilmemesi için **icra dairesinden** süre alınmalıdır (**mehil vesikası**).
- (iv) Bu konuda karar verilebilmesi için ya ilâmda yazılı şeyin aynen depo edilmesi veya ilâmda yazılı şey dışında bir teminat gösterilecekse o zaman ayrıca bu **teminatı kabulü** için **icra mahkemesinden** karar alınması gerekir.

B. DEĞİŞİKLİĞİN DEĞERLENDİRMESİ¹¹

Yukarıda belirtildiği şekilde 7343 sayılı Kanunla İİK m. 36'da yapılan değişiklik üzerine, icranın geri bırakılması (tehiri icra) artık istinafta BAM veya temyizde Yargıtay'dan değil, **takibin yapıldığı yer icra mahkemesinden** talep edilecektir.

Bu hükümde yapılan değişiklikle icranın geri bırakılmasına karar verecek mercinin icra mahkemesi olarak kabulü dışında, teminatın iadesi hakkında BAM'ın veya bozma sonrası esası inceleyecek mahkemenin görevli olduğu da ayrıca belirtilmektedir. Yine yapılan değişiklikle, teminatın iadesi bakımından uygulamada çıkan sorunları çözmek amacıyla durum netleştirilmek istenmiş, istinaftan sonra temyize başvuru halinde de arada geçen sürede de icranın geri bırakılmasının etkisinin devam edeceği düzenlenmiştir.

Maddede yapılan diğer değişiklikler, deyim yerindeyse belirsizlikleri gidermeye veya teminatın iadesi konusundaki tereddütleri bertaraf etmeye yönelik değişikliklerdir. Burada asıl önemli ve üzerinde duracağımız değişiklik, icranın geri bırakılması kararının artık icra mahkemesince verilmesidir. Bu değişikliğin amacı madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

¹¹ Bu değişikliğin değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. **Özekes, Muhammet** "İlâmlı İcra Değişiklikleri (İcra'nın Geri Bırakılması ve Çocuk Teslimi)", İcra İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Toplantısı, 18.12.2021 (<https://www.youtube.com/watch?v=be9Z0utsCQ0> üzerinden yayınlanmıştır).

“Maddenin mevcut hükmüne göre icranın geri bırakılması kararı alınması sürecinde, gösterilen teminatın uygun görülmesi halinde icra müdürü, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay’dan icranın geri bırakılması kararı getirmek üzere borçluya uygun bir süre vermektedir. Bu süre içinde icranın geri bırakılması kararının dosyaya sunulmaması halinde borçlu tarafından gösterilen teminat, talebi halinde alacaklıya ödenmektedir. Bu şekilde işleyen icranın geri bırakılması kararının alınma süreci, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay nezdinde ilave iş yükü oluşturmakta, borçlunun veya vekilinin özel takibini gerektirmesi nedeniyle zaman ve emek kaybına neden olmakta, yine işlemlerin süreye tabi olması nedeniyle aksamalara ve mağduriyetlere neden olabilmektedir. Belirtilen sakıncaların ve uygulamada yaşanan sorunların giderilmesi ve hak kayıplarının önlenmesi amacıyla maddenin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, icranın geri bırakılması kararını verme yetkisi, kanun yolu aşamasına göre bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay’dan alınarak takibin yapıldığı yer icra mahkemesine verilmektedir. Belirtilmelidir ki, icranın geri bırakılması kararının, istinaf ve temyiz aşamaları bakımından ayrı ayrı alınması usulü muhafaza edilmektedir.”

Özetle, yapılan değişikliğin temel gerekçesi ve amacı pratik mülahazalardır. Kısaca gerekçede, icranın geri bırakılması talebinin BAM veya Yargıtay’dan istenmesi hem süreci uzatmakta, emek ve zaman kaybına hem BAM ve Yargıtay nezdinde fazladan iş yüküne sebebiyet vermekte olduğu söylenmektedir.

Bu değişiklik pratik ve kısa sürede sonuca gitmek anlamına gelse ve ilk başta cazip görünse de içinde hukuken izahı zor, kanaatimizce fahiş bir hukuki hatayı barındırmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere bizim sistemimizde, kural olarak kanun yoluna başvuru icrayı durdurmaz. Bu sebeple alt derece mahkemesinin verdiği kararın icrasına engel olmak, üst yargı organınca (BAM veya Yargıtay) karar verilmedikçe mümkün değildir. Yani ilk derecenin kararı, BAM veya Yargıtay’da bu karar kaldırılıp bozuluncaya kadar etki doğurur, icra edilir. Bir konuda asıl kararı kim verecekse onun öncülü, hatta bir yönüyle

tedbiri mahiyetindeki icrasını durdurma da o üst derece yargı organının görevidir. Oysa bu değişiklikle, ilk derecede verilen kararın doğru veya yanlışlığı konusunda BAM veya Yargıtay'ın asıl kararına (ilk derece kararını kaldırma veya bozma) göre onun geçici denetimi anlamına gelen icranın geri bırakılması kararı, dar yetkili başka bir ilk derece mahkemesi olan icra mahkemesine bırakılmaktadır. İcranın geri bırakılması (yani kararın icrasının geçici durdurulması) kararı, aslında kanun yolu incelemesi çerçevesinde bir tür geçici hukukî korumadır. Çünkü kararın doğru olup olmadığını denetleyen üst yargı organının, henüz bu konuda asıl kararını vermeden önce, onunla da bağlantı içinde en azından o andaki duruma göre geçici bir denetimle ilk derece kararını haklı görüp görmemesi kapsamında, icrasını durdurmaya yönelik bir karar sözü konusu olacaktır. Kanun yolu denetiminde asıl inceleme ve karar verme yetkisi BAM veya Yargıtay'dayken, onun öncülü veya daha doğrusu geçici hukukî koruma kararı niteliğindeki bir kararı ilk dereceye bırakmak doğru değildir. Kaldı ki icranın geri bırakılmasında, talebin haklılığı da az çok değerlendirilecektir¹²; bunun esasını üst mahkemelere değerlendirip icrasının durdurulmasını alt mahkemeye bırakmak çelişkili bir durumdur. Normal bir geçici hukukî korumada, ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacizde dahi, işin esasını inceleyecek mahkeme geçici hukukî koruma kararını vermek durumunda, hatta zorundadır (örneğin, ihtiyati tedbir bakımından HMK m. 390/1, ihtiyati haciz bakımından İİK m. 258/1). İlk derece yargılamasında dahi asıl karar merciinde olan bu yetki, daha üst derecede kanun yolunda tam tersine çevrilmektedir. Bunun izahı hukuken yoktur.

Şayet icranın geri bırakılması kararı BAM veya Yargıtay yerine daha pratik düşüncelerle ilk derecede kalsın isteniyorsa, o zaman da doğrusu, asıl hükmü kararı veren mahkemenin bu konudaki kararı da vermesidir. Çünkü asıl mahkeme en azından hem o konuda daha yetkindir hem de konunun esasını tam olarak bilmektedir. Hiç değilse dikey bir inceleme olmasa da yatay bir inceleme ile kendi kararı üzerinde tasarrufta bulunacaktır. Oysa icra

¹² Esasen icranın geri bırakılması (durdurulması) talebi üzerine BAM veya Yargıtay'ın bu talebi kabul zorunda olmadığı, takdir yetkisinin bulunduğu, kanun yoluna başvurunun haksızlığı ilk bakışta dahi anlaşılıyorsa talebi reddedebileceği kabul edilmektedir (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 404; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 432).

mahkemelerinin diğer mahkemelerle altlık üstlük ilişkisi olmasa da dar yetkili yargı organı olmaları sebebiyle sınırlı inceleme ve sorunlara bu çerçevede bakma alışkanlıkları vardır¹³. Ayrıca işin esasından da çok uzak durumdadır. Bu durum çok garip sonuçlara ve sorunlara yol açabilir. Örneğin toplu mahkeme olan asliye ticaret mahkemesinin üç hâkimle verdiği milyonlarca liralık hükmünün icrasının durdurulmasına, dar yetkili, konunun esasından hiç haberi olmayan icra mahkemesi karar verebilecektir. Yine özel uzmanlık gerektiren bir tüketici veya fikrî haklarla ilgili uyuşmazlık hakkında, bu şekilde bir kararı icra mahkemesine bırakmanın doğruluğu tartışmaya her zaman açıktır. Unutulmamalıdır ki, BAM ve Yargıtay'da da incelemeler işin niteliğine uygun uzman dairelerce yapılmaktadır.

Bu söylediğimizin haklılığı, aynı madde içinde yapılan başka bir değişiklikle adeta teyit edilmektedir. İİK m. 36'da yapılan değişiklikle birlikte, Yargıtay'ca hükmün bozulması halinde, teminatın geri verilip verilmeyeceğine “*bozma sonrası esasını inceleyecek mahkemeye*” karar verilmesi kabul edilmektedir. Madem başka bir mahkemeye iş bırakılabilmektedir, burada da iş icra mahkemesine bırakılabilirdi. Hatta gereksiz zaman ve iş kaybından kurtulmak için icranın geri bırakılması ile ilgili tüm işler icra mahkemesine bırakılmalıydı ama yapılmamıştır. Ayrıca BAM ve Yargıtay'ı iş yükünden kurtarayım derken, bu sefer zaten iş yükü çok olan icra mahkemelerinin iş yükünü artıracak anlayışı da anlamakta güçlük çekiyoruz. Görüldüğü üzere, düzenleme hem iç düzeni hem kabul ettiği gerekçe bakımından kendi içinde dahi tutarlı değildir.

Madde gerekçesinde çok açıkça belirtilmese de başka bir gerekçe olarak, her ne kadar daha önce de bu konuda karar verme yetkisi BAM ve Yargıtay'da

¹³ Yukarıdaki dipnotta da belirtildiği üzere, icranın geri bırakılması talebinin mutlaka kabul edilmesi zorunlu olmayıp ilk görüşte talebin haksız olduğu (daha doğrusu istinaf veya temyiz talebinin haksız olduğu) anlaşılıyorsa bu talebin reddedilebileceği kabul edilmektedir. Yapılan değişiklikle, icranın geri bırakılmasının isteneceği merci değişmiş ise de inceleme yöntemine ve verilecek karara ilişkin bir değişiklik olmamıştır. Böyle olunca, icra mahkemesi gibi dar yetkili bir mahkemenin BAM veya Yargıtay önündeki bir dosya hakkında, onların vermesi gereken başvurunun haklı veya haksızlığına hem de ilk bakışta karar vermesi gibi garip bir durum ortaya çıkmaktadır. Bunun hukuken izahı olması bir yana, akla gelmesi bile hayret vericidir. Ama farzı muhal olan şey, maalesef kanun maddesine dönüşmüştür.

olsa da her ikisinin de aslında burada (yapmaları gerekirken) talebin haklılığına yönelik bir inceleme yapmadan, şekli bir karar olarak icranın geri bırakılması kararı verdikleri, yapılan değişikliğin bu açıdan çok da önemli olmadığı söylenebilir¹⁴. Ancak her şeyi bir kenara bırakarak yanlış uygulamayı esas alıp salt pratik mülahazalarla kavramları, kurumları ve hukukî yapıyı bozmak doğru değildir. Bu arada hukuk ve yargı zarar görmekte, yanlışlar kanıksanmakta ve yerleşmektedir. Eğer bu çok makul ve makbul bir yaklaşımsa, o zaman mahkemeye de hâkime de ihtiyaç yoktur, görevlendirilecek bazı kişilerin bir an önce karar vereceği bürokratik mekanizmalar oluşturulması da bir gün gündeme gelebilir. Artık darbı mesel haline gelen “talebeler olmasa mektepler ne güzel idare edilirdi” yerine, “mahkemeler ve yargı olmasa adalet ne güzel idare edilirdi” anlayışı gibi bir anlayışa da gidilebilir. Ancak bir hukuk devletinde bunun kabulü mümkün değildir. Maalesef bu hukukî olmayan yaklaşım, her geçen gün Devletin asli görevi olan yargının deyim yerindeyse altını oymaktadır. Sürekli yargı dışına bir şeyler çıkartılmakta veya buna çalışılmakta (bunun tipik örneği zorunlu arabuluculuktur) ya da aslında görevi ve uzmanlığı olmayan yargı organlarına işler devredilmekte, iş yükü, zaman kaybı, yargının daha kısa sürede ve sağlıklı karar vermesi vs. gibi bir takım içi boş, genel geçer sihirli sözcükler ve gerekçelere sığınılmakta; ama buna rağmen ne yargılamalar daha kısa hale gelmekte ne kararlar daha nitelikli ve kaliteli olmaktadır. Yargının sorunları olduğu gibi durmakta, hatta daha da büyümektedir. Çünkü bir tarafta pratik (!) mülahazalarla usûlüne uygun olmadan atılan dikiş, başka bir yerde daha büyük söküğe yol açmaktadır.

¹⁴ *Uyar*, bu durumu “Hemen belirtelim ki; ... uygulamada özellikle ‘icranın geri bırakılması’ talebini inceleyen Yargıtay Hukuk Daireleri hemen hemen hiçbir zaman dosyayı inceleyip - talepte bulunan borçluyu haksız bulup- ‘icranın geri bırakılması talebi’ni reddetmemişler, ‘teminat koşulu’nun (İİK. m. 36/I) yerine getirilmiş olması halinde ‘icranın geri bırakılması’ (tehiri icra) kararı vermişlerdir. ../. Durum böyle olunca; ‘icranın geri bırakılması kararını bir üst mahkemenin vermesi’ni istemenin bir anlamı kalmamıştır. Bu nedenle, ‘bu kararı verme yetkisini kanun yolu aşamasına göre, Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay’dan alınarak, ‘takibin yapıldığı yer icra (hukuk) mahkemesi’ne verilmesi uygun görülebilir.” şeklinde ifade etmektedir (*Uyar, Talih* (2022) “24/11/2021 Tarihli ve 7343 sayılı ‘İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, https://adanabarasu.org.tr/uploads/haber/33_merged.pdf, s.e.t. 14.04.2022).

Kavramlar ve kurumlar bozulunca, o bozukluk kanserli hücre gibi yayılmakta, ana yapıya zarar vermektedir.

Bu yapılan değişiklik, aslında yeni bir düşüncenin ürünü de değildir. İİK’de 1965 yılında değişiklik yapan 538 sayılı Kanun¹⁵ döneminde de bu hususu gündeme gelmiş, o tarihteki Hükümet Tasarısı’nda bugünküne benzer bir düzenleme önerisi yer almıştır. Ancak, Adalet Komisyonu bunu şu gerekçelerle doğru bulmayarak kabul etmemiştir¹⁶:

“Hükümet Tasarısı ile icranın geri bırakılmasına karar verme yetkisi Yargıtay’dan alınarak tetkik mercii¹⁷ verilmektedir. Tetkik mercii, gerekli teminatın yatırıldığını görünce, icranın geri bırakılmasına karar vermek mecburiyetindedir. Böylece icranın geri bırakılması teminat karşılığında olmak üzere otomatik bir hale gelmektedir. Bu ise mahzurlu görülmüştür. Zira bazı hallerde (bilhassa temyiz tamamen haksız olduğunun ilk anda anlaşıldığı hallerde), icranın geri bırakılmasını talebinin reddedilmesi mümkündür. Buna ise, ancak mahalli mahkemesinin üstünde olan bir mahkeme, yani Yargıtay karar verebilir. Bu sebeple, 36. maddesinin yürürlükteki kanunda olduğu gibi bırakılması uygun görülmüştür.”

Bu gerekçenin aslında bizim vurguladığımız temel noktalara değindiğini belirtmek gerekir. Dikkat edilirse Adalet Komisyonu Raporu, bizim burada söylediklerimizi bir kelime ile özetlemiştir: “**mahzurlu**”. Yani kelime kökeni ve anlamı çerçevesinde sakınılacak, korkulacak, çekinilecek şey, sakıncalı demektir¹⁸. Gerçekten de sakınılması, korkulması, çekinilmesi gereken bir iş yapılmış, 60 yıl sonra bu yanlış, adeta uykuya yatan sağlıklı bir hücre gibi harekete geçmiş, hukuken “mahzurlu” bir tercihte bulunulmuştur. Ne üzücü bir durumdur ki, yaklaşık 60 yıl önceki anlayıştan daha geride bir

¹⁵ RG. 06.03.1965 - 11946.

¹⁶ Gerekçe için bkz. **Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan** (2007) İİK Şerhi, C. 1, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 703.

¹⁷ Tetkik mercii, o tarihte icra mahkemesinin özel ismidir. O tarihte isminde mahkeme ibaresi olmayan tek mahkemedir. Bu bile aslında icra mahkemelerinin dar yetkili özel bir mahkeme olması ve durumunu göstermesi bakımından yeterince fikir verici bir durumdur.

¹⁸ <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/mahzur;sozluk.gov.tr>.

kanunlaştırma anlayışı ve yönelişi söz konusudur. 1965'te düşünülebilen sakınca, çekinilen endişe 2021'de düşünülememiştir. Bu, hem hukuk devleti anlayışı hem kanunlaştırma bakımından nereden nereye geldiğimiz ve evrildiğimiz teknik bir mesele üzerinden yalın göstergesidir. Geline aşama ve kanunlaştırmada izlenen yeni yöntem sonucu, bu hususların tartışılması ve değerlendirilmesi için yeterli zaman ayrılmadığından, hatta kanunlaşmadan önce bu tür hazırlıklar konusunda kamuoyu ve ilgili hukuk kurumları ve kişiler bilgi sahibi olmadığından, ortaya çıkacak mahzurları, sakıncaları belirtme ve görüş bildirme imkânı da olmamaktadır. Anlaşılan odur ki, bu son 7343 sayılı Kanun teklifini sunanlar ve kanunlaştırma sürecinde değerlendirenlerin, konunun 60 yıl önce dahi gündeme gelip kabul edilmediğinden bile haberi yoktur. En azından bu durumun maddenin gerekçesinde belirtilip o günden bugüne ne değişmiştir açıklanması uygun olurdu. Salt pratik mülahazalar ve iş yükü gibi genel geçer gerekçeler ciddi hukukî hataları örtmek için yeterli değildir. Hukukî kavram ve kurumlar üç beş günlük pratik mülahazaların değil, yüzyılların tecrübesinin damıtıp çıkardığı sonuçlardır. Bugünkü aslında pratik bile olmayan pratik mülahaza adı altındaki değişiklikler, yüzyıllardır tecrübe edilen sakıncaları getirip önümüze koyabilir. Hiçbir zararı olmasa, kavram ve kurumları bozarak hukuk ve hukuk devleti anlayışını bozar.

Şayet zaten icranın geri bırakılması hakkında yargısal bir kararın gereksiz olduğu veya bunun zaman kaybıyla iş yüküne yol açtığı düşünülüyorsa o zaman izlenmesi gereken daha hukukî, hatta değişikliğin amacı da olan daha pratik iki yoldan biri seçilebilirdi. O zaman hiç değilse yukarıda belirttiğimiz şekilde hukuk devletini, yargılama ve icra hukuku kurallarını zorlayan bir sonuç doğmamış olurdu. Bunlardan ilki, hükmün kesinleşmesi ve ilâmın icraya konulması sitemini tümüyle değiştirip ilâmların tümünün kesinleşmeden icra edilemeyeceğini kabul etmek, adeta ceza hukukundaki anlayışı benimsemektir. Bunun çok ileri radikal bir adım olacağı düşünülüyorsa, o zaman da daha pratik bir yol olarak hiç yargı organlarına başvurmadan, gösterilecek tam teminat karşılığında, icra dairesinin takibi otomatik durdurması kararı vermesi yöntemi benimsenebilirdi. Böylece BAM ve Yargıtay'dan alınan iş yükü bu sefer icra mahkemesinin üzerine yüklenmemiş, gereksiz yere dosyalar açılıp her gün binlerce dosyada işlem yapılması anlamına gelecek yola girilmemiş olacağı gibi, çok daha pratik ve kısa sürede sonuçlanacak bir yol izlenmiş olurdu. Ayrıca

icranın geri bırakılması konusundaki kararın zaten özel bir inceleme yapılmadan verildiği gibi bir gerekçe karşısında da bu daha tutarlı olurdu.

Sonuç olarak, yapılan düzenleme hukuken yanlış olması bir yana, kendi içinde tutarsız, ayrıca iddiası olan pratiklikten de yoksun, iş yükünü azaltmayan, iş yükünü yukarıdan alıp aşağıya daha fazlasıyla aktaran, aslında zamandan tasarruf bakımından da öncekine göre çok büyük bir fayda sağlamayan, hukuken atipik ve “garip”, sonuçları bakımından da “mahzurlu” bir düzenlemedir. Bu kadar iddialı tespitimizin en açık delili, konuyla ilgili 1965 değişikliğinde Adalet Komisyonu’nun gayet açık değerlendirmesidir. O gün başarılabilen şey 60 yıl sonra başarılamamakta, görülememektedir. Kanaatimizce hükmün asıl incelemesi BAM ve Yargıtay’da yapılırken, o kararın icrasını durdurmaya matuf bir tür tedbir mahiyetindeki kararın dar yetkili (kararı veren mahkemeden de) başka bir mahkemeye bırakılması, Anayasa bakımından da sorunlu bir düzenlemedir. Doğru bir başvuru ve Anayasa Mahkemesi’nin de hem yargılama hem icra hukukunu değerlendirerek vereceği bir kararda bu düzenlemenin iptalinin zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.

III. İCRANIN GERİ BIRAKILMASININ ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR VE YANLIŞ UYGULAMALAR

İcranın geri bırakılması konusunda yapılan değişikliğin çerçevesini belirtip eleştirisi ve değerlendirmesini yaptıktan sonra, bu değişiklik ile ilgili yürürlüğe girmesinden sonra geçen kısa süre içinde ortaya çıkan sorunlara da değinmekte yarar görüyoruz. Bu sorunların bir kısmı değişikliğin kendisinden kaynaklanırken bir kısmı ise değişikliğin ve amacının doğru anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Bunun dışında icra uygulamamızın, ne kadar haklı ve açık gerekçe sunulursa sunulsun yeni şey öğrenmek ve doğruyu uygulamak yerine, “*ben bunu böyle anlıyorum veya yapıyorum, beğenmiyorsanız ilgili yerlere başvurun*” ya da “*ben bunu yıllardır böyle uyguluyorum*” şeklinde özetlenebilecek gayrihukuki yaklaşımının da sorun doğurduğunu ayrıca belirtmek gerekir. Yani bu konudaki sorunların bir kısmı düzenlemeden daha çok takip hukuku uygulamamızın kronik sorunlarının yansımasıdır.

Bu kanun değişikliğinden sonra İİK m. 36 çerçevesinde ortaya çıkan sorunları şu şekilde belirtebiliriz:

Bazı icra daireleri, mühlet verirken sadece icra mahkemesine icranın geri bırakılması için talepte bulunulmasını ve bunun belgelenmesini yeterli görmemekte, ayrıca istinaf veya temyiz dilekçesinin de icranın geri bırakılması (uygulamadaki ifade ile “tehiri icra”) talepli olmasını aramakta, uygulamadaki ismiyle bu yönde derkenar aranmaktadır. Hatta bazı icra mahkemeleri dahi, artık icranın geri bırakılması kararı verilmesi yetkisi kendilerine devredilmiş olmasına rağmen, istinaf veya temyiz dilekçesinde de icranın geri bırakılması talebinin bulunması gerektiğini belirtmektedirler¹⁹. Şüphesiz bunların tümü hem değişikliğin kapsamında olmayan ve değişiklikte aranmayan hem de hukuken anlamsız uygulamalardır. Çünkü yapılan değişiklik sonrası istinaf veya temyiz dilekçesine icranın geri bırakılması talebinin ayrıca yazılmasının hiçbir anlamı ve hukukî sonucu yoktur. Böyle bir ifade yazılsa dahi ne BAM ne de Yargıtay böyle bir karar verebilecek durumdadır, artık yetkileri yoktur. Bu sayet bir hatırlatma içeriyorsa, açıkçası böyle bir hatırlatmanın şu anda istinaf ve temyiz aşamasında pratik bir sonucu da bulunmamaktadır. Yani, artık karar veremeyecek, karar vermek konusunda bir yetkisi olmayan yargı organına gereksiz bir talep iletilmektedir. Ayrıca pratik olarak da anlamlı değildir. Zira, kanun yoluna başvurulurken henüz ortada bir ilâmlı icra takibi yoksa, bunu istinaf ve temyiz dilekçesine yazmak, olmayan bir takip için boş bir ibare yazmaktan öte sonucu olmayacaktır. Kısaca bu durumun, değişiklikle ilgisi bulunmayan, tabiri caizse uygulama “*gereksizliklerinden*” biri olmaktan öte anlamı yoktur. Eski alışkanlıkları terk edememenin, kanun değişse de ezberin, anlayışın ve yanlış bilginin değişmemesinin bir sonucudur. Buna öğrenilmiş çaresizlik de denilebilir. Bu çaresizlik hem yaşanmakta hem de yaşatılmaktadır.

¹⁹ Örneğin, İzmir’deki bir icra mahkemesinin icranın geri bırakılması kararının ön (gerekçe) kısmı şöyledir: “... takibe dayanak ilâmın, borçlu vekili tarafından tehiri icra talepli olarak istinaf edildiği, ilgili mahkemeden verilen derkenar müzekkeresinin dosyalarına gönderilerek ...”. Burada ve aşağıdaki dipnotlarda yer verilen karar örneklerinin tümü bizde mevcuttur. Ancak kararların icra dairesi ve icra mahkemesi kararı olması, içtihat sayılacak Yargıtay ve BAM kararları ya da normal bir mahkeme kararı niteliğinde olmaması, özellikle de icra dairesi görevlilerinin sorumluluğuna yol açmamak gibi sebeplerle, ayrıca adli nezaketi de gözeterek künyeleri özellikle verilmemiştir.

Bazı icra mahkemelerinin ise icranın geri bırakılması kararı verebilmek için öncelikle icra dairesinden süre (uygulamadaki ifadesi ile “*mehil vesikası*”) alınması gerektiği, mehil vesikası alınmazsa icranın geri bırakılması talebini reddettiği görülmektedir²⁰. Oysa burada asıl talep icra mahkemesine yöneltilen icranın geri bırakılması talebidir. İcra dairesinin vereceği karar, icra mahkemesinden karar getirilinceye kadar geçici şekilde takibe devam etmeme kararıdır. Nitekim İİK m. 36’da da “... icra mahkemesinden *karar alınmak üzere* icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir.” denilmektedir. Yani, icra mahkemesinin icranın geri bırakılması kararı için icra dairesinin vereceği mühlet bir ön şart değildir; bilakis icra dairesi, icra mahkemesinden karar getirmek için süre vermektedir. Bu konuda ortaya çıkacak sakıncayı anlayabilmek için şu örnek yeterlidir (örnekte uygulama ifadeleri kullanılacaktır): Örneğin, kendi aleyhine ilâmlı icra takibi başlatılan bir borçlu, tehiri icra kararı verilmesini icra mahkemesinden istese, bu arada da icra dairesinden bu karar getirilinceye kadar mehil vesikası talep etse, ancak icra dairesi farklı sebeplerle, hatta kasten mehil vesikasını bir türlü vermese ne olacaktır? Şayet icra mahkemesi bu arada tehiri icra kararı verirse (şüphesiz teminat karşılığında), hiç değilse borçlu daha fazla zarara uğramayacak, icra takibi de daha fazla ilerleyemeyecektir. Ancak icra mahkemesi mutlaka icra dairesinin mehil vesikasını isterse, bu vesikayı vermeyen icra dairesi işlemine karşı şikâyet yoluna başvurulması gerekecek, bu da en azından birkaç ay sürecek, ancak o arada da alacaklı belki zaten takibi sonuçlandıracaktır. Görüldüğü üzere, düşünülmeden ve kanuna aykırı yapılan işlemler bazen ciddi hak kayıplarına yol açabilmekte, hatta yeni bir iş yükü çıkartabilmektedir.

²⁰ Örneğin, İzmir’deki bir icra mahkemesi şu şekilde karar vermiştir: “İlgili sayılı dosyanızda ... icranın geri bırakılması kararı verilmesi istemiyle mahkememize tevzi edilen ... değişik iş sayılı evrakında MEHİL VESİKASI OLMADIĞI anlaşıldığından mehil vesikasının İVEDİ olarak mahkememize gönderilmesi, aksi halde evrakın iade edileceği ...”

Bir başka örnekte ise Adana’daki bir icra mahkemesi şu şekilde daha açık yanlışlık içeren bir karar vermiştir: “... sayılı dosyasından mehil vesikası alınması gerektiği, alınan mehil vesikasına istinaden mahkememizden icranın geri bırakılması talep edilebileceği; ancak icra dosyasından mehil vesikası alınmadığı anlaşılma talebin reddine karar verilerek ...” Bu örnekte, süre dahi verilmeden icranın geri bırakılması talebi doğrudan reddedilmiştir.

Değişiklik öncesi, icranın geri bırakılması BAM veya Yargıtay'dan, teminatın kabulü ise icra mahkemesinden istendiğinden; iki ayrı yargı organına başvurmak zorunluymuştu. Yapılan değişiklik sonucu, şu anda hem icranın geri bırakılması kararı hem de (ilâmda yazılı şeyin aynen depo edilmesi dışındaki) teminatın kabulü kararının icra mahkemesince verilmesi durumu ortaya çıkmıştır. Böyle olunca, icra mahkemesine teminatın kabulü için ayrı, icranın geri bırakılması kararı için ayrı başvurmanın, bu konuda iki ayrı dosya açmanın teorik ve pratik bir faydası yoktur. Bu durumda tek bir talep içinde öncelikle teminatın kabulü, ardından da icranın geri bırakılması talep edilmesi daha uygundur. Şüphesiz, duruma göre teminatın kabulü ve gereğinin yapılmasından sonra icranın geri bırakılması kararı verilecektir. Aksine uygulama, yani teminat için ayrı icranın geri bırakılması için ayrı iki dosya ve talep, zaman kaybını ve iş yükünü azaltma iddiası ve gerekçesiyle kabul edilmiş olan İİK m. 36'daki değişikliği de amacına aykırı olacaktır.

Bu konuda rastlanan bir durum ve uygulama farklılığı da icranın geri bırakılmasının nasıl talep edileceği ve harcının nasıl ödeneceği sorunudur. Uygulamada, bazı icra dairelerinin kendi sistemleri üzerinden teminatın kabulü ve hatta icranın geri bırakılması taleplerini icra mahkemesine ilettikleri (daha doğrusu değişik iş dosyası açtıkları) görülmektedir²¹. Oysa özellikle icranın geri bırakılmasının ilgisince talep edilmesi gerekir. Zira daha önce istinaf ve temyizde bu yola başvuran taraf kendisi talep etmekteyken, şimdi icra dairesinin bunu iş edinmesi doğru olmadığı gibi hukukî de değildir. Talep aynı taleptir, daha önce tarafın talep ettiği şeyi, şimdi sadece başvurulacak merci değişti diye icra dairesinin işi haline getirmenin bir gerekçesi yoktur. Ayrıca icranın geri bırakılmasına ilişkin harcın da nereye ve nasıl ödeneceği konusunda da farklı uygulamalar olduğu görülmektedir. Örneğin, harcın asıl ilâmın alındığı mahkeme dosyası üzerinden yatırılmasına karar verilmesi söz

²¹ Örneğin, İzmir'deki bir icra dairesi, icra mahkemesine gönderilmek üzere İzmir Hukuk Mahkemeleri Tevzi Bürosu'na şu yazıyı yazmıştır: "... 7343 sayılı kanunun 5. maddesi ile mehil belgesine ilişkin icranın geri bırakılması kararının takibin yapıldığı yer icra mahkemesinden verileceğinden, icranın geri bırakılması talebi ile karar vermek üzere takibe konu belgeler ekte sunulmuş olup takdirlerinize saygı ile arz olunur"

konusu olduğu gibi²², doğru bir şekilde icranın geri bırakılması talep edilen icra mahkemesi dosyası üzerinden yatırılması da söz konusudur. Hatta bu karışıklıkta, özellikle icra dairesinin adeta kendisinin icranın geri bırakılması işlemlerini yürüttüğü durumda, bazen harcın ödenmesinin atlandığı görülebilmektedir.

Şüphesiz sorunlar sadece bunlardan ibaret değildir ve muhtemelen başka sorunlar da zaman içinde ortaya çıkacaktır. Ancak bizim şimdilik tespit ettiğimiz ve önemli gördüğümüz sorunlar bunlardır. Örneğin, bu sorun dışında hükmün zaman bakımından uygulanması konusunda da sorunlar ortaya çıkmaktadır. Değişiklik yapılmadan önceki düzenleme esas alınarak tüm gerekler yerine getirilmesine, ilgili BAM dairesinden icranın geri bırakılması istenmesine ve dosyada o anda istinaf aşamasında olmasına rağmen, 7343 sayılı Kanun değişikliği gerekçe gösterilerek, bu dosyaların da karar verilmek üzere geri gönderildiğine rastlanmaktadır. Bu sorunlar çok kısa süreli ve geçici olduğu için ayrıca üzerinde durmuyoruz.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan sonra ortaya çıkan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. İİK m. 36'da yapılan değişiklik sıradan bir değişiklik olmanın ötesine geçmekte, bir sistem değişikliğine yol açmaktadır. Ancak bu, olumsuz yönde bir sistem değişikliğidir. Yapılan düzenleme ile asıl kanun yolu incelemesini yapacak olan BAM veya Yargıtay'da olan, normal yargılama kurallarına göre olması gereken bir yetki, dar ve sınırlı inceleme yetkisi olan icra mahkemelerine bırakılmıştır.
2. Bu değişiklik çerçevesinde, bir yandan asıl inceleme kanun yolu merciinde (BAM veya Yargıtay) yapılırken, diğer yandan dosyanın

²² Örneğin, yine İzmir'de icranın geri bırakılması kararı veren bir icra mahkemesi, harç konusunda şu şekilde karar vermektedir: "... İCRANIN GERİ BIRAKILMASINA, ../.. 492 sayılı Harçlar Kanunu ekli (1) sayılı tarife gereğince alınması gerekli 133,00 TL tehiri icra harcının icranın geri bırakılmasını isteyen mahkemesince tahsili ile hazineye gelir kaydına, harç yatırılmış ise yeniden alınmasına yer olmadığına, ..."

esasý hakkında hiçbir fikri ve inceleme yetkisi olmayan icra mahkemesine, ilâmın icrasını durdurma yetkisi verilmektedir.

3. Değişikliğin amacı, zaman kaybının ve iş yükünün önüne geçmek olarak ifade edilmiştir. Yapılan değişiklikle her ne kadar BAM veya Yargıtay’da bu konudaki iş yükü azaltılmış ise de bu sefer aynı yük zaten işi az olmayan icra mahkemelerine, hem de hukuku zorlayarak aktarılmıştır. Nitekim, aynı değişiklik 1965 yılında da gündeme gelmiş, o dönemki Adalet Komisyonu bu yöndeki değişikliği haklı olarak “mahzurlu” bulmuştur. Aslında yapılan değişikliğin tüm sorunu bu “mahzurlu” kelimesiyle özetlenebilir.
4. Şayet bu yük kanun yolundan alınmak ve gerçekten pratik bir şey yapılmak isteniyorsa, hiç değilse kararı veren mahkemeye bu yetkinin verilmesi daha doğru olurdu. Hatta, gerekçenin arka planında yer alan, bu tür kararların adeta incelenmeden şeklen verildiği düşünülüyorsa, o zaman da icranın durdurulması kararının bir teminat karşılığında icra dairesince verilmesi de kabul edilebilir, böylece gereksiz işlemlerden de kurtulunmuş olurdu. Şayet arzu ediliyorsa en kestirme ve basit çözüm budur.
5. Değişiklikle daha pratik bir yol izlenmek istenirken, kısa süredeki uygulama göstermektedir ki, değişiklikte yer almayan hususlar dahi sorun olmaya başlamıştır. Hatta daha önceki uygulamadan farklı olmayan talep ve kararlar bakımından dahi yeni icat usûllerle karşılaşmaktadır. Görüldüğü üzere pratiklik, zamandan ve iş yükünden tasarruf etmek iddiası ve gerekçesiyle İİK m. 36’da yapılan değişiklik, şu anda bir karışıklığa, hatta bu sebeple zaman kayıplarına, icra mahkemeleri ve icra dairelerinde iş yüküne dönüşmek üzeredir. Bu da hiç şaşırtıcı değildir, 1965’te Adalet Komisyonu Raporunda belirtildiği üzere “mahzurlu” işin mahzurlarının bir yansımasıdır.
6. Yapılan bu değişiklik de birçok değişiklik gibi, icra hukukunun ilkeleri ve kanun yapma tekniği gözetilmeden, günlük alelacele yapıldığından, kavram ve kurumları bozarak hukuk devleti ve yargıyı zayıflatmaktan öte bir yarar sağlamamaktadır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2020) İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2020) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin.
- Köle, Mehmet** (2020) İlâmlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması, İstanbul, On İki Levha.
- Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan** (2007) İİK Şerhi, C. 1, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Özbek, Mustafa Serdar** (2018) Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği C. II, 4. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Özekes, Muhammet** “İcra ve İflâs Kanunu’nda Yer Alan Kredi Kurumları İle İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi”, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, İstanbul-8 Haziran 2007, BATİDER Yayını, Ankara 2007, s. 97-125.
- Özekes, Muhammet** (2009) İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Özekes, Muhammet** “Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme”, VII. Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, İzmir-Çeşme/24-25 Ekim 2008, TBB Yayını, Ankara 2009, s. 265-291.
- Özekes, Muhammet** (2010) “Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi”, Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD Özel Sayı 2009, C: 11, s. 921-940.
- Özekes, Muhammet** “İlâmlı İcra Değişiklikleri (İcranın Geri Bırakılması ve Çocuk Teslimi)”, İcra İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Toplantısı, 18.12.2021 (<https://www.youtube.com/watch?v=be9Z0utsCQ0> üzerinden yayınlanmıştır).
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 9. Bası, İstanbul, On İki Levha.

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2021) İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Tanrıver, Süha** (1996) İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara, Yetkin.
- Uyar, Talih** (2022) “24/11/2021 Tarihli ve 7343 sayılı ‘İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, https://adanabarusu.org.tr/uploads/haber/33_merged.pdf, s.e.t. 14.04.2022.

HESAP BENİM, ELEŞTİRENİ ENGELLERİM (SOSYAL MEDYA PLATFORMLARINDA ENGELLENME-KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULU UYGULAMASI KAPSAMINDA BİR DEĞERLENDİRME)

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN*

ÖZET

Günümüz iletişim aracı, artık sosyal medya olmuştur. Bu gelişime kamu görevlileri ve siyasiler de ayak uydurmuşlardır. Kamu görevlileri ve siyaset adamları, kendi görev ve uğraşı alanlarına ilişkin bilgi paylaşımlarını sosyal medya platformları aracılığı ile yapmaktadırlar. Bu durum halka bilgiye doğrudan ve çok çabuk ulaşma imkânı vermektedir. Vatandaşların, sosyal medyada yapılan bu paylaşımlara yönelik eleştiri hakkı da bulunmaktadır. Ancak paylaşımda bulunan sosyal medya kullanıcısı, yaptığı paylaşımların herkes tarafından görülebilmesine imkân tanımışsa, sırf eleştiri yapılması nedeniyle bu paylaşımların görünürlüğüne bazı kimseler için engelleyemez. Kamuya mal olmuş kişiler, sıradan insanlara göre, eleştiriye daha fazla katlanmak durumundadırlar. Objektif ve haklı bir gerekçe olmaksızın sırf eleştiri hakkının kullanılması nedeniyle kişinin sosyal medyada takipten yasaklanması, ifade özgürlüğünün ihlali anlamını taşır.

Anahtar kavramlar: İfade Özgürlüğü, Sosyal Medya, Engelleme, Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Kamuya Mal Olmuş Kişi.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, usanfatih@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5489-5602. Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmemiştir.

**THE ACCOUNT BELONGS TO ME, I WILL BLOCK WHOEVER
CRITICIZES ME
(BEING BLOCKED ON SOCIAL MEDIA PLATFORMS-AN
ASSESSMENT OF THE ETHICS COUNCIL FOR PUBLIC OFFICIALS'
PRACTICE)**

ABSTRACT

Social media has now become the main means of communication. Public officials and politicians have also kept up with this development. Public officials and politicians share information about their duties and occupations through social media platforms. This enables the public to access information directly and very quickly. Citizens have the right to criticize these posts on social media. However, if a social media user shares a post which allows everyone to view his/her posts, he/she may not prevent some people from viewing these posts only due to criticisms. Public figures are in a position to tolerate criticisms more than ordinary people. Banning a person from following posts on social media simply because of exercising the right to make criticism without an objective and justified reason constitutes a violation of freedom of expression.

Keywords: Freedom of Expression, Social Media, Blocking, The Council of Ethics for Public Officials, Public Figure.

GİRİŞ

Sosyal medya¹ günümüzde iletişim araçlarının en önemlisi haline gelmiştir. Öyle ki, artık twitter, facebook vs. insanların gerek yakın çevresiyle gerekse de uzak çevresiyle, hatta hiç tanımadığı insanlarla iletişim kurabilmelerinin en önemli aracı konumuna gelmiştir².

Kamu görevlileri de gerek şahsi ve gerekse kamusal (kendi görev alanlarına ilişkin) alanda paylaşım yapmak suretiyle sosyal medya aracılığı ile vatandaşlarla iletişim kurma yolunu tercih etmektedirler. Bununla birlikte son dönemde kamu yöneticilerinin eleştirilmeleri veya başka sebeplerle takipçilerini engelledikleri de görülmektedir. Bu çalışmada bir kamu görevlisinin takipçisini engellemesi açısından haklılığı veya haksızlığını ortaya koyma anlamında Kamu Görevlileri Etik Kurulunun üç kararı ele alınarak konu incelenmeye çalışılmıştır.

¹ Sosyal medya, “Kişilerin, kullanıcı (user) sıfatıyla ortak ilgilerini, düşüncelerini, duygularını, kişisel hâl ve durumlarını, siyasi eğilimlerini, fotoğraflarını, videolarını, yazı ve yazışmalarını, fikir ve sanat eserlerini, kimi zaman ticarî ve meslekî faaliyetlerini, mal ve hizmetlerini ve benzeri değerlerini gerek diğer münferit kişiler gerekse belirli bir topluluk yahut kamuoyuyla paylaşma olanağı buldukları dijital platformların genel olarak tümünü ifade” etmektedir. Bkz. **Akkurt, Sinan Sami** (2017) “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Halinde Ortaya Çıkacak Cezai Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, SÜHFD, C: 25, S: 2, s. 329. Ayrıca geniş bilgi için bkz. **Akkurt**, s. 331 vd.

² “İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanaludur. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşım ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır”, **Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2014/4705, § 52, K.T. 29.5.2014.

I. KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULU KARARLARI

(1) 27.07.2020 tarih, 2020/55 ve 95 sayılı karar,

Kararda özetle, başvuru, il belediye başkanının kullanmış olduğu şahsi twitter hesabından bir paylaşım yapıldığı, paylaşım karşı başvuranın eleştiri mahiyetinde atılan twitter mesajı sonrası hem belediye başkanının kendisi (özel) hem de ilgili belediyenin kurumsal twitter hesabından engellendiğini, bu durumun kişilik haklarına zarar verdiğini beyan etmiştir. Kamu Görevlileri Etik Kurulu, başvuru üzerine olayı incelemiş, engelleme ilgili belediye başkanı ve kamusal hesaptan da kaldırılmış olduğu gerekçesiyle, etik davranış ilkelerine aykırılık yönünden karar verilmesine yer olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir. Karara karşı iki karşı oy yazısı bulunmaktadır.

(2) 25.03.2021 tarih, 2021/3 ve 23 sayılı karar,

İlçe belediyesine ait twitter hesabından yapılan paylaşımlara yönelik olarak değerlendirme ve eleştiride bulunan başvuru ilgilinin ilgili hesabı takip etmesi engellenmiş, başvuru, kısıtlayıcı muameleye maruz kalması nedeniyle etik ilkeler yönünden konunun incelenmesini talep etmiş, Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından yapılan incelemede, ilgili hesabın eleştiri mahiyetinde yapılan paylaşımın sonra takibi engellediği, kısa bir süre sonra bu engelin kaldırıldığı gerekçesi ile etik davranış ilkelerine aykırılık yönünden karar verilmesine yer olmadığına oybirliği ile karar vermiştir.

(3) 18.03.2021 tarih, 2021/20 ve 108 sayılı karar,

Kaymakamlık facebook sayfasında yapılan ilgili kaymakamın yapmış olduğu görevle ilgili ilçe içerisindeki seyahate yönelik yapılan eleştiri sonrası kaymakamlık facebook sayfası tarafından başvuru engellenmiştir. Başvuru bilgilendirme hakkının ihlali nedeniyle Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na, başvurmuş, Kurul da engellenme durumunun ortadan kalkması nedeniyle etik davranış ilkelerine aykırılık yönünden karar verilmesine yer olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir. Bu karara karşı da muhalefet şerhi bulunmaktadır.

Belirtelim ki, ilk kararda, kişisel hesapta yapılan paylaşım sonrası hem ilgili belediye başkanının kendi (şahsi) hem de belediyenin kurumsal hesabından engelleme, diğer iki kararda ise kurumsal paylaşım sonrası yapılan

eleştirilere yönelik olarak kurumsal sosyal medya hesabından engelleme söz konusudur.

Bu üç kararda da ortak yön, şahsi veya kurumsal sosyal medya platformunda yapılan paylaşım sonrası kullanıcıların eleştiri mahiyetinde kalan yorumları üzerine bahsi geçen sosyal medya platformlarında takip açısından yasaklanmalarıdır. Bir başka ifadeyle, takipçi, bahsi geçen kamu görevlisi ile ilgili paylaşım üzerine yorum yapmış, bu yorum sonucu ilgili platformda takip engellenmiştir. Her üç olayda da yapılan paylaşımların hakaret boyutuna ulaşmadığı, küçük düşürücü nitelik taşımadığı, eleştiri mahiyetinde kaldığı görülmektedir.

II. KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULU'NUN GÖREV VE FONKSİYONU

Kamu Görevlileri Etik Kurulu, 25.05.2004 tarih ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³ ile kurulmuştur. Kanun m. 1'e göre, *"Bu Kanunun amacı, kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere Kamu Görevlileri Etik Kurulunun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esaslarının belirlenmesidir.*

Bu Kanun, genel bütçeye dahil daireler, özel bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personeli kapsar.

Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri, Türk Silahlı Kuvvetleri, yargı mensupları ve üniversiteler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz".

Üyelerin görev süresi dört yıldır. Üyeler yeniden atanabilirler. Kurul üyeleri kural olarak görevden alınamazlar.

³ RG. 08.06.2004 - 25486.

Kurul, gündemindeki konuları değerlendirmek üzere ayda en az 4 defa toplanmak durumundadır. Daha fazla sayıda toplantı da yapılabilir. Toplantıya katılmak esastır. Arka arkaya 3 toplantı, bir yılda 10 toplantıya katılmayan üye istifa etmiş sayılır. Kendilerine huzur hakkı ödenir. Toplantı ve karar yeter sayısı, salt çoğunluk olup, bir kararın çıkması için altı üyenin aynı yönde oyuna ihtiyaç vardır. Dolayısıyla en az 6 üye ile toplanılır ve yine 6 üyenin oyu ile karar alınabilir.

Kurulun üç temel görevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kamu görevlilerinin uymaları gereken etik davranış ilkelerinin belirlenmesidir. Bu çerçevede, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁴ ile 18 adet etik davranış ilkesi belirlenmiştir⁵.

İkinci olarak üst düzey kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerini ihlal ettiği iddiaları ile ilgili yapılan başvuruları değerlendirmektir. Bir başka ifadeyle Kurul, üst düzey kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerini ihlal eden davranışlarını denetlemektedir. Denetim görevi üç ay içinde tamamlanmak durumundadır.

Kurul, başvurular hakkındaki inceleme ve araştırmasını etik davranış ilkelerinin ihlâl edilip edilmediği çerçevesinde yürütür. Etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalar bulunduğu iddiasıyla, kamu kurumlarında en az genel müdür veya eşiti (6.400 ek gösterge ve yukarısına sahip olanlar) ile vali, kaymakam, il/ilçe belediye başkanı gibi görev yapan kamu görevlileri hakkında gerçek kişiler tarafından yapılan başvurular işleme alınmaktadır. Hangi unvanların genel müdür eşiti sayılacağı Kurul tarafından ilgili Yönetmelikte

⁴ RG. 13.04.2005 - 25785.

⁵ Bu ilkeler, Görevin yerine getirilmesinde kamu hizmeti bilinci (m. 5), Halka hizmet bilinci (m. 6), Hizmet standartlarına uyma (m. 7), Amaç ve misyona bağlılık (m. 8), Dürüstlük ve tarafsızlık (m. 9), Saygınlık ve güven (m. 10), Nezaket ve saygı (m. 11), Yetkili makamlara bildirim (m. 12), Çıkar çatışmasından kaçınma (m. 13), Görev ve yetkilerin menfaat sağlamak amacıyla kullanılmaması (m. 14), Hediye alma ve menfaat sağlama yasağı (m. 15), Kamu malları ve kaynaklarının kullanımı (m. 16), Savurganlıktan kaçınma (m. 17), Bağlayıcı açıklamalar ve gerçek dışı beyan (m. 18), Bilgi verme, saydamlık ve katılımcılık (m. 19), Yöneticilerin hesap verme sorumluluğu (m. 20), Eski kamu görevlileriyle ilişkiler (m. 21), Mal bildiriminde bulunma (m. 22).

(EK 2 sayılı liste) belirlenmiştir. Dolayısıyla ek listede yer alan kişiler, Kurulun inceleme kapsamında yer almaktadırlar.

Kurul, nihayet kamuda etik kültürünü yerleştirmek üzere çalışmalar da yapmak durumundadır.

III. KAMU GÖREVLİLERİNİN SOSYAL MEDYA ENGELLEMELERİ

A. KURUMSAL HESAP-KİŞİSEL HESAP

Kitle iletişim imkanlarının artması, çok hızlı ve çabuk ulaşım gibi nedenlerle kamu kurum ve kuruluşları kendi görev alanlarına giren konulardaki bilgilendirmeleri sosyal medya platformları aracılığı ile yapmaktadırlar. Bunun yanı sıra, yine son dönemlerde özellikle üst düzey kamu görevlileri hakimiyet alanı içerisinde yer alan kurum faaliyetleri ile ilgili bilgileri kendi şahsi sosyal medya hesaplarından da paylaşmaya başlamışlardır. Öyle ki, kurumsal hesap bulunmakla birlikte birçok duyurunun öncelikle kişisel hesaptan yapıldığı, sonra kurumsal hesabın paylaşımında bulunduğu, hatta bazı üst düzey yöneticilerin kurumsal hesabı dahi kullanmadan sadece şahsi hesaplarından kurumsal konularda paylaşım yaptıkları görülmektedir.

Başlangıçta şu tespiti yapmak gerekir ki, bir hesabın kişisel veya kurumsal olduğunu belirleme açısından kişisel hesap olarak nitelendirilmiş olsa bile, hesaptan kurumsal anlamda paylaşımlar yapılması, o paylaşımlar açısından ilgili hesabı kurumsal hesap olarak nitelendirmeye yol açar. Örneğin bir kamu yöneticisi, yöneticisi olduğu kamu kurumunun yapacağı işe alım sınavı, bunun sonuçları, başvuru şartları, atama/tayin kararnamesinin yayınlanış zamanı gibi hususları paylaşıyorsa ve paylaşımlar öncelikle şahsi hesaptan yapılıyorsa artık kullanım açısından bu hesap, kurumsal nitelik kazanır.

Bir hesabın kişisel veya kurumsal hesap olarak nitelendirilmesinin sonucu, kişisel hesabın yönetimi açısından kullanan kişinin tamamen özgür olması, dilediği kişilere takip yetkisini vermesi, dilediği kişilere de takip yetkisini kısıtlaması şeklinde kendisini gösterir. Bununla birlikte kurumsal hesaplarda kural olarak takip yetkisinin kısıtlanması, istisnalar bir tarafa, düşünülemez. Dolayısıyla hizmet alanlar açısından bilgi edinme hakkı, kamu

kaynaklarına ve hizmetlerine doğrudan ulaşma hususu, onların sosyal medya platformlarından yasaklanmalarının önündeki en büyük engeldir.

Şu hususu vurgulamak da gerekir ki, şüphesiz, kamu görevlisi tarafından kullanılan her sosyal medya hesabı, bir kamu hesabı değildir. Olaya özgü bir inceleme yapılmalıdır. Bu doğrultuda, hesabın özelliklerinin kime sunulduğu, devlet görevlileri ve kurumları da dahil olmak üzere başkalarının hesaba nasıl yaklaştığı, görevlinin hesabı nasıl tanımladığı ve kullanılış biçimi, bu açıdan büyük önem arz eder. Burada belirlenmesi gereken, bir kamu forumu oluşturulup oluşturulmadığı, hesabın resmi araç olarak kullanılıp kullanılmadığıdır. Bu yönde bir tespit yapılabilirse, artık hesap, kamusal niteliklidir, şahsi olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bu durumda kullanım özellikleri ve sonuçları bakımından kamusal hesaplarla ilgili esaslar geçerli kabul edilir.

B. KAMUYA MAL OLMUŞ KİŞİ

İnceleme konusu her üç olayda da ilgili sosyal medya kullanıcısı kamuya mal olmuş bir kişidir. Kamuya mal olmuş kişi, sahip olduğu konum ve görevi veya yürüttüğü faaliyetler sebebiyle, toplumun ilgisini sürekli üzerinde toplayan kişidir. Toplumun oluşturan bireylerin bu kişiler hakkında bilgi sahibi olmak konusunda meşru menfaatleri bulunmaktadır⁶. Mesela kamusal görev icra eden bir kişinin dürüst olup olmadığı, sözünde durup durmadığı, yolsuzluğa bulaşıp bulaşmadığı konusunun toplum tarafından bilinmesi önemlidir⁷.

İnceleme konusu her üç olayda da gerek belediye başkanları gerekse kaymakam, toplum içerisinde sahip oldukları konum, yerine getirdikleri görev ve faaliyetler sebebiyle toplumun sürekli olarak ilgisini çeken kişilerdir. Toplumun kamuya mal olmuş bu kişiler ve faaliyet alanları ile ilgili bilgi sahibi olmakta meşru menfaatleri bulunmaktadır. Zira insanlar, sahip oldukları bu bilgiler doğrultusunda onları sevip sayabilir veya siyasetçi ise oyunu kullanabilir; onlara itibar eder, bu kişilerin gösterdiği yönde hareket eder, onların kanaat önderliğini kabul eder veya tam tersi yönde bir tutum

⁶ Kurt, Leyla (2017) "Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı", AÜHFHD, C: 66, S: 3, s. 591.

⁷ Kurt, s. 593.

sergileyebilirler⁸. Kaldı ki, burada zaten ilgili kamu görevlileri sosyal medya platformunu kullanarak bizzat kendileri, görev alanları ile ilgili bilgi paylaşımında bulunmakta, kamuyu bilgilendirmektedirler. Dolayısıyla takipçiler de bilgilenme hakkına bu sayede ulaşabilmektedirler.

Bahsi geçen her üç olayda, ilgili kurumlar adına açılan sosyal medya hesapları da kamu görevini yerine getirmekte ve halkı bilgilendirmektedir. İlk olayda, ilgili belediye başkanının şahsi hesabında da kamu görevi sebebiyle sahip olduğu sıfatla paylaşımlar yaptığı ve bu paylaşımların da yürütmekte olduğu faaliyete ilişkin olduğu gözlenmektedir. Kısacası vatandaşları temsil eden başkanlar ve kaymakam, devlet otoritesini kullanmaktadırlar. Yine sosyal medya hesaplarında da önemli bir kamusal görev yerine getirilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu kişiler, halkın onlara duyduğu güveni hak etmek zorundadırlar. Onların görevlerini layığı ile yerine getirebilecek vasıflara sahip olup olmadıklarını ve görevlerini lâığı ile yürütüp yürütmediklerini bilmekte toplumun sürekli bir menfaati bulunduğu için, kamuya mutlak olarak mal oldukları kabul edilmektedir⁹.

C. ÖZEL HAYAT-İŞ HAYATI

İnsanın içinde bulunduğu aile fertleri, yakın çevresi, akrabaları, arkadaşları, yani toplum hatta devletle oluşturduğu ilişkiler yumağına hayat (yaşam) alanı denir. Hayat alanını, özel hayat alanı ve iş hayatı biçiminde ikiye ayırmak mümkündür. Özel hayat alanı da diğer kişilere açık olup olmama açısından açık-gizli hayat alanı olarak ikiye ayrılır¹⁰. Açık özel hayat alanı herkes tarafından öğrenilmeye açık iken¹¹, gizli özel hayat alanı, kişinin sadece sınırlı sayıdaki kişilerce öğrenilmesini, başkalarının bilmesini istemediği alanı oluşturur¹². Açık alana ilişkin bilgilere ulaşma ve yayma hakkı ile ilgili olarak kamuya mal olmuş kişiler ile toplumda hiç adı duyulmamış, toplum için

⁸ Kurt, s. 593.

⁹ Kurt, s. 596.

¹⁰ Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen (2020) Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Adalet, s. 113; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan (2017) Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 135 vd.

¹¹ Ayan/Ayan, s.104.

¹² Ayan/Ayan, s.103

meçhul, sade vatandaşlar açısından da fark bulunmaktadır¹³. Açık alan olsa da sıradan kişiler için yine de bir gizlilik söz konusudur.

Özel alanın sınırları, kişilerin sosyal hayatta işgal ettikleri konuma göre belirlenir. Sıradan kişi için sınır, kamuya mal olmuş kişilerin özel alanlarına göre daha genişken, kamuya mal olmuş, örneğin üst düzey kamu görevlilerinin veya siyasetçilerin özel alanları açık alan lehine daralırken, sıradan kişilerin özel alanları ve dolayısıyla gizli alanları açık alan aleyhine genişler¹⁴. Buna göre, sade vatandaş için özel alan ve dolayısıyla gizli alana girmesi gereken bir kısım durum, kamuya mal olmuş kişiler bakımından MK m. 2 dürüstlük kuralı gereğince açık alana dahil edilebilir. Zira toplumun bunları öğrenmekte üstün bir yararı vardır ve bu kişiler söz konusu statüde bulunmakla bu sonucu kabullenmek durumundadırlar¹⁵.

İş hayatı da kişinin özel hayatı dışında kalan, yürütmekte olduğu ekonomik-mesleki faaliyet çerçevesinde ortaya çıkan durumlar bütünü anlatır¹⁶.

Belirtelim ki, bir Kurum adına açılan sosyal medya hesabı, iş hayat alanının kapsamına girmektedir. Yine, kişinin kendi adına açıp yönettiği sosyal medya hesabında işiyle ve dolayısıyla kamuyla ilgili yapmış olduğu paylaşımlar da kişinin öğrenmesine açık, iş hayat alanını oluşturmaktadır: İş hayatı alanını “diğer kişilere karşı sahip olduğu açıklık derecesi”nden hareketle "açık iş hayatı alanı" ve "gizli iş hayatı alanı" şeklinde ikiye ayırmak da mümkündür. Bunlardan açık iş hayat alanı, iş hayatı içerisinde, işin yürütülmesiyle herhangi bir ilgisi olmayan kişilerce öğrenilmesi mümkün olan olayları kapsamaktadır. İş hayatının bu kısmında yer alan bilgiler, nitelikleri itibarıyla herkes tarafından öğrenilebilir¹⁷. Nitekim, ilgilinin, kurum adına yaptığı paylaşımlar ve kendi

¹³ Ayan/Ayan, s.105.

¹⁴ “Kamu tarafından izlenen, kamuya mal olmuş kişilerin özel alanları oldukça dardır. Bu nedenle bu kişilerin özel alanları ile kamuya açık alanlarını ayırmak çoğu zaman güçtür. Ancak sıradan bir kişiye göre oldukça sınırlı da olsa kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatları ve gizlilik alanları vardır”, Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe (2012) Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Baskı, İstanbul, Filiz, s.179.

¹⁵ Ayan/Ayan, s. 107.

¹⁶ Ayan/Ayan, s. 110.

¹⁷ Ayan/Ayan, s. 111.

hesabından işiyle ilgili yapmış olduğu paylaşımlar, onun açık iş hayat alanına girmektedir. Dolayısıyla herkesin bu bilgileri öğrenmesi mümkündür.

İlgili, kendi adına açıp yönettiği sosyal medya hesabında iş dışında paylaşımlar yapıyor olsa dahi bu, onun özel hayatının herkese açık olan kısmını oluşturur: Özetini verdiğimiz, il belediye başkanının şahsına ait hesapta, hesap sahibi, yaptığı paylaşımları herkesin öğrenebilmesine açık tutmaktadır. Bu sebeple, ilgilinin kendi adına dahi olsa sosyal medya hesabının onun özel hayatının herkes tarafından öğrenilmeye açık kısmına dahil olması durumu söz konusudur.

Bu arada belirtmekte yarar vardır ki, sosyal medya hesapları sadece hesap sahibinin izin verdiği kişilerce takip edilebilmeye izin vermektedir. Hesap sahibi ya baştan hesabı takip etmek isteyenler için, bu alanı açık tutar yahut sistemde takip etmek isteyenler için kendisinin izin vermesi şeklinde bir ayarlama yapar. Sosyal medya platformları bu belirlemeye ilişkin altyapıyı sağlamaktadırlar. İşte takip için baştan izin alınması gereken hesaplar için, artık özel alandan söz etmek mümkündür. Bunun yanı sıra kamuyu ilgilendiren kurumsal bir hesapta ise, isteyene izin verildiği isteyenin hesaba girmesinin baştan engellenmesi gibi bir durum kural olarak söz konusu olamaz. Bir başka ifadeyle, hesap sahibi kamu ise, baştan itibaren görev alanı ile ilgili konularda bilgilendirilmek isteyen herkese açık olmak durumundadır.

D. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ, HABER ALMA VE VERME, DÜŞÜNCE VE KANAATLERİ YAYMA ÖZGÜRLÜĞÜ-ENGELLEME İLİŞKİSİ

İfade özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10'da düzenlenmiştir. Gerçekten, *“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü, haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar”*.

İfade özgürlüğü en temel insan haklarından biridir. İfade özgürlüğü olmadan demokratik bir toplumun gereğinin yerine getirildiği söylenemez.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğünü, demokratik toplumun temel özelliklerinden biri olarak görmektedir. İfade özgürlüğünün kapsamında sadece toplumda beğeni ve hoşgörü ile karşılanan bilgi ve

düşüncelerin paylaşılması yer almayıp, devletin veya halkın bir kesimini rahatsız eden, şoka uğratan bilgi ve fikirler de bahsi geçen özgürlüğün kapsamında yer alır¹⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10/2’de, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün sınırlandırılacağı haller de belirtilmiştir. Başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, bunlar arasındadır.

Düşünce ve Kanaat Hürriyeti başlıklı Anayasa m. 25’e göre de “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”. Yine, Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti başlıklı Anayasa m. 26’ye göre de “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar”. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, düşünce özgürlüğünden farklı olarak sınırsız değildir. İlgili düzenlemede yer alan sebepler yanında, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması gibi gerekçelerle düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti sınırlandırılabilir¹⁹.

Anayasa Mahkemesi de devletin temel hak ve özgürlükleri en geniş manada sağlayıp güvence altına alması gerekliliğine işaret etmiştir. Gerçekten, bahsi geçen hak ve özgürlükler ancak istisnai durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir²⁰. Önemli olan, somut olaya ilişkin değerlendirmenin tarafların menfaatleri ve hakları göz önünde tutularak etraflıca ve hakkaniyetli bir şekilde gerçekleştirilmesidir.

Yine Anayasa Mahkemesine göre, “... ifade özgürlüğü, sadece “düşünce ve kanaate sahip olma” özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan “düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma”, buna bağlı olarak “haber veya görüş

¹⁸ Bkz. **Tiritoğlu Ersoy, Hilal** (2016) “Yargı Kararları Çerçevesinde Sosyal Medyanın İş Hukukuna Etkisi”: Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz (Editörler), Yeni Medya ve Hukuk, Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara, Yetkin, s. 252, dn. 15.

¹⁹ **Tiritoğlu Ersoy**, s. 255.

²⁰ AYM, E: 2001/303, K: 2001/333, T: 19.07.2001, RG. 15.09.2001 - 24524.

alma ve verme” özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir^{21 22}.

İfade özgürlüğü ile eleştiri hakkı açısından değerlendirme yapılırken, tarafların statüleri, yaptıkları işleri, konunun kamuyu ilgilendirip ilgilendirmediği gibi hususlar önem arz eder. Dolayısıyla, kamu görevlisi sosyal medya hesabından bir engelleme yaparken, eleştiri yapanların ifade, düşünce ve kanaati açıklama hürriyetlerini, haber alma ve bilgilenme haklarını sınırlandırma konusunda hassas davranmak durumundadır. Burada belirleyici rol, ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük sınırları içinde kalınır kalınmadığı önemlidir.

İnceleme konumuz olaylarla ilgili olarak gerek belediye başkanları ve gerekse kaymakam kamuya mal olmaları ve yerine getirdikleri görev dolayısıyla eleştirilere katlanmak zorundadırlar. Buna katlanmayıp, takip konusunda getirilen engelleme, kişilerin haber alma ve bilgi edinme hakkına müdahale niteliği taşır.

²¹ **Emin Aydın Başvurusu**, AYM, Başvuru No:2013/2602, § 40, K.T. 23.01.2014.

²² “41. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.

42. İfade özgürlüğünün sözü edilen toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için, AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü “haber” ve “düşüncelerin” değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın “demokratik toplumdan” bahsedilemez (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B.No: 5493/72, 7/12/1976, §49)”, **Emin Aydın Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/2602, § 41-42, K.T. 23.01.2014.

Bu arada şahsi hesap olarak açılıp da yukarıda bahsettiğimiz gerekçelerle kamusal hesap olarak nitelenen hesaplar dışında, belediye veya kaymakamlığın resmi sosyal medya hesabı açısından ise durum daha da belirgindir. Burada kamusal bir hakkın kullanımı söz konusudur ve artık kamusal hesaplarda suç oluşturmayacak yahut hakaret sayılmayacak eleştirilere tahammül etme durumu daha bariz bir biçimde göz önünde bulundurulmak durumundadır. Bir başka ifadeyle kamusal hesaplarda eleştiriye tahammül, çok daha kuvvetli bir şekilde uygulanmalıdır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, sıradan kişiler ile kamuya mal olmuş kişiler arasında eleştiriye tahammül anlamında bir farklılık olması gerekliliğine de işaret etmiştir. Gerçekten, *“Kişilerin hak ve şöhretlerinin korunması kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirmeler yapmak gereklidir. Kamuya mal olmuş kişilerin özellikle siyasetçilerin ve gazetecilerin şöhreti söz konusu olduğunda toplumun bu kişilerle ilgili olarak haber alma hakkı da dikkate alınarak daha fazla eleştiriye tahammül etmeleri gerek...”*²³

Yalnız yeri gelmişken belirtmekte yarar vardır ki, sıradan kişilerden farklı olarak eleştiriye katlanmak durumunda olan kamu görevlileri ile siyasiler açısından bir farklılık da olmalıdır. Bu anlamda eleştiriye katlanma gerekliliğinde kamu görevlilerinin durumu, sıradan kişilerden daha geniş, ancak siyasetçilerden de daha dardır, onlar kadar geniş değildir²⁴.

²³ **Emin Aydın Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/2602, § 49, K.T. 23.01.2014.

²⁴ *“AİHM, kamu görevlileriyle ilgili olarak farklı bir tutum sergilemektedir. Kamu görevlilerinin kabul edilebilir eleştiri sınırını, sade vatandaşlar gibi görmese de siyasetçiler için kabul edilen eleştiri sınırı kadar geniş olmadığını, kamu görevlilerinin görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip olmaları gerektiğini, bunun ise kamu görevlilerini asılsız suçlamalara karşı korumakla sağlanabileceğini vurgulamaktadır (bkz.Steur/Hollanda, B.No: 39657/98, 28/10/2003, §40; Lesnik/Slovakya, B.No: 35640/97, 11/3/2003, §53). Mahkeme ayrıca basının ifade özgürlüğünü kullanırken görev ve sorumluluklarına uygun davranmak zorunda olduğunu, bu görev ve sorumluluklar kapsamında yayımlanan haberlerin bireylerin şeref ve hakları üzerinde ağır etkiler yaratma riski nedeniyle “başkalarının şeref ve haklarının korunması”yla ilgili konulmuş sınırlara dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (bkz.Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, B.No:*

Yalnız dikkat edilmesi gereken bir durum da “Kamu görevlilerinin kamusal yetki kullanmaları nedeniyle sıradan insanlara göre daha fazla eleştiriye katlanmaları gerekli ise de bu kişilerin görevlerini layıkıyla yapabilmeleri belli ölçüde kamunun güvenine bağlı olduğundan bunlara yönelik eleştirilerin onları kamuoyu önünde itibarsızlaştırılması sonucunu doğuracak düzeye ulaşmaması gerekir. Elbette kişiler kendi fiillerinin sonuçlarına katlanmak durumundadırlar”²⁵.

Sonuçta Anayasa Mahkemesi’nin de birçok kararında vurguladığı üzere, ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla, sosyal medya hesabında yapılan yorum sebebiyle kişiye hem kurum hesabından hem de şahsa ait hesaptan erişim engeli konulması, ifade özgürlüğü açısından “haber veya görüş alma ve verme” hakkı ve “düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma” hakkına aykırılık teşkil edebilir. Bu arada belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi²⁶ her ne kadar medya organlarının kamuya arz ettiği basılı, sesli, görüntülü vb. içeriklere erişimin engellenmesini bilgi ve düşüncelere erişim hakkının ihlali olarak kabul etse de aynı husus, internetin ve sosyal medyanın günümüzde bilgi edinme açısından arz ettiği önem düşünüldüğünde, kamusal görevleri sebebiyle kamuya mal olmuş kişilerin sosyal medya hesapları için de kabul edilmelidir.

13585/88, 26/11/1991)”, **Emin Aydın Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/2602, § 59, K.T. 23.01.2014.

²⁵ **Emin Aydın Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/2602, § 76, K.T. 23.01.2014.

²⁶ Bkz. **Özkan Kart Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/1821, K.T. 05.11.2014; **Vahap İlhan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/7311, K.T. 20.04.2016; **İbrahim Bilmez Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/434, K.T. 26.02.2015; **Mehmet Reşit Arslan Başvurusu (4)**, AYM, Başvuru No: 2013/2909, K.T. 09.03.2016; **Ahmet Temiz Başvurusu (5)**, AYM, Başvuru No: 2013/8696, K.T. 10.03.2016; **Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu**, AYM, Başvuru No. 2014/4705, K.T. 29.05.2012; **Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2018/14884, K.T. 27.10.2021.

E. KİŞİLİK HAKKI İHLALİ-ENGELLEME İLİŞKİSİ

Takipçinin, eleştiri hakkını kullanması, kamu görevlisinin kişilik hakkının zedelenmesi anlamına gelir mi?

Sosyal medyada, kullanıcıların paylaştığı, ürün, ortak ilgiler, düşünceler, duygular, kişisel hal ve durumlar, siyasi eğilimler, fotoğraflar, videolar, yazı ve yazışmalar, fikir ve sanat eserleri, ticarî ve mesleki faaliyetler ve benzeri kişisel veriler, içerik olarak nitelendirilir. İşte bahsi geçen içeriğe yönelik paylaşımlara karşı yapılan bir kısım faaliyet, kişilik haklarının zedelenmesine yol açabilir²⁷.

Kişilik hakkı, kişisel değerler üzerinde sahip olunan mutlak ve tekelci bir haktır²⁸.

Türk Medenî Kanunu m. 24²⁹, kişilik haklarına müdahalede, hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmamasını aramaktadır. Buradaki hukuka uygunluk sebeplerinden birisi de üstün nitelikte kamusal yarardır. Toplumunu oluşturan kişilerin ülkede ve dünyada olup bitenleri öğrenme hakkı bulunmaktadır. Özellikle kişilerin yönetimle ilgili gelişmeleri öğrenme ve bilgi edinme hususunda üstün çıkarları vardır³⁰. Bir kamu görevlisi gerek şahsi ve gerekse de kurumsal sosyal medya hesaplarında kendisini ve çalıştığı, görev yaptığı kurumla (örnekte belediye, kaymakamlık) ilgili olarak diğer insanları (takipçilerini) bilgilendirmek amacını hedeflemektedir. Söz konusu hesapları takip edenler de gerek toplumsal ve gerekse de yönetime ilişkin bilgileri, ilgili platformlardan edinebilmektedirler. Dolayısıyla bilgi edinme hakkı kişilerin üstün çıkarlarını oluşturmaktadır. Erişim engeli konulması halinde ise bireylerin paylaşılan bilgilere ulaşamama,

²⁷ Akkurt, s. 337.

²⁸ Bkz. Akkurt, s. 344 ve dn. 46'da belirtilen eserler; Dural/Öğüz, s. 100 vd.; Hatemi, Hüseyin (2017) Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 341; Helvacı, Serap (2001) Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta, s. 41 vd.

²⁹ TMK m. 24'e göre, "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır".

³⁰ Ayan/Ayan, s. 132.

onları öğrenememe ve bilgilenememeleri sonucunu doğurmaktadır. Bir başka ifadeyle takip açısından engelleme, kişinin bilgiye ulaşma ve öğrenme hakkını ihlal etmektedir. Bu durumda, üstün bir menfaat zedelenmektedir. Dolayısıyla, kişilerin, ilgili sosyal medya hesaplarına yönelik eleştiri mahiyetini taşıyan, belki uygunsuz olarak da nitelendirilebilecek yorumları sebebiyle kişilik hakkının zedelenmesini söylemek, çok da mümkün değildir.

Sonuç olarak ister şahsi ister kamusal veya hem şahsi ve hem de kamusal sosyal medya hesaplarından yapılan paylaşımlar göz önünde bulundurulduğunda kişinin, bu hesaplardan bilgi edinmede üstün menfaati bulunduğu söylenmelidir. Dolayısıyla, biri kamu hesabı diğeri ise kamuya mal olmuş bir kişiye ait olan her iki hesapta da vatandaşlar tarafından yapılan eleştirilere katlanılmak gerekir. Nitekim Yargıtay'a göre de *"Belirli meslek ve kariyer sahibi olanlar özel hayatlarına daha fazla özen göstermek ve eleştirilere katlanmak zorunda oldukları gibi, tanınmış, kamuya mal olmuş kişilerin de davranışlarını, yaşayış tarzlarını halkın bilmesinde yarar bulunmaktadır. Toplum bu sayede yöneticileri, siyasi kişiliği bulunanları tanıyacak ve ileride ona göre davranacaktır"*³¹. Anayasa Mahkemesi'ne göre de *"... Siyasetçiler ve kamuoyunca tanınan kişiler gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumundadırlar. Bu nedenle siyasetçilerin veya kamusal yetki*

³¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2000/12917, K: 2001/4011, T: 19.04.2001, Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. *"...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği üzere siyasi hüviyete sahip şahısların kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanmaları gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün sadece "zararsız ve ilgilenmeye değmez olarak görülen bilgi ve fikirler değil aynı zamanda rahatsız eden, şaşırtan ve gücendiren ifadelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği" belirtilmiş ve bu ifadeler var olmadan "demokratik bir toplum"dan söz edilemeyeceği vurgulanmıştır. Dava konusu olayda, Kadıköy Belediye Başkanı olan davacının Facebook sayfasına görüşlerini yazan davalının beyanları, davacının şahsına ait değer yargıları, siyasi ve sert eleştiri mahiyetindedir. Açıklanan nedenlerle davanın tümünden reddi gerekirken kısmen kabulü doğru görülmemiş; kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir",* Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2013/18481 K: 2014/12713, T: 01.10.2014, Akkurt, s. 353, dn. 79; *"... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre; siyasetçilere yönelik eleştirinin sınırı, özel kişiler için olandan daha genişler ve siyasetle uğrasan kişilerin kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanması gerekir..."*, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2015/6272, K: 2016/6229, T: 05.05.2016, Akkurt, s. 354, dn. 79.

kullanan görevlilerin sade vatandaşlara göre eleştiriyeye daha açık olmaları kaçınılmazdır”³².

Engelleme açısından haklılık oluşturabilecek husus, eleştiri hakkının suç oluşturacak nitelikte veya hakaret, şeref ve haysiyete zarar verici, tehdit ve iftira oluşturacak biçimde kullanılmasındır³³. Bir kişi hakkında hakaret teşkil edecek sözler sarf edilmesi veya saygınlığını tehlikeye düşüren, doğruluğu ispat edilemeyen iddialarda bulunulması onur ve haysiyete tecavüz teşkil eder. Asılsız ihbarlar da kişiliğe tecavüz oluşturur³⁴. Burada eleştiri hakkı kullanılırken kişisel yarar ve kamu yararı arasında bir denge bulunmalıdır.

Sonra kamuya mal olmuş kişilerin eleştirilmeleri ile sıradan bir kişinin eleştirilmesi de aynı esaslara tabi değildir³⁵. Her ne karar kamuya mal olmuş kişilerde daha bir serbestlik varsa da eleştirinin kamuyu aydınlatma fonksiyonu

³² Nilgün Halloran Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/1184, § 45, K.T. 16.07.2014.

³³ Dural/Öğüz, s. 136. “Eğer yayımlanan haber veya eleştiri, gerçekleri yansıtmıyorsa veya haber ve eleştiride kamuoyunu aydınlatma görevi dışına çıkılarak şahsın onuruna tecavüz teşkil eden ifadeler yer verilmişse hukuka aykırılık unsuru varlığını sürdürür. Hukuka aykırılık, haber veya eleştiri gerçeğe dayansa bile, gerekmediği halde sert ve yaralayıcı ifadeler kullanılması veya haberi veya eleştiriyeyi doğru değerlendirmek için gereken bütün unsurların verilmemesi nedeniyle ortaya çıkabilir”, Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 203.

³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 170. “Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, TCK’nın dokuzuncu bölümündeki özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı gizli suçlardan olup, ... kişilerin özel hayatlarına koşulsuz ve sınırsız şekilde müdahalede bulunma hakkı vermez. Bilinmesinde kamu yararı olan bir bilgiye ulaşmak saikiyle hareket edilmesi ya da tesadüfen böyle bir bilginin öğrenilmiş olması halinde dahi bu sonuç değişmez. Aynı şekilde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar, milletvekilleri, politikacılar, bürokratlar, diplomatlar, bilim adamları, sanatçılar, sporcular gibi içinde buldukları konum, mesleki faaliyetleri veya görevleri nedeniyle kamuoyu tarafından tanınan kişilerin, özel hayatlarının dokunulmaz ve gizli alanlarının, toplumda yer alan diğer kişilere oranla, daha sınırlı olması, bu kişilerin özel hayatlarına, ağır, ölçüsüz ve haksız müdahale de bulunulabileceği anlamına gelmez. Aksinin kabulü, kişilerin özel hayatlarını, Anayasal ve yasal korumadan yoksun bırakır. Basın ve yayın organları; bilgi edinme, bilgiyi yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını kullanırken ve habere ulaşmada, kamu yararını gözetmek zorunda oldukları için, haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olup olmadığını özenle irdelemek, haberin verilisinde tahkir edici bir dil kullanmayıp, ölçülülük ilkesine de uygun davranmak mecburiyetindedirler...”, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E: 2015/4183, K: 2015/18747, T: 02.12.2015, YKD, C: 42, S: 11, 2016, s. 2814-2816.

³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 207.

dışına taşması, özellikle o kişiyi küçük düşürme amacı güdülmesi, davranışın hukuka aykırı sayılmasına yol açabilir. Yine, kamuya mal olmuş kişilerle ilgili gerçek dışı açıklamaların hukuka aykırı olduğu da şüphesizdir. Zira kim olursa olsun bir kimse hakkında, gerçek dışı açıklamalar, o kimsenin kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı teşkil eder³⁶.

F. AMERİKAN İSTİNAF MAHKEMESİNİN TRUMP KARARI

Amerika Birleşik Devletleri önceki Başkanı Donald Trump, kullandığı twitter hesabında kendisini eleştiren bazı kişileri engellemiş, engellenenlerden 7 kişi dava açmış, Amerikan Federal İstinaf Mahkemesi de hesaptaki “etkileşimli alanın” halka açık bir forum olduğu ve bu alandan dışlamanın ifade özgürlüğünü güvence altına alan Birinci Ek Madde kapsamında Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Burada, siyasi görüş ayrılığı gerekçesiyle ayrımcılık yapıldığı tespit edilmiştir.

Bu arada konu Amerikan Yüksek Mahkemesine taşınmışsa da Yüksek Mahkeme başvuruyu reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, İstinaf Mahkemesinden bu konuda karar vermeye yer olmadığı gerekçesiyle verilen kararın kaldırılmasını istemiştir³⁷. Yüksek Mahkeme kararı sonrası ilk derece ve bunu onaylayan istinaf mahkemesi kararının bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme’nin Trump’un artık kamu görevlisi olmadığı ve twitter hesabı da kaldırıldığı için böyle bir sonuca ulaştığı değerlendirilmektedir³⁸.

Amerikan İstinaf Mahkemesi kararı özetine burada yer vermenin uygun olduğunu düşünmekteyiz³⁹:

Buradaki mesele, Başkanın resmi işlerini yürütmek ve halkla etkileşime geçmek için nispeten yeni bir sosyal medya platformu kullanma kararından kaynaklanmaktadır. Mahkemenin çözmesi gereken, davacıları hesabın interaktif özelliklerinden alıkoymasında, Başkanın kamu gücüyle mi (yönetici

³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 207-208; Akkurt, s. 356 vd.

³⁷ Bkz. <<https://knightcolumbia.org/cases/knight-institute-v-trump>> s.e.t. 15.05.2022.

³⁸ Bkz. <<https://www.scotusblog.com/2021/04/justices-throw-out-trump-twitter-case/>> s.e.t. 15.05.2022.

³⁹ **Knight First Amendment Institute, et al v. Donald J. Trump, et al**, The United States Court of Appeals for The Second Circuit, No. 18-1691-cv, 09.07.2019.

sıfatıyla mı) yoksa sade bir vatandaş olarak mı hareket ettiğidir. Burada seçilmiş bir görevlinin, kişileri tamamen özel sosyal medya hesabından hariç tutması söz konusu değildir. Somut olayda, sosyal medya hesabını her türlü resmi amaç için kullanan bir kamu görevlisinin, aynı fikirde olmadığı görüşlerini ifade ettikleri için kişileri açık bir çevrimiçi diyalogdan dışlaması söz konusudur.

Başkan'ın hesaptaki tweetleri, bir twitter hesabında oturum açmadan, herhangi bir vatandaş tarafından görüntülenebilmektedir. Ancak, bir kullanıcı hesaptan engellenmişse, hesabına giriş yaptığında, bu hesabın tweetlerini görüntüleyemez. Davacıların engellendiği tarihte, hesabın 50 milyondan fazla takipçisi vardır. Başkan, hesabını kimlerin takip edebileceğine ilişkin herhangi bir sınırlama da getirmemiştir.

Başkan Trump, hesabını @realDonaldTrump tanıtıcısı ("Hesap") ile Mart 2009'da oluşturmuştur. Başkan olmadan önce hesabın tamamen özel olduğuna veya görevden ayrıldığında hesabın muhtemelen özel statüsüne döneceğine kimse itiraz etmemektedir. Bahsi geçen dava, hesabın şu anki statüsüyle ilgilidir. Ocak 2017'de göreve başlamasından bu yana, Trump'ın hesabını "yönetim hakkında halkla iletişim ve etkileşim için bir kanal olarak" kullandığı göze çarpmaktadır. Hesabın halka açık sunumu ve onunla ilişkili web sayfası, devlet tarafından işletilen resmi bir hesabın tüm izlerini taşır. Hesap, Donald J. Trump "45. Amerika Birleşik Devletleri Başkanı, Washington 15 D.C." şeklinde kayıtlıdır. Hesabın başlık fotoğrafları, Başkanın idari emirleri imzalama, Beyaz Saray'da konuşmalar yapma, Papa, devlet başkanları ve diğer yabancı devlet adamlarıyla görüşme gibi resmi görevlerini yerine getirdiğini göstermektedir.

İncelendiğinde hesabın sık sık, yönetiminin politikalarını duyurmak, açıklamak ve savunmak, yasama gündemini tanıtmak, yabancı siyasi liderlerle ilişki kurmak, resmi kararları, devlet ziyaretlerini duyurmak ve yönetim aleyhine haberler yapan medya kuruluşlarına meydan okumak için kullanıldığı görülmektedir.

Hükümet, anılan hesabın kendisinin "(Trump'ın) başkanlığından bağımsız" olmadığını kabul etmekle beraber engelleme eyleminin özel bir davranış olduğunu iddia etmektedir. Bir başka ifadeyle, Trump'ın, özel, kişisel bir hesabı üzerinde kontrol uyguladığı belirtilmiştir. Başkan, 2017 yılının Mayıs

ve haziran aylarında, davacıların her birini hesaptan engellemiştir. Hükümet, Trump'a veya politikalarına yönelik eleştirilerinin bir sonucu olarak anılan kimselerin engellendiğini kabul etmektedir. Davacılar bakımından hesap ile etkileşime geçmelerine izin verecek çeşitli "geçici çözümler" mevcut olsa da bunların külfetli olduğu belirtilmektedir.

Trump, hesabını geniş erişilebilir bir sosyal medya platformu olarak herhangi bir kısıtlama olmaksızın, kamuya açık tutmaktadır. Trump, bir önceki Başkan Barack Obama'nın uyguladığı kişisel ve kurumsal Twitter hesapları ayırımını ortadan kaldırmıştır. ABD başkanlarının kurumsal hesabı olan ve Obama'nın hükümet kararlarını açıklamak için kullandığı @POTUS hesabı yerine, kişisel @realDonaldTrump hesabından her konuda çokça tweet atmaktadır. Mahkeme, Başkanın @realDonaldTrump hesabını kişisel bir hesap yerine başkanlık hesabı olarak sunduğunu ve hesabı, yalnızca Başkanın Başkan olarak gerçekleştirebileceği işlemleri duyurmak için kullandığını belirtmiştir. Mahkeme, hesabın hükümet işleri için kullandığı için, engelleme işlevi de dahil olmak üzere hesabın ilgili yönleri üzerinde devlet kontrolü uygulanabileceği sonucuna varmıştır. Hesabın interaktif alanında halka açık bir forum oluşturduğu sonucuna vardıldıktan sonra mahkeme, davacıları açık siyasi görüşleri nedeniyle engelleyerek hükümetin bakış açısı ayrımcılığı yaptığı kanısına varmıştır. Bu doğrultuda Başkan, bir platform seçip interaktif alanını milyonlarca kullanıcıya ve katılımcıya açtığında, görüşlerine katılmadığı kişileri seçip onları dışlayamaz.

Elbette ki, bir kamu görevlisi tarafından işletilen her sosyal medya hesabı bir kamu hesabı değildir. Olaya özgü bir inceleme yapılmalıdır. Bu doğrultuda, hesabın özelliklerinin kime sunulduğu, devlet görevlileri ve kurumları da dahil olmak üzere başkalarının hesaba nasıl yaklaştığı, görevlinin hesabı nasıl tanımladığı ve kullandığı önem arz etmektedir. Bakış açısı ayrımcılığı, geleneksel, belirlenmiş ve sınırlı halka açık forumlarda yasaklanmıştır. Mahkemeler, bir kamu forumunun oluşturulup oluşturulmadığını belirlemek için "hükümetin politikasına ve uygulamasına" ve "platformun niteliğine ve hükümetin niyetini anlamak için ifade edici faaliyetle uyumluluğuna" bakar. Başkan, göreve geldikten sonra hesabı resmi bir araç olarak defalarca kullandığında ve interaktif özelliklerini herhangi bir sınırlama

olmaksızın kamuya açık hale getirdiğinde, hesap bilinçli olarak kamuoyunun görüşüne açılmıştır. Mahkeme, Trump'ın bu davranışının halka açık bir forum meydana getirdiği kanısındadır. Böylelikle, hesap bir forum ise, siyasi görüş ayrılığı gerekçesiyle ayrımcılık yapılmasına da izin verilemez.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Sosyal medya kişilerin diğerleri ile ilişki kurma, bunları geliştirme, bilgilendirme, görüş bildirme, etkileme, işlemlerini açıklama gibi birçok nedenle sıkça kullanılır hale gelmiştir. Bu anlamda kamu görevlileri de vatandaşlarla, daha doğru bir ifadeyle takipçileri ile olan ilişkilerini sosyal medya üzerinden kurmaktadırlar. Bununla birlikte, belki de yüz yüze iletişimde karşılaşmayacak bazı sonuçlar, sosyal medya kullanırken söz konusu olabilmektedir. Özellikle bir kamu görevlisinin kullandığı sosyal medya platformunda, takipçisini engellemesi ifade ve düşüncüyü açıklama özgürlüğü ile ciddi anlamda ilgilidir. Bu durumda engellenen kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası önemlidir. Buna göre,

1. Her şeyden önce sosyal medya platformları, kullanıcıya, kendisine ait bu formun takip edilebilmesi için bir yetki vermektedir. Bir başka ifadeyle sosyal medya platformu, kullanılan hesabın kimlere açık olacağı konusunda hesap sahibinin ayarlama yapmasına imkân tanımaktadır. Böylelikle kişiler, kendi hesaplarının kime (herkese mi, arkadaş grubuna mı, belirli sayıda kişiye mi vb.) açık olacaklarını başlangıçta belirleyebilirler. Daha başta, takibin izne tabi tutulması, bu hesabın kamuya açık olmadığı anlamına gelebilir.

2. Hesaba yönelik herhangi bir sınırlama olmaksızın herkes tarafından takip edilebilen bir hesapta, kullanıcının takipçiyi engelleme açısından o hesabın şahsi ve/veya kurumsal olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Şahsi hesapta kişiler, başlangıçta bir kısıtlama yapmasalar bile, sonradan bazı kişilerin kendilerini takip etmelerini yasaklayabilirler, buna imkân tanımak gerekir.

3. Kamu görevlileri açısından sosyal medya kullanımının engellenmesi açısından önemli olan husus, bu hesabın şahsi mi yoksak kamusal mı olduğudur. Eğer şahsi kullanıma ait bir hesap varsa, yine burada da hesap sahibi

kimlerin kendisini takip edebileceğini baştan veya sonradan belirleme yetkisine sahiptir. İstedığı kişilerin kendi mesajlarını görmesine veya takip etmesine izin verebilir, bazılarını da kısıtlayabilir, bu anlamda kişiler, özgürdürler.

Ancak şahsi olan bir hesap, kamu hesabı gibi kullanılıyorsa o zaman, her ne kadar hesap şahsi olarak gözüксе de artık bunu kamusal bir hesap olarak değerlendirmek gerekir. Özellikle günümüzde neredeyse birçok kamu görevlisi, kendi görev alanı ile ilgili mesajlarını sosyal medya hesaplarından vermektedirler. Dolayısıyla, bu şekilde bir kullanım artık hesabın, bahsi geçen kullanımlar için şahsi olmaktan çıktığını gösterir.

4. Burada önemli olan husus, kullanıcının, bir kısım kimseyi takip açısından kısıtlamasında, ilgili bilgilerin başka kaynaklardan öğrenileceği iddiası ile ilgili olarak da bunun imkân veya imkânsızlığı, zaman ve masraf açısından külfet oluşturup oluşturmadığı, kolaylık ve zorluk açısından da bir değerlendirme yapılması gerektiğidir. Örneğin, bir genel müdürün, kurum ile ilgili bilgileri kendi hesabından açıklarken, aynı anlı kurumsal hesaptan da bir açıklama olması durumunda, bu hesabın şahsi olduğu düşünülebilecekken, genel müdürün şu kadar zaman sonra kurumsal sayfadan tayin sonuçlarını görebilirsiniz şeklindeki bir ifade, bu hesabın şahsi olurluğunu sorgulatar niteliktedir. Bir başka ifadeyle kullanıcı, şahsi olduğu iddia edilen hesabı takip etmede bir yarar sağlıyorsa, bu yarar zaman, emek, kolaylık vs. olabilir, o takdirde, artık kurumsal hesapta da paylaşım yapılıyor iddiasının haklılığı ortadan kalkar. Kamu görevlisi hesabını kullanırken tüm bunların bilincinde olarak hareket etmelidir. Burada MK m. 2 dürüstlük kuralı, yol göstericidir.

5. Belediye başkanı, kaymakam, vali, genel müdür gibi gerek seçilmiş gerekse de atanmış kişiler kamuya mal olmuş kişilerdir. Toplum fertlerinin kamuya mal olmuş kişiler hakkında bilgi edinmesinde meşru ve üstün yararları vardır. Söz konusu kişilerin özel hayatları ve eleştiriye katlanma yükümlülükleri sıradan kişilere göre daha geniştir. Bu anlamda, kamuya mal olmuş kişilerin yapılan paylaşım sonrası alınan eleştiriye tahammül yükümlülüğü bulunmaktadır. Şüphesiz, hakaret, tehdit veya konusu suç olan yahut kişileri

aşağılayıcı, rencide edici, şahsiyet haklarını ihlal eden durumlar, bunun istisnasını oluşturur.

6. Kamuya mal olmuş kişilerin sosyal medya kullanımı sonrası aldıkları eleştirilerin kişilik haklarını ihlal ettiği iddiaları da ciddi incelenmeye tabidir. İfade ettiğimiz gibi, bir kamu görevlisi, şahsi hesap dışında kullandığı kamusal hesap (yahut şahsi hesabının kamusal hesap olarak kabul edilmesi halinde) nedeniyle ağır eleştirilere muhatap olabilir. Buna tahammül etmesi beklenir. Ancak bunun MK m. 2 anlamında çok ağır olması halinde, engelleme hakkının kullanılması hukuka uygun bulunabilir.

7. Kişi hakkında takip engeli uygulaması, ifade özgürlüğü, haber alma, verme, düşünce ve kanaatleri yayma hakkının ihlali anlamı taşıyabilir. Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10, gerekse AY m. 25 ve 26 anlamında, ifade özgürlüğü kişinin düşüncelerini ifade etme, bunları açıklama ve yayma haklarını da bünyesinde bulundurur. Buna göre kamu görevlisinin haklı ve meşru bir menfaati olmaksızın takipçisine sırf eleştiride veya uygun olmayan bildirim yahut paylaşımında bulundu diye takip engeli koyması hukuka aykırıdır.

8. Şahsi hesaplar dışında kamusal sosyal medya hesaplarının kullanımında, daha da dikkatli olunmak gerekir. Örneğin kanaatimizce bir kamu hesabı (belediye yahut valilik veya bakanlık) başlangıçtan objektif haklı sebepler olmadıkça (o da oldukça sınırlı) takipçi sınırlaması yapamaz. Yine, hesaptan yapılan paylaşımlar nedeniyle yapılan eleştirilere yönelik olarak da kamu hesabının takip yasağı koyması, hukuka uygun olmaz. Tabii ki, hakaret ve suç konusu vb. durumlar bundan hariçtir.

9. Her somut olayda bu hususlar göz önünde bulundurularak durum incelenmeli ve karar verilmelidir. Şüphesiz değerlendirme yapılırken MK m. 2, dürüstlük kuralı ile ölçülülük ve hakkaniyet ilkeleri yol göstericidir.

10. Kamu görevlilerinin sosyal medya kullanmalarına yönelik, 20.09.2021 tarih ve 2021/81 sayılı karar ile kamu görevlilerinin görevleri sırasında veya diğer zamanlarda yazı, ses görüntü ve benzeri içerik yayınlama ya da daha önce yayımlanmış olanı paylaşma gibi sosyal medya kullanımında

uyulması geren ilkeler kapsamında “Sosyal Medya Etik İlkeleri”⁴⁰ Kamu Görevlileri Etik Kurulunca yürürlüğe konmuştur.

Benzer şekilde hâkim ve savcılar için de Hakimler ve Savcılar Kurulu “Türk Yargı Etiği Bildirgesi”ni yayımlamıştır⁴¹. Hakimler ve Savcılar Kurulu, ayrıca bu Bildirge kapsamında bir de sosyal medya kullanım rehberi hazırlamıştır⁴².

Kamu görevlilerinin sosyal medya kullanımlarını, ilgili düzenlemelere riayet ederek yerine getirmeleri esas olmalıdır.

11. Yukarıda izah olunan hususlar karşısında, bir kamu görevlisinin kurumsal hesaptan (şahsi hesap olsa da kurumsal olarak kabul edilen bir hesaptan) haklı ve meşru bir gerekçe olmaksızın takipçileri engellemesi, ifade özgürlüğü, haber alma ve verme, düşünce ve kanaatleri yayma özgürlüklerinin ihlali niteliğindedir.

Kuruma ait hesaptan engelleme ise (istisnalar saklı kalmak kaydı ile) evleviyetle aynı sonucu doğurur.

Böyle bir engelleme uygulaması, Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından yürürlüğe konulan “Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te düzenlenen, Halka hizmet

⁴⁰ Bkz.<<https://www.etik.gov.tr/kamu-gorevlilerinin-sosyal-medya-kullaniminda-gozetmesi-gereken-etik-ilkeler/>> s.e.t. 15.05.2022.

⁴¹ RG. 14.03.2091 - 30714.

⁴² Türk Yargı Etiği Bildirgesi Kapsamında Sosyal Medya Kullanım Rehberi için bkz. <<https://www.hsk.gov.tr/turk-yargi-etigi-bildirgesi-kapsaminda-sosyal-medya-kullanim-rehberi>> s.e.t. 15.05.2022.

bilinci (m. 6)⁴³, Dürüstlük ve tarafsızlık (m. 9)⁴⁴ ve Saygınlık ve güven (m. 10)⁴⁵ başlıklı ilkelere aykırılık oluşturur.

⁴³ Yönetmelik, “Halka hizmet bilinci” başlıklı, m. 6’ya göre, “Kamu görevlileri, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde; halkın günlük yaşamını kolaylaştırmayı, ihtiyaçlarını en etkin, hızlı ve verimli biçimde karşılamayı, hizmet kalitesini yükseltmeyi, halkın memnuniyetini artırmayı, hizmetten yararlananların ihtiyacına ve hizmetlerin sonucuna odaklı olmayı hedefler”.

⁴⁴ Yönetmelik, “Dürüstlük ve tarafsızlık” başlıklı m. 9’a göre, “Kamu görevlileri; tüm eylem ve işlemlerinde yasallık, adalet, eşitlik ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda hareket ederler, görevlerini yerine getirirken ve hizmetlerden yararlandırmada dil, din, felsefi inanç, siyasi düşünce, ırk, cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayırım yapamazlar, insan hak ve özgürlüklerine aykırı veya kısıtlayıcı muamelede ve fırsat eşitliğini engelleyici davranış ve uygulamalarda bulunamazlar.

Kamu görevlileri, takdir yetkilerini, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, her türlü keyfilikten uzak, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak kullanırlar.

Kamu görevlileri, gerçek veya tüzel kişilere öncelikli, ayrıcalıklı, taraflı ve eşitlik ilkesine aykırı muamele ve uygulama yapamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef alan bir davranışta bulunamazlar, kamu makamlarının mevzuata uygun politikalarını, kararlarını ve eylemlerini engelleyemezler”.

⁴⁵ Yönetmelik, Dürüstlük ve tarafsızlık m. 10’a göre, “Kamu görevlileri, kamu yönetimine güveni sağlayacak şekilde davranırlar ve görevin gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını davranışlarıyla gösterirler. Halkın kamu hizmetine güven duygusunu zedeleyen, şüphe yaratan ve adalet ilkesine zarar veren davranışlarda bulunmaktan kaçınırlar.

Kamu görevlileri, halka hizmetin kişisel veya özel her türlü menfaatin üzerinde bir görev olduğu bilinciyle hizmet gereklerine uygun hareket eder, hizmetten yararlananlara kötü davranamaz, işi savsaklayamaz, çifte standart uygulayamaz ve taraf tutamazlar.

Yönetici veya denetleyici konumunda bulunan kamu görevlileri, keyfi davranışlarda, baskı, hakaret ve tehdit edici uygulamalarda bulunamaz, açık ve kesin kanıtlara dayanmayan rapor düzenleyemez, mevzuata aykırı olarak kendileri için hizmet, imkan veya benzeri çıkarlar talep edemez ve talep olmasa dahi sunulanı kabul edemezler”.

KAYNAKÇA

- Akkurt, Sinan Sami** (2017) “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Halinde Ortaya Çıkacak Cezai Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, SÜHFD, C: 25, S: 2, s. 329-373.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nursen** (2020) Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Adalet.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan** (2017) Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Hatemi, Hüseyin** (2017) Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Helvacı, Serap** (2001) Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta.
- Kurt, Leyla** (2017) “Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı”, AÜHFD, C: 66, S: 3, s. 581-604.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2012) Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Tiritoğlu Ersoy, Hilal** (2016) “Yargı Kararları Çerçevesinde Sosyal Medyanın İş Hukukuna Etkisi”: Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz (Editörler), Yeni Medya ve Hukuk, Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara, Yetkin.

KAMU HUKUKU

IAN MCEWAN'IN ÇOCUK YASASI ROMANINA ÇOCUĞUN TEDAVİYİ REDDETME HAKKI AÇISINDAN BİR BAKIŞ*

Arş. Gör. Hatice Cemre AKYILMAZ**

ÖZET

Türk hukukuna bakıldığında edebiyat ve hukuk çalışmalarının son zamanlarda önem kazanmaya başladığı görülse de edebiyat ve hukuk arasındaki bağlantının çok daha eskiye dayandığını söylemek mümkündür. Bilhassa edebiyat sanatı açısından düşünülecek olduğunda bu iki disiplinin her daim ilişki içinde olduğu söylenebilir. Zira edebiyat tarihinde önemli addedilen, “klasik” olarak nitelendirilebilecek pek çok eserin temelinde çeşitli hukukî problemler ve bu problemlerin bireylerin (karakterlerin) hayatlarını etkileyen sonuçları yer almaktadır. Tıpkı edebiyatın hukukla alakadar olması gibi hukukun da edebiyat ile ilgilenmesi bir hukukçu açısından önem arz etmektedir. Nitekim edebiyat, “cansız metinleri” -normları- “canlı” hale getirebilme özelliğini haizdir. Bu sayede hukukçuyu normun amacını, anlamını ve sonuçlarını düşünmeye teşvik etmektedir. Bu düşünceden hareketle, bu çalışmada Ian McEwan'ın Çocuk Yasası isimli romanı insan ve çocuk hakları çerçevesinde incelenecektir. Romanın odağında İngiltere'de yaşayan on yedi yaşında Yehova Şahidi bir çocuğun inancı sebebiyle kan naklini, dolayısıyla tedaviyi reddetmesi yer almaktadır. Çalışmada da söz konusu olay çocuğun tedaviyi reddetme hakkı Türk hukuku ve İngiliz hukuku bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbî Müdahaleyi Ret, Çocuğun Tıbbî Müdahaleyi Reddi, Ian McEwan, Çocuk Yasası, Edebiyat ve Hukuk, Edebiyattaki Hukuk.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1102941 - Geliş Tarihi: 12.04.2022 - Kabul Tarihi: 06.05.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, hcakyilmaz@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2480-7020.

AN ANALYSIS OF IAN MCEWANS' NOVEL "THE CHILDREN ACT" ACCORDING TO MINORS' RIGHT TO REFUSE TREATMENT

ABSTRACT

The connection between literature and law goes back much further, although literature and legal studies have become more crucial recently in Turkish legal studies. Especially in terms of literature, it can be said that law and literature have always been in a close relationship. Because when we look at the history of literature, in many classical books, various legal problems and the consequences of these problems are discussed through the lives of individuals (in other words, characters). Just as literature deals with law, it is fundamental for a lawyer to have an interest in literature since literature has the feature of making "inanimate texts" (norms) "alive". Thanks to the literature, a lawyer is encouraged to ponder on the purpose, meaning and consequences of the norms. Based on this thought, this paper will analyse Ian McEwan's novel *The Child Law* from a legal point of view. The focus of the novel is the refusal of a seventeen-year-old Jehovah's Witness boy living in England to receive a blood transfusion and treatment because of his faith. This paper will discuss minors' right to refuse medical treatment in the context of Turkish law and English law while analysing the novel.

Keywords: The Right to Refuse Medical Treatment, Minors' Right to Refuse Treatment, Ian McEwan, The Children Act, Law and Literature, Law in Literature.

GİRİŞ

Türk literatüründe hukuk ve edebiyat çalışmalarının başlangıcı nispeten yeni sayılabilir de hukuk ve edebiyat arasındaki ilişki eskiye dayanmaktadır. Bu ilişkinin bu denli köklü olmasının pek çok sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki her iki disiplinin de temel malzemesinin “kelimeler” oluşudur¹. Nitekim her iki disiplin de elindeki malzemeyi, yani kelimeleri, kullanarak çeşitli metinler ortaya koymaktadır. Elbette metinler hususunda hukukta ve edebiyatta kullanılan üslup ve izlenen usuller aynı olmasa da ele alınan konular arasındaki benzerlik yadsınamayacak düzeydedir. Zira hukuk, temelde kelimeleri kullanarak insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen normlar yaratırken edebiyat da kaynağını insanı ve insanlar arasındaki ilişkileri anlama faaliyetinde bulmaktadır. Tam bu noktada hukuk ve edebiyatın bir diğer benzer yönü belirlemektedir: her iki disiplin de insana ve insan ilişkilerine dairdir².

Hukuk ve edebiyat arasındaki benzerlikler aynı zamanda farklılıkları da beraberinde getirmektedir. Zira Çelik’in de ifade ettiği üzere edebiyat, “*tekil hikâyenin peşinde*”n gitmektedir. Oysa hukuk, tekil hikâyeden yola çıkarak çoğunluğa yönelmekte, birden fazla tekil hikâyeye için uygulanabilecek genel ve soyut normlar bulmayı hedeflemektedir. Diğer bir ifadeyle edebiyat, insanların farklılıklarına odaklanırken hukuk daha çok bu farklılıkları ortadan kaldırarak insanı genel kurallar içine sokmayı amaçlamaktadır. Hukuk ve edebiyat arasındaki bir diğer farklılık ise “*saik*” ve “*eylem*” noktasında kendisini göstermektedir. Hukuk, büyük ölçüde saiki göz ardı etmekte ve eylemi ve sonucunu öne çıkarmaktadır. Mamafih edebiyatın esas uğraşı saiktir, ortaya çıkan sonuçtan ziyade o sonuca gidişte izlenen yoldur³.

¹ **Tosun, Yalçın** (2015) “Önsöz”: Akal, Cemal Bâli / Tosun, Yalçın (Editörler), Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhafıklar, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 10; **Çelik, Behçet** (2015) “Hukuk ve Edebiyatın Yakınlığı / Uzaklığı”: Akal, Cemal Bâli / Tosun, Yalçın (Editörler), Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhafıklar, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 48.

² **Çelik**, s. 48.

³ **Çelik**, s. 49.

Hukuk ve edebiyat arasındaki bu benzerlik ve farklılıklar, araştırmacıları disiplinler arası çalışmalara yönlendirmiştir⁴. Bu çerçevede, söz konusu çalışmalarda esas olarak iki yaklaşım mevcuttur: edebiyattaki hukuk (*law in literature*) ve edebiyat olarak hukuk (*law as literature*). Edebiyattaki hukuk, edebî metinlerde yer alan olayları hukukî açıdan incelemeye yönelik faaliyetleri ifade etmektedir. Örneğin Kafka'nın *Dava*'sında veya Camus'nün *Düşüş*'ünde yer alan ve hukukî boyutları bulunan problemleri ele almak, edebiyattaki hukuk yaklaşımı ile mümkündür. Öte yandan, edebiyat olarak hukuk, edebiyatta uygulanan yöntemleri hukukî metinlere uygulamakla ilgilenmektedir. Diğer bir deyişle, edebiyat olarak hukuk yaklaşımının temel amacı, hukukî metinleri, edebî yorum yöntemleriyle irdelemektedir⁵.

“Edebiyattaki hukuk” ya da “edebiyat olarak hukuk” yaklaşımlarından hangisi tercih edilirse edilsin bu tür çalışmalara neden gereksinim duyulduğu sorusu akla gelebilir. Nitekim kimi zaman doktriner metodun benimsenmediği çalışmalar yeterince “hukukî” veya “faydalı” bir çalışma olmadıkları gerekçesiyle yeterince değer görmeyebilmektedir. Nitekim Çelik'in de altını çizdiği üzere “uygulama”da esas önemli olan “*davayı kazanmak*” ya da “*dosyanın Yargıtay'dan dönmemesi*”dir. Akademik çevrede sıklıkla hukuk öğrencisine bir “*hukuk nosyonu*” kazandırmanın amaçlandığını belirtirse de çalışma hayatında bir dilekçenin ya da bir mahkeme kararının ortaya çıkarılış sürecinden çok o dilekçenin ya da kararın yol açtığı sonuca önem verilmektedir⁶. Benzer şekilde, kurgusal metinlerin hayal dünyasının birer ürünü olduğu gerekçesiyle hukuka konu edilemeyeceğini düşünenlerle de karşılaşılmaktadır. Halbuki Akal'ın belirttiği üzere “*hiçbir kurgu modern hukukumuzun tüm gücünü aldığı hukuki kurgudan daha kurgusal olamaz*”. Bu bağlamda hukuktaki pek çok kavramın esasen bir “*kurgu*” olduğuna değinen

⁴ Turanlı'nın belirttiği üzere hukuk ve edebiyat arasında disiplinler arası bir çalışmanın yapılamayacağını iddia eden yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarlara göre hukuk ve edebiyat arasında “kurulması zor bir bağ” vardır; kaldı ki hukuk ve edebiyat çalışmalarının doktrine bir katkısı yoktur, ilgili görüşler için bkz. **Yücel Turanlı, Kıvılcım** (2014) “Biraz Nefes Almak!”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, s. 103.

⁵ **Ward, Ian** (1995), *Law and Literature*, Amerika Birleşik Devletleri, Cambridge University Press, s. 3.

⁶ **Çelik**, s. 51.

Akal bu hususa ilişkin olarak “*egemenlik*” kavramını örnek göstermektedir. Modern hukuk sistemlerinin “*egemenlik*” kavramı üzerine inşa edildiğine işaret eden Akal’a göre egemenlik, “*kurgunun doruğu*”dur; fakat kimse bu gerçeği kabul etmek istememektedir. Dolayısıyla, Akal’ın da vurguladığı üzere kurguyu hukuktan ayırmak mümkün değildir⁷.

Bunca farklılığa ve eleştiriye rağmen kanaatimizce edebiyat, hukuku ve hukukçuyu besleyen disiplinlerin başında gelmektedir⁸. Öncelikle hukuk, kültürün, dilin, ekonominin ve toplumun bir parçasıdır. Bu sebeple, tarih, edebiyat ve iktisat çalışmalarının hukukta önemli bir yeri bulunmaktadır⁹. Ayrıca edebiyat, yukarıda değinilen “*hukuk nosyonu*”nun kazanımı noktasında büyük önem taşımaktadır; çünkü olaylar arasında bağlantı kurma yeteneğini geliştirmeye yardımcıdır¹⁰. Bunun yanı sıra, kurgusal metinlerin hukuk normlarını öğretme fonksiyonu bulunmasa da bu metinler, hukukçuya normun lafzının ötesinde taşıdığı anlamları göstermesi açısından önem arz etmektedir. Nitekim hukuk kurallarının kurguya yedirildiği edebî eserler, hukukçulara söz konusu normlara dışarıdan bir gözle bakabilme imkânı sunmaktadır. Bu imkân, hukukla ilgilenenlere insan doğasını anlamada faydalı olmaktadır. Normları kaleme alan ya da insanlar hakkında hükümler veren hukukçu okuyucu, okuduğu eser süresince bir başka kişinin (kurgusal karakterin) hayatına dâhil olarak onu anlamaya çalışmakta, onunla empati kurmaktadır¹¹. Bunlara ek olarak, bazı edebî eserler hukuk normlarına dair etik ve politik pek çok sorunu gündeme getirmekte ve tartışmaktadır. Hukukçular,

⁷ Akal, Cemal Bâli (2015) “Kurgu ve Hukuk”: Akal, Cemal Bâli / Tosun, Yalçın (Editörler), Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 76-77.

⁸ Hatta öyle ki Sezgin Seymen Çebi’ye göre “sanatsız ve edebiyatsız hukuk omlete benzer”mektedir, Çebi, Sezgin Seymen (2011) “Sanatsız ve Edebiyatsız Hukuk Omlete Benzer”, Panorama KHAS, S.4, <<http://panorama.khas.edu.tr/edergi-yazi-458#PDF/1>> (s.e.t. 12.03.2020).

⁹ Dunlop, C.R.B. (1991) “Literature Studies in Law Schools”, Cardozo Studies in Law and Literature, Vol: 3, No: 1, s. 68.

¹⁰ Çelik, s. 52.

¹¹ Dunlop, s. 69-70.

Dunlop, bu noktada Dickens’in “*Bleak House*” isimli kitabını örnek göstererek söz konusu eseri okuyan bir avukatın müvekkiline karşı asla kayıtsız kalamayacağını iddia etmektedir, Dunlop, s. 70.

kitap boyunca söz konusu problemlere farklı karakterlerin pencerelerinden bakmaktadır. Bu da hukukla ilgilenen kişiyi somut olayı farklı boyutlarıyla düşünmeye -ve hatta eserdeki probleme çözüm üretmeye- sevk etmektedir. Bu sayede edebiyat, öğrencilere -ve pek tabii hukuk uygulayıcılarına- somut olaya nasıl yaklaşımları gerektiği konusunda yol göstermektedir. Dolayısıyla edebiyat, profesyonel hayat için gerekli becerilerin kazanılması açısından da faydalıdır. Buna ilaveten, edebî metinler aynı zamanda duygulara da hitap ettiği için çok daha etkili ve akılda kalıcı olmaktadır. Bu da problemleri çözme anlamında büyük bir öneme sahiptir. Nitekim doktriner yöntem tüm avukatlar, hâkimler ve hukuk akademisyenleri için son derece kıymetli ve gerekli olsa da kimi zaman bazı soruları yanıtlamakta yetersiz kalabilmektedir. Hukuk ve edebiyat çalışmaları bu sorunların en azından bir kısmını çözmeye oldukça faydalı olmaktadır¹².

Bu çalışmada “*edebiyattaki hukuk*” (*law in literature*) yaklaşımından hareket edilerek bir romanın odağında yer alan bir mesele hukukî boyutlarıyla ele alınmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, çalışma kapsamında 1948 yılında Londra’da dünyaya gelmiş, İngiliz Edebiyatı üzerine lisans ile yüksek lisans eğitimi almış ve Man Booker Ödülü de dâhil olmak üzere pek çok ödüle layık görülmüş Ian McEwan’ın 2014 yılında yayımladığı Çocuk Yasası (*The Children Act*) isimli romanı romanın merkezinde yer alan “çocuğun tıbbî müdahaleye rızası” sorunu bağlamında irdelenecektir¹³. Roman, söz konusu probleme çocuğun, ebeveynin, hekimin ve hâkimin bakış açılarından yaklaştığı için incelemeye değer bulunmuştur. Çalışmada olayın hukukî boyutları noktasında doktriner metottan da faydalanılacaktır. Bu çerçevede, çalışmanın ilk bölümünde Çocuk Yasası isimli roman, romandaki karakterler ve tali olaylar anlatılarak tanıtılacaktır. Ardından romandaki esas problem tespit edilecektir. İkinci bölümde, söz konusu probleme dair yasal düzenlemelere, yargı kararlarına ve doktrindeki görüşlere yer verilecektir. Üçüncü bölümde ise

¹² Dunlop, s. 68-71, 78; Ward, s. 24.

¹³ Çalışmada eserin Roza Hakmen tarafından çevrilen ve Yapı Kredi Yayınları tarafından 2016 yılında yayımlanan ilk baskısı kullanılmıştır, McEwan, Ian (2014) *The Children Act*, Londra, Jonathan Cape (Çeviren: Hakmen, Roza (2016) *Çocuk Yasası*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları).

romana konu edilen olay, söz konusu düzenlemeler, kararlar ve görüşler ışığında değerlendirilecektir.

I. ÇOCUK YASASI ROMANINA DAİR

Çocuk Yasası, orijinal adı ile *The Children Act*, İngiltere’de 1989 yılında yürürlüğe giren *The Children Act* başlıklı kanundan ismini almaktadır¹⁴. Kitabın ana karakteri Fiona Maye, Londra Yüksek Mahkemesi’nin Aile Bölümü’nde görev yapan, kendisini işine adanmış, entelektüel, tecrübeli bir kadın hâkimdir¹⁵. Romanın başında Fiona’nın aile hayatına dair iki detay paylaşılmaktadır. Bunlardan ilki kocası Jack ile evliliğinde problemler yaşadığı, diğeri ise çiftin çocuksuz olduklarıdır. McEwan tarafından okuyucuya aksettirilen söz konusu ayrıntılardan özellikle ikincisi romanın gidişatı açısından önem taşımaktadır. Zira romanda Fiona, çocuğu olmayan bir kadın olarak uzun yıllardır çocuklara dair uyuşmazlıklarda karar verici pozisyonda oluşunu sorgulamaktadır. Nitekim çocuğunun olmamasının verdiği bazı kararları etkileyip etkilemediği, doğru karar verip vermediği hususlarında iç hesaplaşmalar yaşamaktadır.

Olayın merkezinde yer alan konunun Fiona tarafından çözümünden önce Fiona’nın diğer davalarındaki tavrından bahsetmek zaruridir. Fiona’nın önündeki uyuşmazlıklardan biri, Yahudi bir ailenin kız çocuklarının velayeti ile alakalıdır. Dışa kapalı bir cemaat olduğu belirtilen Haredi cemaatine mensup boşanmış bir anne ve babanın arasında çocukların eğitimi hususunda bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Zira cemaatin bazı konularda katı kuralları vardır ve bu kurallardan eğitime ilişkin olanı çift arasında tartışmaya yol açmıştır.

¹⁴ İlgili kanun için bkz. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>> s.e.t. 10.04.2022.

¹⁵ Londra’da bulunan Yüksek Mahkeme’nin (*High Court*) üç bölümü bulunmaktadır: Kraliçe’nin Kürsüsü Bölümü (*The Queen’s Bench Division*), Temyiz (*The Chancery Division*) ve Aile Bölümü (*The Family Division*). Romandaki karakter Fiona’nın da görev yaptığı Aile Bölümü’nün yetkileri şunlardır: çocuklarla ilgili tüm davaları ve velayete ilişkin özel durumları karara bağlamak, aile mahkemelerinden gelen temyiz başvuruları hakkında karar vermek, <<https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/highcourt/family2/>> s.e.t. 10.04.2022.

Haredi cemaati, on beş – on altı yaşlarına gelmiş çocukların eğitimlerini ikinci plana itmelerini, üniversiteye devam etmelerinden önce kendilerini dine adamalarını uygun görmektedir; kız çocuklarının üniversite eğitimi almasına ise tamamen karşıdır. Bunun yanı sıra, belirtilen yaşa dek kız ve erkek çocukların ayrı ayrı eğitim almalarını buyuran cemaate göre “*modaya uygun giysiler, televizyon ve internet yasaktı*”r. Problem, annenin cemaatin kurallarına babaya göre daha yumuşak yaklaşmasından kaynaklanmıştır. Anne, kızlarını internet, televizyon, moda gibi hususlarda sınırlama yapılmayan karma bir Yahudi okuluna göndermektedir; fakat baba bu duruma karşı çıkmaktadır. Anne, kızlarının eğitimlerine devam ederek bir meslek sahibi olmalarını istemektedir. Baba ise annelerinin kızlarını “*disiplinli ama sevecen, sıcak, güvenli ve bildik bir çevreden*” kopardığını, eski karısının amaçlarının “*havai, saygısız ve yıkıcı*” olduğunu iddia etmiştir¹⁶.

Söz konusu uyuşmazlık, dinî tercihlerle alakalı olduğundan Fiona, bu hususa ilişkin mümkün olduğunca tarafsız bir değerlendirme yapmaya çalışmıştır. Nitekim Fiona, sorunun çözümünde dinî kuralları bir kenara bırakarak çocuklar için en doğru tercihin ne olduğu sorusunun yanıtını aramıştır. Bunu yaparken anne ve babanın dinî inançlarına müdahale edilmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Zira O’na göre “*dinî inançlar ya da dinbilimsel görüş ayrılıkları konusunda karar vermek laik mahkemelerin işi değildir*”r. Bu çerçevede, “*mümkün olan en geniş bakış açısını*” benimseyeceğini ifade eden Fiona, çocuğun refahı ve mutluluğu kavramlarını kararının merkezine oturtmuştur. “*Hiçbir çocuk ada değildir*” tespitinde bulunan Fiona, çocuğun ailesi ve arkadaşlarıyla ilişkisinin mutluluğun “*en önemli unsuru*” olduğunu ifade etmiştir¹⁷. Bu çerçevede, Fiona, çocuklarının annelerinin seçtiği karma okulda okumaları ve daha sonra isterlerse üniversiteye devam etmeleri yönünde karar vermiştir; çünkü “*mahkemenin görevi her şeyden önce çocukların yetişkinliğe ulaştıklarında nasıl bir hayat yaşamak istedikleri konusunda kendi kararlarını verebilmelerini sağlamaktır*”r¹⁸.

¹⁶ McEwan, s. 14-17.

¹⁷ McEwan, s. 18-19.

¹⁸ McEwan, s. 33-34.

Kitapta ele alınan bir diğer olay ise Fiona'nın karakterini daha anlaşılabilir kılmaktadır. Söz konusu olay, yapışık ikiz olarak dünyaya gelen Mark ve Matthew isimli iki kardeşin ayrılmasına ilişkindir. Yaşamsal faaliyetleri Mark'ın bedeni yürütmektedir. Bu nedenle, iki kardeş ayrıldığı takdirde Mark yaşamına devam edecek; fakat Matthew ölecektir. Bununla birlikte, iki kardeş ayrılmazsa (ki aile çocukların ayrılmamasından yanadır), Mark iki kişinin yükünü kaldıramayacağından vefat edecek, Matthew da tek başına organlarını çalıştıramayacağından hayatını kaybedecektir. Bu noktada, Fiona'nın vereceği kararın özü iki bebeğin mi yoksa tek bebeğin mi öleceğine ilişkindir¹⁹.

Fiona, kararını verirken “*bir hayatın diğerinden daha değerli olduğu*” nun düşünülmemeyeceğini ifade etmiştir; fakat Matthew'nun her iki seçenekte de yaşama şansı bulunmadığından hareketle ikizlerin ayrılmasına karar vermiştir. Zira Fiona'ya göre olaydaki temel mesele “*Matthew'yu öldürmek değil, Mark'ı kurtarmaktır*”. İngiliz hukuku da “*daha büyük bir felaketi önlemek için ceza yasasını çiğnemeyi*” hukuka uygun bulmaktadır. Dolayısıyla, Fiona'ya göre ahlakî ve hukukî açıdan ikizlerin ayrılması konusunda bir problem bulunmamaktadır²⁰.

Mamafih söz konusu olay hükme bağlansa bile Fiona'nın zihnini meşgul etmeye devam etmektedir. Doğru kararı vermiş midir? Çocuğunun olmaması bir çocuğun hayatını sona erdirmesiyle sonuçlanan bir karar vermesinde etkili olmuş mudur? Kararının üzerinden zaman geçmesine rağmen Fiona'nın sorgulama içinde olması ve bu sebeple dosyanın hâlen zihnini kurcalaması, Fiona için uyumsuzlukların yalnızca bir iş olarak görülmediğini, Fiona'nın önüne gelen olayları hayatının bir parçası haline getirdiğini de göstermektedir²¹. Buna mukabil, bu durum Fiona'nın duygularıyla hareket ettiğini göstermemektedir. Aksine akıl yürütmelerinden anlaşıldığı üzere Fiona, olaylara duygusal yaklaşmamakta, hukuka uygun olanı bulmaya çalışarak profesyonelce bir tutum sergilemektedir.

¹⁹ McEwan, s. 25-27.

²⁰ McEwan, s. 27.

²¹ Özdemir, Nadire (2017) “Aktif Bir Hâkimlik Pratiğinin Kapsamı ve Sınırları: Hâkim Fiona Örneği”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1, s. 526.

Romanda bu çalışma kapsamında incelenecek olay ise lösemi hastası Adam Henry'ye ilişkindir. Adam, on yedi yaşını doldurmak üzere olan (on sekiz yaşına üç aydan az bir süre kalmıştır) Yehova Şahidi bir genç erkek çocuğudur. Tedavisi için kan nakli elzem olarak görülmektedir; ancak inancı gereği kan nakli olmak istememektedir²². Adam'ın kendisi gibi Yehova Şahidi olan anne ve babası da nakle rıza göstermemektedir. Adam'ın tedavisini yürüten hekim ise kan nakli yapılmazsa Adam'ın hayatını kaybetme riskinin bulunduğu gerekçesiyle kan nakline rıza gösterilmesi için mahkemeye başvurmuştur²³.

Kararın verilmesi için yapılan duruşmada Fiona, her iki tarafın da iddialarını taraflara müdahale etmeksizin dinlemiştir. Adam'ın doktoru ve tedavi gördüğü hastanenin avukatı Adam'ın baskı altında olduğunu, ailesinden etkilendiğini, kan naklini kabul ettiği takdirde cemaatten aforoz edileceği korkusunu taşıdığını ve bu sebeple kan nakline rıza göstermediğini iddia etmişlerdir. Ayrıca Adam'ın henüz reşit olmadığını, bu sebeple de tedaviyi ret hakkının bulunmadığını belirtmişlerdir. Buna mukabil, Adam'ın babası ve Henry ailesinin avukatı, Adam'ın son derece akli başında bir çocuk olduğuna vurgu yaparak Adam'ın tedaviyi ret kararını kendisinin aldığını, hiçbir baskı altında bulunmadığını savunmuşlardır. Ayrıca onlara göre Adam tedaviyi ret ya da kabul konusunda tam ehliyetlidir. Bunun yanı sıra, Adam'ın ve ailesinin

²² Yehova Şahitleri, İncil'e inanan bir mezhep olsalar da Hristiyanlardan temel noktalarda ayrılmaktadırlar. Hristiyanlar teslis inancı gereği baba, oğul ve kutsal ruhun tek bir tanrının yansımaları olduğuna inanırken Yehova Şahitleri'ne göre Tanrı ile Hz. İsa eş değildir. Yehova Şahitleri için "kan" büyük bir öneme sahiptir. Onlara göre hayatın özü, kandır ve Tanrı'ya aittir. İnsanların kan tüketmesi mümkün değildir. Söz konusu yasak, "kan yemeyi / içmeyi" yasaklasa da Yehova Şahitleri bu yasağı kan nakli için de geçerli olacak şekilde genişletmektedir (oysa bu yasak, hayvan eti tüketmeyi kapsamamaktadır; hayvanın kanı yeterince aktıldıktan sonra kuru etinin tüketilmesi inançlarına uygun kabul edilmektedir). Kan nakli meselesi, Yehova Şahitleri açısından büyük önem arz etmektedir. Zira bu yasağa karşı gelinerek kan nakline rıza gösterilmesinin yaptırımını "cemaatten çıkarma"dır, **Hilder, Carolyn Hayley Jane**, The Role of The Family in Cases of Disputed Medical Decision Making (Doctoral Thesis) Queen Mary University of London, s. 224, <<https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/474>> s.e.t.10.04.2022), **Tanrıverdi, Ahmet Turgut / Tanrıverdi Gülşah / Öner Yalçın, Sibel / Torun, Serap** (2014) "Yehova Şahitleri'nin Kan ve Organ Nakline Bakış Açısı", Lokman Hekim Dergisi, C: 4, S: 2, s. 2-3.

²³ **McEwan**, s. 31.

tedaviyi ret kararına mahkemenin saygı duymamasının inanç hürriyetine aykırı olduğu ima edilmiştir. Her iki tarafa ek olarak, Adam ile görüşen sosyal hizmetler uzmanı da dinlenmiş, uzman, Adam'ın verdiği kararın bilincinde olduğunu belirtmiştir. Duruşmanın sonunda Fiona, Adam ile bizzat görüşme kararı alarak davayı bu görüşmenin sonucunda hükme bağlayacağını ifade etmiştir²⁴.

Fiona, Adam ile yaptığı görüşmede Adam'ın verdiği kararın sonuçlarının bilincinde olup olmadığını, herhangi bir baskı altında bulunup bulunmadığını, dinine dair hususlarda gerçekten samimi olup olmadığını sorgulamıştır. Bu bağlamda, tedaviyi reddetme konusunda ehliyetinin bulunup bulunmadığını da araştırmıştır. Söz konusu görüşmenin sonucunda ise “*çocuğun refahı*”ndan hareketle Adam'a kan nakli yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca Fiona'ya göre Adam, sınırlı bir çevrede büyümüştür ve bu çevre ona fikirlerini farklı fikirlerle besleme olanağı sunmamıştır. Bu nedenle tedaviyi ret kararı tamamen kendisine ait değildir. Fiona'ya göre Adam'ın refahı gereği onu “*dininden ve kendinden korumak gerek*” mektedir²⁵.

Fiona'nın kararından sonra Adam'a kan nakli yapılmıştır ve Adam sağlığına kavuşmuştur. Süreçten oldukça etkilenen Adam, tedavisi sonrasında Fiona ile görüşmeye devam etmek istemiştir ve Fiona'ya mektuplar yazmaya başlamıştır. Fiona'ya yazdığı mektuplardan Adam'ın bu durumdan son derece memnun olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, Fiona'nın Adam hakkındaki tahlilinin isabetli olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Bununla birlikte, Fiona, Adam'ın mektuplarına cevap vermemeyi, Adam ile arasına bir mesafe koymayı tercih etmiştir. Adam ise bu durum münasebetiyle hayal kırıklığına uğramıştır. Belirli bir süre sonra Adam'ın hastalığı nüksetmiş, yeniden kan nakline ihtiyaç duyulmuştur. Adam bu süre zarfında on sekiz yaşını doldurduğu için tedaviyi ret konusunda ehliyetinin olup olmadığına bakılmamıştır; Adam, kan naklini reddetmiştir. Kan nakli gerçekleştirilmediği için Adam tedavi edilememiş ve hayatını kaybetmiştir²⁶.

²⁴ McEwan, s. 51-67.

²⁵ McEwan, s. 76-89.

²⁶ McEwan, s. 98-101, 145.

Roman Adam'ın hayatını kaybetmesi ve Fiona'nın duyduğu vicdan azabıyla noktalanmaktadır. Roman hukukî açıdan pek çok farklı incelemeye tâbi tutulabilecek bir romandır; ama merkezinde henüz reşit olmamış Adam Henry'nin tedaviyi reddetme hakkının bulunup bulunmadığı yer almaktadır. Çalışmanın bir sonraki bölümünde çocuğun tedaviyi reddetme hakkı incelenecek, ardından romanda yer alan Adam Henry olayı hukukî açıdan değerlendirilecektir.

II. ÇOCUĞUN TEDAVİYE RIZASI VE TEDAVİYİ REDDETME HAKKI

A. TIBBİ MÜDAHALEYE İLİŞKİN ESASLAR

Anayasanın 17'nci maddesi kişinin “*yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*”nı güvence altına alarak kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını hükme bağlamıştır. Bununla birlikte, söz konusu madde, bu hakkın istisnası olarak tıbbî müdahaleleri işaret etmiştir. Anayasanın 17'nci maddesine göre “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”²⁷.

Anayasa ile güvence altına alınan tıbbî müdahale, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne tedavi amacıyla yetkili kişiler tarafından müdahale edilmesi anlamına gelmektedir²⁸. Tıbbî müdahale hasta ile hekim arasında yapılan bir “tedavi sözleşmesi” neticesinde gerçekleştirilmektedir²⁹. Söz konusu tıbbî müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi için müdahaleyi yapan kişinin hekim olması, müdahalenin zorunlu olması, tedavi amacının güdülmesi, söz konusu tedavinin tıp biliminin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi ve hastanın müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir³⁰.

²⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 17/2.

²⁸ **Zengin, Mehmet Ali** (2016) Hekimin Hukuk Rehberi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 39.

²⁹ **Şenocak, Zarife** (2001) “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S: 4, s. 67.

³⁰ **Deryal, Yahya** (2012) Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 61; **Zengin**, s. 41.

Hastanın rızası tıbbî müdahaleler bakımından büyük önem arz etmektedir; çünkü tıbbî müdahale, kişiyi iyileştirme amacı gütsen de esasen vücut bütünlüğüne ve bu sebeple de kişilik haklarına saldırı teşkil ettiğinden bu saldırıyı hukuka uygun kılan hastanın rızasıdır³¹. Bu husus mevzuatta da açıkça belirtilmiştir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesinde kişilik haklarına yönelik saldırıların hukuka aykırılık teşkil edileceği hüküm altına alındıktan sonra bu hakkı zedelenen kişinin rızasının hukuka uygunluk sebebi sayılacağı belirtilmiştir³². Benzer şekilde, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesinde tıbbî müdahale için hastanın rızasının alınması gerektiği ifade olunmuştur³³. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesi de “*tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir*” hükmüne³⁴ yer vererek rıza şartını açıkça düzenlemiştir.

Mevzuatta yer alan “rıza” kavramının hukukî açıdan pek çok anlamı bulunmakla birlikte tıp hukukunda rıza, temel olarak “*vücudun yaralanmalara karşı mutlak olarak korunmasından vazgeçilmesi*”dir. Tıbbî müdahalede rızanın belirleyici olması esas olarak hastanın “*kendi geleceğini belirleme hakkı*”ndan kaynaklanmaktadır. Bedeni üzerinde karar verecek olan kişi, hastadır, bir başkası değildir. Bu duruma bağlı olarak, hastanın tıbbî müdahaleye rıza göstermediği durumlarda hekimin tedavinin yapılmamasından kaynaklı sorumluluğu da ortadan kalkmaktadır³⁵. Bununla birlikte, bu hak mutlak ve sınırsız değildir. Tedaviye rıza gösterme ya da göstermeme hakkı kişiye yaşama hakkından ve vücut bütünlüğü hakkından tamamen vazgeçme, bu hakları devretme veya aşırı sınırlanma sonucu doğuracak işlemler yapma imkânlarını tanımamaktadır. Bu tür durumlarda rıza, hukuka aykırı olmaktadır³⁶.

³¹ **Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan** (2009) Türk Özel Hukuku II. Cilt Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 100.

³² 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), m. 24.

³³ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, m. 70/1.

³⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 24/1.

³⁵ **Hakeri, Hakan** (2022) Tıp Hukuku Cilt I, 25. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 434, 439.

³⁶ **Deryal**, s. 70.

Hasta tarafından verilecek rızanın şekle bağlı olmadığı Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28'inci maddesinde ifade edilmiştir³⁷. Dolayısıyla hastanın rızası açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Aynı doğrultuda, rızanın yazılı olarak verilmesi şart değildir; rıza, kural olarak sözlü de verilebilir³⁸. Bunun yanı sıra, hastanın rıza beyanında bulunamayacağı acil ve zorunlu durumlar söz konusu olabilir. Bu durumlarda "*farazi rıza*"dan hareketle hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterdiği varsayılabilir. Buna mukabil, bu tür durumlarda dahi hastanın rızasının araştırılması gerekmektedir. Örneğin, çalışmaya konu romandaki gibi Yehova Şahidi bir bireyin kan nakline rıza göstermeyeceği açıktır. Dolayısıyla, bu özel durumun varlığından haberdar olunmasına rağmen hastaya kan nakli yapılması hukuka aykırıdır³⁹.

Hastanın vereceği rızanın kapsamının da belirlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, hekim ancak hastanın vereceği rıza kapsamında tıbbi müdahale gerçekleştirebilir; söz konusu kapsamı aşamaz⁴⁰. Bununla mukabil, Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca "*hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsa*"maktadır⁴¹.

Rızanın geçerli olmasının bir diğer koşulu hastanın yeterince aydınlatılmış olmasıdır. Bunun için hekimin rızayı verecek kişiyi⁴² tıbbi müdahalenin "*türü, biçimi, ivediliği, yan etkileri ve rizikolarıyla böyle bir müdahalede bulunulmaması halinde ortaya çıkması muhtemel olumsuz sonuçlar*" hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir⁴³. Aydınlatma mümkün

³⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28/1. Bununla birlikte, bu durumun istisnaları olduğu yine aynı maddede belirtilmiştir. Bu istisnalar, organ ve doku alınması, büyük cerrahi operasyonlar, tıbbi araştırmalardır, **Deryal**, s. 69.

³⁸ **Hakeri**, s. 442, 443.

³⁹ **Deryal**, s. 70.

⁴⁰ **Deryal**, s. 74.

⁴¹ Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 31/2.

⁴² **Kahraman, Zafer** (2016) "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1, s. 492.

⁴³ **Zengin**, s. 45.

Hasta Hakları Yönetmeliği de bilgilendirmenin kapsamını hüküm altına almıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 15:

"*Hastaya;*

olduğunca kapsamlı, basit ve anlaşılır şekilde gerçekleştirilmelidir. Yalnızca bu sayede rızanın serbestçe oluşması ve açıklanması mümkün olacaktır. Bu süreçte hasta, yakınlarına ya da başka bir hekime danışabilecektir⁴⁴. Bununla birlikte, hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hastanın ruhsal sağlığının bozulması pahasına aydınlatılması anlamına da gelmemektedir. Doktrinde hastanın iyileşmesine katkıda bulunduğu hallerde hastanın iyileşme umudunu koruması amacıyla bazı hususların açıklanmayabileceği ifade edilmektedir; fakat Kahraman'ın da belirttiği üzere bu görüşe ihtiyatla yaklaşılmasında fayda vardır⁴⁵. Bu sınırı, yani hastanın hangi ölçüde aydınlatılması gerektiğini, belirlemek oldukça zordur. Bir yandan hastanın psikolojisi göz ardı edilmemeli diğer yandan da kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı olduğu akılda tutulmalıdır⁴⁶.

Geçerli bir rızanın diğer şartı ehliyete ilişkindir. 1219 sayılı Kanuna göre hasta küçük ya da kısıtlı ise velisinin ya da vasisinin rızası gerekmektedir⁴⁷. Türkiye'nin taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi de benzer bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu çerçevede, *“müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken*

-
- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
 - b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
 - c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
 - ç) Muhtemel komplikasyonları,
 - d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
 - e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
 - f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
 - g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir”.

⁴⁴ Altun, Abdurrahim (2018) “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, s. 41; Deryal, s. 77-78; Kahraman, s. 493.

⁴⁵ Kahraman, s. 493-494.

⁴⁶ Dural / Ögüz, s. 102-103.

⁴⁷ 1219 sayılı Kanun, m. 70/1.

olarak göz önüne alınacaktır”⁴⁸. Aynı şekilde, “akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır”⁴⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de benzer doğrultuda düzenlemelere yer verilmiştir⁵⁰. Diğer bir ifadeyle, küçük veya kısıtlı olmayan kişiler haricindekilerin tıbbî müdahaleye bizzat rıza göstermesi gerekmektedir. Küçük ya da kısıtlı kişiler söz konusu olduğunda ise bu kişilerin görüşü alınsa da rıza ehliyeti esas olarak yasal temsilcidedir. Kanunî düzenlemeler bu şekilde olmakla birlikte, doktrinde küçük ve kısıtlıların rıza ehliyeti konusunda tartışmalar mevcuttur⁵¹.

Hastanın tedaviye hukuka uygun olarak rıza göstermesi bu rızasını geri alamayacağı anlamına gelmemektedir. Hasta yukarıda da bahsedilen kendi geleceğini belirleme hakkından hareketle rızasını kural olarak her zaman geri alabilir. Yalnızca Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca “*kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir*”⁵².

Hasta, tıpkı rızasını her zaman geri alabileceği gibi tıbbî müdahaleye hiçbir zaman rıza göstermeme hakkını, yani tedaviyi reddetme hakkını, da haizdir. Yalnızca kanunlarda yer alan bazı durumlarda tedavi zorunludur. Bunlar haricinde hasta, tedaviyi ret neticesinde hayatını kaybedecek dahi olsa tedaviyi reddedebilir⁵³. Zira bireyler “kendi kaderini tayin” hakkına sahiptir. Bu

⁴⁸ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m. 6/2.

⁴⁹ Biyotıp Sözleşmesi, m. 6/3.

⁵⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 24/1.

⁵¹ Söz konusu tartışmalara bir sonraki bölümde yer verilecektir.

⁵² Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 25.

Maddede belirtilen “*kanunen zorunlu haller ise şunlardır*”: “*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı hali*”, Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 24/7.

⁵³ **Hakeri**, s. 439, 440.

hak doğrultusunda hasta, tıbbî müdahaleye rıza gösterebileceği gibi göstermeme hakkına da sahiptir⁵⁴.

Çalışmaya konu kitapta Yehova Şahidi bir çocuk yer aldığından tıbbî müdahaleyi ret kapsamında Yehova Şahitleri'nin kan nakline ilişkin özel durumundan bahsetmek zaruridir. Yehova Şahitleri, tedaviyi reddetme hakları uyarınca kan nakli gerçekleşmediği takdirde ölüm dâhil olmak üzere ciddi riskler söz konusu olsa bile kan naklini reddetme hakkına sahiptir. Kişiye arzusu hilafına kan nakli yapılması tıbbî müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecek ve vücut bütünlüğüne hukuka aykırı bir saldırı söz konusu olacaktır. Kişinin inancı doğrultusunda yaptığı bu seçim başkaları tarafından “saçma” görülse dahi söz konusu tercihe saygı duyulması şarttır, kişinin inançlarının sorgulanması mümkün değildir. Kaldı ki burada esas mesele dinî inanç değil, tedaviye rıza göstermeme hakkıdır⁵⁵. Dolayısıyla Yehova Şahitleri'nin kan naklini kabul etmemeleri sebebiyle tedaviyi reddetme hakları bulunmaktadır.

B. ÇOCUĞA YÖNELİK TIBBİ MÜDAHALE VE ÇOCUĞUN RIZA EHLİYETİ SORUNU

1. Çocuk Kavramı ve Çocuğun Ehliyeti

“Çocuk” kavramı, farklı disiplinlerde farklı anlamlara gelmektedir. Tıpta çocuk kavramı, genellikle psikolojideki çocuk ile benzer anlama gelse de⁵⁶ hukukta farklı manalar taşımaktadır. Hukukta çocuğun genel olarak iki anlamı bulunmaktadır. İlk anlamı, soybağı ile alakalıdır. Buna göre çocuk, “*ana babadan türeyen kişi*”dir. Bu çerçevede, kişi kaç yaşında olursa olsun, anne ve

Tedaviyi reddeden bir hastaya “*üstün yarar*” gerekçesiyle zorla tedavi uygulanması hukuka aykırıdır, **Hakeri**, s. 440.

⁵⁴ **Gökcan, Hasan Tahsin** (2022) Tıbbi Müdahaleden Doğan Tıbbi ve Cezai Sorumluluk, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 315.

⁵⁵ **Ó Néill, C.** (2017) “Jehova’s Witnesses and Blood Transfusions: An Analysis of the Legal Protection Afforded to Adults and Children in European / English Human Rights Contexts”, *European Journal of Health Law*, Vol. 24, No. 4, s. 373, 376.

⁵⁶ Tıp bilimi açısından erginliğin başlamasıyla çocukluk sona ermektedir, **Akyüz, Emine** (2018) *Çocuk Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Pegem Akademi, s. 101.

babası hayatta olmasa dahi her daim bir “çocuk”tur⁵⁷. Ayrıca çocuk kavramı, belli bir yaşın altındakileri belirtmek için de kullanılmaktadır⁵⁸. Bu anlamıyla, çocuktan genellikle “küçük” olarak bahsedilmektedir⁵⁹. Bu çalışma kapsamında kullanılan “çocuk” kavramı ile anlatılmak istenen de “küçük”tür.

Türk hukukunda çocuk olmaya bazı sonuçlar bağlanmıştır. Her ne kadar çocukluk, tam ve sağ doğmakla başlayan ve erginlikle sona eren bir süreci kapsasa da söz konusu sonuçlar belli yaş aralıklarına göre değişiklik göstermektedir. Bu noktada “ehliyet” kavramı ön plana çıkmaktadır.

Çocuğun medeni hukuk bağlamında hak ehliyeti⁶⁰ ve fiil ehliyeti⁶¹ bulunmaktadır. Çocuğun hak ehliyeti, sağ doğması koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren başlamaktadır. Bununla birlikte, çocuğun evlenmesi, vasiyetname düzenlemesi gibi bazı haklarını kullanabilmesi için TMK’de çeşitli yaş sınırları öngörülmüştür.

Medeni hukuk açısından bir diğer ehliyet, fiil ehliyetidir. Çocuk hak ehliyetinden farklı olarak fiil ehliyetine ya sınırlı olarak sahiptir ya da hiç sahip değildir. Bu durum yaşa, kısıtlanıp kısıtlanmamaya ve ayırt etme gücüne sahip olup olmamaya göre değişmektedir. Şayet çocuk, ayırt etme gücüne sahip değilse fiil ehliyetine sahip değildir, yani tam ehliyetsizdir. Tam ehliyetsiz çocuğun yaptığı hukukî işlemler kesin hükümsüzdür⁶². Buna mukabil, çocuk, ayırt etme gücüne sahip, ergin; fakat kısıtlanmış ise ya da fiil ehliyetine sahip ve kısıtlı olmamakla beraber ergin değilse sınırlı ehliyetsizdir⁶³. Sınırlı ehliyetsiz çocuğa, karşılıksız kazanımlar ve şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı konusunda kural olarak tam ehliyetli gibi davranılmaktadır; ancak bunun dışındaki işlemler için yasal temsilcinin onayı aranmaktadır⁶⁴.

⁵⁷ **Serozan, Rona** (2017) Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 10.

⁵⁸ Türk hukuku bağlamında söz konusu yaş sınırı on sekizdir, TMK, m. 11.

⁵⁹ **Akyüz**, s. 102.

⁶⁰ Hak ehliyeti, “*kişinin haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir*”, **Dural / Öğüz**, s. 37.

⁶¹ Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle hak sahibi olabilmesi ve borç sahibi olabilmesi anlamına gelmektedir, TMK, m. 9.

⁶² TMK, m. 15; **Dural / Öğüz**, s. 65.

⁶³ **Akyüz**, s. 108-112; **Serozan**, s. 91-92.

⁶⁴ **Dural / Öğüz**, s. 80.

Ceza hukuku bağlamında ehliyet ise medeni hukuktaki ehliyetten yaş sınırları olarak farklılık göstermektedir. Türk Ceza Kanunu m. 31 uyarınca on iki yaşından küçük çocukların ayırt etme gücüne bakılmaksızın cezai ehliyetinin olmadığı kabul edilmiştir. On iki yaşını doldurmuş; fakat on beş yaşını doldurmamış çocuklarda ise cezai ehliyet ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına göre belirlenmektedir. On beş yaşını doldurmuş çocuklarda ise cezai ehliyetin bulunduğu kabul edilmektedir, yalnızca yaş küçüklüğü cezada indirim sebebi olarak sayılmıştır⁶⁵.

Temel hak ve hürriyetlere sahip olmaya ilişkin ehliyetin ise hak ehliyeti ile eş değer olduğu kabul edilmektedir⁶⁶. Anayasa aksini belirtmediği müddetçe çocukların temel hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu hakların kullanımı için kural olarak bir yaş sınırı öngörülmemiştir⁶⁷. Temel hak ve hürriyetlerin kullanımı için ise Akyüz, fiil ehliyetinin aranması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁸. Buna mukabil, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların⁶⁹ kullanımı noktasında çocukların bu hakları bizzat kendilerinin kullanması gerektiği, bu türden bazı hakların kullanımının velayete sahip kişilere bırakılmasının hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. Hatta Serozan, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında fiil ehliyetinin aranmasının “*anayasal hakları fiilen yok saymak*” ile eş anlamda olduğunu savunmuştur⁷⁰. Çocuğun tedaviyi reddetme hakkı da en çok şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle tartışılmaktadır.

⁶⁵ Türk Ceza Kanunu, m. 31.

⁶⁶ **Akyüz**, s. 342.

⁶⁷ Bununla birlikte bazı istisnalar mevcuttur. Örneğin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını kullanabilmek için on sekiz yaşını doldurma şartı aranmaktadır, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 67/III.

⁶⁸ **Akyüz**, s. 343.

⁶⁹ Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar, Dural / Ögüz uyarınca “*başkasına devir edilemeyen, miras yoluyla geçmeyen, hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren, bizzat mali bir değer taşımayan ve kural olarak yasal temsilci yoluyla kullanılmayıp, bizzat hak sahibi tarafından kullanılmalı gereken haklar*”dır, **Dural / Ögüz**, s. 74.

Bu hakların neler olduğu tahdidi olarak belirlenmemiştir, kapsamı doktrin ve içtihatlar uyarınca şekillenmektedir, **Ateş, Zeynep** (2010) “Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası”, (Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 73.

⁷⁰ **Serozan**, s. 40.

2. Çocuk Hastanın Rızası ve Tedaviyi Reddetme Hakkı

Çalışma kapsamında değerlendirilen romanın odağında bir çocuk hastanın tedaviye rıza gösterme veya tedaviyi reddetme hakkının var olup olmadığı yer almaktadır. Konu Türk hukuku açısından düşünüldüğünde, mevzuatta buna ilişkin düzenlemeler yer alsa da söz konusu husus doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalar, “rıza” kavramının üzerinde yoğunlaşmaktadır. Zira çocuğa tıbbî müdahaleyi erişkin bireye yapılacak tıbbî müdahaleden esas olarak ayıran nokta “rıza”dır. Rızayı verecek kişi bakımından çocuklarla erişkinler arasında fark bulunsa da bunun haricinde ergin bireye yönelik tıbbî müdahaleler için kabul edilen esasların çocuk için de geçerli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, bu başlık altında tıbbî müdahaleye yönelik esaslar yinelenmeyecek, çocuğun rıza ehliyetinin ve tedaviyi ret hakkının bulunup bulunmadığı tartışılacaktır.

Mevzuatta çocuğun tıbbî müdahaleye rızasına ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çerçevede, 1219 sayılı Kanunun 70’inci maddesi uyarınca tıbbî müdahale için küçüğün veli ya da vasisinin izni aranmaktadır. Rızayı verecek olan çocuk değil, kanuni temsilcidir⁷¹. Türkiye’nin taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesine göre ise “*bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabil*”mektedir. “*Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır*”⁷². Hasta Hakları Yönetmeliği de “*hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır*”⁷³ diyerek benzer bir düzenlemeye yer vermiştir. Her ne kadar söz konusu düzenlemeler rıza yetkisini çocuğa değil, yasal temsilciye tanısa da Biyotıp Sözleşmesi de Hasta Hakları Yönetmeliği de küçüğün mümkün olduğunca bilgilendirme sürecine dâhil edilmesi ve fikirlerinin göz önünde tutulması gerektiğini hüküm altına almıştır⁷⁴.

⁷¹ 1219 sayılı Kanun, m. 70/1.

⁷² Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi, m. 6/2.

⁷³ Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 24/1.

⁷⁴ Biyotıp Sözleşmesi, m. 6/2, Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 24/2.

TMK’da ise yukarıdaki düzenlemelerle farklılık gösterdiği söylenebilecek bir düzenleme yer almaktadır. TMK, “*ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler*” hükmüne yer vermiştir. Bununla birlikte, aynı maddede “*karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada*” yasal temsilcinin rızanın aranmayacağı belirtilmiştir⁷⁵. Doktrindeki tartışmalar da ayırt etme gücüne sahip küçükler noktasında yoğunlaşmaktadır. Zira gerek mevzuat hükümleri⁷⁶ gerekse doktrin, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun tıbbî müdahalesine rıza gösterme yetkisinin kanunî temsilcisinde olduğunu kabul etmektedir⁷⁷. Bununla birlikte, ayırt etme gücüne sahip çocuklar bakımından farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin incelenmesi çalışma açısından zaruridir.

Çocuğun tıbbî müdahaleye rızasına dair doktrindeki ilk görüş, 1219 sayılı Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği’nden hareketle tıbbî müdahaleye rıza gösterecek kişinin küçüğün velisi ya da vasisi olduğuna ilişkindir. Bu görüşe göre mevzuat hükümleri her ne kadar çocuğun da görüşünün sorulması gerektiğini ifade etse de çocuğun fikirlerine bağlayıcılık tanınmamıştır⁷⁸. Geçerli olan, kanunî temsilcinin rızasıdır, çocuğun ayırt etme gücünün olup olmaması rıza ehliyetine ilişkin bir farklılık yaratmamaktadır⁷⁹.

⁷⁵ TMK, m. 16/1.

⁷⁶ 1219 sayılı Kanun, m. 70/1 ve Biyotıp Sözleşmesi, m.6/2.

⁷⁷ **Dede, Emine** (2017) Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 87; **Badur, Emel** (2017) Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 111. Badur, çocuk ayırt etme gücüne sahip olmasa dahi görüşünün alınması gerektiğini ifade etmiştir, **Badur**, s. 111.

⁷⁸ **Dural / Ögüz**, s. 100.

⁷⁹ **Şenocak**, s. 74; **Dede**, s. 92.

Bu görüşte akla şu sorular gelebilir: küçüğün yasal temsilcisinin ebeveyni olduğu durumda anne ve babanın birlikte onayı gerekli midir; biri müdahaleye rıza gösterirken diğeri göstermezse ne olur? Hakeri, uygulamada üçlü bir ayırımı yapıldığını belirtmiştir. Buna göre “rutin müdahalelerde” anne ya da babadan hangisi uygunsuz onun rıza vermesi yeterlidir. “Orta ağırlıktaki müdahalelerde” ikisinin de rızasının aranmalıdır. “Önemli riskler” söz konusuysa ikisinin de müdahaleye rıza göstermesi şarttır. Şayet anne ya da babadan biri rıza gösteriyor diğeri göstermiyorsa hâkim kararı gerekmektedir, **Hakeri**, s. 461.

Doktrinde yasal temsilcinin rızasına geçerlilik sağlayan görüşün karşısında yer alan görüşler de bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, tedaviye rıza gösterme ve tedaviyi reddetme hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ayrıca bu hak, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir diğer hak olan kişinin geleceğini belirleme hakkıyla da yakından ilişkilidir. Bu nedenle, ayırt etme gücüne sahip küçük, rıza ehliyetini haizdir. Velayetin esas amacı, çocuğun hak ve hürriyetlerinin farkına varabilmesini, çocuğun belli bir olgunluk seviyesine ulaşabilmesini sağlamaktır. Bu seviyeye ulaşan bir çocuğun kendi vücudu ve kendi geleceği üzerinde kendisinin karar verebilmesi gerekmektedir⁸⁰.

Üçüncü görüş ise hem ayırt etme gücüne sahip küçüğün hem de kanunî temsilcinin rızasının alınması gerektiğini iddia etmektedir. Buna göre, çocuğun tıbbî müdahaleye ilişkin fikrini sormak yeterli değildir, bu fikirlere hukukî sonuç da bağlanmalıdır; ancak kanunî temsilcinin görüşleri de tamamen göz ardı edilmemelidir⁸¹. Bu görüş uyarınca, riski az durumlarda ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası yeterlidir; fakat daha tehlikeli hallerde, örneğin hayatî riskin bulunduğu ameliyatlarda, küçükle birlikte yasal temsilcinin de tedaviye rıza göstermesi gerekmektedir⁸². Bu görüş, “küçüğün korunması” gayesinden hareket etmekte, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı ile küçüğün yararı arasında bir denge kurmaktadır. Bu sayede, bir yandan şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanımı konusunda ayırt etme gücüne sahip küçüğün haklarına saygı gösterilmekte, diğer yandan ebeveyn tedavi sürecinden tam olarak dışlanmamaktadır⁸³. Bununla birlikte, bu görüş benimsendiği takdirde şu soru

⁸⁰ Şenocak, s. 74-76; Dural / Ögüz, s. 100; Altun, s. 48-49; Gökcan, s. 322; Dede, s. 88, 90, 93.

Bu görüş kabul edilecek olursa, tedaviye rıza gösterecek çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını belirleyecek kişi, hekimdir. Hekim, küçüğün “*kendi menfaatini gözetip gözetmediğini*” denetleyerek küçüğün ayırt etme gücü hakkında bir karara varacaktır, Şenocak, s. 77-78. Benzer görüş için bkz. Gökcan, s. 327; Dede, s. 89.

Ayrıca her müdahale için ayırt etme gücünün ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin bir çocuk, “*basit bir enjeksiyon eylemi hakkında*” ayırt etme gücüne sahipken “*karmaşık bir cerrahi müdahale*” için ayırt etme gücüne sahip olmayabilir, Dede, s. 89, 90. Benzer görüş için bkz. Badur, s. 107. Söz konusu görüş benimsenirse aydınlatma yükümlüğünün de çocuğa karşı gerçekleştirilmesi şarttır, Şenocak, s. 78.

⁸¹ Serozan, s. 69, 98; Dede, s. 94.

⁸² Hakeri, s. 453.

⁸³ Şenocak, s. 75; Dural / Ögüz, s. 100; Ateş, s. 79-80, 82; Gökcan, s. 329.

gündeme gelmektedir: ayırt etme gücüne sahip küçük ile yasal temsilcisinin iradesi uyuşmazsa ne olacaktır? Hakeri'ye göre bu soruya her koşulda müdahalenin gerçekleştirilmesini sağlayacak şekilde ikili bir ayırım yaparak cevap vermektedir. O'na göre acil haller haricinde küçük tedaviye rıza gösteriyor, yasal temsilci göstermiyorsa müdahale yapılmayacaktır. Buna mukabil, küçük tedaviye rıza göstermiyor; fakat yasal temsilci rıza gösteriyorsa da *“kişinin mutlak hakkına öncelik verilerek”* müdahalede bulunulmayacaktır⁸⁴.

Rıza gösterme yetkisinin yasal temsilcide olduğu kabul edilecek olduğunda, yasal temsilcinin küçüğün sağlığı açısından mutlak surette gereken müdahaleye rıza göstermediği durumlar söz konusu olabilecektir. Bu durumda *“velayet ya da vesayet hakkının kötüye kullanılması”*ndan hareketle müdahaleye rıza gösterilmesi için TMK m. 346 uyarınca mahkemeye başvurmak gerekmektedir⁸⁵. Hasta Hakları Yönetmeliği de bu durumu özel olarak düzenlemiştir. Yönetmeliğe göre *“kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır”*⁸⁶. Mahkemeye başvuracak olan kişi *“çocuk ile maddi ve manevi ilgisi olan herkes”*tir. Bu bağlamda, çocuğun hekimi ya da hastane yönetiminin de tedaviye rıza gösterilmesi için mahkemeye başvurması mümkündür⁸⁷. Mahkemeye başvurmak için yeterli vaktin bulunmadığı acil durumlarda ise hekimin yasal temsilcinin rızası olmaksızın müdahalesi *“üçüncü kişi lehine zorunluluk hali”* kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun bulunmaktadır⁸⁸.

Kanaatimizce pozitif hukuktan yola çıkılacak olduğunda küçüğün ayırt etme gücünün olup olmadığı küçüğün rızasına sonuç bağlanması bakımından önemli olsa da kanunî temsilcinin rızasının tamamen yok sayılması mümkün değildir. Zira her ne kadar tıbbî müdahaleye rıza, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilse de bu hak hem bir kanunda hem de bir uluslararası

⁸⁴ Hakeri, s. 460; Deryal, s. 170-171.

⁸⁵ Hakeri, s. 474; Ateş, s. 87.

⁸⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 24/4.

⁸⁷ Deryal, s. 245.

⁸⁸ Hakeri, s. 475.

sözleşmede özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle konu kanımızca çatışma kuralları uyarınca çözümlenmelidir. Bu çerçevede, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir uluslararası sözleşme olan Biyotıp Sözleşmesi, küçüğün fikrinin de dikkate alınması gerektiğini belirtse de esas olarak kanunî temsilciyi süreçten dışlamamaktadır⁸⁹. Anayasa m. 90/5, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir uluslararası sözleşme hükmü ile kanun hükmü çatıştığında hangi hükmün uygulanacağına dair olarak özel bir çatışma kuralı getirmiştir. Bu hüküm uyarınca, öncelik sonralık ya da genellik özellik hususuna bakılmaksızın temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükmü uygulanmalıdır⁹⁰. Dolayısıyla, kanaatimizce her ne kadar tedaviye ilişkin küçüğün fikirleri önem arz etse de kanunî temsilciyi tıbbî müdahaleye rıza gösterme sürecinden dışlamak mümkün değildir. Biyotıp Sözleşmesi doğrultusunda küçüğün yaşı ve olgunluk derecesi doğrultusunda hem küçüğün hem de kanunî temsilcinin rızasının aranması düşünülmelidir. Yukarıda belirtilen Hakeri'nin de görüşü doğrultusunda küçüğün ve kanunî temsilcinin görüşleri arasında bir farklılık doğduğu durumlarda çocuğun yaşı ve olgunluğuna ve müdahalenin ağırlığına göre çocuğun ya da kanunî temsilcisinin rızası esas alınabilir. Benzer şekilde, TMK m. 346 uyarınca mahkemeye başvurmak da mümkündür.

III. ÇOCUK YASASI ROMANINDA YER ALAN TEMEL SORUNUN HUKUKÎ OLARAK İNCELENMESİ

Ian McEwan'ın Çocuk Yasası romanına temel teşkil eden meselelerinin başında bu çalışmaya da konu edilen “çocuğun tıbbî müdahaleye rızası ve müdahaleyi reddetme hakkı” yer almaktadır. Kitapta yer alan problemin ana aktörü, Adam Henry isimli on sekiz yaşına basmasına üç aydan kısa bir süre

⁸⁹ Altun, söz konusu hükmün tıbbî müdahaleye rıza verme yetkisinin ayırt etme gücüne ait çocukta olduğunu savunan görüşü destekler nitelikte olduğunu söylemiştir, **Altun**, s. 48-49. Dede de ilgili maddede çocuğun fikrinin dikkate alınacağını belirtilen hükmü çocuğun rızasının alınmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlamıştır, **Dede**, s. 91. Biz bu görüşe katılmamaktayız, Zira Sözleşme hükmü çocuğun kararına herhangi bir sonuç bağlamamıştır.

⁹⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 90/5 (3):

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

kalan bir erkek çocuğudur. Adam, lösemi hastasıdır ve tedavi edilebilmesi için kan nakline ihtiyacı vardır; fakat Adam bir Yehova Şahidi olduğu için kan nakline karşı çıkmaktadır⁹¹. Yani Adam, dinî inancı münasebetiyle tedaviyi reddetmektedir. Adam'ın anne ve babası da Yehova Şahidi'dir ve oğullarının fikrine saygı gösterdikleri gerekçesiyle Adam'ın kan nakli yoluyla tedavi edilmesine rıza göstermemektedirler. Adam da ebeveyni de lösemi tedavisine karşı değildirler, reddettikleri şey, kan nakli yoluyla tedavi edilmektedir. Adam ile ebeveyninin kararına karşı, kan nakli haricinde bir tedavi yöntemi izlenmesinin başarı şansını ciddi ölçüde düşüreceğine inanan Adam'ın hekimi ve hastane yönetimi, tedavi hakkında karar verilmesi için Londra Yüksek Mahkemesi'nin Aile Bölümü'ne başvurmuşlardır. Dava bakan hâkim Fiona, öncelikle tedaviyi reddetme hakkının Adam'da mı yoksa Adam'ın kanunî temsilcisinde mi olduğu sorusunun cevabını aramıştır. Bu çerçevede, ilk olarak Adam'ın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını incelemiştir. Fiona, bu incelemeyi yaparken duruşma esnasında tarafların ileri sürdüğü iddialarla yetinmemiş, Adam ile de bir görüşme gerçekleştirmiştir. Bu çerçevede, öncelikle duruşmada ileri sürülen iddialar, ardından Adam ile yapılan görüşmenin irdelenmesi gerekmektedir.

Duruşma esnasında Adam'ın ailesinin avukatı Bay Grieve'in temel iddiası, tedaviyi reddetme hakkının "*temel insan haklarından biri*" olduğudur. Kişi, tedaviye rıza gösterip göstermeme konusunda özgürdür; bu hususta zorlanamaz. Aksi durum, yani kişinin tedaviye zorlanarak tedaviyi ret hakkına saygı gösterilmemesi, Adam'ın kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Adam yaş sebebiyle henüz ergin olmasa da yaptığı seçimin sonuçlarını kavrayabilecek olgunlukta bir küçüktür. Diğer bir ifadeyle, Adam, ayırt etme gücüne sahip bir sınırlı ehliyetsizdir. Kaldı ki Adam'ın erişkin olmasına üç aydan kısa bir zaman

⁹¹ On altı yaşın üzerindeki çocuklara dair İngiliz mevzuatında açık bir düzenleme yer almaktadır. 1969 tarihli Aile Hukuku Reform Kanunu'na göre on altı yaşını doldurmuş bir çocuğun tıbbî müdahaleye rızası bir erişkinin rızası ile aynı sonuçları doğurmaktadır. On altı yaşını doldurmuş bir çocuğun rızası, müdahale için yeterlidir, çocuğun yanında ebeveyninin rızası aranmamaktadır, Family Law Reform Act 1969 Chapter 46 Section 8, <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46>> s.e.t. 12.04.2022.

kalmıştır. Dolayısıyla, Adam'ın tedaviyi reddetme ehliyeti vardır ve bu sebeple de Adam'a arzusu hilafına kan nakli yapılması hukuka aykırıdır⁹².

Adam'ın babası da avukatları ile aynı kanaattedir. Zira Adam, kan nakliyle tedaviyi reddettiği için ölecek bile olsa “*uygun olanı, doğru olanı, Tanrı'nın emrettiğini yapmış*” olacaktır. Ayrıca Adam'ın babasına göre Adam'ın anne ve babasının dinî gerekçelerle kan nakline karşı olması, ebeveyninin Adam üzerinde baskı kurduğunu göstermemektedir; çünkü kendileri kan nakli yapılmasını isteseler bile Adam'ın bunu kabul etmeyecektir⁹³.

Adam'ın hekimi ise Bay Grieve'den ve Bay Henry'den farklı olarak Adam'ın tedaviyi reddetme hususunda ayırt etme gücünün olmadığını savunmaktadır. Zira, Adam, anne ve babasının etkisi altında kalmaktadır ve bu sebeple kendi fikirlerini özgürce oluşturamamaktadır. Hastanenin avukatı Bay Berner da benzer hususu vurgulamıştır. O'na göre Adam, kan naklini kabul ettiği takdirde cemaatten aforoz edilecektir. Hem ailesi hem mensubu olduğu cemaatin katı kuralları Adam'ın üzerinde bir baskı oluşturmaktadır. Adam, şüphesiz ki “*dili olağanüstü bir ustalıkla*” kullanan, “*okuma merakı ve tutkusu*” olan, “*zeki ve kendini iyi ifade eden bir oğlan*”dır; fakat kan nakli yapılmadığı takdirde ne olacağına dair “*muğlak*”, “*genel*” ve “*romantik*” fikirlere sahiptir. Dolayısıyla, Adam, kararının sonuçlarını tam manasıyla kavrayabilmiş değildir. Diğer bir deyişle, Adam'ın -Gillick- ehliyeti⁹⁴ bulunmamaktadır. Kaldı ki Adam'ın ayırt etme gücünün olduğu kabul edilseydi bile Adam'ın yalnızca tedaviye rıza gösterme ehliyetinden bahsedilebilirdi, tedaviyi reddetme hakkını ise bu kapsamda değerlendirmek mümkün olmazdı; çünkü Adam henüz on sekiz yaşını doldurmamıştır ve kanun, bu konuda oldukça açıktır⁹⁵.

Hâkim Fiona, iki tarafın da iddialarını dinledikten sonra Adam'ın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını anlayabilmek için Adam ile bir görüşme gerçekleştirmeye karar vermiştir⁹⁶. Görüşme esnasında Fiona, Adam'a çocuğun kararının sonuçlarını tam olarak algılayıp algılayamadığını, fikirlerinin kendi

⁹² McEwan, s. 53-54.

⁹³ McEwan, s. 59.

⁹⁴ Gillick ehliyeti ilerleyen kısımda anlatılacaktır.

⁹⁵ McEwan, s. 61, 64.

⁹⁶ McEwan, s. 67.

fikirleri mi yoksa ailesinin fikirleri mi olduğunu, herhangi bir baskı altında olup olmadığını anlamaya yönelik sorular yöneltmiştir⁹⁷.

Hâkim Fiona, Adam ile yaptığı görüşmenin sonucunda Adam'a kan nakli yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Fiona'ya göre Adam'ın algılama yeteneği oldukça gelişmiştir; ancak kan naklinin gerçekleşmemesi durumunda olabilecekleri tam anlamıyla kavrayabilmiş değildir. Bununla birlikte, Fiona, kararının temel dayanağını Adam'ın kavrayış yeteneğinden ziyade “çocuğun refahı” oluşturmaktadır. Fiona'ya göre Adam, on yedi yıllık yaşamı boyunca farklı fikirlere temas etme imkânı bulamamıştır, hatta daha yeni yeni keman öğrenmekte, şiirler yazmaktadır. Böyle bir durum söz konusuysen Adam'ın “*can çekişerek, gereksiz yere ölmesi ve bu şekilde inancı uğruna şehit olması onun refahını artırmayacak*”tır. Adam'ın refahına, dinî inancına aykırı bir şekilde kan nakline maruz bırakılması, hayatını kaybetmesinden çok daha fazla hizmet etmektedir. Nitekim “*Adam'ın hayatı, onurundan daha değerli*”dir⁹⁸.

Fiona'nın kararı doğrultusunda Adam'a kan nakli yapılmış ve çocuk iyileşmiştir⁹⁹.

Romana konu olay, İngiltere'de geçtiğinden temel sorunun öncelikle İngiliz hukuku uyarınca değerlendirilmesi gerekmektedir. İngiltere'de her ne kadar 1969 tarihli Aile Hukuku Reform Kanunu, on altı yaşındaki çocukların rızasına sonuç bağlayan bir düzenleme getirirse de on altı yaşın altındaki çocukların ehliyeti tartışma konusu olmuştur¹⁰⁰. Sorun, Lordlar Kamarası'nın 1985 yılında verdiği “*Gillick v. West Norfolk ve Wisbech Area Health Authority ve Diğerleri*” kararıyla aşılmaya başlamıştır. Kararın önemi, bu hususta öncül olmasından ve İngiliz doktrinine “*Gillick ehliyeti*” olarak adlandırılan kavramı kazandırmasından kaynaklanmaktadır. Keza çalışmaya konu kitapta da

⁹⁷ McEwan, s. 82-85.

⁹⁸ McEwan, s. 88-89.

⁹⁹ Yukarıda da belirtildiği üzere romanın ilerleyen sayfalarında hastalığı nüksetmiş ve Adam bu sefer on sekiz yaşını doldurduğu için kan nakli yapılmasına müsaade etmemiştir. Kan nakli yapılamadığı için Adam hayatını kaybetmiştir.

¹⁰⁰ Freckelton, Ian / McGregor, Simon (2016) “Refusal of Potentially Life-Saving Treatment for Minors: The Emerging International Consensus by Courts”, J Law Med., C: 23, S:4, s. 826.

Adam'ın “*Gillick ehliyeti*”ne sahip olup olmadığına pek çok yerde değerlendirilmiştir.

Bahsi geçen karara konu olayda bir hekimin on altı yaşın altındaki bir kız çocuğuna salt çocuğun rızasıyla müdahale edip edemeyeceği tartışılmıştır. Temyiz Mahkemesi'nin kararını inceleyen Lordlar Kamarası temel olarak on altı yaşın altındaki bir çocuğun tıbbî müdahaleye rıza gösterme konusunda yetkili olup olmadığını ve bu durumun velayet hakkıyla çatışıp çatışmadığını tartışmıştır. Bu çerçevede, Kamara üyeleri, velayet hakkının kapsamının yalnızca çocuğun yararını gözetmek olduğuna karar vermiştir ve esas olarak rıza meselesine odaklanmıştır. Kamara üyelerinden ve aynı zamanda “*Gillick ehliyeti*” kavramının “mucidi” olan Lord Scarman'a göre ebeveynin önerilen tıbbî müdahaleye rıza gösterme hakkı, küçüğün müdahaleyi bütün yönleriyle kavrama kapasitesine sahip olduğu noktada ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte, bir çocuğun yalnızca söz konusu tıbbî müdahaleyi algılama yeteneğinin olması tıbbî müdahaleye rıza gösterebilmesi için yeterli değildir, çocuğun aynı zamanda genel olarak belirli bir olgunluk seviyesine ulaşmış olması da şarttır¹⁰¹.

“*Gillick ehliyeti*”, Çocuk Yasası'nda da pek çok kez tartışılmıştır. Nitekim Adam'ın ailesinin avukatı Adam'ın *Gillick ehliyeti* için aranan olgunluğa eriştiğini belirtmiştir. Hâkim Fiona da kararını Lord Scarman'ın görüşlerinden hareketle oluşturduğunu ifade etmiştir. Buna mukabil, Fiona'ya göre Adam'ın *Gillick ehliyeti*ne sahip olduğu kabul edilse bile 1969 tarihli Aile Hukuku Reform Kanunu'nun on altı yaşındaki çocuğun tıbbî müdahaleye rızasını geçerli sayması, çocuğun tıbbî tedaviyi ret konusunda da mutlak anlamda bir hakkı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu sebeple Fiona, çocuğun refahını korumayı amaçlayan 1989 tarihli Çocuk Kanunu'nu devreye sokmuştur.

İngiliz mahkeme kararları incelendiğinde Çocuk Yasası'na konu olay gibi vakaların mahkemelerin önüne geldiği görülmektedir. Örneğin, bir olayda L., on dört yaşında Yehova Şahidi bir kız çocuğudur. Epilepsi hastası olan çocuk, bir kriz esnasında banyoda kaynar su dolu küvete düşmüştür ve bu nedenle vücudunda pek çok ileri derecede yanık oluşmuştur. Çocuk hastaneye getirildiğinde yanında “*no blood card*” yazan ve olası bir kaza anında kan nakline rıza göstermeyeceğini ifade eden bir kart bulunmuştur. Bununla birlikte, hastane hekimleri çocuğun kan nakli olmaksızın tedavisinin kangrene

¹⁰¹ House of Lords, “*Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another*”, 1985, <<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/01/HL-1985-Gillick-v.-West-Norfolk-and-Wisbech-Area-Health-Authority-and-Anr..pdf>> s.e.t. 12.04.2022.

yol açacağını, bunun da çocuğun ölümüyle sonuçlanacağını belirtmişlerdir. Kızın kan nakline rıza göstermemesi üzerine hekimler ve hastane yönetimi mahkemeye başvurmuştur. Mahkemede L.'nin dinî inançlarında samimi, olgun bir genç kız olduğu, ailesi ya da kilise cemaati tarafından baskı altında bulunduğu dair bir göstergenin olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, çocuğun kararının sonuçlarının tam olarak farkında olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira L. bu süreçte üvey babası L. ile görüşmüştür (annenin ve biyolojik babanın bu hususta bir itirazı yoktur); fakat üvey baba, görüşmede kızını ölme tehlikesinin bulunduğu konusunda yeterince bilgilendirmemiştir. Bunun yerine, mahkemenin kararı ne olursa olsun genç kızın ailesi tarafından destekleneceğini söylemiştir. Yani çocuk, kararının sonuçları hakkında yeterince aydınlatılmamıştır. Bu nedenlerle mahkeme, L.'nin Gillick ehliyetine sahip olmadığına; çünkü -tıpkı Çocuk Yasası romanındaki gibi- kızın tüm yaşamı boyunca Yehova Şahidi bir aile ve cemaatin içinde büyüdüğüne, bu sebeple de çocuğun sınırlı hayat tecrübesine sahip olduğuna; ayrıca kızın yeterince aydınlatılmadığına, bu nedenle iradesinin geçerli olamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme, çocuğun Gillick ehliyetine sahip olmadığı yönünde karara vardığından konuyu ayrıca çocuğun refahı açısından incelememiştir¹⁰².

Bir başka olay, Çocuk Yasası romanındaki Adam gibi lösemi hastası olan on beş yaşındaki E.'nin tedavi için kan nakline rıza göstermemesine ilişkindir. Bu uyuşmazlıkta da mahkeme, E.'nin üzerindeki etkiyi ve baskıyı sorgulamıştır. Acaba bu zeki çocuk yıllar boyunca kilise ve ailesi tarafından kendisine aşılın düşüncelerden sıyrılıp kendi hür iradesiyle karar vermiş midir? Ailesi çocuktan İncil'de bahsedildiği gibi kan naklini reddedip ölümlerini beklerken çocuğun özgür olduğu söylenebilecek midir? Mahkeme bu sorulara olumsuz cevaplar vermiştir ve E.'nin tıbbî müdahaleyi reddetmenin sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığına karar vererek E.'nin Gillick ehliyetinin olmadığına hükmetmiştir¹⁰³.

Bahsi geçen olaylarla farklılık gösterse de çocuğun refahı açısından incelenebilecek bir başka karar “*An NHS Trust and Child B and Mr. B & Mrs. B*” kararıdır. Söz konusu uyuşmazlıkta B., bir kaza sonucu vücudunda yanıklar oluşan bir çocuktur. Çocuğun yanıklarının iyileşmesi için kan nakline ihtiyaç vardır; fakat B.'nin anne ve babası, Yehova Şahidi oldukları için çocuklarına kan

¹⁰² **Bridge, Caroline** (1999) “Religious Beliefs and Teenage Refusal of Medical Treatment”, *The Modern Law Review*, Vol: 62, No: 4, s. 586-591.

¹⁰³ **Bridge**, s. 588.

nakli yapılmasına izin vermemişlerdir. B.'nin hekimi kan nakli yapılmadığı takdirde B.'nin hayatını kaybedeceği riskinin bulunmasından hareketle mahkemeye başvurmuştur¹⁰⁴. Hâkim, kan nakliyle ölüm riskinden kaçınmak mümkünken naklin yapılmamasının çocuğun yararına uygun düşmediğini belirterek çocuğun refahı sebebiyle B.'nin yasal temsilcilerinin aksi iradelerine rağmen çocuğa kan nakli yapılmasına karar vermiştir¹⁰⁵. Benzer bir olayda da mahkeme, anne ve babası Yehova Şahidi olan bir bebeğe anne ve babasının rıza göstermemesine karşın çocuğun refahından hareketle ameliyatı esnasında kan naklinin yapılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁰⁶.

Yukarıdaki kararlar incelenecek olduğunda Çocuk Yasası romanının hâkimi Fiona'nın İngiliz hukukuna uygun bir karar verdiği sonucunu çıkarmak mümkündür. Kurgu karakter Fiona, öncelikle yine bir diğer kurgu karakter olan Adam'ın Gillick ehliyetine sahip olup olmadığını incelemiştir. Tıpkı gerçek olaylarda olduğu gibi Adam'ın inancındaki samimiyeti, Adam'ın herhangi bir baskı altında olup olmamasını sorgulamıştır. Ayrıca Adam'ın verdiği kararın sonuçlarını tam olarak kavrayıp kavrayamadığı da Fiona tarafından irdelenmiştir. Çalışma kapsamında incelenen kararlardaki gibi Fiona da Adam'ın aklı başında bir genç olduğunu; fakat somut olay bazında seçiminin sonuçlarını algılayamadığını düşünmüştür. Zira çocuk, on yedi yıl boyunca farklı fikirlere erişme olanağına sahip olamamıştır. Ayrıca Adam'ın kan nakli gerçekleşmezse ne ile karşılaşacağına dair net düşünceleri yoktur. McEwan'ın çizdiği nakil sonrası iyileşme sürecindeki Adam portresi de Fiona'nın kararını destekler niteliktedir. Zira Adam nakil sonucu iyileştiği için son derece mutludur. Nakil mahkeme zoruyla gerçekleştirildiğinden cemaat, onu aforoz etmemiştir. Hem bu durum hem de oğullarının iyileşmesi ailesini de çok mutlu etmiştir. Tüm bunlar kanımızca ailesinin ve cemaatin Adam'ın üzerinde bir baskı unsuru olduğunu göstermektedir.

Ayrıca Adam'ın farklı fikirlere ihtiyacı olduğu da anlaşılmaktadır. Zira Adam, Fiona'dan çok etkilenmiştir. Bu durumun nedeni kanaatimize göre

¹⁰⁴ Konu, Çocuk Yasası romanının ana karakterlerinden Fiona'nın da hâkimlik yaptığı Londra Yüksek Mahkemesi Aile Bölümü'nün önüne gelmiştir.

¹⁰⁵ High Court of Justice Family Division, "An NHS Trust and Child B. and Mr. B. & Mrs. B.", (2014) EWHC 3486 (Fam), 01.08.14, <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2014/3486.html>> s.e.t. 12.04.2022.

¹⁰⁶ High Court of Justice Family Division, "Birmingham Children's NHS Trust and B. & C.", (2014) EWHC 531 (Fam), 13.02.14, <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2014/531.html>> s.e.t. 12.04.2022.

Fiona'nın Adam'ın alışık olduğu çevreden ve bu çevredeki figürlerden farklılık arz etmesidir. Buna ek olarak, Adam'ın etki altında kalan bir çocuk olduğu sonucuna da ulaşılabilir. Zira Fiona sebebiyle inancını sorgulamaya başlayan Adam, Fiona'dan beklediği ilgiyi göremeyince hastalığının nüksetmesi üzerine Fiona'nın kararının tam aksi yönünde hareket etmiş ve kan nakline rıza göstermemiştir. Dolayısıyla, yukarıdaki kararlar ışığında Adam'ın Gillick ehliyetine sahip olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Kanaatimizce Fiona'nın Gillick ehliyetine yönelik yaptığı test diğer mahkeme kararlarında olduğu gibi yeterli olsa da Fiona, problemi "çocuğun refahı" açısından inceleme yoluna gitmiştir. 1989 tarihli Çocuk Kanunu'nun ilk maddesi, çocuğun yetiştirilmesinde çocuğun refahının öncelikli olduğunu hüküm altına almıştır. Bu çerçevede, tıpkı Fiona'nın da altını çizdiği gibi Adam'ın refahına hayatta kalması, dinî inançları uğruna ölmesinden çok daha fazla hizmet etmektedir. Bu karar Fiona'nın önceki kararlarıyla da benzerlik arz etmektedir. Örneğin, Haredi cemaatine mensup çiftin çocuklarına yönelik verdiği kararda da Fiona, çocukların refahından hareketle "*mahkemenin görevi her şeyden önce çocukların yetişkinliğe ulaştıklarında nasıl bir hayat yaşamak istedikleri konusunda kendi kararlarını verebilmelerini sağlamaktır*"r sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla, Fiona'nın yukarıda da bahsedildiği üzere diğer davalarda olduğu gibi tarafsız bir karar verdiği, Adam'a özel bir hüküm kurmadığı söylenebilir.

Son olarak, söz konusu olaya benzer bir olay Türk hukukunda meydana gelseydi ne olurdu sorusuna da yanıt aranabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki Türk hukuku açısından tıbbî müdahaleye rıza gösterme hakkı 1219 sayılı Kanun, Biyotıp Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca Adam'ın anne ve babasındadır. Bununla birlikte, Adam'ın ayırt etme gücüne sahip olduğu varsayılacak olursa Biyotıp Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre Adam'ın fikirleri de önem taşımaktadır. Dolayısıyla, yapılacak ilk şey Adam'ın ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tespit etmektir. Gerçi kitaba konu olayda Adam da ailesi de tıbbî müdahaleye rıza göstermemektedir. Dolayısıyla burada yapılması gereken tıbbî müdahalenin TMK m. 346'a aykırı bir nitelik teşkil ettiğini düşünen hekimin tıpkı İngiliz hukukunda olduğu gibi mahkemeye başvurmasıdır.

Çalışmaya konu olayda olduğu gibi benzer bir olayda mahkemeye başvurulduğu varsayılacak olursa Türk hukukunda ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasına bağlanan sonuçlar düşünüldüğünde hâkimin Adam'ın isteklerini göz ardı etmemesi gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte, hâkimin

nasıl karar vermesi gerektiğine dair kesin bir cevap vermek mümkün değildir. Zira hâkimin değerlendirilmesini yaparken küçüğün isteklerinin inancından, benimsediği ideolojiden bağımsız olup olmadığını, küçüğün ailesinin etkisi ve baskısı altında bulunup bulunmadığını tespit etmesi oldukça güçtür¹⁰⁷. Ayrıca hâkim, küçüğün iradesini sağlıklı bir şekilde oluşturmadığı sonucuna varsa bile Adam'ın on sekiz yaşına basmasına çok kısa bir süre kaldığı düşünüldüğünde problem daha da karmaşık hale gelecektir. Zira bundan birkaç ay sonra benzer bir durum ortaya çıksa hâkimin müdahalesi söz konusu olmayacak ve Adam'ın verdiği karar uyarınca hareket edilecektir. Dolayısıyla her ne kadar hâkimin “çocuğun üstün yararı” doğrultusunda karar vermesi gerektiği düşünülecek olsa da çocuğun üstün yararını belirleme noktasında sorunların yaşanabileceğini söylemek mümkündür. Freckelton ve McGregor, bu tür durumlarda hâkimlerin küçüğün isteklerini, bu isteklerin nedenlerini, tedaviyi ve sonuçlarını kavrayıp kavramadığını, küçüğün ailesinin isteklerini ve bunun nedenlerini, hekimlerin görüşlerini, tıbbî etik komisyonu benzeri komisyonların görüşlerini, küçüğe tıbbî müdahale yapılmadığı takdirde bunun sonuçlarını, tedavinin risklerini ve sonuçlarını, tedavi kabul edilirse ve reddedilirse bunun ne tür acılara yol açacağını birlikte değerlendirmeleri gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁸. Elbette bu değerlendirmenin kolay olacağını söylenemeyecektir.

SONUÇ

Edebiyat ve hukuk arasındaki ilişkinin tarihin her döneminde var olduğunu söylemek abartılı bir söylem olmayacaktır. Zira bu iki disiplin birbirini hep beslemiş ve etkilemiştir. Konuya hukuk penceresinden bakıldığında, hukukun edebiyat üzerindeki etkisine en iyi örnek, hukukî konuları merkezine alan kurgusal eserlerdir. Nitekim bu tür eserlerdeki hukukî problemler, hukukçu için ideal “pratik çalışmalar”dır. Olayları farklı boyutları ile ele aldığı ve bir pratik çalışma kitabında yer alan “A. ve B. kişileri”nden çok daha etkileyici olduğu için edebiyat, ciddi bir esin ve çalışma kaynağıdır. Harper Lee'nin *Bülbülü Öldürmek*'inin, Bernhard Schlink'in *Okuyucu*'sunun, Victor

¹⁰⁷ Freckelton ve McGregor, tıbbî müdahaleyi reddeden küçüklerin büyük kısmının ailesinin istekleri doğrultusunda hareket ettiğini belirtmektedir. Ayrıca yazarlara göre tıbbî müdahaleyi reddeden çocukların büyük kısmı Yehova Şahidi'dir, **Freckelton / McGregor**, s. 830, 831.

¹⁰⁸ **Freckelton / McGregor**, s.832-834.

Hugo'nun Bir İdam Mahkûmunun Son Günü'nün hukukçu için çok etkili, çok düşündürücü olduğu aşikârdır. Bu anlamda edebiyat, hukukçunun dimağını aydınlatan disiplinlerin başında gelmektedir.

Ian McEwan'ın Çocuk Yasası isimli romanı da edebiyat ve hukuk ilişkisi için iyi bir örnek teşkil etmektedir¹⁰⁹. On sekiz yaşına basmasına kısa bir süre kalmış Adam Henry, lösemi hastasıdır; ancak Yehova Şahidi olduğu için kan nakli yoluyla tedaviyi reddetmektedir. Adam'ın anne ve babası da Yehova Şahididir ve onlar da Adam ile aynı kanaate sahiptir. Kan nakli yapılmadığı takdirde Adam'ın hayatının tehlikeye gireceğini düşünen Adam'ın hekimi ve hastane yönetimi, mahkemeye başvurarak hâkim Fiona'dan kan nakli yapılması yönünde bir karar verilmesini istemiştir. Hâkim Fiona, karar aşamasında rıza ehliyeti, çocuğun tedaviyi reddetme hakkı, çocuğun refahı gibi pek çok kavramı da tartışarak bir karara varmıştır.

Çocuk Yasası, bir hukukçu tarafından farklı yönlerde çalışmaya müsait bir roman olmakla birlikte bu çalışmada esas olarak “çocuğun tedaviyi reddetme hakkı” Türk hukukundan ve ilgili olduğu ölçüde İngiliz hukukundan normlar, kaynaklar ve kararlar vasıtasıyla incelenmiştir. Roman, edebiyat ve hukuk ilişkisini gösterme hususunda oldukça başarılıdır. Nitekim “A. 17 yaşını doldurmak üzere olan lösemi hastası bir gençtir. Tıbbî müdahaleye rıza göstermemektedir. A.'nın rızası geçerli midir? Geçerli ise ne yapılabilir? Geçerli değilse ne yapılabilir?” şeklinde bir çalışmadansa söz konusu problemi çocuğun, ailenin ve hâkimin bakış açısından anlatan bir romanın çok daha etkili ve düşündürücü olduğu -kanaatimizce- bir gerçektir. Bunun yanı sıra, roman, çalışmanın yazarını, daha önce üzerinde düşünmediği ve çalışmadığı bir konuda çalışmaya teşvik etmiştir. Dolayısıyla, edebiyatın bir hukukçu için yalnızca bir uğraşı alanı olmaktan çıkarılıp bir kaynak olarak görülmesi hem kişisel anlamda hem de meslekî anlamda oldukça yararlı olacaktır.

¹⁰⁹ “Hâkimlik pratiği”nin Fiona üzerinden incelendiği bir eser için bkz. **Özdemir, Nadire** (2017) “Aktif Bir Hâkimlik Pratiğinin Kapsamı ve Sınırları: Hâkim Fiona Örneği”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S:1, s. 521-532.

KAYNAKÇA

- Akal, Cemal Bâli** (2015) “Kurgu ve Hukuk”: Akal, Cemal Bâli / Tosun, Yalçın (Editörler), Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhafliklar, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 72-78.
- Akyüz, Emine** (2018) Çocuk Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Pegem Akademi.
- Altun, Abdurrahim** (2018) “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, s. 37-52.
- Ateş, Zeynep** (2010) “Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası”, (Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Badur, Emel** (2017) Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bridge, Caroline** (1999) “Religious Beliefs and Teenage Refusal of Medical Treatment”, The Modern Law Review, Vol: 62, No: 4, s. 585-594.
- Çebi, Sezgin Seymen** (2011) “Sanatsız ve Edebiyatsız Hukuk Omlete Benzer”, Panorama KHAS, S: 4, s. 54-57, <<http://panorama.khas.edu.tr/edergi-yazi-458#PDF/1>> s.e.t. 12.04.2022.
- Çelik, Behçet** (2015) “Hukuk ve Edebiyatın Yakınlığı / Uzaklığı”: Akal, Cemal Bâli / Tosun, Yalçın (Editörler), Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhafliklar, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 47-57.
- Dede, Emine** (2017) Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Deryal, Yahya** (2012) Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Dunlop, C.R.B.** (1991) “Literature Studies in Law Schools”, Cardozo Studies in Law and Literature, Vol: 3, No: 1, s. 63-110.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan** (2009) Türk Özel Hukuku II. Cilt Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Freckelton, Ian / McGregor, Simon** (2016) “Refusal of Potentially Life-Saving Treatment for Minors The Emerging International Consensus by Courts”, J Law Med., C: 23, S:4, s. 813-834.

- Gökcan, Hasan Tahsin** (2022) *Tıbbi Müdahaleden Doğan Tıbbi ve Cezai Sorumluluk*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Hakeri, Hakan** (2022) *Tıp Hukuku Cilt I*, 25. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- High Court of Justice Family Division, “An NHS Trust and Child B. and Mr. B. & Mrs. B.”, [2014] EWHC 3486 (Fam), 01.08.14, <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2014/3486.html>> s.e.t. 12.04.2022.
- High Court of Justice Family Division, “Birmingham Children’s NHS Trust and B. & C.”, [2014] EWHC 531 (Fam), 13.02.14, <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2014/531.html>> s.e.t. 12.04.2022
- Hilder, Carolyn Hayley Jane**, *The Role of The Family in Cases of Disputed Medical Decision Making (Doctoral Thesis)* Queen Mary University of London, <<https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/474>> s.e.t. 12.04.2022.
- House of Lords, “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another”, 1985, <<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/01/HL-1985-Gillick-v.-West-Norfolk-and-Wisbech-Area-Health-Authority-and-Anr..pdf>> s.e.t. 12.04.2022.
- Kahraman, Zafer** (2016) “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 7, S: 1, s. 479-510.
- McEwan, Ian** (2014) *The Children Act*, Londra, Jonathan Cape (Çeviren: Hakmen, Roza (2016) *Çocuk Yasası*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları).
- Ó Néill, C.** (2017) “Jehova’s Witnesses and Blood Transfusions: An Analysis of the Legal Protection Afforded to Adults and Children in European / English Human Rights Contexts”, *European Journal of Health Law*, Vol: 24, No: 4, s. 368-389.
- Özdemir, Nadire** (2017) “Aktif Bir Hâkimlik Pratiğinin Kapsamı ve Sınırları: Hâkim Fiona Örneği”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 7, S:1, s. 521-532.

- Serozan, Rona** (2017) Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Şenocak, Zarife** (2001) “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S: 4, s. 65-80.
- Tanrıverdi, Ahmet Turgut / Tanrıverdi Gülşah / Öner Yalçın, Sibel / Torun, Serap** (2014) “Yehova Şahitleri’nin Kan ve Organ Nakline Bakış Açısı”, Lokman Hekim Dergisi, C: 4, S: 2, s. 1-7.
- Tosun, Yalçın** (2015) “Önsöz”: Akal, Cemal Bâli / Tosun, Yalçın (Editörler), Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 9-12.
- Ward, Ian** (1995), Law and Literature, Amerika Birleşik Devletleri, Cambridge University Press.
- Yücel Turanlı, Kıvılcım** (2014) “Biraz Nefes Almak!”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, s. 93-106.
- Zengin, Mehmet Ali** (2016) Hekimin Hukuk Rehberi, Ankara, Adalet Yayınevi.

OSMANLI PAYİTAHTINDA ESNAF TEŞKİLATI: LONCALARIN HUKUKİ AÇIDAN İNCELENMESİ*

Arş. Gör. Betül ARGUNHAN**

ÖZET

Esnaf loncaları, Osmanlı Devleti'nin sosyo-ekonomik hayatı bakımından önem arz eden müesseselerdir. Devletin kuruluşunda etkili olduğu söylenen ahi teşkilatı ve fütüvvet ile ilişkilendirilen loncalar, yükseliş dönemi itibarıyla kendisini etkin şekilde göstermeye başlamıştır. Hem ekonomik hayatta hem de sosyal hayatta bir düzen sağlanması noktasında loncalar ciddi rol oynamıştır. Bununla birlikte, bu kurumun Osmanlı hukukunda somut bir karşılığını bulmak mümkün değildir. Loncaların fütüvvet ve ahilik geleneklerine dayandığını kabul edersek, ilk yazılı kurallarının fütüvvetnamelerde yer aldığını söyleyebiliriz. Osmanlı kanunnamelerinde loncaları ilgilendiren dolaylı hükümler bulunmakla birlikte, bu hükümler esnafın iş rutinlerini düzenleyen hükümlerdir. Loncaların teşkilat yapısını ve ifa ettiği vazifeleri belirleyen münhasır bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte kadı sicillerine bakıldığında, devletin loncaların yazılı olmayan kurallarını bildiğini ve kabul ettiğini, kadı mahkemelerinde bu kurullarla yargılamalar yaptığını görebiliriz. Lonca teşkilatında çok sayıda görevlinin ismi geçmektedir. Şeyh, kethüda, nakib, çavuş, duacı, yiğitbaşı, ehl-i hibre, ihtiyar heyeti bunlardandır. Bu görevlilerin de zamana ve mekâna göre farklı konumlar aldıkları gözlenmiştir. Loncalar genel belediye hizmetlerinin bir kısmını ifa etmiş, esnafıya ilişkin nizamı sağlamış, narhın belirlenmesinde etkili olmuş, esnaf arasındaki kimi uyuşmazlıkların kadiya intikal etmeden çözülmesine çalışmış, kadiya intikal eden uyuşmazlıklarda bilirkişi görevi görmüş, orta sandığı ile esnafın ve esnaf yakınlarının ihtiyaçlarına cevap vermiştir. Bu makalede, bahsedilen durumların yakından incelenmesine çalışılmıştır. Çalışma İstanbul ile sınırlı olması ve meseleyi hukuki açıdan incelemesi bakımından hususileşmektedir. Kaynak olarak hukuk tarihi eserlerinin yanı sıra kanunnameler ve bilhassa kadı sicillerinden faydalanılmıştır, somut vakıalar incelenmiştir. Çalışma, esnaf teşkilatının iç düzeni ve işleyiş sistemi bakımından önemli bir tecrübeyi dikkatlere sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Lonca, Esnaf, Ahi, Fütüvvet, Kethüda, Yiğitbaşı, Ehl-i Hibre.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1105405 – Geliş Tarihi: 18.04.2022 – Kabul Tarihi: 03.06.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, baslan@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2637-9376.

ARTISAN ORGANIZATIONS IN THE OTTOMAN CAPITAL CITY: LEGAL EXAMINATION OF GUILDS

ABSTRACT

Guilds were important institutions in terms of the socio-economic life of the Ottoman Empire. The guilds associated with the ahi organization and futuwwa, which are said to have been influential in the establishment of the state, started to show themselves effectively as of the rise period. Guilds played a serious role in ensuring order in both economic and social life. However, it is not possible to find a concrete equivalent of this institution in Ottoman law. If we accept that the guilds are based on the futuwwa and ahi-order traditions, we can say that the first written rules were included in the futuvvetnames. Although there are indirect provisions concerning the guilds in the Ottoman qanunnames, these provisions are essentially the provisions regulating the work routines of the tradesmen. There is no exclusive legal regulation that determines the organizational structure and duties of the guilds. However, when we look at the kadi registers, we can see that the state acknowledged unwritten rules of the guilds and made judgments in the kadi courts with these rules. There were many participants in the guild organization. Sheikh, kethuda, nakib, duacı, yigitbasi, ehl-i hibre, council of elders were among them. These participants took different positions according to period and location. Guilds performed some of the general municipal services, ensured the order regarding tradesmen, were effective in determining the maximum price, tried to resolve disputes between tradesmen before they were referred to the kadi, acted as an expert in disputes submitted to the judge, and responded to the needs of the tradesmen and their relatives with the middle fund. In this article, these situations are examined in detail. The study is special in that it is limited to Istanbul and examines the issue from a legal point of view. As a source, besides the legal history works, qanunnames and especially kadi registries were used, and concrete cases were examined. The study presents an important experience in terms of the internal order and functioning system of the tradesmen's organization.

Keywords: Guild, Lonca, Akhi, Ahi, Futuwwa, Kethuda, Yiğitbaşı, Ehl-i Hibre.

GİRİŞ

Türk-İslam devlet geleneğinde esnafın bir kişi önderliğinde teşkilatlanması olgusu ilk devirlerden beri görülmüştür¹. Osmanlı Devleti de bu minvalde bir esnaf teşkilatlanmasını kendisinden önceki Türk-İslam devletlerinden miras olarak almıştır. Devletin kuruluşuyla birlikte ahilik olarak kendini gösteren esnaf örgütü, ilerleyen süreçte tebeddül etmiş, loncalar haline gelmiş ve böylece devletin sona ermesine kadar işlemeye devam etmiştir².

Bu çalışma, lonca teşkilatının hukuk tarihi nazarıyla incelenmesini amaçlamaktadır. Bu minvalde öncelikle loncaların müessese olarak mahiyetinin anlaşılması için ahilik ve fütüvvet müesseseleri incelenecektir. Ahilik ve fütüvvete ilişkin durum incelendikten sonra, lonca teşkilatına geçişin sebepleri üzerinde durulacaktır. Çünkü bir hukuk düzeninde meydana gelen değişiklikler, o düzenle ilişkili siyasal, sosyal ve iktisadi değişikliklerden ari değildir. Bir yerde, bir zaman içinde hukuk düzeninde meydana gelen değişiklikleri değerlendirebilmek, o süreçte meydana gelen sosyo-kültürel, iktisadi ve siyasi değişiklikleri incelemeyi de gerektirir. Bu sebeple, lonca teşkilatının hukukunun incelenmesinden evvel, ahilikten lonca teşkilatına geçiş sürecinin incelenmesinde fayda görülmüştür.

Lonca teşkilatına ilişkin kısmın, hukuk tarihi perspektifinden incelenmek üzere çeşitli başlıklara ayrılması öngörülmüştür. Bu minvalde öncelikle mevzuat taraması yapılacaktır. Mevzuat taramasında sırasıyla örfi hukuk metinleri olarak kanunnameler, ferman ve nizamnameler incelenecektir. Ahilik alanına ilişkin özel bir kaynak türü olarak fütüvvetname örneklerine bakılacaktır. Bunlardan sonra kadı sicilleri incelenecektir. Hukuk tarihi alanında yapılan bilimsel çalışmalar da bu araştırmanın bir başka kaynağını oluşturmaktadır. İkinci başlık olarak loncaların medeni hukuk bakımından konumları irdelenecektir. Bu bağlamda gerçek kişi-tüzel kişi ayrımına değinilmesi, yine hukuk tarihi nazarıyla hükmi şahsiyet kavramının incelenmesi ve loncaların bu ayrımındaki yerinin tespit edilmesi planlanmıştır.

¹ **Kazıcı, Ziya** (1988) "Ahilik", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:1, İstanbul, s.540-542.

² **İslamoğlu, Abdullah** (2017) "Osmanlı Devleti'nde Esnaf Loncaları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası-Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı, C: LXXV, s.448.

Üçüncü olarak lonca müessesesi teşkilat bakımından irdelenecek ve loncaların görev ve yetkileri incelenecektir. Son olarak ise esnaf ve lonca teşkilatına ilişkin olarak kadı sicillerine yansıyan uyuşmazlıklar tahlil edilecektir. Bu başlıkta uyuşmazlıkların konusu, tarafları, çözüm şekli gibi ayrıntıların incelenmesi ve değerlendirilmesi planlanmıştır.

Lonca teşkilatı tarih ve iktisat benzeri sosyal bilimler araştırmacıları tarafından çokça ele alınmış ve işlenmiştir. Hukuk tarihi alanında eserler de -sayıca daha az olmakla birlikte-mevcuttur. İlhan Tarus'un *Ahiler*³, Ömer Lütfi Barkan'ın *Osmanlı İmparatorluğu'nda Esnaf Cemiyetleri*⁴, Nuran Koyuncu'nun *Osmanlı Hukukunda Esnaf Gediği*⁵, Abdullah İslamoğlu'nun *Osmanlı Devleti'nde Esnaf Loncaları*⁶ isimli eserleri bunlara örnek olarak verilebilir. Ayrıca Mehmet Aykanat'ın *Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kurumlar* isimli doktora tezi ve Osmanlı Sosyal Güvenlik Sistemi/Hukuku isimli kitabı bu konuyla ilişkilidir⁷.

Görüldüğü üzere, konuya ilişkin yapılmış çalışmalar bulunmaktadır. Yine de bu konunun seçilmesinin sebebi, lonca teşkilatının nispeten daha sistematik bir şekilde ele alınmasıyla, Tanzimat döneminde hazırlanan nizamnameler ve kadı sicilleri ışığında incelenmesi istemidir. Bu çalışma ile bahsi geçen nizamnamelerin de -incelendiği kadarıyla- ilk kez değerlendirilmesi planlanmaktadır. Üçüncü ve son amaç ise kadı sicillerinde yer alan uyuşmazlıkları ve böylelikle hukukun uygulamaya yansımalarını incelemektir.

³ **Tarus, İlhan** (1947) *Ahiler*, Ankara, Çalışma Bakanlığı.

⁴ **Barkan, Ömer Lütfi** (1985) "Osmanlı İmparatorluğunda Esnaf Cemiyetleri", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası-Ord. Prof. Ömer Lütfi Barkan'a Armağan, C:XXI, S:1-4, s.39-46.

⁵ **Koyuncu, Nuran** (2016) "Osmanlı Hukukunda Esnaf Gediği": Gedikli, Fethi (Editör), I. Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, 13-14 Mayıs 2016, İstanbul, On İki Levha, s.365-388.

⁶ **İslamoğlu** (2017).

⁷ **Aykanat, Mehmet** (2015) "Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kurumlar", (Doktora), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü; **Aykanat, Mehmet** (2016) *Osmanlı Sosyal Güvenlik Sistemi/Hukuku*, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi.

Mekân olarak İstanbul'un seçilmesinin birkaç sebebi bulunmaktadır. Bu seçimin yapılmasındaki öncelikli sebep Osmanlı'nın başkenti olarak İstanbul'un en fazla sayıda ve çeşitte esnafın bulunduğu bir şehir olmasıdır. Bu sebeple çeşitli mesleklerden esnafa ilişkin hazırlanan nizamnameler olmuş, kadı sicillerine çok sayıda uyuşmazlık yansımıştır. Diğer bir sebep, İstanbul'un siyasi olarak önem arz eden konumu ve nüfusudur. Böylelikle konu sınırlandırılmış olmakla birlikte, kendi içinde çok örnek ihtiva eder niteliktedir. Bu seçimde çalışmanın kaynaklarına ulaşmadaki imkanların da etkili olduğunu söylemek gerekir.

Çalışmanın neticesi olarak, İstanbul mekanıyla sınırlı kalmak üzere, lonca teşkilatının Osmanlı hukukunda münhasır bir yer kaplayıp kaplamadığı, mevzuatının dönemsel olarak gelişim ve değişim seyrinin nasıl olduğu, Tanzimat döneminin batılılaşma ve kanunlaştırma eğilimlerinden etkilenip etkilenmediği ve bugüne bir tesirinin mümkün olup olmadığı gibi bir dizi soruya cevap verilmesi beklenmektedir.

I. LONCA TEŞKİLATINA GEÇİŞ SÜRECİ

Bu başlıkta lonca ve ahi teşkilatları arasındaki ilişkiye dair görüşlere ve ahi teşkilatından lonca teşkilatına geçiş sürecine değinilmesi planlanmıştır. Böylece incelenecek konunun alt yapısı oluşturulmuş olacaktır.

A. FÜTÜVVET, AHİLİK VE LONCA TEŞKİLATI ARASINDAKİ İLİŞKİ

"Ahi" kelimesinin Türkçe "eli açık, cömert" manalarındaki "akı" kelimesinden veya Arapça "kardeş" manasına gelen "ahı" kelimesinden geldiği şeklinde iki yorum bulunmaktadır⁸. Arapça sözlükte خ-ا harfleriyle yazılan kelime, mana olarak "arkadaş, yoldaş, cemaat üyesi" olarak tanımlanmıştır⁹.

⁸ Kazıcı, "Ahilik"; Kütükoğlu, Mübahat S. (2020) Osmanlı'nın Sosyo-Kültürel ve İktisadi Yapısı, 2. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.51.

⁹ Güneş, Kadir (2013) Alfabetik Türkçe-Arapça Arapça-Türkçe Sözlük, İstanbul, Mektep, s.17.

Yine Arapça ‘kardeşlik’ manasına gelen ‘uhuvvet’ kelimesi, bu alanda kullanılmaktadır¹⁰.

Kamus-ı Türkî’de ve Devellioğlu’nun Lügatinde ahi maddesine rastlanmamıştır. Midhat Sertoğlu’nun Osmanlı Tarih Lügati’nde ahi maddesinde fütüvvet maddesine atıf yapılmıştır¹¹. Nitekim ahiliğin, fütüvvetin Anadolu’daki şekli olarak kabul edilmesi¹² sebebiyle ahilik ve fütüvvetin birçok kez birleştiği, aynı müessese gibi ele alındığı görülmektedir. Sertoğlu’nun fütüvvet maddesinde “*Anadolu’da XIII. yüzyıldan beri meydana çıkmaya başlayıp daha sonra muntazam ve teşkilatlı bir hale gelmiş olan dini-iktisadi zümrelerin, esnaf ve zanaatkar birliklerinin umde ve nazariyelerine topluca verilen isim.*” denilmiştir¹³. Kamus-ı Türkî’de “fütüvvet” kelimesinin tanımında “*1. gençlik, delikanlılık. 2. kerem, sehavet, cömertlik. 3. mertlik, yiğitlik, mürüvvet.*” denilmiştir¹⁴. Devellioğlu’nun Fütüvvet maddesinde ise “*1. soy temizliği. 2. mertlik, yiğitlik, gençlik, delikanlılık. 3. cömertlik, el açıklığı. 4. eski esnaf teşkilâtı.*” denilmiştir¹⁵.

Görüldüğü üzere, fütüvvet ve ahilik, benzer karakterde ve zaman zaman birbirini yerine kullanılan iki kavramdır¹⁶. Anadolu Selçuklularında fütüvvet teşkilatı reisine ‘ahi’ denilmesinin, fütüvvetin Anadolu’daki şekline ‘ahilik’ denilmesi sonucunu doğurduğu söylenmiştir¹⁷. Böylelikle fütüvvetin, esnaf teşkilatının ilk formu olarak görüldüğü, ahiliğin ise fütüvvetin Anadolu’da görülen bir şekli olduğu çıkarımı yapılmıştır¹⁸. Aksi görüş olarak Çağatay ise

¹⁰ **Taeschener** (1953-1954) “İslam Ortaçağında Futuvva (Fütüvvet Teşkilatı)”, (Çev. Fikret Işıltan), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C:15, S:1-4, s.18.

¹¹ **Sertoğlu, Mithat** (2015) Osmanlı Tarih Lügati, İstanbul, Kurtuba Kitap, s.14.

¹² **Kütükoğlu** (2020), s.50.

¹³ **Sertoğlu** (2015), s.181.

¹⁴ **Şemsettin Sami** (2004) Kamus-ı Türkî, İstanbul, Kapı, s.982.

¹⁵ **Devellioğlu, Ferit** (2017) Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 33. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi, s.312.

¹⁶ Halil İnalçık da Osmanlı’da ahilik kurumunu işlerken yer yer lonca kelimesini kullanmıştır. Bkz.: **İnalçık, Halil** (2016) Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.53.

¹⁷ **Taeschner** (1953-1954), s.17; **Kütükoğlu** (2020), s.48.

¹⁸ Fütüvvetin ilk dönemlerde bir tasavvufi tarikat olduğu iddiası da söz konusudur. Bu görüşlerden birisi için bkz.: **Sarıkaya, Mehmet Saffet** (2010) “Bektaşî ve Alevî Kültürünün

ahiliğin fütüvvetten veya fütüvvetin ahilikten gelmediğini, cömertlik ve yiğitlik gibi hasletlerin zaten İslam'ın ilk devirlerinden beri övüldüğünü, fütüvvetin 9. yüzyıldan 13. yüzyıl başlarına dek ahilik gibi bir teşkilata sahip olmadığını, sonuç olarak ahiliğin tamamıyla Türklere özgü bir kurum olduğunu söylemektedir¹⁹. Gabriel Baer de farklı gerekçelerle loncalarla fütüvvetin bağlantılı olmadığını savunmaktadır²⁰.

Fütüvvet hareketinin mensubu olan kişiler, *ahi baba* denilen ve bazı dini vasıfları haiz olan bir şeyhin etrafında toplanmışlardır ki ahi baba bir şehirdeki esnafın en büyük reisi konumundadır²¹. Bu minvalde ahi birlikleri, başlangıcı itibariyle dini ve iktisadi karakterleri bir arada barındıran, mensuplarının hem bir meslek erbabı hem de bir dini grup üyesi olarak bünyesinde yer aldıkları

Yazılı Kaynağı Olarak Fütüvvetnameler”: Bulut, Halil İbrahim, Anadolu'da Aleviliğin Dünü ve Bugünü, Sakarya, Sakarya Üniversitesi Yayınları.; Gölpınarlı'nın bir eserinde Seyyid Nâsır-ı Husrev isimli bir kişiden naklettiği “*Fütüvvet bir ağaçdur, aslı Tangrısfâatudur; budaklar enbiya sıfâatudur, yaprakları evliyâsfâatudur; yimişümü'minlersifâatudur. Pes fütüvvet ağacının kökitechîd ve ihlâsdur; budakları sıdk u safâ ve ahd u vefâdur; yaprakları edeb ü hayâdur ve semeri ma'rifet-i evliyâdur ve ol ağacunsuyu rahmet-i Hudâdur ve ol yimişün lezzeti kerem ü sehâdur ve hazzı havf u recâdur.*” şeklindeki metin, bu iddianın doğru olabileceğini gösterebilir. Bkz.: **Gölpınarlı, Abdülbâki** (1955a) “Şeyh SeyyidGaybî oğlu Şeyh SeyyidHuseyn'in “Fütüvvet-Nâme”si”, İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi Mecmuası, C:17, S:1-4, s.27-72, s.38. Bir diğer örnek ise Süleimî'nin Kitabü'l-Fütüvv'e'sindedir: “*Fütüvvetin şartı nefsin ve fiilini görmemek ve yaptığı işe karşılık beklememektir.*”, **Ülgener, Sabri F.** (2015) Zihniyet ve Din-İslam, Tasavvuf ve Çözülme Devri İktisat Ahlakı, İstanbul, Derin, s.115.

Fakat aksi görüşler de bulunmaktadır. Ülgener, fütüvvetin ilk zamanlarda ve özü itibariyle 'din ile fazla bir alıp vereceği olmadığı' görüşündedir. Ülgener fütüvvetin el açıklığı, konuk severlik gibi cesaret ve yiğitlik manalarında kullanıldığını ifade etmiş, sözlerini, “*Fütüvvetin tasavvuf sözlüğüne ve edebiyatına mal edilmesi bir hayli sonradır. Kader ortaklığının bir araya getirdiği gözü tok, yiğit insanlar biraz da çağın havasına uyarak topluluklarına tarikat görünümünü vermeye özenmiş olabilirler.*” diyerek sürdürmüştür. Bkz.: **Ülgener** (2015), s.116-117.

¹⁹ **Çağatay** (1982) “Anadolu'da Ahilik ve Bunun Kurucusu Ahi Evren”, Belleten, C:XLVI, S:182, s.426-429.

²⁰ **Baer, Gabriel** (1974) “Türk Loncalarının Yapısı ve Bu Yapının Osmanlı Sosyal Tarihi için Önemi”, (Çev. Sami Ferliel), Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C:8-12, S:14-23, s.110-111.

²¹ **Kazıcı, Ziya** (1988) “Ahi Baba”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C:1, s.527-528.

birliklerdir. Öte yandan, Selçuklu ve beylikler döneminde ahiliğin askeri ve siyasi nitelik de taşıdığı, ahilerin Moğol istilasında savaşımlara bizzat katıldıkları, Osmanlı dönemine gelindiğinde ise bu karakterden arınarak tamamen ekonomik ve sosyal işlev kazandığı söylenmiştir²².

Varlığı Osmanlı'nın kuruluşundan çok önceki tarihlere rastlayan ahilik, izlerini Osmanlı Devleti'nin kuruluş ve erken dönemlerinde de göstermiştir²³. Aşık Paşazâde'nin '*ahiyân-ı Rûm*' (Anadolu ahileri²⁴), İbn Battuta'nın ise '*Ahîyetü'l-fityân*' (yiğit kardeşler) olarak adlandırdığı ahilerin Osmanlı'nın kuruluşunda önemli olduğu; Anadolu'nun Antalya, Konya, Niğde, Aksaray, Balıkesir, Bursa, Bolu, Sinop gibi bazı merkezlerinde zaviyeler kurdukları bilinmektedir²⁵. Osman Bey'in, oğlu Orhan Bey'in, onların silah arkadaşlarının ahi teşkilatı mensubu oldukları, Osman Bey'in kayınpederi Şeyh Edebalı'nın da ahi büyüklerinden olduğu nakledilmiştir²⁶. Taeschner, fütüvvet birliklerinin erkeklerden müteşekkil olduğunu yazmıştır²⁷. Bu minvalde Anadolu ahiliğinin Türk kültürüne özgü bir yapılanma olduğu, Anadolu'nun Türkleşmesinde, şehirleşmesinde ve esnaflaşmasında etkili olduğu söylenmiştir²⁸.

B. OSMANLI DEVLETİNDE AHİLİK VE LONCA TEŞKİLATINA GEÇİŞ

Devletin kuruluşunu takip eden süreçte, bir Müslüman-Türk devleti olan Osmanlı'nın genişlemeye olan meyli sebebiyle askerliğin daima ön planda olduğu, sanat ve ticaretin ikinci plana itildiği ve bunun neticesi olarak gerek

²² **Mahiroğulları, Adnan** (2008) "Selçuklu/Osmanlı Döneminde Kurumsal Bir Yapı: Ahilik/Gedik Teşkilatı ve Sosyo-Ekonomik İşlevleri", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S:54, s.140,143.

²³ **Halaçoğlu, Yusuf** (2021) XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.149.

²⁴ Taeschner de bu ifadeyi kullanmıştır: **Taeschner** (1953-1954), s.120.

²⁵ Buradan ahilerin yalnız merkezlerde olduğu sonucu çıkartılmamalıdır. Köprülü, köylerde ve uclarda da ahi birliklerinin bulunduğunu söylemektedir. Bkz.: **Köprülü, M. Fuad** (1981) Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluşu, İstanbul, Ötüken, s.153-155.

²⁶ **Kütükoğlu** (2020), s.51; **Halaçoğlu** (2021), s.149.

²⁷ **Taeschner** (1953-1954), s.3.

²⁸ **Mahiroğulları** (2008), s.141-142.

sanat gerek ticaret alanlarında gayrimüslimlerin Müslümanlara nispetle daha aktif oldukları söylenmiştir²⁹. İstanbul'un fethi de bu durumu perçinlemiştir. Öyle ki, fetihten sonra Osmanlı'nın ticaret merkezi haline gelen İstanbul'da bu işleri çoğunlukla gayrimüslim tebaa yürütmüştür. Böylelikle, İslam dini ile iç içe prensiplere sahip olan³⁰ ahi teşkilatının etkisi, İstanbul'un fethi ile azalmış ve ahi birliklerinin yerini loncalar almaya başlamıştır³¹. Zira loncalar, hem Müslüman hem gayrimüslim esnafın birlikte yer aldığı, toplanma yerinin ahi teşkilatından farklı olarak tekke ve zaviyeler değil loncalar olduğu esnaf birlikleridir³². Lonca teşkilatına ilişkin ayrıntılara ileride detaylı olarak değinilecektir. Burada ifade edilmek istenen, fethi takip eden yıllarda ahi birliklerinden lonca teşkilatına geçişte, esnaflık işlerinde gayrimüslimlerin yaygınlaşmasının ana sebep olduğudur.

Ahilik müessesesinin yerini lonca teşkilatına bırakması hususuna Taeschner farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. Burada kendisinden kısa bir alıntı ile görüşlerine yer verilmesi konunun izahı bakımından verimli olabilir.

“... Herhalde ahilik müessesesinin sırlı mahiyeti, merkezi bir şekilde idare edilen Osmanlı memurlar devleti çerçevesine uymamış, ister tabii bir erime ister memurluk müessesesinin de aleyhtar hareketiyle yavaş yavaş eski şekliyle kaybolmuştur. Bu müessese bir taraftan dervişlik enstitüsüne, bilhassa Bektaşilik tarikatına, diğer taraftan lonca teşkilatına sığınmıştır. İşte birlik teşkilatı olmak sıfatıyla bu sonuncusu, yani Esnaf Loncaları mevzuumuzun son kısmını teşkil edecektir.”

Görüldüğü üzere Taeschner, ahiliğin yukarıda bahsedilen dini-iktisadi çift yönlü yapısının Osmanlı Devleti'nin yönetsel yapısı sebebiyle ayrıştığını,

²⁹ **Kütükoğlu** (2020), s.38.

³⁰ Ahi teşkilatının herkese iyilikte bulunmak, cömert olmak, misafire saygı göstermek, herkesi sevmek, herkesi bir görüp kendini onlardan aşağı tutmak, şarap içmemek, yalan söylememek, hile yapmamak, iftira etmemek gibi kurallarla bağlı oldukları, bu kurallara uymayanların ahi baba tarafından teşkilattan çıkartıldığı ve bazı hallerde cezalandırıldığı bilinmektedir. Yine ahilerin, 'ahiden ahiye, Hz. Muhammed'e kadar uzandığı' söylenmiştir. Bkz.: **Kütükoğlu** (2020), s.48 vd.

³¹ **Sertoğlu** (2015), s.182.

³² **Akgündüz, Ahmed** (2011) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.209-210.

dini tarafının Bektaşilik özelinde dervişlik ve tarikat yoluna evirildiği, iktisadi kısmının ise loncalara zemin hazırladığı savını ileri sürmektedir.

Her iki görüşün de neticesi olarak, İslami bir müessese olan ahi teşkilatı bir ölçüde kimlik değiştirmek durumunda kalmış, iktisadi hayattaki yerini loncalara bırakmıştır. Bununla birlikte, lonca birliklerine geçildikten sonraki dönemde dahi esnafın, fütüvvet geleneklerine bağlı kaldığı söylenmiştir³³.

II. LONCA TEŞKİLATI

Burada lonca teşkilatının mevzuatından, kişiliğinden, teşkilat yapısından, görev ve yetkilerinden bahsedilmesi planlanmıştır. Fakat bundan önce müessesenin kökeni bakımından terminolojiye bakmakta fayda görülebilir.

A. TERMİNOLOJİ

Lonca kelimesinin İtalyanca '*loggia*'dan geldiği, Fransızca'da '*loge*', Türkçede '*loca*' haline dönüştüğü ve '*hücre yahut oda, özel tahsis edilmiş mekân*' manasına geldiği söylenmiştir³⁴. Bu tabirin Osmanlı esnaf teşkilatını anlatmak üzere kullanılması, Galata ve çevresinde yerleşik yabancıların etkisiyle meydana gelmiştir³⁵. Zira fetih sonrası Sultan II. Mehmed'in Galata'nın ticaret merkezi olma özelliğini koruması yönündeki isteği ile Galata zimmilerine verdiği ahidname³⁶ büyük oranda onun planladığı gibi sonuç doğurmuş, 1453-1490 yılları arasında Galata'daki Cenevizliler tarafından tutulan noter kayıtları, ticari

³³ Kütükoğlu (2020), s.56.

³⁴ Kal'a, Ahmet (2003) "Lonca", TDV İslam Ansiklopedisi, C: 27, s.211-212.

³⁵ Kal'a, "Lonca".

³⁶ Fatih Sultan Mehmet tarafından fethin akabinde 1453 yılında Galata zimmileri için verilmiştir. Osmanlıca sureti ve tam metni için bkz.: Akgündüz, Ahmed (1990a) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-I. Kitap: Fatih Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s.477 ve Akgündüz, Ahmed (2017) İslâm'da İnsan Hakları Beyannamesi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.62 vd.; Halil İnalçık'a göre bu ahidname bir imtiyaz ve kapitülasyon niteliğindedir. Bkz.: Ortaylı, İlber (1996) "Galata", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:13, s.303.

hayatta fetihten öncesine nispetle bir değişiklik olmadığını göstermiştir³⁷. Bu durum aynı zamanda Galata'daki ticari örgütlenmenin büyük bir değişikliğe uğramadığının da muhtemel bir göstergesi olabilir. Böylece fetih esnasında Galata'da mukim olan Cenevizli tüccarların 'lonca'ları faaliyetlerini sürdürmeye devam etmiş, lonca kelimesinin kullanımı da zaman içinde yaygınlaşarak ahi/fütüvvet kelimelerinin yerini almıştır. Esnaf teşkilatını ifade eden terimde meydana gelen değişiklik, teşkilatın büsbütün değiştiği manasına gelmemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, bir tarihten sonra yapısal bazı değişikliklere de uğrayarak lonca adını alan ahi birlikleri, Türk-İslam gelenekleri ile fütüvvet kurallarına nispeten bağlı kalmışlardır. Öte yandan, daha geç tarihlerde dahi ahi, ahi baba gibi terimlerin kullanımına rastlanmaktadır³⁸. Bu rastlantı bizi, ahilik müessesesinin tamamen geçersiz hale gelerek yerini lonca birliklerine bırakmadığı, yalnız yaygın kullanımın o yönde değiştiği sonucuna götürebilir.

Terminoloji ve kurumun kökenine kısaca temas edildikten sonra, burada mevzuat incelemesi yapılacaktır.

B. MEVZUAT

Mevzuat incelemesi bağlamında iki türlü hukuki düzenlemenin varlığının araştırılması planlanmıştır: Birincisi loncaların teşkilat hukukudur ki bununla kastedilen loncaların kuruluşunu düzenleyen bir hukuki belge olup olmadığıdır. İkincisi ise loncaların faaliyetlerinde tabi oldukları düzenlemelerdir. Esasında Osmanlı esnaf teşkilatına ilişkin olarak münhasır bir kanunname veya nizamname bulunmadığı söylenmiştir³⁹. Bununla birlikte, burada ilgili mevzuatın değerlendirilmesi planlanmıştır. Bu bağlamda fütüvvetnamelerin ve Osmanlı kanunnamelerinin ilgili kısımları incelenecektir.

³⁷ **İnalçık, Halil** (2019) İstanbul Tarihi Araştırmaları, 2.baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.279-281.

³⁸ Örneğin; BOA, Kurum: İE.DH, Yer: 32-2795, Tarih: H-20-12-1119 (M-13-03-1708); BOA, Kurum: C..BLD., Yer: 90-4495, Tarih: H-09-04-1141 (M-12-11-1728).

³⁹ **Akgündüz** (2011), s.209.

1. Fütüvvetnameler

Fütüvvetname sözlükte “*esnaf teşkilâtı ile bunların riayet etmeleri lazım gelen usul ve kaidelerden bahseden eser, yönetmelik, tüzük.*” olarak tanımlanmıştır⁴⁰. Ülgener fütüvvetname ile ilgili olarak “...*Topluluğun davranış ve hareket kurallarının yazılı toplamı -bir çeşit kodeks’i- fütüvvetname olarak bilinir...*” demekte ve es-Sülemî’nin Kitâbü’l-Fütüvve’sini⁴¹ örnek vermektedir⁴². Taeschner ise loncalara dair en mühim eser olarak Seyyid Mehmed b. Seyyid Alaeddin’in 1524 tarihli ve Şii karakterdeki Fütüvvetname-i Kebir’ini örnek vermiştir⁴³. Fakat eserin tarihi itibarıyla devletlerarası münasebetler nazara alındığında, bu eserin Osmanlı fütüvveti/loncalarını ilgilendirir niteliği tartışmalı hale gelecektir.

Konuları bakımından fütüvvetnameler üç kısma ayrılmıştır: Sufi fütüvvetnamesi, fütüvvet teşkilatına ait fütüvvetnameler ve ahi teşkilatının fütüvvetnameleri⁴⁴. Bu çalışma bakımından önem arz eden başlık ise ahi teşkilatının fütüvvetnameleridir. Zira daha önce bahsedildiği gibi, lonca teşkilatının ahi teşkilatının mirası üzerine kurulduğu düşüncesi yaygındır.

Fütüvvetnamelerin ahi teşkilatının hukukunu ortaya koyan metinler olduğu, hatta ‘*ilk İslami esnaf nizamnameleri*’ ve ‘*esnafın ilmihal kitabı*’ olduğu söylenmişse⁴⁵ de, buna ilişkin olarak incelenen metinlerde ahilerin günlük hayatlarını ve işlerindeki etik ilkeleri düzenleyen tasavvufi/dini yönün ağır bastığı görülmüştür. Teşkilatın yapısına ilişkin hükümler özet niteliğinde çok küçük bir kısmı teşkil etmektedir. Taeschner de lonca edebiyatının aslında

⁴⁰ Devellioğlu (2017), s.312.

⁴¹ Sülemî, Horasanlı sûfi, müfessir ve muhaddistir. Fütüvvetle ilişkin eseri olan Kitâbü’l-Fütüvve, alanında yazılmış en eski eser niteliğindedir. Bununla birlikte tarih itibarıyla incelenen dönemden çok eski bir zamanda yazıldığından, Anadolu Ahiliğini konu edinmediğinden işbu çalışmada hususen yer verilmemiştir. Almanca ve İngilizce tercümeleri de bulunan eseri, Süleyman Ateş Türkçe’ye çevirmiş ve eser 1977 yılında Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları’ndan çıkmıştır. Bkz.: Uludağ, Süleyman (2010) “Sülemî, Muhammed b. Hüseyin”, TDV İslam Ansiklopedisi, C: 38, s.53-55.

⁴² Ülgener (2015), s.114.

⁴³ Taeschner (1953-1954), s.22.

⁴⁴ Ocak, Ahmet Yaşar (1996) “Fütüvvetnâme”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:13, s.264-265.

⁴⁵ Koçu, Reşad Ekrem (2016) Tarihte İstanbul Esnafı, 3. Baskı, İstanbul, Doğan Kitap, s.12.

fütüvvet edebiyatı olduğunu, ilgili eserlerde kurumun iktisadi tarafı hakkında hemen hemen hiç bilgi olmayıp, yalnız birlik olma cihetinden bahsedildiğini ifade etmiştir⁴⁶. Yine de aşağıda izah edileceği üzere, bu metinlerden çıkartılan bazı hükümlerden bahsedilmesi faydalı görülmektedir. Abdülbaki Gölpınarlı'nın incelediği ve yeni harflerle okurlarına sunduğu fütüvvetnameler, önemli ve konu bakımından örnek olmaya uygundur.

Bunlardan ilki, 13. yüzyıla ait olduğu düşünülen Burgazi'nin fütüvvetnamesidir⁴⁷. Buna göre yiğitlik fütüvvet yoluna girmek, ahilik o yolda gitmek, şeyhlik ise varılacak yere varmaktır ve bu yola kafir, münafık, müneccim, içki içen, dellâk, dellâl, sözünde durmayan, cullah (çulha) kasap, cerrah, avcı, muhtekir ve kötü türe koyan giremez⁴⁸. Ayrıca içki, zina, livata, gammazlık, münafıklık, büyülenme, kötülük düşünme, yalan, haset, kin, sözünde durmama, hainlik, kötü gözle bakma, ayıplama, cimrilik, gıybet, iftira, hırsızlık, haram yemek gibi fiilleri işleyenler fütüvvetten düşecektir⁴⁹. Esere göre ahinin 18 dirhem gümüşten çok dünyalığı olmamalı, fazlası yoksullara verilmeli, ahi dünyaya bağlanmamalı, alçak gönüllü olmalı, namazını bırakmamalı, helal yemeli, bir iş, sanat sahibi olmalı, şeyhinin her sözünü kabul etmeli ve ona karşı terbiyeli olmalıdır⁵⁰.

Bir diğer eser, XV veya XVI. yüzyıla ait olduğu düşünülen⁵¹ Şeyh Seyyid Huseyn ibni Gaybî'nin fütüvvetnamesindeki ilgili görülen kısım “...*andan geldük şeyhlere, nakıyblere ve üstadlara ve atalara ve müfredilere vacib olan edepleri ve şartları beyân idelüm...*” şeklinde başlamaktadır ve bu kısımda teşkilat mensubu şeyh, nakib, üstad, ata ve müfredilerin şeriatı uymaları, müminlere hayırla davranmaları, nefislerinin ölü gönüllerinin diri olması, kimsenin ayıbını araştırmamaları gibi ilkeler yer almıştır⁵². Devamında

⁴⁶ Taeschner (1953-1954), s.21-22.

⁴⁷ Gölpınarlı, Abdülbâki (1953) “Burgazi ve ‘Fütüvvetname’si”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C:15, S:1-4, s.79.

⁴⁸ Gölpınarlı (1953), s.85-86.

⁴⁹ Gölpınarlı (1953), s.86.

⁵⁰ Gölpınarlı (1953), s.86.

⁵¹ Gölpınarlı (1955a), s.27.

⁵² Gölpınarlı, Abdülbâki (1955b) “Fütüvvet-Nâme-i Şeyh Seyyid Huseyn ibni Gaybî”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C:17, S:1-4, s.73-176, s.102.

“...oniki kişiye şedd bağlamayalar, zira anlarda niçe hâsiyet vardır kim layık-ı fütüvvet değil...” denilerek bu birliğe alınmayacak kimseler sayılmıştır. Bunlar Burgazi'nin fütüvvetnamesinde sayılanlara benzer kişilerdir⁵³. Devamında yine Burgazi'de sayılan bazı günahlar ve kötü davranışlar sayılmış, bunları yapanların birlikte şeyh de olsa düşeceği söylenmiştir⁵⁴.

Örnek verilecek son fütüvvetname, Mustafa Topak tarafından hazırlanan yüksek lisans tez çalışmasında ele alınan fütüvvetnamedir. İncelenen Ahî Dâ'i'nin manzum Fütüvvetname-i Tarsûsi'si de 15. yüzyılda yazılan ve konuya örnek olabilecek bir metindir⁵⁵. Eserin ahilikle ilgili bir kısmında; “...Ahi oldur ki malımı Hak yoline / Kande olsa sarf ider Hak yoline / Ahi oldur hak sözüni koymaya / Avret oğlan sözine hiç uymaya / Ahi oldur hiç konuksız yatmaya / Am-u has'i hiç yebana atmeye...” denilmiştir⁵⁶. Der Beyan-ı Meşayihname ve Sıfatüha ve Âdâbühâ Bab-u Salik başlıklı kısmında, şeyhlerin sıfatları ve adabından bahsedilmektedir⁵⁷.

Görüldüğü üzere fütüvvetnamelerde benzer hükümlerle ahilerin günlük hayatlarını düzenleyen bazı kurallar bulunmaktadır. Kanaatimizce bu kuralların din kuralı mı, ahlak kuralı mı yoksa hukuk kuralı mı oldukları sorusu üstünde durulmalıdır.

Toplumsal hayatta insan davranışlarını düzenleyen ilk kurallar olarak karşımıza çıkan din kuralları⁵⁸, asıl yaptırımının ahirette görüleceği kurallardır. Ahlak kuralları, ihlali toplumun tepki ve yaptırımıyla karşılık bulan ve esas yaptırımı insanın vicdanında görülen kurallardır ki burada sorumlu olunan süjenin içsel (otonom⁵⁹) olduğu söylenmiştir⁶⁰. Hukuk kurallarında ise bir 'dış yasa koyma' durumu vardır ki burada ise sorumlu olunan süjenin dışsal

⁵³ Mutribaz, muhtekir manasına gelmektedir. **Gölpınarlı** (1955a), s.54 ve **Gölpınarlı** (1955b), s.109-110.

⁵⁴ **Gölpınarlı** (1955b), s.110-112.

⁵⁵ **Topak, Mustafa** (2016) “Ahî Dâ'i ve Türkçe Manzum Ederi: Fütüvvetnâme-i Tarsûsi (İnceleme-Metin)” (Yüksek Lisans), Çukurova Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

⁵⁶ **Topak** (2016), s.92.

⁵⁷ **Topak** (2016), s.265.

⁵⁸ **Dinçkol, Abdullah** (2015) Hukuka Giriş, 11. Baskı, İstanbul, Der, s.7-9.

⁵⁹ **İşıktaç, Yasemin** (2010) Hukuk Başlangıcı, İstanbul, Filiz, s.83.

⁶⁰ **Dinçkol** (2015), s.11-14.

(heteronom⁶¹) olduğu söylenmiştir⁶². Bu bilgiler birlikte değerlendirildiğinde, din kuralları, ahlak kuralları ve hukuk kuralları arasında benzerlikler görülmekle birlikte, önemli farklılıklar da göze çarpmaktadır.

Hukuk kurallarıyla din ve ahlak kurallarında ortak olarak görülen özellik, hepsinin bir yaptırıma bağlanmış olmasıdır. Fakat bu yaptırımların birbirinden farklı olduğu görülmektedir. En sade ifade ile, din kurallarının asıl yaptırımı ahirette, ahlak kurallarının toplumsal yaşamda görülürken; hukuk kurallarının yaptırımları dünyada ve kamu otoritesi nezdindedir. Böylece hukuk kurallarının diğerlerinden ayrılan ilk ve en önemli özelliği, bu kuralların devlet eliyle desteklenen ve yaptırıma tabi tutulan kurallar olmasıdır. Öte yandan bu kuralların kaynakları da farklıdır; din kurallarında dinlerin dogmatik kutsal metinleri, ahlak kurallarında toplumun örf ve ananesi ile kişisel vicdan kaynak olarak gözümüze çarparken, hukuk kurallarının insan aklının ürünü olduğu söylenmiştir⁶³.

Burada ‘dini hukuk kuralı’ olgusuna da işaret etmek gerekir. Zira dini kaynaklı bir kuralın hukuk kuralı haline gelmesi mümkündür ve özellikle İslamiyet sonrası Türk hukuk tarihi bu türlü kurallar üzerine bina edilmiştir. Osmanlı hukuku, örfi hukuktan⁶⁴ da yararlanmış olmakla birlikte esas olarak İslam hukuku kurallarıyla teşekkül etmiştir⁶⁵. İslam hukuku, tabi olanların gündelik yaşamlarının her alanını ilgilendiren, kişiler ve devletlerarası ilişkileri düzenleyen ve bütüncül bir hukuk sistemini oluşturacak kapsamlı kurallardan oluşmaktadır⁶⁶. Bu kurallar devlet eliyle desteklenen ve yaptırıma tabi tutulan

⁶¹ Işıktaç (2010), s.83.

⁶² Dinçkol (2015), s.13-14.

⁶³ Işıktaç (2010), s.79 vd.

⁶⁴ Örfi hukuk, padişahın emir ve fermanlarıyla oluşan hukuktur. Fatih Sultan Mehmeddönemi tarihçisi Tursun Bey örfü, “...yani bu tedbir ol mertebe olmazsa belki mücerret tavr-ı akl üzere nizâm-ı âlem-i zâhir için meselâ tavr-ı Cengiz Han gibi olursa sebebine izâfe ederler, siyâset-i sultânî ve yasağ-ı pâdişâhî derler ki örfümüzce ona örf derler...” şeklinde tarif etmiştir. Bkz.: Akman, Mehmet (2007) “Örf”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:34, s.93-94.

⁶⁵ Aydın, Mehmet Âkif (2021) Türk Hukuk Tarihi, 18. Baskı, İstanbul, Beta, s.65-66.

⁶⁶ Argunhan, Betül (2020) “Osmanlı Hukuku’nda Yaşam Hakkı (1453-1566)”, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.18.

kurallar olduğundan, dini kaynaklı bu kurallar hukuk kuralına dönüşmüştür. Buradan, hukuk kurallarının dini kaynaklı olabileceği sonucuna varılabilir.

Bu bilgiler nazara alınarak fütüvvetnameler değerlendirildiğinde öncelikle fütüvvetnamelerde geçen kuralların dini-ahlaki kurallara benzediğini söylemek gerekir. Yalan söylemeyi adet edinmemek, haset ve kin beslememek, ispiyonculuk yapmamak, zina etmemek, içki içmemek ve benzeri yukarıda sayılan kurallar esasında adalete yönelen hukuk kurallarına değil, iyiye yönelen dini-ahlaki kurallara benzemektedir. Bununla birlikte bu kuralların, hukuk kurallarına benzer şekilde yaptırıma bağlandığını da görüyoruz. Zira bu kurallara uymayan kişinin ahi birliğinden çıkartılacağı, yaptığı işi artık yapamayacağı gibi yaptırımlarla karşılaşması söz konusudur. Son başlıkta görüleceği üzere, gerçekten de esnaflık nizamına uymayan kişilerin mahkemeye şikâyet edilmeleri, bu kişilerin bazen uyarılmaları bazense esnafıktan ihraç edilmeleri gündeme gelmektedir. Dolayısıyla fütüvvetnameler ve esnafın benzer diğer iç düzenlemelerinin aslında devlet eliyle desteklendiği ve yaptırımını devletin uyguladığı bir durum mevcuttur. Bu sebeple fütüvvetnamelerin, esnafın uymak zorunda olduğu kuralları ihtiva eden hukuki metinler olduğu düşünülebilir.

2. Kanunnameler, Yasaknameler, Nizamnameler

Osmanlı'nın hukuk kaynaklarından olan kanunnameler, konuları sınırlı olmakla birlikte, ilk dönemlerden itibaren karşımıza çıkmaktadır. Kanunnameler bu çalışma bağlamında taranmış, ilgili görülen hükümler burada sunulmuştur. İlgili görülen hükümlere geçmeden önce, bu kanunnamelerde ahilik veya lonca gibi anahtar kelimelere rastlanmadığını, yalnız esnafı ilgilendirir bazı düzenlemelere rastlandığını söylemek gerekir.

İlk olarak Fatih Sultan Mehmet döneminde hazırlandığı düşünülen ve 'Süret-i Nişân-ı Şerîf ki Muhtesiblere Kanun Hususunda Verilir' ismini taşıyan kanun zikredilmelidir⁶⁷. Bu kanun bir giriş ile dört maddeden müteşekkil kısa bir kanundur. Girişinde kanunun hazırlanma sebebini izah üzere şöyle denilmiştir: "...ehl-i hîrfet almakda ve satmakda ifrât ve tefrit edüb berâber fâideye kana'at etmezler imiş; her nice isterler ise ol vech üzere satarlar imiş. Eyle

⁶⁷ Akgündüz, Ahmed (1990a), s.378.

olsa bu bâbda anların hâllerine nazar edüb ehl-i hirfetin alub satduğı nesnelereün asıl sermâyelerini ayru ve harcın ayru teftiş etdürüb ana göre kendüler için fâyide kodurub narhım ta'yin etdürdüm."

Buna göre, ehl-i hirfet⁶⁸ alım-satımda hepsinin kazanacağı bir sistem yerine, ifrat ve tefrit ile davranıp, kendilerini düşünerek hareket etmekte, fiyatları da buna göre belirlemektedir. Bu sebeple padişah, ehl-i hirfetin faydasını da düşünerek narh belirlemiştir. Kanunun maddelerinde ise sadece kasaplar esnafı ve etlerle ilgili düzenlemeler yer almakta olup, düzenlemeler yalnız fiyata ilişkin değildir. Örneğin birinci maddede derinin nasıl yüzülmesi gerektiğine ilişkin kural belirlenmiş, aksi türlü davrananların muhtesip tarafından tespit edileceği ve kendilerine para cezası verileceği söylenmiştir. İkinci madde fiyata ilişkindir. Üçüncü maddede narh verilmesine ilişkin bir kural yer almakta ve aksi davrananların cezalandırılacağı söylenmektedir. Dördüncü maddede et satışına ilişkin bir kural yer almakta ve yine aksi davrananların padişaha sevk edileceği söylenmektedir. Görüldüğü üzere bu metin, münhasıran kasap esnafının faaliyetlerini düzenlemektedir.

1477 tarihli İstanbul ve Galata Dellâllık Kanunnamesi mevcuttur⁶⁹. Bu kanunnamede dellâllığa ilişkin hükümler yer almıştır. Girişinde, "...İstanbul ve Galata'da çuka ve kumaş dellâllığın dutan âmile işbu hükm-i hümayûnı verdim ve buyurdum ki..." denilmiştir. Bu cümle ile kanunun yalnız çuka ve kumaş dellâlları esnafına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Kanunun devamında dellâllığa ilişkin usul ve ücretleri tespit eden 12 madde yer almaktadır. 8. maddede bir kişinin hem dellâllık hem bezirganlık yapamayacağı, dellâl olan kişinin bezirganla ortak da olamayacağı düzenlenmiştir. Esnafın iş kollarının tespiti ve keyfi değiştirilmesi yasağı görülmektedir. Bu bağlamda kanunun,

⁶⁸ Ehl-i hirfet veya bir başka deyişle 'ehl-i hiref', Osmanlı Devleti'nin esnaf birliklerini ifade etmektedir. Bkz.: **Kal'a, Ahmet** (1995) "Esnaf", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:11, s.423; **Kılınç, Ahmet** (2022) Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s.113.

⁶⁹ **Akgündüz** (1990a), s.435.

lonca olarak teşkilatlanmış olan⁷⁰ İstanbul'daki dellâl esnafının ticari hayatını düzenleyen bir kanun olduğu görülmektedir⁷¹.

Fatih döneminde bunlardan başka, tarihleri kesin olarak bilinmemekle birlikte, 1461 sonrası olduğu tahmin edilen İstanbul Kapan Yasaknamesi⁷² (Yasak-ı Kapan-ı Meyve ve Galle ve Üserâ ve Bazar-ı Esb) balıkçı esnafının işlerini düzenleyen Kanunname-i Dalyân-ı İstanbul⁷³ ve Kanun-ı Yasak-ı Mumhane-i İstanbul isimli yasaknameler çıkartılmıştır. Bu düzenlemelerde, kurallara uymayan esnaf için '*hakkından gelmek*' ve '*bazardan sürmek*' şeklinde yaptırımlar uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Düzenlemelerde uygulayıcı olarak kadı ve subaşının isimleri geçmektedir.

II. Bayezid döneminde hazırlanan İstanbul İhtisab Kanunnamesi⁷⁴ konuyu ilgilendiren önemli bir kaynaktır⁷⁵. 1501 yılında hazırlandığı tahmin

⁷⁰ **Halaçoğlu, Yusuf** (1994) "Dellâl", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:9, s.145-146.

⁷¹ Esasında yukarıdaki fütüvvetnamelerde dellâlların ahilik teşkilatına katılmalarının mümkün olmadığı yönünde hükümler vardı. Fakat kadı sicillerinden anlaşıldığı kadarıyla Osmanlı'da dellâlların da bal mumcu esnafı dellâlları, atar esnafı dellâlları şeklindeki birlikleri, esnaf birliği olarak kabul görmüştür. Örneğin bkz.: İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil (H. 1138-1151/M.1726-1738)/hazırlayanlar Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahrıman; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Âkif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) 2010, Cilt: 21, s.272, Hüküm no: 185, Orijinal metin no: [56b-3].; Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil (H. 1081/M. 1670-1671)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı/mukabele Salih Kahrıman – Mümin Yıldıztaş; Arapça çeviri Mehmet Akman; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli, İstanbul, Kültür AŞ, 2019, Cilt:53, s.503, Hüküm no: 620, Orijinal metin no: [111b-1].

⁷² **Akgündüz** (1990a), s.445.

⁷³ **Akgündüz** (1990a), s.454.

⁷⁴ **Akgündüz, Ahmed** (1990b) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-II. Kitap: II. Bayezid Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s.286.

⁷⁵ Bu çalışma İstanbul ile sınırlandırıldığından çalışmanın konusunun dışında kalmakla birlikte, II. Bayezid devrinde neşredilen H. 907, M. 1502 tarihli Bursa İhtisap Kanunnamesi'nin önem arz ettiğini ifade etmek gerekir. Ahmed Akgündüz bu kanunnameyi "Esnaf Kanunu" olarak nitelendirmiştir. Yine II. Bayezid devrinde 1501 yılında neşredilen Edirne İhtisap Kanunu da önemlidir. Esasında II. Bayezid döneminin, en önemli ihtisap kanunlarının hazırlandığı dönem olduğu söylenmiştir. Bkz.: **Barkan, Ömer Lütfi** (1942) "XV. Asrın Sonunda Bazı Büyük Şehirlerde Eşya ve Yiyecek Fiyatlarının Tesbit ve Teftişi

edilmekle birlikte tam tarihi bilinmemektedir. Yetmiş üç maddeden müteşekkil kanunda et taciri olan celebkeş, kasap, pazarcı, kumaşçı, ayakkabıcı, terzi esnafı gibi esnafın ürünlerinin kalitesi, fiyatı, nitelikleri hakkında düzenlemeler yer almıştır. Kanunname loncalara ilişkin doğrudan bir hüküm ihtiva etmemekle birlikte, esnafın günlük faaliyetlerini düzenlediğinden, dolaylı olarak loncaları da ilgilendirdiği söylenebilir. Kanun'un 45. maddesinde, yeme içme, giyim ve hububat esnafının gözetilip, her dükkânın teftiş edileceği ve muhtesibin gereğini yapacağı hüküm altına alınmıştır⁷⁶.

Yavuz dönemi kanunları arasında, Fatih ve II. Bayezid'de olduğu gibi münhasır bir ihtisap kanunu yoktur. Yavuz'un umumi kanunnamesinin son kısmının, önceki Bursa ve İstanbul İhtisap Kanunları'nın bir özeti niteliğinde olduğu görülmektedir⁷⁷. Ahmed Akgündüz'ün tasnifine göre 200 maddeden oluşan bu kanunun 153. maddesinden itibaren başlayan kısmı esnafı ilgilendirir niteliktedir⁷⁸. Mezkûr maddelerde ekmekçi, kasap, aşçı, terzi, bakkal, çukacı, dellâl, terzi, haffaf, mücellid, debbağ gibi çok çeşitli esnafın işlerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Düzenlemede tekrar tekrar muhtesibin bu hususları gözeticeği, gerekirse kadı marifetiyle müdahale edeceği kaydedilmiştir. Son cümle ise *'ve hiç nesne olmaya ki kadı ve muhtesib marifetinsüz narh verilüb satıla'* şeklindedir.

Kanuni dönemi kanunnamelerine bakıldığında, Yavuz'un umumi kanunnamesinde olduğu üzere, Kanuni'nin de umumi kanunnamesinin 227. madde ile başlayan ve 313. maddeye kadar olan kısmında ihtisap ile ilgili meselelerin düzenlendiği görülür⁷⁹. Burada da Yavuz'un kanunnamesindeki düzenlemelere benzer düzenlemeler yer aldığından ayrıca zikredilmeyecektir.

Hususlarını Tanzim Eden Kanunlar: II-Kanunnâme-i İhtisab-ı Bursa (1502)", Tarih Vesikaları, C:II, S:7, s.15-40.; **Akgündüz** (1990b), s.179.

⁷⁶ **Akgündüz** (1990b), s.294-296.

⁷⁷ **Akgündüz, Ahmed** (1991) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-III. Kitap: Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s.87.

⁷⁸ **Akgündüz** (1991), III. Kitap, s.110 vd.

⁷⁹ **Akgündüz, Ahmed** (1992) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-IV. Kitap: Kanuni Sultan Süleyman Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları, s.323.

I. Ahmed'in Kanun-i Osmanî'sinde konuyla ilgili düzenleme Der Beyân-i Kanunnâme-i Sultânî fi Ahvâl-i İhtisap başlıklı, 232. madde ile başlayan ve 241. madde ile sona eren fasılda yer almaktadır⁸⁰. Bir diğer düzenleme, Sultan II. Mahmud devrinde, 1844 yılında çıkartılan İhtisap Ağalığı Nizamnamesi'dir⁸¹. Bu düzenleme öncekilerden farklı şekilde, ağırlıklı olarak muhtesipliğe ilişkindir. Esnafın günlük işlerini ilgilendirir hükümler ihtiva etmekle birlikte, düzenlemenin odak noktasının bir düzene girmesi istenen ihtisap kurumu olduğu anlaşılmaktadır.

Tanzimat yaklaşırken, birçok esnaf koluna yönelik münhasır nizamnameler de çıkartılmıştır. Kadı sicillerinde rastlanan bu nizamnamelerin genellikle bir uyumsuzluk ve talep üzerine çıkartıldıkları görülmektedir. Keresteci esnafının nizamı⁸², kasap esnafının nizamı⁸³, tütüncü esnafının nizamı⁸⁴, ekmekçi esnafının nizamı⁸⁵, feşçi esnafının nizamı⁸⁶ ve kağıtçı

⁸⁰ **Akgündüz, Ahmed** (1996) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-IX. Kitap: I. Ahmed, I. Mustafa ve II. Osman Devirleri Kanunnameleri, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.487.

⁸¹ İhtisap Ağalığı Nizamnamesi; **Ergin, Osman Nuri** (1995) Mecelle-i Umûr-i Belediye, C:1, İstanbul, İBB Kültür İşleri Daire Başkanlığı, s.328.; **Akgündüz, Ahmed** (2016) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-XI. Kitap: III. Ahmed, I. Mahmud ve II. Mahmud Devirleri Kanunnameleri, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı s.945.

⁸² İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217/M. 1801-1803)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı/mukabele Ayhan Işık – Esra Yıldız – Salih Kahriman; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli, İstanbul, Kültür AŞ, 2019, Cilt: 82, s.394, Hüküm no:461, Orijinal metin no: [66b-2].

⁸³ İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225/M. 1802-1810)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı/mukabele Mürsel Sarı – Ayhan Işık – Numan Yekeler; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019, Cilt:83, s.165, Hüküm no: 85, Orijinal metin no: [33a-1].

⁸⁴ İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225/M. 1802-1810) Cilt:83, s.278, Hüküm no:175, Orijinal metin no: [70a-2].

⁸⁵ İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225/M. 1802-1810) Cilt:83, s.535, Hüküm no:398, Orijinal metin no: [142b-3].

⁸⁶ İstanbul Mahkemesi 137 Numaralı Sicil (H.1236-1238/M 1821-1822)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı/mukabele Ayhan Işık – Esra Yıldız; kontrol M.

esnafının nizamı⁸⁷ bunlara örnek olarak verilebilir. Bu nizamnamelerde ürünlerin esnafa rayiç fiyattan daha fazlasına verilmemesi ve sattırılmaması, esnafın bir kısmının kayırılmaması, vergiye dikkat edilmesi, kefaletle ilgili kurallara uyulması, kurallara aykırı davrananların bazı hallerde tedip olunmaları ve bazı hallerde esnafıktan ihraç edilmeleri gibi kural ve yaptırımlar yer almıştır.

Ekmekçi esnafına ilişkin nizamnamenin bir kısmı, nispeten daha derli toplu olması hasebiyle burada incelenebilir:

“...te'allül ve muhâlefet eylememeleri tenbih ve mütenebbih olmayanları olur ise kethudâ ve nizâm ustaları ihbârlarıyla tedib olunmak ve kethudâ ve nizâm ustaları dahi esnâf-ı merkûme içinde ashâb-ı ağrâz ve sâ'î-i tezvîrât olanlarını setr ve muhâfaza etmeyip esnâfca loncalarında terbiye ve tenbih, kabûl etmezler ise ihbâr eylemek üzere râbita-i kaviyyeye bend ve İstanbul Mahkemesi ve Kapan sicillâtına kayd ile ale'd-devam muktezasının icrâsı ve hilâfî hâlât vukû'a gelmemesi husûsuna ihtimâm eylesiz...”

Hükümden anlaşılacağı üzere, nizamname ile belirlenen hususlara ilişkin yalan söyleyen veya muhalefet eden kişiler tembih edilecek, bunu dinlemeyenler kethüda ve nizam ustalarının ihbar etmesiyle tedip olunacak, bu esnaf içinde tezvirat ehli veya garaz sahibi olanlar kethüda ve nizam ustaları tarafından korunmayacak ve gizlenmeyecek, bu kimseler de loncalarında esnaf tarafından terbiye ve tembih edilecek, yine olmazsa ihbar edilerek durumları İstanbul Mahkemesi ve Kapan siciline kaydedilecektir.

Bu nizamnamede önce bir loncaya ilişkin kurallar, yasaklar ve talimatlar verilmiş, sonrasında bunlara muhalefet durumunda izlenecek yol belirlenmiştir. Bu usul halihazırda da aşına olunan kanun yapma usulüne benzemektedir. Öte yandan, loncalara ilişkin münhasır bir hukuki düzenleme olmamasına rağmen, nizamnamede geçen sorunlu kişilerin loncalarda esnaf tarafından terbiye ve tembih edilmesine yönelik hüküm, ayrıca kethüda ve

Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019, Cilt:86, s.159, Hüküm no: 129, Orijinal metin no: [26b-6].

⁸⁷ İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225/M. 1802-1810) Cilt:83, s.371, Hüküm no:254, Orijinal metin no: [98a-1].

nizam ustalarına yüklenen sorumluluk, loncaların Osmanlı hukukunda bir müessese olarak kabul ve işleyişini de göstermektedir.

Fesçilere ilişkin nizamnamede, kurallar, yasaklar ve talimatlar verildikten sonra gelen kısım şu şekildedir:

“...hilâfına hareket ederleri olur ise tedîb olunmak ve kadîmden olageldiği veçhile tüccârdan alınan envâ’-ı fes ber-mu’tâ[d] lonca odasında kethüdâ ve ihtiyârlar ve yiğitbaşılar ma’rifetleriyle esnafımızın Âsitâne-i aliyeye ve Galata dekâkîni olan bâ-fermân-ı âlî mu’teber seksen beş aded gedik ve sergi ve tobracı hisseler üzere tevzi’ olunup...”

Burada da dikkat çeken hususları zikretmek isteriz. Öncelikle kurallara muhalif olanların tedip edileceği önceki nizamnamede olduğu gibi burada da söylenmiştir. Devamında, eskiden olduğu gibi tacirlerden alınan çeşitli feslerin, mutat olduğu üzere loncalarda kethüda, yiğitbaşı ve ihtiyarlar tarafından fesçi esnafının dükkanlarına hisselerine göre tevzi edileceği söylenmiştir. “Kadimden olageldiği” ibaresi önemli görülebilir, zira sözlük anlamı olarak kadim eski demek olmakla birlikte, Osmanlı hukukunda bu kelime “başlangıcı olmayan, öteden beri mevcut bulunan” manasına gelecek şekilde⁸⁸, çok eski zamanlardan beri gelen şeyleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Nitekim başka nizamnamelerde de “kadîmü’l-eyyam” gibi benzer ibareler bulunmaktadır⁸⁹. Böylece lonca faaliyetlerinin ahilik zamanıyla ilişkilendirildiği düşünülebilir.

Görüldüğü üzere, her nizamnamede, ilgili işin doğasına uygun münhasır hükümler bulunmaktadır. Nizamnamelerin genellikle bir şikâyet yahut resen tespit edilen bir sorun üzerine çıkartıldığı, bu bakımdan daha genel düzenlemeler olan kanunnamelerden ayrıştığı söylenebilir.

Tanzimat’ı takip eden yıllarda her alanda yaşanan köklü değişiklikler⁹⁰ esnaf loncalarında da kendisini göstermiştir. Hazırlanan çok sayıda yerli ve

⁸⁸ Devellioğlu (2017), s.550.

⁸⁹ Örneğin yukarıda bilgisi verilen Keresteci ve Kağıtçı Esnafı Nizamnamelerinde olduğu gibi.

⁹⁰ Kılınç, Ahmet/Yıldırım, Davut (2021) “Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansımaları”: Koyuncu, Nuran/Yıldız, Abdülkadir (editörler) Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları-Kamu Hukuku, s.175.

yabancı menşei kanunun⁹¹ ardından, 1910 yılına gelindiğinde yalnız İstanbul esnafını ilgilendirmek üzere “Esnaf Cemiyetleri Hakkında Talimat” ismiyle bir talimat⁹² hazırlanmış, sonrasında bu talimat 1912 yılında taşra esnafını da kapsayacak şekilde tadil edilmiştir⁹³. Talimata göre esnaf kethüdalıkları kaldırılmıştır (m. 1). Her esnaf grubu ayrı ayrı cemiyet tesis edebilecektir (m. 2). Esnaf cemiyetleri İstanbul’da Şehremaneti⁹⁴, taşrada belediye dairelerince belirlenecek ve kaydedilecek yerlerde toplanacaktır (m. 3). Düzenlemenin devamında esnaf cemiyetlerinin teşkilat yapısı ve vazifelerine değinilmiştir⁹⁵. Böylece lonca teşkilatının sona erdiği ve yerini devletin idari örgütüne bağlı esnaf cemiyetlerine bıraktığı görülmektedir.

Lonca teşkilatının mevzuatına yönelik genel bir çıkarım yapılması noktasında ise ilk söylenebilecek olan, incelendiği kadarıyla Osmanlı’nın uygulayıcısı olduğu fıkıh kitaplarında, kanunnamelerinde ve nizamnamelerinde bu müessesenin teşkilatlanması hususunda münhasır düzenleme olmadığıdır. Teşkilatlanma hususunda fütüvvet ve ahi teşkilatlarının yönetmelikleri/tüzükleri olarak görülen fütüvvetnamelerin bilgi verici olduğu görülmüştür. Loncaların faaliyet gösterdikleri alanlara ve meslek kurallarına ilişkin olarak ise hem fütüvvetnamelerde hem de kanunnameler, yasaknameler, nizamnameler ve benzeri hukuki metinlerde hükümler yer almıştır. Şu ana kadar görülen mevzuattan yola çıkılarak, gelecek başlıkta loncaların kişilik yapısı incelenecektir.

⁹¹ Tanzimat dönemi kodifikasyonları için bkz.: **Bozkurt, Gülnihal** (2020) Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.

⁹² Düstur, Tertip II, C:2, s.123.

⁹³ Tadil edilen talimat; Düstur, Tertip II, C:4, s.483. Talimatın Latin harfleriyle yazılmış hali için bkz.: **Ergin, Osman Nuri** (2017) Muhtasar Mecelle-i Umur-ı Belediye, İstanbul, Kültür A.Ş., s.161 vd.

⁹⁴ İstanbul Şehremaneti, Osmanlı Devleti’nin ilk modern belediye kurma teşebbüsünün neticesi olarak 1854 yılında kurulan İstanbul Belediyesidir. Tafsilatlı bilgi için bkz.: **Oktay, Tarkan** (2011) İstanbul Şehremaneti, İstanbul, Yeditepe.

⁹⁵ Bundan başka, lonca teşkilatının sona ermesinden sonra da Ekmekçilik Nizamnamesi, Fırınlar hk. Talimat, Turşucu, Lokantacı, Kasap, Bakkal, Sütçü, Helvacı gibi çok sayıda esnafın iş hayatına ilişkin hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bkz.: **Ergin** (2017).

C. LONCALARIN HÜKMİ ŞAHSİYETİ (TÜZEL KİŞİLİĞİ)

Hukuki bir terim olarak ‘şahıs’, “*haklara ve borçlara ehil olan varlık*” şeklinde tanımlanmıştır⁹⁶. Hak ve borçlara ehil olma hususunda özne, kural olarak insanlardır. Bu durum Roma hukukunda “*Hominum causa omne ius constitutum est (bütün hukuk insanlar için oluşmuştur)*” şeklindeki ilke ile vurgulanmıştır⁹⁷. Bununla birlikte hukuk tarihine bakıldığında, süreç içinde ve sisteminin işleyişinde insanlar dışında vakıflar, dernekler, muris grupları gibi bazı toplulukların da hak ve borçlara ehil olma vasfı ile kuşatılması gerekliliği göze çarpmaktadır. Nitekim Roma hukukunda İmparatorluk döneminde tüzel kişiliğin kabul edildiği söylenmektedir⁹⁸. Bu minvalde, şahıs teriminin medeni hukukumuzdaki karşılığı olarak görülen ‘kişi’ de gerçek kişi ve tüzel kişi olarak iki kısımda ele alınmış, insanlar dışında haklara ve borçlara ehil olan vakıflar, dernekler, şirketler gibi kişilere ‘tüzel kişi’ denilmiştir⁹⁹.

Bu girişten sonra loncaların kişilik yapısının tahlili için öncelikle tüzel kişilik hususunda yol haritası çizecek bir tanım gerekir. Bir tanıma göre tüzel kişi “*Ortak bir amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip, kendisini oluşturan veya kendisinden yararlanan kişilerden bağımsız kişi veya mal toplulukları*”dır¹⁰⁰. Gözler ise Turgut Akıntürk’e atıfla tüzel kişiyi “*Belli bir gayeyi gerçekleştirmek için bir kısım insanların bir araya gelip faaliyetlerini ve bir kısım mallarını bu gayeye tahsis etmeleriyle ortaya çıkan ve kendisini meydana getiren kişilerden ayrı ve bağımsız oldukları kabul edilen varlıklar*” şeklinde tanımlamıştır¹⁰¹. Bu iki tanımın ortak unsurlarını bir araya getirirsek, günümüz hukuku bakımından tüzel kişiyi; sürekli ve ortak bir gayeye hizmet eden, bir iç örgütlenmeye sahip, kendisini oluşturan unsurlardan bağımsız kişi veya mal toplulukları olarak tanımlayabiliriz.

⁹⁶ **Dönmez, İbrahim Kâfi** (2010) “Şahıs”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C:38, s.270-273.

⁹⁷ **Güvel, A. Övünç** (2020) “Roma Hukukunda Tüzel Kişiler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:69, S:2, s.485.

⁹⁸ **Güvel** (2020), s.485.

⁹⁹ **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami** (2012) Medeni Hukuk, 18. Baskı, İstanbul, Vedat, s.176.

¹⁰⁰ **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2010) Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Filiz, s.214.

¹⁰¹ **Gözler** (2014), s.84 ve **Akıntürk, Turgut** (1994) Medeni Hukuk, 5. Baskı, Ankara, Savaş, s.109.

Çalışmanın konusu itibariyle Osmanlı hukukunun şer'i hukuk kısmını oluşturan İslam Hukuku¹⁰² bakımından da irdeleme yapmak gerekir. Klasik İslam hukuku kaynaklarında, tüzel kişilik veya hükmi şahıs terimlerine rastlanmadığı, yine de bunlarla ilgili bazı düzenlemelerin yer aldığı söylenmiş, hükmi şahsiyeti bulunan kurumlar olarak devlet, beytülmâl, şirketler ve vakıflar sayılmıştır¹⁰³. Tüzel kişi mefhumunun, duyulan ihtiyaç ve bu kurumların pratikte kendiliğinden ortaya çıkmasına matuf olarak, son birkaç yüzyılda hukuk literatürüne girdiği, bu bağlamda yakın zaman İslam hukukunda da değerlendirildiği söylenmektedir¹⁰⁴. Nitekim son birkaç yıldır yapılan İslam hukuku çalışmalarında hükmi şahsiyet, manevi şahsiyet, itibari şahsiyet gibi terimlere rastlanmaktadır¹⁰⁵.

Osmanlı hukuku bakımından da benzer kabuller mevcuttur: Tüzel kişi terimi ve ona ilişkin münhasır düzenlemeler bulunmamakla birlikte, tüzel kişi özelliklerini haiz müesseseler bulunmaktadır; devlet, beytülmâl¹⁰⁶, vakıflar gibi¹⁰⁷. Bazı Türk hukuk tarihi kitaplarında, bu üç örneğe bir de loncaların eklendiği görülmektedir¹⁰⁸. Avcı, ahilik teşkilatının ve loncaların, derneklerin ilk örneği olarak düşünülebileceğini söylemiştir¹⁰⁹. Aksi görüş olarak, loncaların

¹⁰² Osmanlı hukuku, iki kısımdan meydana gelmektedir. Bu iki kısımdan birincisi İslam hukukunu ifade eden şer'i hukuktur. İkinci kısım ise ulû'l-emrin sınırlı yasama yetkisi ile meydana getirdiği kuralları ifade eden örfi hukuktur. Bkz.: **Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2021) Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, Konya, Sayram, s.77-78.

¹⁰³ **Karaman, Hayrettin** (2007) Anahatlarıyla İslam Hukuku (1-2-3), 12. Baskı, İstanbul, Ensar, s.284-292; **Köse, Murtaza** (2009) İslam Hukuku Açısından Hükmi Şahsiyet, İzmir, Işık Akademi, s.132; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2018) İslam Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Arı Sanat, s.357 vd.

¹⁰⁴ **Karaman** (2007), s.184; **Köse** (2009), s.131-132.

¹⁰⁵ **Köse** (2009), s.131.

¹⁰⁶ Devlet hazinesi. Bkz.: **Erkal, Mehmet** (1992) "Beytülmâl", TDV İslam Ansiklopedisi, C:6, s.90-94.

¹⁰⁷ **Cin/Akyılmaz** (2021), s.283; **Aydın** (2021), s.231; **Avcı, Mustafa** (2021) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Ankara, Atlas Akademi, s.309; **Demir, Abdullah** (2019) Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Ankara, Astana, s.296.

¹⁰⁸ **Ekinci** (2021), s.394; **Cin/Akyılmaz** (2021), s.284; **Aydın** (2021), s.231.

¹⁰⁹ **Avcı** (2021), s.334.

sadece bir tarihi gelişim müessesesi olduğu, hükmi şahsiyeti haiz dernek manasına gelemeyeceği de söylenmiştir¹¹⁰.

Öte yandan, 1912 yılında çıkartılan Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kanun-i Muvakkat¹¹¹ ile tüzel kişi mefhumunun 'eşhas-ı hükmiye' terimi kullanılarak, Osmanlı Devleti'nin kanunlarına girdiğini görmekteyiz. Fakat bu tarihte loncalar artık mülga durumda olduğundan, tüzel kişiliğe ilişkin bu düzenleme onlara ilişkin hüküm ifade etmemektedir.

Tüzel kişilere dair yukarıda verilen bilgiler ışığında şimdi unsurlar incelenerek loncaların konumu değerlendirilecektir.

Tüzel kişilerin özellikleri arasında sayılan sürekli amaç unsuru, tüzel kişiliğin meydana gelmesine sebep olan ortak ve sürekli bir menfaati ifade etmektedir. Bu menfaat maddi veya manevi olabileceği gibi hem maddi hem manevi de olabilir¹¹². Esnaf birliklerinin kuruluş amacı yüzyıllar süren ömürlerinde zaman zaman değişikliğe uğramışsa da, temelde bu birliklerin ilgili esnafın işlerinin düzgün bir çizgide yürümesi, durumu kötü olan esnafa yardım edilmesi, sermaye tedariki, esnafın cenazelerinin tertibi, dul ve yetimlerinin korunması, vergi vermek hususunda yardımcı olunması gibi bir dizi iktisadi-sosyal menfaati temin etmek ve sürdürmek amaçlarıyla kurulduğu söylenebilir¹¹³. Amaçları bu yazılanlarla sınırlandırmak mümkün değilse de, bu örneklere nispetle loncaların sürekli amaç unsurunu sağladığı kanaatindeyiz.

Tüzel kişilerin bağımsızlığından kasıt, üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerinde hak öznesi olarak taraf olabilmeleri ve malvarlığının kurucu ve üyelerinden bağımsız olmasıdır. Kadı sicillerde loncaların üyeleri tarafından temsil edilmek suretiyle bizatihi taraf oldukları davalar mevcuttur¹¹⁴. Bu

¹¹⁰ Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed (2017) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.485.

¹¹¹ Düstur, Tertip II, C:5, s.114.

¹¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (2010), s.215.

¹¹³ Barkan (1985), s.39-40.

¹¹⁴ Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163/M. 1749-1750)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı/mukabele Nedim Pakırdağ – Abdullah Sivridağ; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İşşirli. – İstanbul: Kültür AŞ, 2019, C:73, s.90, Hüküm no: 5, Orijinal metin no: [1b-4].

davaların ortak özelliği hemen hemen her şikâyetle kethüdanın loncaı temsilen mahkemede mutlaka hazır olmasıdır¹¹⁵. Kethüdanın hazır bulunmadığı şikâyet örnekleri de mevcut olmakla birlikte, bu hallerde de lonca üyesi bir grup esnafın birlikte hareketi söz konusudur¹¹⁶. Tek bir esnafın şikâyetine binaen görülen bir dava kaydına rastlanmamıştır. Bu tür mahkeme kayıtlarına binaen, loncaların davalarda taraf olarak buldukları ve loncaı temsilen üyelerin bir kısmının hazır bulunmasının gerekli ve yeterli görüldüğü yorumu yapılabilir. İncelenen davalarda talep konusu yalnız bir kişinin isteğine yönelik olmayıp, “*bizim lonca tabîr olunur cemiyetimiz...*” ibaresi yer almaktadır. Bu ibarenin, talepte bulunanların lonca adına talepte bulunabildiklerine işaret ettiği kanaatindeyiz. Zira talepte bulunanların talepleri karşılandığında, yalnız davaya katılan kethüda ve yiğitbaşı yahut sınırlı sayıda esnafı ilgilendirmeyen, aksine bütün lonca üyelerini ilgilendiren kararlar verilmiştir.

Bağımsızlık unsurunun malvarlığı bakımından değerlendirilmesinde ise orta sandıkları önem arz etmektedir¹¹⁷. Esnaf loncalarının, kethüdanın nezareti altında olan ve “orta sandığı, esnaf sandığı, esnaf kesesi” gibi isimler verilen bir

¹¹⁵ Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.99, Hüküm no: 20, Orijinal metin no: [3b-3]; Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.120, Hüküm no: 53, Orijinal metin no: [8a-4]; Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.120, Hüküm no: 54, Orijinal metin no: [8b-1]; Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.146, Hüküm no: 90, Orijinal metin no: [13a-4]; Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.246, Hüküm no: 251, Orijinal metin no: [33b-4]; Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.302, Hüküm no: 348, Orijinal metin no: [45a-1]; Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.490, Hüküm no: 658, Orijinal metin no: [85b-4].

¹¹⁶ Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.197, Hüküm no: 166, Orijinal metin no: [24a-1]; Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.273, Hüküm no: 300, Orijinal metin no: [39a-1]; Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil, C:73, s.507, Hüküm no: 685, Orijinal metin no: [89a-2].

¹¹⁷ Esnaf loncalarının orta sandıkları, yeniçeri ortalarının orta malı, orta sandığı veya oda sandığı isimli sandıklarıyla karıştırılmamalıdır. Yeniçerilerin orta sandığıyla ilgili olarak bkz.: **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (2015) *Osmanlı Tarihi*, 1. Cilt, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.507-518; **Gül, Abdulkasım** (2020) “18. Yüzyılda Yeniçeri Teşkilatı”, (Doktora), Atatürk Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü; **Özbek, Özgül** (2017) “Kavânin-i Yeniçeriyân (İnceleme-Metin-Dizin)”, (Doktora), Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

yardım sandıkları bulunmaktadır¹¹⁸. Bu sandıklara ‘teavün sandığı’ da denilmiştir. Lonca üyeleri aidat ve bağışlarını, kıdem geçişlerinde ustalar tarafından verilen paralardan sandığa ayrılan payları, sandıktaki paranın murabaha ile işletilmesinden elde edilen kazancı ve benzeri gelirleri orta sandığında toplamış, bu sandıktan fakirlik, yaşlılık, hastalık, sakatlık gibi zor durumlarda kalan esnafa borç ve faizsiz kredi (karz-ı hasen¹¹⁹) verilmiştir¹²⁰. Orta sandığı yalnız kişilerin ihtiyaçlarını karşılamakta kullanılmamış, lonca odasının giderleri de buradan karşılanmıştır. 1806-1808 yıllarına ait bir sicil kaydında, fermeneci esnafının lonca odasının ve esnafın dükkanlarının yandığı, dükkanların esnafça onarıldığı ve lonca odasının da orta malından aslına uygun olarak yeniden yapılacağı, bu hususta esnaftan üç kişinin görevli olduğu hüküm altına alınmıştır¹²¹.

Tüzel kişiliğin bir diğer unsuru olan ‘örgütlenme’, ortak amacı gerçekleştirmeye elverişli organlara sahip olmasını gerektirir¹²². Loncalar, kendi işlerinde yaptıkları iş bölümüne göre kademe kademe görevlileri/organları mevcut olan müesseselerdir. Başında kethüda, sonra yiğitbaşı, ihtiyar heyeti ve ehl-i hibreden meydana gelen loncaların temel yapısı bir sonraki başlıkta ele alınacağı için burada ayrıntılı şekilde üstünde durulmayacaktır.

Bu başlık altında değerlendirilen husus esasında loncaların tüzel kişiliği haiz olup olmadıkları değil, tüzel kişi özelliklerini haiz olup olmadıklarıdır. Zira dönemleri itibariyle tabi olunan hukuk sisteminde ‘tüzel kişi’ teriminin mevcut olmadığı hususunda yukarıda zikredilen görüşler birlik içerisindedir. Bu sebeple loncaların tüzel kişiliği olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme,

¹¹⁸ **Barkan** (1985), s.40; **Ekinci** (2021), s.280; **Arslan, Hüseyin** (2015) “Ahilik Teşkilatı’nın Sosyo-İktisadi Yapısı ve Örneklik Değeri”, Akademik Bakış Dergisi, S:49, s.264.

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Apaydın, H. Yunus** (2001) "Karz", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:24, s.520-525.

¹²⁰ **Akgündüz**, s.210; **Ekinci** (2021), s.281; **Koçu** (2016), s.15.; Benzer bir sandığın loncaların öncesinde ahi teşkilatında da mevcut olduğu söylenmiştir. Bkz.: **Bayram, Selahattin** (2012) “Osmanlı Devleti’nde Ekonomik Hayatın Yerel Unsurları: Ahilik Teşkilatı ve Esnaf Loncaları”, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:21, s.81-115, s.88.

¹²¹ Galata Mahkemesi 580 Numaralı Sicil (H. 1221-1222/M. 1806-1808)C:84, s.260, Hüküm no: 369, Orijinal metin no: [35b-2].

¹²² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir** (2010), s.214.

anakronik bir yaklaşıma sebebiyet verebilecektir. Halbuki loncaların tüzel kişi özelliği gösterip göstermedikleri, hukuk düzenindeki konumlarının belirlenmesi bakımından önemli görülebilir. Böylece loncaların kurucu ve üyelerinin kimliklerinden arı, kendi başına hukuk öznesi olabilen bir müessese olup olmadıkları tespit edilebilir. Görüldüğü kadarıyla tüzel kişi benzeri müesseseler olarak loncalar, Osmanlı hukuku zemininde bağımsız malvarlığına sahip olabilmiş, davalara taraf olabilmiş, kendi adlarına hak ve borçlar doğuran sözleşmeler kurabilmişlerdir. Bir kişinin loncadan ihracı loncanın genel yapısına hanel getirmemiştir. Loncaların, kurucu ve üyelerinin mal varlıklarından bağımsız olan orta sandıkları, loncanın amaç ve çıkarları doğrultusunda işletilmiş ve kullanılmıştır.

Son olarak bir noktaya daha işaret etmek gerekir: Yukarıda zikredilen Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarrufları Hakkında Kanun'un birinci maddesinde "*Evvelen hükümet ve belediye daireleri, saniyen kanun-u mahsusu mucebince cemiyetler, salisen hükümetçe musaddak mukavelename veya şartname veya nizamnameleri mucebince Osmanlı ticaret ve sınaat ve inşaat şirketleri, emval-i gayrimenkuleye tasarruf edebilirler.*" denilmiştir. Burada tüzel kişiye veya hükmi şahsa ilişkin bir tanım yer almamakla birlikte, kanunun başlığı ve bu maddeye birlikte bakıldığında, cemiyetlerin tüzel kişi olarak kabul edildiği sonucuna kolayca varılabilir. Buna göre, 1910 tarihli talimat ile kurulan esnaf cemiyetleri tüzel kişi olarak kabul edilmiştir. Bu iki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde, Osmanlı hukuk düşüncesinde loncaların tüzel kişi kategorisinde değerlendirilebileceği söylenebilir.

D. LONCA TEŞKİLATININ YAPISI VE İŞLEVİ

Bu başlıkta öncelikle lonca teşkilatının, ikinci olarak lonca teşkilatının ifa etmekle yükümlü olduğu işlerin incelenmesi planlanmıştır. Lonca teşkilatının ifa ettiği çeşitli işler, görevlilere ilişkin başlıklar altında izah edilmiş, daha özel nitelikli hallerse en son başlıkta verilmiştir.

Loncalarda her bir esnaf grubunun kethüda, yiğitbaşı, şeyh, nakib¹²³, duacı, çavuş, nizam ustası, işçibaşı¹²⁴ gibi isimlerle anılan yetkilileri olmuştur¹²⁵. Şeyh ve nakibler zaman içinde yerini kethüdalara bırakmış¹²⁶ ve kethüdalar

¹²³ Nakib, ahi babanın yardımcısı olup, şedd kuşanma töreninde şedd kuşanmak isteyenleri kapıya götürmekle görevli olmuştur. Öte yandan, nakibin fütüvvet teşkilatında önemli bir konumda olduğu, şeyh ve halifeden sonra üçüncü sırada nakibin geldiği de bilinmektedir. Ahilikteki nakibin, fütüvvetteki nakibe benzediği söylenmiştir. Lonca birliklerindeki nakib ise kethüda yardımcısı olup, esnaf tarafından seçilmiştir. Bkz.: **Uyar, Gülgün** (2006) “Nakib”, TDV İslam Ansiklopedisi, C: 32, s.321-322.; **Kütükoğlu** (2020), s.49.

¹²⁴ İşçibaşının, yiğitbaşının yardımcısı konumunda olduğu, haftanın belirli günlerinde iş bulmak üzere belirli bir yerde toplanan işçiler arasından işçi seçtiği, sonrasında çalışırken işçiyi takip ettiği, işçinin performansına göre gereğini yaptığı söylenmiştir. **Barkan** (1985), s.41; **İnce, Erdal** (2020) “Osmanlı Devleti’nde Esnaf Teşkilatı ve İkinci Meşrutiyet Döneminde Esnafa Yönelik Teşvik Politikaları”, (Doktora), Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.103.

¹²⁵ Şeyh, duacı, çavuş gibi görevlilerin zamanla yerini yiğitbaşı, işçibaşı gibi görevlilere bıraktığı söylene de, 1826-1827 yıllarına ait sicil kayıtlarında hala bu isimlere rastlanması mümkündür. Bkz.: İstanbul Mahkemesi148 Numaralı Sicil (H. 1241-1242/M. 1826-1827)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı/mukabele Fatma Zehra Beyaz – Fikret Sarıcaoğlu; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019, C:90, s.113, Hüküm no: 65, Orijinal metin no: [13b-1].

Bununla birlikte bazı sicillerde de çadırcıbaşı, ser-perde gibi farklı görevli isimlerinin geçmesi, bizi bazı görevlilerin mesleklere ve loncalara göre farklılıklar gösterebildiği sonucuna götürebilir. Bkz.: İstanbul Mahkemesi 44 Numaralı sicil (H. 1193-1194/M. 1779-1780)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın ; editör Coşkun Yılmaz; hazırlayan Fikret Sarıcaoğlu ; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul: Kültür AŞ, 2019, C:78, s.105, Hüküm no: 66, Orijinal metin no: [19b-1].

¹²⁶ Baer (1974)s.113.; Bu durum tüm Osmanlı şehirleri için geçerli olmayıp, geniş Osmanlı coğrafyasının bilhassa Musul, Halep, Kudüs, Kahire gibi Arap şehirlerinde, şeyhler ile kethüdaların aynı yetkileri haiz oldukları da söylenmiştir. Bkz.: **Koyuncu** (2008), s.103.

İncelenen 1786-1787 tarihli bir sicil defterinde, İstanbul simkeş esnafının kethüdalarının azledilmesi ve yeni bir kethüda tayin edilmesine ilişkin mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu kararda mahkemeye başvuranlar arasında “esnaf şeyhleri es-Seyyid Hasan Efendi ve es-Seyyid el-Hac İsmail ağa...” bulunmaktadır. Bu kararın, şeyh ve kethüdanın sınırlarının keskin olarak çizilmediğine, İstanbul’da da şeyhin ve kethüdanın bir arada görüldüğüne örnek teşkil edebilir kanaatindeyiz. Bkz.: İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 1201-1203/M. 1786-1787)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı/mukabele Rıfat Günalan; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul: Kültür AŞ, 2019, C:80, s.199, Hüküm no: 209, Orijinal metin no: [55a-2].

esnafı hükümet arasındaki en önemli aracı haline gelmişlerdir¹²⁷. Çalışmanın kapsamı ve sınırlılığı bakımından burada tüm yetkililere yer verilmesi mümkün olmamakla, en önemli görülen temel görevliler ve onların görevleri zikredilecektir. Bu bağlamda kethüda, yiğitbaşı, ehl-i hibre ve ihtiyar heyeti incelenecektir.

1. Kethüda ve Görevleri

'Kethüda', *ked (hane)* ve *huda (sahib)* kelimelerinin birleşimi ile meydana gelmiş Farsça asıllı bir kelimedir¹²⁸. Pehleviceden geldiği ve aslının 'katak-xvatai' olduğu da söylenmiştir¹²⁹. Türkçede 'kâhya' ile karşılanan 'kethüda' kelimesi, Osmanlı Devleti'nde hazine kethüdası, sadaret kethüdası, defter kethüdası gibi birçok farklı memuriyete isim olarak verilmiştir¹³⁰. Bir başka çalışmada ise esnaf ile hükümet arasındaki işlerde ve esnaftan tahsil edilecek vergilerde aracılık yapan kişiye '*esnaf kethüdası*' denilmiştir¹³¹. Konumuz bakımından önem arz eden kethüdalar, esnaf kethüdalarıdır.

Ahi birliklerinden lonca teşkilatına geçildikten sonra, Müslüman ve gayrimüslim esnaf birlikte loncalar kurmuşlar, bu loncaların başına da hangi grup daha kalabalıksa o gruptan bir kethüda seçilmiş¹³²; zaman içinde bazı uyuşmazlıklar görülmesi sebebiyle Müslümanlar ve gayrimüslimler, ayrı ayrı loncalar kurmuşlar ve kethüdaları da ayrı belirlenmiştir¹³³. Bununla birlikte,

¹²⁷ Akgündüz (2011), s.209-210.

¹²⁸ Ergin (1995), s.540; Kütükoğlu (2020), s.54.

¹²⁹ Canatar, Mehmet (2002) "Kethüdâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:25, s.332-334.

¹³⁰ Sertoğlu (2015), s.285.

¹³¹ Karamursal, Ziya (1989) Osmanlı Mali Tarihi Hakkında Tetkikler, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.135.

¹³² Örneğin 1749-50 yıllarına ait bir kadı sicil kaydında, Müslüman, Yahudi ve Ermeni tebaadan ustaların bir arada bulunduğu kazzaz esnafı loncasına, Müslüman bir kethüda tayin edildiği bilgisi yer almaktadır. Bkz.: Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163/M. 1749-1750)C:73, s.99, Hüküm no: 20, Orijinal metin no: [3b-3].

¹³³ Kütükoğlu (2020), s.56; Akgündüz (2011), s.210.

Yalnız zimmi tebaadan müteşekkil bir loncaya ilişkin kadı sicil kaydı örneği için bkz.: İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217/M. 1801-1803)C:82, s.467, Hüküm no: 544, Orijinal metin no: [81a-1].

hem Müslüman hem zimmi tebaanın bir arada bulunduğu loncaların sayısı da az değildir¹³⁴.

Kayıtlardan anlaşıldığı kadarıyla, kethüdaların belirlenmesinde seçim ve tayin usulü bir arada kullanılmıştır. Esnaf kethüda olarak birisini seçmek yönünde irade göstermiş, o kişi merkezden verilen bir kararla veya kadı mahkemesi kararıyla atanmıştır. Örneğin 1779 yılına ait bir sicil kaydına göre, çadırcılar esnafından çadırcıbaşı, ser-perde, yiğitbaşı ve ihtiyarlardan bir kısım, ‘*umûr ve husûslarını ve nizâm ve intizâmı ru’yet eder*’ bir kethüdaları olmadığından bahisle kendilerine ‘*emânet ve diyânet ile ma’rûf ve sadâkat ve istikâmet ile mevsuf esnâfımızın kudemâsından örf ve âdetimize vâkıf ve nizâm ve intizâmımızı mûcib olan umûr ve ahvâlimize kemâ-yenbagî ârif ve her veçhile kethudâlık hizmetini idâre ve rü’yete kâdir ve cümlemizin muhtârı ve mu’temedi olan*’ usta Süleyman Efendi’yi kethüda olarak seçmişler, kadı mezkûr kethüda adayını ‘*umûr ve hususlarını idâre ve rü’yet ve hilâf-ı şer’-i mutahhar bir ferde zulm ve te’addi ve rencide etmemek üzere tenbih*’ etmiş ve kethüda olarak tayin etmiştir¹³⁵. Bu kayıt, kethüdanın taşıdığı niteliklerden ve kadının kethüdaya yönelik tembihlerinden bahsettiği için önemli bir kayıt olarak görülebilir.

Esnaf kethüdaları kadı ve muhtesip maiyetinde çalışmışlardır¹³⁶. Kethüdanın kadının maiyetinde çalıştığı 1488 tarihli bir kanundan geçen “...*Sen ki, kadısın, muhtesib ve kethüdâ üzerine nâzır olub mukayyed olasın ki, emr olunan şâbdan bir akçelik şab satılmaya...*” ifadesinden de anlaşılmaktadır¹³⁷. Tanzimat’a yakın çıkartılan nizamnamelerde de benzer hükümler seyredilebilir. Kethüdanın işine ilişkin hususlarda kadıya şikâyet edilmesi de buna işaret edebilir.

¹³⁴ **Koyuncu** (2008), s.105 vd.; Kethüdaları Mehmed’densikâyet etmek üzere kadı mahkemesine başvuran sebzeçi esnafı, Müslüman ve zimmilerin bir arada buldukları bir loncadır. Bkz.: İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 1201-1203/M. 1786-1787)C:80, s.81, Hüküm no: 47, Orijinal metin no: [11b-1]; Ayrıca 156 no’lu dipnottaki sicil kaydında geçen lonca da Müslüman ve zimmi tebaanın bir arada bulunduğu loncalara örnektir.

¹³⁵ İstanbul Mahkemesi 44 Numaralı sicil (H. 1193-1194/M. 1779-1780)C:78, s.105, Hüküm no: 66, Orijinal metin no: [19b-1].

¹³⁶ **Kütükoğlu** (2020), s.54.

¹³⁷ **Akgündüz**(1990b), s.253.

Kethüdanın esnaf ile hükümet arasında irtibatı sağlamak, esnafa ham madde temin etmek, esnaf arasındaki anlaşmazlıklarda birlikişilerin görüşüne başvurarak esnafa ceza vermek¹³⁸ gibi görevleri bulunmaktadır¹³⁹. Kethüda, esnaf arasında ham madde temin ve tevzii hususunda adaletli olmak, hiçbir esnafı lehe veya aleyhe kayırmamak zorundadır¹⁴⁰. Kethüdaların işlerine ilişkin özel bir hüküm, İpekçi esnafının nizamnamesinde bulunmaktadır. Nizamnameye göre, kethüda, gizli ve açıktan tecessüs yani gözleme ve araştırma yapacak, gözlemlerini kaydedecek ve kurala aykırı davranan kimseler “*esnaftan tard ve ihraç*” olunacak, ürettiği yasaklı ürün ise “*kethüda ve cümle esnaf marifetiyle devşirilip bir mahallede vaz ve müşterisine keyfiyeti ilan olunarak değer-i bahâsıyla hitâmına kadar bir mahâlden...*” satılacaktır¹⁴¹.

Kethüdanın gerek taşıması gereken nitelikler, gerekse görevleri itibarıyla zor bir mevkide olduğu anlaşılmalıdır. Bu minvalde kethüdaların kendi istekleriyle kethüdalıktan çekilebilecekleri söylenmişse de, azil taleplerinin reddedilebilmesi bu bilgiyi tartışılır kılmaktadır¹⁴².

Kethüdalara ilişkin olarak kadı sicillerinden edinilen önemli bir bilgi, yerlerine vekil tayin etmelerinin mümkün olmasıdır. İstanbul sicillerinde yer alan bir kayıta sebzecei esnafı, kethüdaları olan Mehmed Ağa'nın 'bâ-hüccet-i şeriyye' vekili olan Bostânî Mehmed Efendi'den şikayetçi olmuştur¹⁴³. İddialara göre mezkûr Mehmed Efendi, kethüda vekili olması sebebiyle esnaftan birer altın ve fazladan akçe talep etmiş, esnafa iftirada bulunmuş, kayıtlı sebzecei dükkanlarından başka dükkanlara sebze ve et satılması yönünde izinler vermiş,

¹³⁸ Kethüdanın görevleri arasında esnafa ceza vermek sayılmakla birlikte, kethüdanın bu yöndeki iradesinin kadıya sunulması ve kadının hüküm vermesi söz konusudur. Yoksa kethüdanın yargı mercii olarak esnafa ceza verip uygulaması söz konusu değildir. Bkz.: **Barkan** (1985).

¹³⁹ **Kütükoğlu** (2020), s.54-55.

¹⁴⁰ Esnafın bir kısmını diğer bir kısmının aleyhine kayıran kethüdanın görevden alındığına ilişkin kayıt için bkz.: İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 1201-1203/M. 1786-1787)C:80, s.81, Hüküm no: 47, Orijinal metin no: [11b-1].

¹⁴¹ İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı Sicil (H. 1241-1242/M. 1826-1827) Cilt:90, s.91, Hüküm no: 44, Orijinal metin no: [9a-2].

¹⁴² **Koyuncu** (2008), s.107-108.

¹⁴³ İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 1201-1203/M. 1786-1787)C:80, s.81, Hüküm no: 47, Orijinal metin no: [11b-1].

esnafın nizamını bozmuştur. Kadı, esnafın şikâyet ve taleplerini maruz ile saraya iletmiştir. Bu karardan, kethüdanın vekil tayin edebilmesi hususundan başka, daha önce belirlenenden fazla akçe alamayacağı, belirli dükkanlardan başkalarına alım-satım izni veremeyeceği gibi çıkarımlar da yapılabilir.

2. Yiğitbaşı ve Görevleri

Tarihi süreçte yiğitbaşının asayiş ve güvenlik hususunda görevli olduğu, Osmanlı esnaf teşkilatında ise kethüda yardımcısı olarak rol aldığı söylenmiştir¹⁴⁴.

Kethüdanın esnafın dış işlerini gören konumuna karşılık yiğitbaşı esnafın iç işlerini gören kişi konumundadır¹⁴⁵. Bu bağlamda yiğitbaşının esnaf ve kethüda arasındaki iletişimi sağladığı, şedd kuşanma törenlerinde¹⁴⁶ nakibin gördüğü idare işini ifa ettiği, esnaf arasındaki küçük uyuşmazlıklarda arabuluculuk yaptığı söylenmektedir¹⁴⁷. Bunlardan başka yiğitbaşı, ürünlerin kalite ve fiyat denetimi, çırakların eğitimi ve yetiştirilmesiyle orta sandığının idaresinde de görevli görülmüştür¹⁴⁸. Yiğitbaşı ayrıca loncaı kethüda adına mahkemede temsil etmiş, esnafa verilen cezaların infazını sağlamıştır¹⁴⁹.

Yiğitbaşının seçilmesi hususunda kethüda seçimine benzer bir yol izlendiği, esnafın ileri gelenleri arasından esnaf tarafından seçildiği ve seçimin kadı tarafından onaylandığı söylenmiştir¹⁵⁰. Hem Müslüman hem zimmi tebaanın bir arada bulunduğu loncalarda tek bir kethüda olmasına rağmen, Müslümanların ve zimmilerin farklı yiğitbaşılar seçmeleri mümkün olmuştur¹⁵¹. Örneğin bir sicil kaydında, tülbentçi esnafının kethüdalarının Müslüman Abdullah Ağa ve yiğitbaşısının zimmi tebaanın muteberlerinden

¹⁴⁴ Şahin, İlhan (2013) “Yiğitbaşı”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:43, s.549-550.

¹⁴⁵ Kütükoğlu (2020), s.55.

¹⁴⁶ Şedd kuşanma töreni, gerekli şartları sağlayarak birliğe girmek isteyen kimseler için yapılan bir giriş törenidir. Daha önce fütüvvetnamelere ilişkin başlıkta şedd'e ilişkin kısımlar geçmişti. Taeschner (1953-1954), s.10.; Bu törene bel bağlatmak, peştamal kuşanma veya kemer kuşanma da denilmiştir. Bkz.:Barkan (1985), s.40; Koçu (2016), s.15.

¹⁴⁷ Kütükoğlu (2020), s.55; Koyuncu (2008), s.112.

¹⁴⁸ Kılınç (2022), s.114.

¹⁴⁹ Şahin, “Yiğitbaşı”.

¹⁵⁰ Şahin, “Yiğitbaşı”.

¹⁵¹ Koyuncu (2008), s.112.

Ağrib olduğu bilgisi yer almaktadır¹⁵². Hem Müslüman hem zimmi tebaadan oluşan loncalara ilişkin ilginç bir kayıt ise yiğitbaşının zimmi olabilmesine ilişkindir¹⁵³.

3. İhtiyarlar ve Görevleri

Kethüda ve yiğitbaşı haricinde teşkilatın başka görevlileri de bulunmaktadır. İhtiyarlar, isimlerine kadı sicillerinde sık sık rastlanan diğer görevli gruptur. Tecrübeli ustalardan oluşan¹⁵⁴ ve ihtiyar ustaları, muteberân gibi farklı şekillerde isimlendirilen bu ihtiyar heyetine 'loncadaki seçkin sınıf da denilmiştir¹⁵⁵.

Bir esnaf ustasının ne zaman ve hangi şartlarla bu heyete dahil olacağı yazılı bir kuralla belirlenmemiş, yine bu heyetin görev ve yetkileri de açıkça belirlenmemiştir¹⁵⁶.

Kadı sicillerinden anlaşıldığı kadarıyla ihtiyarlar, kimi yargılamalarda hazır bulunmuşlar ve görüş bildirmişlerdir. Lonca ihtiyarlarının, kethüdaların olmadıkları durumlarda onların işlerini üstlenmesi de söz konusudur. Örneğin çadırcı esnafı kethüda tayini için kadıya başvurusunu konu eden bir sicil kaydında esnaf, '*...kethudamız olmamağla, Lonca ta'bir olunur mahâll-i mahsûsamızda ihtiyâr ustalarımız ma'rifetleriyle umûrlarımızı rü'yet...*' demiştir¹⁵⁷. Bu ifadeden, kethüdası olmayan çadırcı esnafı loncasının işlerini ihtiyarların yürüttüğü anlaşılmaktadır.

4. Ehl-i Hibre / Ehl-i Vukuf ve Görevleri

Osmanlı hukuk literatüründe ehl-i vukuf, bir hukuki uyumsuzluk veya ispat hususunun özel veya teknik bilgi gerektirmesi halinde ilgili alandaki uzmanlığı sebebiyle kendisine başvuru kişiye, diğer bir deyişle bilirkişiyi

¹⁵² İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217/M. 1801-1803)C:82, s.348, Hüküm no: 399, Orijinal metin no: [47a-2].

¹⁵³ İstanbul Mahkemesi 22 Numaralı sicil ((H. 1107-1108 / M. 1695-1697), C:57, S:437, Hüküm no: 332, Orijinal metin no: [104b-1].

¹⁵⁴ **Kütükoğlu** (2020), s.55.

¹⁵⁵ **Baer** (1974), s.106.

¹⁵⁶ **Baer** (1974), s.106-107.

¹⁵⁷ İstanbul Mahkemesi 44 Numaralı sicil (H. 1193-1194/M. 1779-1780)C:78, s.105, Hüküm no: 66, Orijinal metin no: [19b-1].

ifade eder¹⁵⁸. Bilirkişilik ise Osmanlı hukukunda “İslam hukukunca müsaade edilen, zorunluluğu zamanın siyasi otoritesine bağlı olan, gerek yargılama öncesinde gerekse yargılama sonrasında başvurulabilen, tüm yargı mercilerinde başvurulabilen, kural olarak görüşlerine itiraz edilmeyen, yargılamanın hızlı işlemesine katkı sağlayan, uyuşmazlığın nihayete erdirilebilmesi için mahkemece teknik ve özel konu olan dava konusu hakkında görüşüne başvuru, zimmi ve kadınlardan da teşekkül edebilen, adil, tarafsız, tecrübeli, uzman, teorik bilgisini somut vakaya aktarabilen kişilerden oluşan heyet” olarak tanımlanmıştır¹⁵⁹.

Ehl-i hibre veya ehl-i vukûf denilen¹⁶⁰ bilirkişiler, lonca teşkilatının esnaf tarafından seçilen asli üyesi konumundadır¹⁶¹. Esnaf ile tüccar arasındaki uyuşmazlıklarda hakemlik yapmak, narh belirlemek ve kendi bilgi alanları dahilinde olan ve mahkemeye intikal etmiş olan uyuşmazlıklarda bilirkişilik yapmakla görevli olan ehl-i hibrenin, ihtiyar heyetinden seçildiği düşünülmektedir¹⁶². Ehl-i hibrenin zimmi veya kadın olması mümkündür ve ehl-i hibre alanında uzman, teknik ve özel bilgi sahibi, bî-garaz (tarafsız) adil ve muteber kimselerden olmalıdır¹⁶³.

Ehl-i hibrenin, yukarıda sayılan görevlerine ek olarak bazı idari görevleri olduğu da söylenmiştir. Buna göre bilirkişiler, kethüdaya vekillik yapabilmekte, diğer görevlilerin seçilmesi noktasında rol almakta, esnafı sınav yaparak ehil olmayanların meslektan menedilmesini sağlamakta, gerektiğinde esnafa ilişkin uyuşmazlıklarda kadı huzurunda davacı olmakta, vergi toplamaktadır¹⁶⁴.

Ehl-i hibrenin esnaf arasındaki uyuşmazlıklarda hakemlik yapması konusunda ilgi çekici bir fetva şu şekildedir:

¹⁵⁸ Şafak, Ali (1994) “Ehl-i Vukuf”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:10, s.531-533.

¹⁵⁹ Kılınç (2022), s.102.

¹⁶⁰ Ehl-i vukufun diğer bir tanımı olarak “Bir davanın fasl ve rüyeti bir fen ve sanat erbabının tetkikatına mütevakkıf olduğu inde’l-mahkeme karar verilip de mahkeme tarafından o fen ve sanat erbabında tayin olunan kimselere denilir.” denilmiştir. Bkz.: Kılınç (2022), s.88.

¹⁶¹ Kılınç (2022), s.88, s.114 vd.

¹⁶² Kütükoğlu (2020), s.55; Kılınç (2022), s.114.

¹⁶³ Kılınç (2022), s.88 vd.; Şafak, “Ehl-i Vukuf”.

¹⁶⁴ Kılınç (2022), s.115 vd.

“Bir hırfet ahalisinden Zeyd ol hırfetten Amr’ıſer’a davet etdikde sâir ehl-i hırfet bize ſer’ karıſmaz biz ehl-i hibremize gideriz deseler mezbûrlara ne lazım olur? El- cevab: tecdîd-i iman ve nikah.¹⁶⁵”

Bu fetvadan çıkartılan sonuç, ehl-i hibrenin mezkûr uyuſmazlık durumlarında kadı yerine geçerek karar vermesinin söz konusu olamayacağı, yalnız bilirkiſi sıfatıyla taraflar arasındaki uyuſmazlıkta görüş bildirdiği ve tarafların böylelikle anlaşmalarını sağladığı, bu minvalde ehl-i hibrenin zaman zaman muslihun¹⁶⁶ konumunda olduğu ſeklinde dir.

5. Loncaların Diğer İşlevleri

Loncaların yukarıda görevlilerle ilişkilendirilerek sayılan işleri dışında bazı faaliyetleri de olmuştur. Esasında bu araştırma kapsamında anlaşıldığı kadarıyla loncaların faaliyetleri sınırlı sayıda değildir. Burada diğer bazı faaliyetlere örnekler verilmesi planlanmıştır.

Loncaların ſu ana kadar bahsedilmeyen vazifelerinden birisi belediye hizmetleridir. Bu bağlamda faaliyet gösterdikleri arşıllarda yolların iyileştirilmesi, su temin edilmesi, temizlik ve sokakların aydınlatılması, esnafın eğitimi, malların kalitesi gibi belediye hizmetlerini ifa etmişlerdir¹⁶⁷. Öte yandan kadı sicillerinde rastlanan bir kayıttta, padiſahın kızı olması sebebiyle esnafa bir ſenlik düzenleme görevi yüklendiği görülmüştür.

Osmanlı esnafının orta sandıklarından daha önce bahsedilmiştir. Bu sandıkların sosyal güvenlik bakımından işlev gördükleri yönünde bir sav bulunmaktadır. Buna göre, orta sandıkları vasıtasıyla sosyal güvenliğe ilişkin iki temel fiilin icra edildiğini görülmektedir: Esnafa cenaze merasimleri düzenlenmesi ve vefat edenlerin dul ve yetimlerine bakılması¹⁶⁸. Orta

¹⁶⁵ Fetevâ-yı Abdürrahim, Bkz.: **Koyuncu, Miyaſe** (2008) “18. Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı Esnafı (İstanbul ve Bursa Örnekleri)”, (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.94.

¹⁶⁶ Muslihun ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: **Kılınç, Ahmet** (2016) “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuſmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu”, Gedikli, Fethi (Editör) II. Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul, On İki Levha, s.15-83.

¹⁶⁷ **Oktay** (2011), s.8-9.

¹⁶⁸ **Barkan** (1985), s.40.

sandığının bu işlevi, onu sosyal güvenlik bakımından önemli hale getirmektedir. Öte yandan, hastalık veya sakatlık gibi bir sebeple çalışmayan esnafın orta sandığından desteklenmesi, işsizlik sigortasına benzetilmiştir¹⁶⁹.

Burada değinilecek bir diğer konu kefalet konusudur. Osmanlı esnafı için 16. yüzyılın sonlarından itibaren 'kefalet sistemi' denilen bir sistem başlamış, esnafın işleri kefalet şartına bağlanmış¹⁷⁰. Buna göre alacaklılar esnaf borçludan alacaklarını alamadıkları takdirde, o esnafın kefiline gitmişler, kefalet sistemi alacakların tahsilinde garantör görevi görmüştür.

E. LONCALARA İLİŞKİN OLARAK KADI SİCİLİNE YANSIYAN UYUŞMAZLIKLARDAN ÖRNEKLER

Osmanlı esnafının, idarecilerin kontrolü, dükkân sayısı, malın kalitesi, narha uyulması gibi pek çok konuyu kapsayacak şekilde, kendi içlerinde bir oto-kontrol mekanizması kurduğu söylenmiştir¹⁷¹. Bununla birlikte lonca üyeleri, aralarında anlaşamadıkları durumlarda kadı mahkemelerine başvurarak çeşitli taleplerde bulunabilmiştir.

Kadı sicilleri incelenirken dikkat çeken bir hususa burada değinmek isteriz: İstanbul'daki mahkeme sayısı zaman zaman bugünkü anlamda yetki bakımından¹⁷² karmaşaya yol açmış, esnafın farklı kadılıklardan aldığı farklı kararlar sorun oluşturmuştur¹⁷³. Bu sebeple uyuşmazlıkların, bilâd-ı selâse¹⁷⁴ kadılıklarından ziyade İstanbul (Dersaadet) kadılıklarına taşındığı düşünülmektedir. İncelenen kadı sicillerindeki kayıtların ekseriyetle İstanbul ve Bâb Mahkemelerinin kayıtları olması, bu çıkarıma sebebiyet vermiştir.

¹⁶⁹ Yazıcı, Nesimi (1996) "Lonca Sisteminin İşsizlik Sigortasıyla İlgisi Üzerine Bazı Düşünceler", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:XXXV, s.159-160.

¹⁷⁰ İnce (2020), s.109.

¹⁷¹ Kütükoğlu (2020), s.58.

¹⁷² Medeni muhakeme hukukunda yetki, ihtilafı hangi yerdeki mahkemenin çözeceğine ilişkin kuralı ifade eder. Bkz.: Karşı, Abdurrahim (2014) Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Alternatif, s.213.

¹⁷³ Koyuncu (2008), s.95.

¹⁷⁴ Galata, Üsküdar ve Eyüp kadılıklarını ifade etmektedir. Bkz.: İpşirli, Mehmet (1992) "Bilâd-ı Selâse", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:6, s. 151-152.

Kadı siciline yansıyan uyuşmazlıklarda davacı ve davalı taraflar değişkendir ve çok çeşitli kararlar verilebilmiştir. Burada bu kayıtlardan örnekler incelenecektir. Kethüda ve yiğitbaşı gibi görevlilere ilişkin kararlara yukarıda değinildiğinden, benzer kararlar burada tekrar edilmeyecektir.

1. Meslekten İhraç ve Men

Esnaf uyuşmazlıklarına ilişkin olarak kadı mahkemesinin verdiği kararlardan ilki, meslekten ve loncadan ihraç kararıdır.

1749 yılına ait bir sicil kaydında, keresteci esnafı kethüdası, yiğitbaşları ve ihtiyarlardan bir kısmı, yine esnaftan Osman hakkında şikâyetle bulunmuşlardır¹⁷⁵. Şikâyetlerinde; “...mezbûr hadîdü’l-lisân ve dil-âzâr ve sû’-i hulk sahibi olduğundan her birimiz mezbûrdan müteneffir ve muhâlatasından müctenib olduğumuza binâen mezbûr ba’de’l-yevm kendi kisbi ile meşgûl olup bizim lonca ta’bir olunur cem’iyetimize gelmeyip umurumuza kat’a karışmaması...” denilmiş, bu suretle Osman’ın sinirli, kalp kıran ve kötü yaratılış sahibi birisi olduğu, esnafın onu sevmediği ve onunla arkadaşlık etmekten çekindiği, bu sebeplerle Osman’ın keresteci loncasına artık gitmemesi ve o esnafın işlerine karışmaması talep edilmiştir. Osman’ın da kabul etmesi ile kadının bu talebe binaen verdiği karar ise “...ol dahi ba’de’l-yevm kendi hâlinde kâr ü kisbi ile meşgûl olup loncalarına varmayıp ve umûrlarına kat’a karışmamak üzere ta’ahhüd etmekle...” şeklindedir. Bu karar, esnaftan birisinin genel kötü davranışları sebebiyle meslekten ihracının gerçekleştiğine örnektir.

Aynı tarihlerdeki bir başka sicil kaydında, bu kez kazzaz (ipekçi) esnafından bir yiğitbaşının ve ustanın görevlerine son verilip esnafıktan ihraç edildiklerine rastlanmaktadır¹⁷⁶. Karara göre kazzaz esnafının padişah beratı ile kethüdası olan el-Hac Ali, ihtiyar heyetinden bazı Müslümanlar, Yahudi ve Ermeni ustalardan bazı kişiler ve loncanın diğer Müslüman ustaları mahkemede hazır bulunmuş, yiğitbaşı Mustafa ve usta Süleyman’ı “*fimâ-ba’d kendi kâr u kisbleriyle meşgûl olup esnâfımız umuruna müdâhale etmemek üzere ve beynimizde lonca ta’bir eylediğimiz cem’iyetimize gelmemek üzere*” şikâyet

¹⁷⁵ Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163/M. 1749-1750)C:73, s.90, Hüküm no: 5, Orijinal metin no: [1b-4].

¹⁷⁶ Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163/M. 1749-1750)C:73, s.99, Hüküm no: 20, Orijinal metin no: [3b-3].

etmişlerdir. Görüldüğü üzere şikâyetçilerin talepleri, mezkûr iki kişinin kazzaz esnafının işlerinden uzak durması ve loncalarına gitmemesidir. Kadı, şikâyetçilerin talepleri üzere bahsi geçen iki kişi aleyhine hüküm kurmuştur.

1786-1787 yıllarına ait bir sicil kaydı, nizama mugayir davranan kazzazların menedilmesine ilişkindir¹⁷⁷. Esnafın kethüdarları olan Halil ve esnaf ustalarından zimmiler mahkemeye başvurmuş, şikayetlerini dile getirmiş ve uyuşmazlığı çözmek üzere aralarındaki anlaşmayı izah etmişlerdir.

İhraca ilişkin çok sayıda benzer karar bulunmaktadır¹⁷⁸.

2. Esnaflığa Dönüş

Kadı mahkemelerince esnaflıktan çıkarma cezası verildiği gibi, duruma göre tekrar esnaflığa dönüş kararı verildiği de görülmüştür. Örneğin 1801-1803 yıllarına ait bir sicilde, tülbentçi esnaflığından çıkartılan el-Hâc Ömer Ağa ve el-Hâc Feyzullah Ağa ve el-Hâc Sâdık Ağa ve Ahmed Ağa ve el-Hâc Abdi Ağa isimli kimseler ile Avadis ve diğer Avadis ve Mardros ve Haleblioglu Karabet ve Uzun Kapril ve Sarıoğlu Mıgırdıç ve Mirasyedi oğlu Sahak ve Kayseriyeli Mardros isimli zimmilerin durumlarının esnaf kethüdası Abdullah ağa ve esnafın muteberlerinden kişiler ve yiğitbaşı gibi çok sayıda kişi tarafından istişare edilerek yeniden değerlendirildiği, sonucunda da esnaflığa dönmelerine izin verildiği görülmektedir¹⁷⁹.

3. Meslek Kurallarına Uyum

Sicillerde rastlanan bir diğer karar türü, kişileri meslek kurallarına uymaya yönelik zorlayıcı ve tembih edici kararlardır.

Örneğin, 1749-50 yıllarından bir sicil kaydında¹⁸⁰, bir tür deri olan sahtiyani satma hakkı olmadığı halde bu işi yapan Ahmed, Yakub ve Mehmed

¹⁷⁷ İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 1201-1203/M. 1786-1787)C:80, s.175, Hüküm no: 177, Orijinal metin no: [47a-2].

¹⁷⁸ Örneğin; İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217/M. 1801-1803)C:82, s.434, Hüküm no: 505, Orijinal metin no: [74a-1]; İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217/M. 1801-1803)C:82, s.467, Hüküm no: 544, Orijinal metin no: [81a-1].

¹⁷⁹ İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217/M. 1801-1803)C:82, s.348, Hüküm no: 399, Orijinal metin no: [47a-2].

¹⁸⁰ Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163/M. 1749-1750)C:73, s.226, Hüküm no: 217, Orijinal metin no: [29b-3].

isimli kişilerin kadıya şikâyet edilmeleri söz konusudur. İlgili esnaf loncasının kethüdası Osman, yiğitbaşı Ali ve sair üyeleri kadı mahkemesinde hazır bulunmuş, şikâyetlerini iletmişler, kadı bu esnafın talebi gibi karar vermiş, şikâyet edilen 3 kişi tembih edilmiştir. Sonrasında şikâyet edilen kimseler bu karara uymayarak fiillerine devam etmiş, esnaf kadıya tekrar gitmiş, davalılar ikrarda bulunmuşlardır. Kadı, “...mezbûrûn hilâf-ı <>emr-i âlî harekete cesâretleri’çün husûs-ı mezkûra müdahaleden men’ vesâir bu makûle hilâf-ı emr-i âlî cesâret eder olur ise onlar dahi men’ olunmak...” üzere karar vermiştir. Esnaf şikâyetlerinin padişaha arz edilmesini istemiştir ve incelenen kayıt, bu talebe binaen hazırlanan maruzdur.

Bir diğer maruz ise 1801-1803 yıllarına ait bir sicil kaydındandır¹⁸¹. Kayda göre eskici esnafının kethüdası, yiğitbaşı ve ihtiyar ustalarından bazı kişiler kadı huzuruna gelmiş, esnaftan Mustafa isimli kişinin “...kendi halinde kâr u kesbiyle meşgûl olmayıp dâimâ nizâm-ı kadîmimizin mugâyiri nice harekât-ı nâ-sezâya ictisâr ve esnâfımızın beyninde türlü türlü fesâdı müceb hâlât-ı nâ-bercâya ibtidâr ve şîrâze-i nizâmımızın ihtilâlîne bâdi olduğu âşikâr ve esnâfma’rifetiyle lonca odasına çağrıldıkda kat’â itâ’at...” etmediğinden bahisle ondan şikâyetçi olmuş, tedip olunmasını talep etmişlerdir. Davalı Mustafa iddiaları önce reddetmiş, sonrasında ise “...mugâyir-i nizâm hareket etmeyip kendi kâr u kesbiyle meşgûl ve ırzıyla mukayyed olmak üzere huzûr-ı şer’de ta’ahhüd ve eğer ba’de’l-yevm hilâf-ı ta’ahhüd bir hareketi zuhûr eder ise...” tedip edilmeyi kabul etmiştir.

Benzer örnekler bulunmaktadır¹⁸².

4. Esnaf Arasındaki Alacak Davaları

Esnaf arasındaki alacak-verecek uyuşmazlıklarında da kadıya başvurulması söz konusu olmuştur. 1806-1808 yıllarına ait bir sicil kaydında, fermene (bir tür giysi) esnafından Yorgo, aynı esnaftan olan Vasil’den alacaklı

¹⁸¹ İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217/M. 1801-1803)C:82, s.440, Hüküm no: 513, Orijinal metin no: [75a-2].

¹⁸² İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (H. 1222-1223/M. 1807-1809)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı/mukabele Salih Kahrıman – Yılmaz Karaca; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul: Kültür AŞ, 2019,C:85, s.171, Hüküm no: 127, Orijinal metin no: [16b-3].

olması sebebiyle mahkemeye başvurmuştur¹⁸³. Vasil borcu kabul etmekle birlikte ödediğini iddia etmiş, Yorgo ise alacağının ödenmediğini ve Vasil'in borcunu fermeneciler çarşısında bulunan lonca odasında şahitler huzurunda ikrar ettiğini söylemiştir. Bunun üzerine mezkûr lonca esnafından Yorgi ve Petro isimli zimmiler şahit olarak dinlenmiş ve Yorgo'nun talebi yönünde hüküm kurulmuştur. Bu karar, esnafın uyuşmazlığı kendi arasında çözemeyerek kadı mahkemesine taşınmasına örnek teşkil etmektedir.

Kadı mahkemesine taşınan alacak-verecek davalarına başka örnekler de bulunmaktadır¹⁸⁴.

SONUÇ

Lonca teşkilatı, kökleri yahut benzerlikleri ahi teşkilatında bulunabilen Osmanlı esnaf birliğidir. Teşkilatın kökeninin, cömertlik, yiğitlik, alçak gönüllülük gibi hasletleri önceleyen ahi teşkilatı olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, iki müessesenin çeşitli açılardan benzerlik ve farklılıkları söz konusudur. Her iki teşkilat da esnaf teşkilatı olup, bahsedilen güzel hasletleri ön plana çıkarmıştır. Her iki teşkilatta da çalışan şeyh, nakib, yiğitbaşı gibi görevliler bulunmaktadır. Osmanlı Devleti'nin İstanbul'un fethi ile girdiği dönemle birlikte, loncalarda ahi teşkilatından farklı olarak 'Müslüman' kimliğin ön planda olmadığı görülmüştür. Loncaların gayrimüslim üyeleri olduğu gibi, sırf gayrimüslimlerin kurduğu loncalar da bulunmaktadır. Yine loncalarda gayrimüslim kethüdalar da bulunmuştur. Bu bakımdan ahiliğin, gayrimüslim tebaanın bulunduğu ve esnafılıkta aktif olduğu Osmanlı Devleti'nde lonca teşkilatına dönüştüğü düşünülebilir. Birbirinin hukuki mirasını devralan devletler nazara alındığında, bu iki müessese arasında da benzerliklerin mevcut olması çok tabii olduğu gibi, hukukun zamana, topluma

¹⁸³ Galata Mahkemesi 580 Numaralı Sicil (H. 1221-1222/M. 1806-1808)/proje yönetmeni M. Âkif Aydın ; editör Coşkun Yılmaz ; çeviri yazı/mukabele Yılmaz Karaca – Mümin Yıldıztaş ; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul : Kültür AŞ, 2019, C:84, s.260, Hüküm no: 369, Orijinal metin no: [35b-2].

¹⁸⁴ İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (H. 1222-1223/M. 1807-1809)C:85, s.565, Hüküm no: 560, Orijinal metin no: [81b-3].

ve mekâna göre değişken karakteri nazara alındığında da farklılıklar olması çok tabii görülebilir.

Lonca teşkilatının Osmanlı hukukunda münhasır bir konu olarak işlenmediği, ancak sınırlı kaynaklarda satır aralarında bu kuruma ilişkin düzenleyici kurallar bulunduğu görülmüştür. Kurumun teşkilat yapısına ise hiçbir fıkıh kitabı, kanunname veya fermanla rastlanmamıştır. Fütüvvetnamelerde yer alan bilgiler bu hususta açıklayıcı olmakla birlikte, lonca teşkilatının bu bilgilerle tamamen uyumlu olduğu söylenemez. Tanzimat dönemine geldiğinde, farklı lonca grupları için esnaflık nizamını izah eden nizamnameler çıkartılmıştır. Bu minvalde ekmekçi esnafı, keresteci esnafı, çukacı esnafı gibi birçok esnafa ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Fakat yine de loncaların kuruluş ve teşkilatlanmasına ilişkin düzenlemeler yapılmamıştır.

İncelenen dönem itibariyle Osmanlı hukukunda tüzel kişilik kavramı henüz tartışılır değildir. Bununla birlikte, gerek münhasır bütçesi, gerek kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir hukuki kurum olması, gerekse bir teşkilata sahip olmasıyla lonca teşkilatı tüzel kişi özelliklerini haiz bir teşkilattir. Nitekim Tanzimat sonrasında çıkartılan kanunlarda da tüzel kişi olarak zikredilmiştir. Öte yandan, loncaların kadı mahkemelerinde taraf olabildiklerini de görmekteyiz.

Kethüda, yiğitbaşı, ehl-i hibre, ihtiyat heyeti gibi kişilerden oluşan loncalar işlev bakımından sadece esnaf teşkilatı olmakla kalmamış, hem bir belediye kurumu, hem bir sosyal güvenlik kurumu gibi faaliyette bulunmuştur. Loncalar vasıtasıyla esnafa ham madde temin edilmiş, esnafın sorunları devlete iletilebilmiş, esnafın iç işleri nizama koyulmuş, esnaflığa giriş merasimleri düzenlenmiş, narh tespiti yapılmış, esnaf arasındaki uyuşmazlıklar kimi zaman kadı mahkemesine taşınmadan içeride çözülebilmüş, ürünlerin kalite ve fiyat denetimi yapılmış, çarıklar eğitilmiştir. Loncaların asli üyelerinden ehl-i hibre, esnafın kadı mahkemelerine yansıyan uyuşmazlıklarında bilirkişi görevi görmüş, ihtiyat heyeti ise udül-i müslimin benzeri bir konumda olmuştur. Yine loncalar vasıtasıyla orta sandıkları kurulmuş, bu sandıklar hem yardımlaşma sandığı hem sosyal güvenliği sağlayan birer kurum gibi işlev görmüştür. Bu minvalde vefat eden esnafın cenaze masrafları karşılanmış, geride kalan eş ve çocuklarına maaş bağlanmış; yardıma ihtiyacı olan esnafa yardım yapılmış,

sermaye gerektiği durumlarda sermaye temin edilmiştir. Loncaların belediye hizmeti olarak nitelendirilebilecek; çarşıların tadil ve tamiri ile çarşılara su temin edilmesi, çarşı yollarının temizlenmesi ve aydınlatılması gibi işlevleri bulunmaktadır.

Osmanlı hukukunda loncalara münhasır düzenlemeler bulunmamakla birlikte, kadı sicillerine bakıldığında bu hususta çok sayıda kaydın olduğu görülmüştür. Son başlıkta bu kayıtlardan örnekler incelenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda esnafı uyarma, esnaflıktan çıkarma, esnaflığa dönüş, esnafar arası alacak davaları gibi çeşitli örnek sicil kayıtlarına rastlanmıştır. Mahkemelerde loncaları genellikle kethüdalar temsil etmekle birlikte, çoğu kayıтта kethüda yanında yiğitbaşı ve ihtiyarların da bulunduğu görülmüştür. Kethüdanın bulunmadığı, yalnız yiğitbaşı veya ihtiyarların bulunduğu, hatta yalnız lonca üyelerinin bulunduğu davalar da mevcuttur.

Çalışma, Osmanlı esnaf teşkilatının hukuk uygulamasından kesitler sunmuştur. Teşkilatın gerek iç düzeni ve sisteminin gerekse dış ilişkilerinin, hukuki zeminde ne şekilde işlediği görülmüştür. Daha ayrıntılı şekilde değerlendirilmesi mümkün olan bu konu, Osmanlı tecrübesi ile geçmişten bugüne ışık tutabilir.

KAYNAKÇA

- “Osmanlı’dan Günümüze Yerel Yönetimler ve Belediyecilik”, Devlet Arşivleri Başkanlığı ve Türkiye Belediyeler Birliği, Ankara, 2021.
- Akgündüz, Ahmed** (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-I. Kitap: Fatih Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, Ahmed** (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-II. Kitap: II. Bayezid Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, Ahmed**(1991) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-III. Kitap: Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, Ahmed**(1992) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-IV. Kitap: Kanuni Sultan Süleyman Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, Ahmed** (1993) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-VI. Kitap: Kanuni Sultan Süleyman Devri Kanunnameleri, İstanbul, Fey Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, Ahmed** (1996) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-IX. Kitap: I. Ahmed, I. Mustafa ve II. Osman Devirleri Kanunnameleri, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (2016) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri-XI. Kitap: III. Ahmed, I. Mahmud ve II. Mahmud Devirleri Kanunnameleri, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (2011) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (2017) İslâm’da İnsan Hakları Beyannamesi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akıntürk, Turgut** (1994) Medeni Hukuk, 5. Baskı, Ankara, Savaş.
- Akman, Mehmet** (2007) “Örf”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:34, s.93-94.
- Apaydın, H. Yunus** (2001) "Karz", TDV İslam Ansiklopedisi, C:24, s.520-525.

- Argunhan, Betül** (2020) “Osmanlı Hukuku’nda Yaşam Hakkı (1453-1566)”, (Yüksek Lisans) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Arslan, Hüseyin** (2015) “Ahilik Teşkilatı’nın Sosyo-İktisadi Yapısı ve Örneklik Değeri”, Akademik Bakış Dergisi, S:49, s.248-271.
- Avcı, Mustafa** (2021) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Ankara, Atlas Akademi.
- Aydın, Mehmet Âkif** (2021) Türk Hukuk Tarihi, 18. Baskı, İstanbul, Beta.
- Aykanat, Mehmet** (2015) “Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kurumlar”, (Doktora), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Aykanat, Mehmet** (2016) Osmanlı Sosyal Güvenlik Sistemi/Hukuku, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi.
- Baer, Gabriel** (1974) “Türk Loncalarının Yapısı ve Bu Yapının Osmanlı Sosyal Tarihi için Önemi”, (Çev. Sami Ferliel), Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C:8-12, S:14-23, s.99-119.
- Barkan, Ömer Lütfi** (1942) “XV. Asrın Sonunda Bazı Büyük Şehirlerde Eşya ve Yiyecek Fiyatlarının Tesbit ve Teftişi Hususlarını Tanzim Eden Kanunlar: II-Kanunnâme-i İhtisab-ı Bursa (1502)”, Tarih Vesikaları, C:II, S:7, s.15-40.
- Barkan, Ömer Lütfi** (1985) “Osmanlı İmparatorluğunda Esnaf Cemiyetleri”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası-Ord. Prof. Ömer Lütfi Barkan’a Armağan”, C:XLI, S:1-4, s.39-46.
- Bayram, Selahattin** (2012) “Osmanlı Devleti’nde Ekonomik Hayatın Yerel Unsurları: Ahilik Teşkilatı ve Esnaf Loncaları”, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:21, s.81-115.
- Bozkurt, Gülnihal** (2020) Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Canatar, Mehmet** (2002) "Kethüdâ", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:25, 332-334.
- Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed** (2017) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2021) Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, Konya, Sayram.

- Çağatay, Neşet** (1982) “Anadolu’da Ahilik ve Bunun Kurucusu Ahi Evren”, Belleten, C:XLVI, S:182, s.423-436.
- Demir, Abdullah** (2019) Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Ankara, Astana.
- Devellioğlu, Ferit** (2017) Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 33. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi.
- Dinçkol, Abdullah** (2015) Hukuka Giriş, 11. Baskı, İstanbul, Der.
- Dönmez, İbrahim Kâfi** (2010) "Şahıs", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:38, s.270-273.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2018) İslam Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Arı Sanat.
- Ergin, Osman Nuri** (1995) Mecelle-i Umûr-i Belediye, C:1, İstanbul, İBB Kültür İşleri Daire Başkanlığı.
- Ergin, Osman Nuri** (2017) Muhtasar Mecelle-i Umur-ı Belediye, İstanbul, Kültür A.Ş.
- Erkal, Mehmet** (1992) “Beytülmâl”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:6, s.90-94.
- Gölpınarlı, Abdülbâki** (1953) “Burgazi ve ‘Fütüvvetname’si”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C:15, S:1-4, s.76-153.
- Gölpınarlı, Abdülbâki** (1955a) “Şeyh SeyyidGaybî oğlu Şeyh SeyyidHuseyn’in “Fütüvvet-Nâme’si”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C:17, S:1-4, s.27-72.
- Gölpınarlı, Abdülbâki** (1955b) “Fütüvvet-Nâme-i Şeyh SeyyidHuseynibniGaybî”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C:17, S:1-4, s.73-176.
- Gözler, Kemal** (2014) Hukuka Giriş, 11. Baskı, Bursa, Ekin.
- Gül, Abdulkasim** (2020) “18. Yüzyılda Yeniçeri Teşkilatı”, (Doktora), Atatürk Üniversitesi, Türkiye Araştırmaları Enstitüsü.
- Güneş, Kadir** (2013) Alfabetik Türkçe-Arapça Arapça-Türkçe Sözlük, İstanbul, Mektep.
- Güvel, A. Övünç** (2020) “Roma Hukukunda Tüzel Kişiler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:69, S:2, s.483-499.
- Halaçoğlu, Yusuf** (2021) XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.

- Halaçoğlu, Yusuf** (1994) "Dellâl", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:9, s.145-146.
- İşıқтаç, Yasemin** (2010) Hukuk Başlangıcı, İstanbul, Filiz.
- İnalçık, Halil** (2016) Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- İnalçık, Halil** (2019) İstanbul Tarihi Araştırmaları, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- İnanır, Ahmet** (2014) "XVI. Yüzyıl Osmanlı Fetvalarında Ahilik", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:36, s.103-138.
- İnce, Erdal** (2020) "Osmanlı Devleti'nde Esnaf Teşkilatı ve İkinci Meşrutiyet Döneminde Esnafa Yönelik Teşvik Politikaları" (Doktora), Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- İpşirli, Mehmet** (1992) "Bilâd-ı Selâse", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:6, s.151-152.
- İslamoğlu, Abdullah** (2017) "Osmanlı Devleti'nde Esnaf Loncaları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası-Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı, C:LXXV, s.447-456.
- Kal'a, Ahmet** (1995) "Esnaf", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:11, s.423.
- Kal'a, Ahmet** (2003) "Lonca", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:27, s.211-212.
- Karaman, Hayrettin** (2007) Anahatlarıyla İslam Hukuku (1-2-3) 12. Baskı, İstanbul, Ensar.
- Karamursal, Ziya** (1989) Osmanlı Malî Tarihi Hakkında Tetkikler, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Karlı, Abdurrahim** (2014) Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Alternatif.
- Kazıcı, Ziya** (1988) "Ahî Baba", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:1, s.527-528.
- Kazıcı, Ziya** (1988) "Ahilik", TDV İslâm Ansiklopedisi, C:1, s.540-542.
- Kılınç, Ahmet/Yıldırım, Davut** (2021) "Tanzimat Dönemi Düalist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması": Koyuncu, Nuran/Yıldız, Abdülkadir (Editörler), Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları-Kamu Hukuku, s.171-230.

- Kılınç, Ahmet** (2016) “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu”, Gedikli, Fethi (Editör), II. Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul, On İki Levha, s.15-83.
- Kılınç, Ahmet** (2022) Osmanlı Yargulama Hukukunda Bilirkişilik, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Koçu, Reşad Ekrem** (2016) Tarihte İstanbul Esnafı, 3. Baskı, İstanbul, Doğan Kitap.
- Koyuncu, Miyase** (2008) “18. Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı Esnafı (İstanbul ve Bursa Örnekleri)”, (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Koyuncu, Nuran** (2016) “Osmanlı Hukukunda Esnaf Gediği”, Gedikli, Fethi (Editör), I. Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, 13-14 Mayıs 2016, İstanbul, On İki Levha, s.365-388.
- Köprülü, M. Fuad** (1981) Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluşu, İstanbul, Ötüken.
- Köse, Murtaza** (2009) İslam Hukuku Açısından Hükmi Şahsiyet, İzmir, Işık Akademi.
- Kütükoğlu, Mübahat S.** (2020) Osmanlı’nın Sosyo-Kültürel ve İktisadi Yapısı, 2. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Mahiroğulları, Adnan** (2008) “Selçuklu/Osmanlı Döneminde Kurumsal Bir Yapı: Ahilik/Gedik Teşkilatı ve Sosyo-Ekonomik İşlevleri”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S:54, s.139-154.
- Ocak, Ahmet Yaşar** (1996) “Fütüvvetnâme”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:13, s.264-265.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami** (2012) Medeni Hukuk, 18. Baskı, İstanbul, Vedat, 2012.
- Oğuzman, M. Kema/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir,Saibe** (2010) Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Oktay, Tarkan** (2011) İstanbul Şehremaneti, İstanbul, Yeditepe.
- Ortaylı, İlber** (1996) “Galata”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C:13, s.303.

- Özbek, Özgül** (2017) “Kavânîn-i Yeniçeriyân (İnceleme-Metin-Dizin)”, (Doktora), Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Sarıkaya, Mehmet Saffet** (2010) “Bektaşî ve Alevî Kültürünün Yazılı Kaynağı Olarak Fütüvvetnameler”: Bulut, Halil İbrahim, Anadolu’da Aleviliğin Dünü ve Bugünü, Sakarya, Sakarya Üniversitesi Yayınları.
- Sertoğlu, Mithat** (2015) Osmanlı Tarih Lügati, İstanbul, Kurtuba Kitap.
- Şafak, Ali** (1994) “Ehl-i Vukuf”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:10, s.531-533.
- Şahin, İlhan** (2013) “Yiğitbaşı”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:43, s.549-550.
- Şemsettin Sami** (2004) Kamûs-ı Türkî, İstanbul, Kapı.
- Taeschner, Franz** (1953-1954) “İslam Ortaçağında Futuvva (Fütüvvet Teşkilatı)”, (Çev. Fikret Işıltan), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C:15, S:1-4, s.3-32.
- Tarus, İlhan** (1947) Ahiler, Ankara, Çalışma Bakanlığı.
- Topak, Mustafa** (2016) “Ahî Dâ’î ve Türkçe Manzum Ederi: Fütüvvetnâme-i Tarsûsî (İnceleme-Metin)”, (Yüksek Lisans), Çukurova Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Uludağ, Süleyman** (2010) “Sülemî, Muhammed b. Hüseyin”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:38, s.53-55.
- Uyar, Gülgün** (2006) “Nakib”, TDV İslam Ansiklopedisi, C: 32, s.321-322.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (2015) Osmanlı Tarihi, 1. Cilt, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Ülgener, Sabri F.** (2015) Zihniyet ve Din-İslam, Tasavvuf ve Çözülme Devri İktisat Ahlakı, İstanbul, Derin.
- Yazıcı, Nesimi** (1996) “Lonca Sisteminin İşsizlik Sigortasıyla İlgisi Üzerine Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:XXXV, s.155-165.
- Bab Mahkemesi 11 Numaralı Sicil (H. 1081 / M. 1670-1671) / proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Salih Kahrıman – Mümin Yıldıztaş; Arapça çeviri: Mehmet Akman; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli, İstanbul, Kültür AŞ, 2019.

- Bab Mahkemesi 197 Numaralı Sicil (H. 1162-1163 / M. 1749-1750) / proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Nedim Pakırdağ – Abdullah Sivridağ; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019.
- BOA, Kurum: C..BLD., Yer: 90-4495, Tarih: H-09-04-1141 (M-12-11-1728).
- BOA, Kurum: İE.DH, Yer: 32-2795, Tarih: H-20-12-1119 (M-13-03-1708).
- Düstur, Tertip II, C:2.
- Düstur, Tertip II, C:5.
- Düstur, Tertip II, C:4.
- Galata Mahkemesi 580 Numaralı Sicil (H. 1221-1222 / M. 1806-1808)/ proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Yılmaz Karaca – Mümin Yıldıztaş; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil (H. 1138-1151/M.1726-1738) / hazırlayanlar Fuat Recep, Sabri Atay, Hüseyin Kılıç, Yılmaz Karaca, Rasim Erol, Salih Kahriman; Arapça metin Mehmet Akman; kontrol eden Fikret Sarıcaoğlu; proje yönetmeni M. Âkif Aydın; ed. Coşkun Yılmaz, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM) 2010.
- İstanbul Mahkemesi 44 Numaralı sicil (H. 1193-1194 / M. 1779-1780)/ proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; hazırlayan Fikret Sarıcaoğlu; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 1201-1203 / M. 1786-1787)/ proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Rıfat Günalan; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul: Kültür AŞ, 2019.

- İstanbul Mahkemesi 78 Numaralı Sicil (H. 1216-1217 / M. 1801-1803) / proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Ayhan Işık – Esra Yıldız – Salih Kahriman; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli, İstanbul, Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 94 Numaralı Sicil (H. 1222-1223 / M. 1807-1809)/ proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Salih Kahriman – Yılmaz Karaca; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225 / M. 1802-1810) / proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Mürsel Sarı – Ayhan Işık – Numan Yekeler; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 137 Numaralı Sicil (H.1236-1238 / M 1821-1822) / proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Ayhan Işık – Esra Yıldız; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019.
- İstanbul Mahkemesi 148 Numaralı Sicil (H. 1241-1242 / M. 1826-1827) / proje yönetmeni M. Âkif Aydın; editör Coşkun Yılmaz; çeviri yazı / mukabele Fatma Zehra Beyaz – Fikret Sarıcaoğlu; kontrol M. Âkif Aydın – Mehmet Akman – Feridun M. Emecen – İdris Bostan – Mehmet İpşirli. – İstanbul, Kültür AŞ, 2019.

FAZLA VEYA YERSİZ OLARAK TAHSİL EDİLEN VERGİLERİN İADESİNDE UYGULANACAK FAİZ SORUNU: DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME*

Arş. Gör. İmran ARITI ERDEM**

ÖZET

İdarenin, vergilendirme süreci içerisinde, mükelleften fazla veya yersiz olarak vergi tahsil edebildiği görülmektedir. Bunun sonucunda uhdesinden bir miktar para çıkan mükellef, bu paranın kullanım imkanıyla getirilerinden mahrum kalınması ve zaman içinde değerinin azalması şeklinde tezahür eden bir maddi zarara uğramaktadır. Bu zararın giderilmesinde, fazla veya yersiz tahsil edilen verginin iadesinin yanı sıra faiz kurumu da gündeme gelmektedir. Bu minvalde mükellef bakımından hata düzeltme/şikayet yoluna başvurma veya iptal davası açma şeklinde iki imkan söz konusudur. Hata düzeltme/şikayet talebi kabul edilen mükellefin zararının giderilmesinde iadenin yanı sıra Vergi Usul Kanunu'nun 112/4 maddesi uyarınca tecil faizi oranında hesaplanan faiz ödenirken, doğrudan iptal davası açmayı tercih eden ya da hata düzeltme/şikayet başvurusu reddedilerek dava açmak zorunda kalan mükellefe ödenecek faiz konusundaki yorum farklılıkları nedeniyle bu zamana kadar mahkemelerin farklı kararlar verdikleri görülmektedir. Çalışmada Danıştay'ın fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde uygulanacak faize ilişkin geçmiş içtihadı ele alınmakta ve yakın tarihli içtihat değişikliği irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Fazla veya Yersiz Olarak Tahsil Edilen Vergi, Zarar, Faiz, Gecikme Faizi, Gecikme Zammı, Tecil Faizi, Kanuni Faiz.

* DOI:10.33432/ybuhukuk.1010163, Geliş Tarihi: 15.10.2021- Kabul Tarihi: 27.08.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk A.B.D., iariti@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3742-5240.

THE PROBLEM OF INTEREST TO BE APPLIED IN THE REFUND OF EXCESSIVE OR UNDULY COLLECTED TAXES: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF DECISIONS OF TURKISH COUNCIL OF STATE

ABSTRACT

Within tax practices, the administration may collect taxes from taxpayers in excess or unduly. As a result, taxpayers incur losses appeared as a decrease in the value of money and the loss of the opportunity to use and get yields. The interest applies in compensating such losses besides the refund. There are two possibilities for taxpayers: the application to the tax administration or bringing an annulment action against courts. In order to compensate the damage of the taxpayer who applies for the correction, deferment interest is calculated in accordance with Article 112/4 of Tax Procedure Law No 213, while different results occur for the taxpayer who chooses or have to file an action. Different practices of courts have so far been observed regarding the interest. In this study, in addition to the previous case law of the Council of State on this topic, the recent change in the case law is examined.

Keywords: Excessive or Unduly Collected Taxes, Damage, Interest, Deferment Interest, Statutory Interest.

GİRİŞ

Vergilendirme süreci sonunda mükelleflerden her zaman tam ve doğru miktarda vergi tahsil edilemeyebilmektedir. Verginin mükelleften hiç tahsil edilememesi veya eksik tahsil edilmesi yahut geç tahakkuk ettirilmesi ihtimallerinin yanında, tam tersi şekilde verginin fazla veya yersiz olarak tahsil edilmesi de söz konusu olabilmektedir. Verginin fazla veya yersiz olarak tahsil edilmesi hallerinde vergi idaresi mükelleften, ya gerçekte yükümlüsü olmadığı bir vergiyi almakta ya da gerçekte yükümlü olduğundan daha fazla miktarda vergi almaktadır. Burada Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 112'nci maddesinde, fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanması ve diğer haller şeklinde yapılan ayırmadan yola çıkılacak olursa, özellikle beyan usulünün söz konusu olduğu vergilerde mükellefin kendisinin fazla veya yersiz tahsile neden olabileceği gibi, fazla veya yersiz tahsilin idarenin kusurlu davranışından da kaynaklanabileceği söylenebilir. Verginin fazla veya yersiz tahsil edilmesi sonucunda, ilk bakışta mükelleflerin sadece fazla veya yersiz ödedikleri vergi tutarı kadar zarara uğradıkları düşünülse de bu paranın kullanım imkanından ve getirilerinden mahrum kalınması ve zamanla paranın değerinde oluşan azalmalar gibi birtakım başka zararlar da tezahür etmektedir. Bu durumda idarenin, hem fazla veya yersiz olarak tahsil edilen meblağı ilgili mükellefe iadesi gerekmekte hem de mükellefin zararının tam olarak giderilmesinin sağlanması için belli bir miktar faiz ödemesi de gündeme gelmektedir. Ancak belirtildiği üzere fazla veya yersiz tahsil edilen verginin iadesi bakımından VUK'un 112'nci maddesinde, söz konusu tahsilatın mükelleften kaynaklanması ile "diğer haller" arasında ayırım yapılmıştır. Bu ayırım sonucunda "diğer haller" olarak ifade edilen hallerin anlamı ve kapsamı konusunda uygulamada yorum farklılıkları yaşanmış ve özellikle iadenin mahkeme kararı neticesinde gerçekleşmesi halinde bu ifadenin kapsamına girip girmediğinden bahisle bu durumda ödenecek faizin türü konusunda Danıştay içtihadı önem kazanmıştır.

Bu çalışmada, öncelikle fazla veya yersiz tahsil halleri incelenmekte ve bu hallerde mükelleflerin uğradıkları zararlar içtihatlar yoluyla ortaya konulmaktadır. Bunu takiben, mevzuatta fazla veya yersiz tahsil hallerindeki hukuka aykırılığın ve bu bağlamda mükelleflerin zararının giderilmesi için öngörülen yollar belirtilmekte ve bu yolların işletilmesi neticesinde

mükelleflerin zararlarının tam olarak karşılanıp karşılanmayacağı karşılaştırmalı olarak irdelenmektedir. Ardından mükelleflerin zararlarının giderilmesi noktasında gündeme gelen faiz kurumu ele alınarak, VUK'un verginin fazla veya yersiz tahsili halinde öngördüğü tecil faizi, bu konuda Danıştay'ın geçmişteki içtihadında ön plana çıkan kanuni faiz ve devletin alacakları bakımından kanunda düzenlenen gecikme zammı/gecikme faizi ile karşılaştırılmakta ve son olarak, mükellefler bakımından mevzuatta daha adil bir düzenlemenin yapılabilmesi için VUK 112/4 fıkra hükmünde ne gibi değişikliklere gidilebileceğine yönelik değerlendirmelerde bulunmaktadır.

I. FAZLA VEYA YERSİZ OLARAK TAHSİL EDİLEN VERGİLERİN İADESİNDE FAİZ: ANLAMI, DÜNÜ VE BUGÜNÜ

A. ANLAM

Tahakkuk etmiş olan vergi borcunun ödenmesini ifade eden “verginin tahsili”, vergilendirme sürecinde yer alan ve ilgili vergi borcunu sonlandıran aşamadır. Başka bir anlatımla; somut bir vergilendirme işlemi bakımından tahsil, vergiyi doğuran olay ile birlikte meydana gelen vergi ödevi ilişkisini sona erdirmektedir¹. Tahsil ile birlikte devlet, vergi alacağına kavuşmakta ve diğer yandan mükellefin, ilgili vergi borcu da sona ermektedir. Ancak bazen, mükelleflerin borçlu oldukları vergiyi vadesinde ödemedikleri görülmektedir. Bu durumda vadesinde ödenmeyen vergilerin, 6183 sayılı Kanun'un 51'inci maddesi kapsamında gecikme zammı uygulanmak suretiyle tahsil edilmesi söz konusudur. Bu husus, söz konusu maddenin 1'inci fıkrasında yer alan “*Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı %4 oranında gecikme zammı tatbik olunur.*” hükmüyle düzenlenmiştir. Bu bakımdan vergilendirme sürecinin tahsil aşamasına ilişkin olan gecikme zammı, tahakkuk etmiş fakat vadesi geldiği

¹ **Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 118. Ayrıca bkz. **Gerçek, Adnan** (2017) Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, s. 83; **Karakoç, Yusuf** (2011) Genel Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 678-679.

halde ödenmemiş vergi borçları nedeniyle devletin uğradığı zararın giderilmesine yönelik bir kurumdur².

Öte yandan yalnızca tahsil aşamasında değil, bu aşamanın öncesinde yaşanan gecikmelerde de devletin vergi alacağı bakımından faiz öngörüldüğü görülmektedir. Nitekim, VUK'un 112/3 maddesi;

“(...) ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda:

a) Dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar;

b) Dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, yargı organı kararının tebliğ tarihine kadar;

c) 379'uncu madde kapsamında kanun yolundan vazgeçilmesi durumunda söz konusu maddeye göre hesaplanacak vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, kanun yolundan vazgeçme dilekçesinin vergi dairesine verildiği tarihe kadar;

Geçen süreler için 6183 sayılı Kanun'a göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır.” hükmünü içermektedir.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere gecikme faizi; vergi alacağının tahakkukunun gecikmesinden doğan vergi kayıplarını karşılamak amacıyla getirilmiştir³.

Bu bakımdan 6183 sayılı Kanun'un 51'inci maddesi ve VUK'un 112/3 maddesi birlikte değerlendirildiğinde, devletin vergi alacağına kavuşması bakımından tarh, tahakkuk ve tahsil aşamalarındaki gecikme ve/veya eksiklikler için gecikme zammı oranının dikkate alındığı söylenebilir. Bir başka ifadeyle, devletin vergi alacağına ilişkin yaşanan gecikme ve eksikler bakımından, mükellefin, verginin yanı sıra gecikme zammı oranında

² Taşkan, Yusuf Ziya (2019) Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 320.

³ Öner, Erdoğan (2013) Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 189.

hesaplanan bir miktar faiz ödemesi de yapması gerekmektedir. Her iki uygulama da kamu borçlusunun, borcunu vadesinde ödeyerek devlete ait bir parayı kullanmaktan vazgeçmesini ve devletin kamu alacağını geç tahsil etmesi dolayısıyla uğrayacağı zararın telafisini sağlamayı hedeflemektedir⁴. Bu bakımdan arka planda, devletin vergi alacağının enflasyona göre korunması amacı yer almaktadır⁵.

Diğer taraftan verginin, yersiz olarak ya da olması gerekenden fazla miktarda tahsil edilmesi de mümkündür. Bu durumda fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin, mükellefe iadesi gerekmekte olup bu iade bakımından, tarihsel süreç içerisinde başlarda mükelleflere faiz ödenmesi şeklinde bir uygulamaya yer verilmezken, zamanla söz konusu vergilerin iadesinde faiz ödenmesine ilişkin olarak VUK'a hüküm eklenmiştir. Bu hükmün günümüze değin geçirdiği değişim; hem uygulama hem de mahkeme içtihatları ile karşılıklı etkileşim içinde olmuştur. Bu etkileşim; faiz kurumunun taşıdığı anlam, işlevi ve ödenecek faizin niteliğine ilişkindir.

Fazla veya yersiz tahsil hallerinin öncelikli olarak somutlaştırılması, konunun daha iyi anlaşılması açısından gereklidir. Bu kavramların anlaşılması, çalışmanın ilerleyen kısımlarında, söz konusu hallerde tahsil edilen vergilerin iadesinde mükellefe neden faiz ödenmesi gerektiğinin –mahkeme kararları çerçevesinde- ortaya koyulması ve ödenmesi gereken faizin türüne ilişkin isabetli çıkarımlar ve değerlendirmeler yapılması noktasında önem taşımaktadır. Bu bakımdan öncelikle kelime anlamlarından yola çıkılarak fazla veya yersiz tahsilin ne demek olduğu açıklanmalıdır.

Lafzi açıdan değerlendirildiğinde “fazla tahsil” ifadesi, “gereğinden çok vergi alınması” anlamına gelmekte; “yersiz tahsil” ifadesi ise “alınması uygun olmayan, hiç alınmaması gereken bir verginin tahsili”ni anlatmaktadır. Diğer bir ifadeyle vergi idaresi; fazla tahsil hallerinde mükelleften alması gerekenden daha fazla tutarda vergi almakta iken, yersiz tahsil hallerinde ise mükelleften ödemekle yükümlü olmadığı bir vergiyi almaktadır.

⁴ Gerçek, s. 83.

⁵ Tosun, M. Umur/Canyaş, Oytun/Tosun, Nil (2012) “Türk Vergi Hukukunda Gecikme Faizi Oranının Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi Sorunu: İktisadi ve Hukuki Bir Analiz”, Maliye Dergisi, S: 163, s. 209-210.

Örneğin, bir çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasında bir gelir unsurundan alınan vergi için daha düşük bir oran belirlenmiş olmasına karşın, kanundaki yüksek oran uygulanarak verginin tahsil edilmesi, fazla tahsil olarak düşünülebilir. Zira burada mükellefin o gelir unsuru üzerinden vergi ödeyeceği kesindir; yalnızca bu verginin oranının, mükellef ve konunun anlaşma kapsamına girmesi dolayısıyla daha düşük olarak uygulanması gerekirken, kanundaki oranın uygulanması suretiyle mükellef, ödemesi gerekenden fazla miktarda vergi ödemektedir. Matrahın ve oranın doğru belirlenmesine karşın, yapılan bir hesap hatası sonucu fazla miktarda vergi alınması da fazla tahsil bakımından bir başka örnek olarak verilebilir. Mükellef olmayan kişiden vergi alınmasının yanı sıra, istisna kapsamında olan bir gelir unsurunun vergilendirilmesi ya da gelir unsurlarından birinde yer almayan bir kazancın matraha dahil edilmesi, gider unsuru olan bir harcama kaleminin gider olarak kabul edilmemesi, verginin zamanaşımı geçtikten sonra tarh, tahakkuk ve tahsil edilmesi gibi durumlar yersiz tahsil örnekleridir⁶.

Fazla veya yersiz tahsil; mükellefin beyanına binaen gerçekleşebileceği gibi, idarenin hizmet kusuru neticesinde de gündeme gelebilir. Yersiz tahsildeki hukuka aykırılık, mükellefiyet gerektirmeyen bir halde (Örneğin istisna kapsamına giren yahut çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması uyarınca üzerinden vergi alınmamasına karar verilen bir konunun varlığına karşın mükellefin vergi ödemesi gibi) kişiden vergi alınmasından kaynaklanmaktadır. Fazla tahsilde ise mükellefiyetin varlığı kesindir; ancak alınacak verginin miktarı bakımından bir yanlışlık söz konusudur. Buradaki yanlışlık idarenin hizmet kusurundan kaynaklanabileceği gibi, mükellefin yanlış beyanından da doğabilir. Dolayısıyla burada kanun koyucunun, hizmet kusuru veya mükellefin beyanından kaynaklanmaya göre bir ayırım yapmayıp yalnızca terimsel olarak yersiz tahsil ile fazla tahsili ayırdığı, bu ayırımın verginin konusu ve miktarı bakımından gündeme gelen yanlışlıklara dayalı olarak yapıldığı yönünde bir okuma yapmak mümkündür. Öte yandan doktrinde, fazla tahsil bakımından idarenin bir hizmet kusurunun söz konusu olmadığı ifade

⁶ **Candan, Turgut** (2013) "Hukuka Aykırı Olarak Tahsil Edilen Verginin Geri Verilmesinde Faiz", Mali Çözüm Dergisi, S: 118, s. 176-177.

edildiği de görülmektedir⁷. Bu görüşe göre, idarenin hukuka aykırı olarak vergi alması durumu, “yersiz tahsil” terimi ile ifade edilmiş olup bu durumda fazla tahsil ancak mükellefin matrahı kusurlu veya kusursuz şekilde fazla beyan etmesinden kaynaklanan halleri kapsar; aksi halde kanun koyucunun hukuka aykırı bir durumu hem fazla hem de yersiz tahsil ifadelerini kullanarak iki kere zikretmesi söz konusu olacaktır⁸.

Bu noktada belirtmek gerekir ki 2012 yılında yapılan değişiklikle birlikte VUK’un 112/4 madde hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: “*Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120’nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir*”. Hükümde yer alan “fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde” ibaresi, hem fazla hem de yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanabileceğini göstermektedir. Mefhumu muhalifinden, fazla veya yersiz tahsil idareden de kaynaklanabilecektir. Buradan hareketle, kanun koyucunun, fazla veya yersiz tahsil terimlerinin tercihinde idarenin kusuruna dayanan bir ayırım yapmadığı söylenebilecektir.

Burada her ne kadar kanun hükmünün kapsamını belirleme açısından, fazla veya yersiz tahsilin terimsel anlamını ortaya koymak önemli olsa da tahsilin fazla ya da yersiz olarak yapılmasının pratikte bir farkı olmadığını altı çizilmelidir. Tahsil fazla da yapılsa yersiz de yapılsa uygulanacak faizin türü ve hesaplanacağı süreler değişmemektedir. Dolayısıyla bu kavramların terimsel olarak ortaya koyulması, yalnızca hükmün kapsamını netleştirmek açısından önemlidir. Nitekim fazla veya yersiz tahsil tanımına girmeyen tahsilatların iadesinde bu hüküm uygulanmayacaktır.

Fazla veya yersiz tahsil durumlarında vergi idaresinin işlemi, ya mükellefiyet tesisindeki bir yanlışlık ya da tahsil edilecek verginin tutarı

⁷ **Başaran Yavaşlar, Funda** (2007) “Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz”, Vergi Dünyası, C: 316, S: 84, s. 94. **Üstün, Ümit Süleyman** (2013) “Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz Uygulaması”, TBB Dergisi, Y: 25, S: 105, s. 183.

⁸ **Başaran Yavaşlar**, s. 94.

belirlenirken hizmet kusurundan veya mükellefin beyanından kaynaklanan bir yanlışlık nedeniyle, mükellefin zararını doğurmaktadır. Mükellefin malvarlığı, fazla ya da yersiz ödediği vergi tutarı kadar azalmaktadır. Dolayısıyla mükellefin bu paradan veya tasarruf ve yatırım aracı olarak getirisinden faydalanma olanağı kalmamaktadır. Bunun yanı sıra mükellefin, paradan mahrum kaldığı süre içerisinde enflasyon nedeniyle değerinde oluşan aşınma ile mülkiyetinin gerçek değerinin azalması da söz konusudur⁹. Dolayısıyla mükellef nezdinde oluşan zarar; değer kaybı ya da gecikme nedeniyle varlığından ve/veya semereden yoksun kalma biçiminde gerçekleşebilir¹⁰.

Bu noktada altı çizilmelidir ki fazla veya yersiz tahsil edilen verginin daha sonra ödenmesi, enflasyon yoluyla kaynakların mükelleften devlete aktarımı şeklinde değerlendirilebilmekte ve sonuçta mükellefler dolaylı olarak ödemeleri gerekenden fazla vergi ödemek durumunda kalmaktadır¹¹. Bu bağlamda fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler dolayısıyla mükelleflerin uğradığı zararların giderilmesi için faiz kurumu gündeme gelmektedir. Zira fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler bakımından faiz kurumu; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında da vurgulandığı üzere, genelin yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil bir denge oluşturmaktadır¹². Zira devletin; bireylerin mülkiyet hakkına vergiler yoluyla müdahalesini mümkün

⁹ Anayasa Mahkemesi, E: 2008/58, K: 2011/37, T: 10.02.2011. <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-37-nrm.pdf>> s.e.t. 16.01.2022.

¹⁰ **Yaltı, Billur** (2008) “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl -11 Mayıs 2007, Ankara, Danıştay Matbaası, s. 170.

¹¹ **Er, Selami** (2011) “Mükellef Hakları ve Kamuda Faiz Uygulamaları”, Sayıştay Dergisi, S: 81, s. 20.

¹² **İpek, Nilgün** (2017) “Vergilendirmede Kamu Yararı – Birey Yararı Bakımından Adil Denge Arayışında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Yaklaşımları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 149. Yıl-11 Mayıs 2017, Ankara, Danıştay Matbaası, s. 185. Benzer yöndeki bir kararında AYM de fazla veya yersiz tahsil hallerinde, “ulaşılacak istenen kamu yararı ile başvuru sahibinin mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin bozulduğu” görüşüne yer vermiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/28, K.T: 25.02.2015, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/28>> s.e.t. 16.01.2022.

kılan temel husus kamu yararadır¹³. Oysaki fazla veya yersiz tahsil edilen vergiler için artık kamu yararından söz edilememekte ve bunlar, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin haksız kısmını oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi 2013/28 Başvuru No’lu ve 25.02.2015 tarihli kararında faiz kurumunun işlevini şu şekilde belirtmiştir; “*vergi adı altında tahsil edilen ve mahkemelerde fazla veya yersiz olduğuna karar verilen tahsilâtların iadesinde tahsilât ve iade arasında geçen sürede iade edilen bedelin enflasyon karşısında değerinde meydana gelen aşınmayı ve bu sürede bireylerin bu bedellerden yararlanamamaları nedeniyle meydana gelen zararlarını telafi etmek ve gerçek karşılığını geri ödeyebilmek amacıyla, bu bedellere faiz veya enflasyon farkı işletilmesi mümkündür*”¹⁴.

Danıştay’ın da pek çok kararında bu husus vurgulanmaktadır: “*Herhangi bir kişinin kendisine ait olmayan parayı belirli süre kullanması, asıl para sahibinin bu ekonomik değerden mahrum bırakılması sonucunu doğuracağı gibi, enflasyona maruz kalan ekonomilerde, paranın değerini, yani alım gücünü enflasyon oranında yitirmesine de neden olacağından, parası uhdesi dışında kalan ve mülkiyet hakkı ihlal edilen bu kişiye haksız kullanım karşılığında faiz ödenmesi gerekmektedir*”¹⁵.

B. 2012 YILI ÖNCESİNDEKİ YASAL DÜZENLEME

Tarihsel sürece bakıldığında; devletin, vergi yükümlüsünün vergi borcunu ödemede gecikmesine bağlı olarak uğradığı kaybın telafisinde gündeme gelen gecikme zammı kurumunun 1954 yılından bu yana, verginin

¹³ **Taylar, Yıldırım** (2015) “Vergi Borcu İlişkinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, s. 4958.

¹⁴ **Akel Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/28, K.T: 25.02.2015 <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/28>> s.e.t. 16.01.2022. Ayrıca bkz. **Akün Gıda Maddeleri Sanayi ve Ticaret AŞ Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/1993, K.T. 06.05.2015. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1993>> s.e.t. 16.01.2022.

¹⁵ Danıştay VDDK, E: 2013/740, K: 2013/896, T: 25.12.2013; Danıştay 4. Daire, E: 2012/5692, K: 2016/1792, T: 25.04.2016; Danıştay 4. Daire, E: 2011/5499, K: 2011/6892, T: 06.10.2011 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

tahakkukuna ilişkin gecikmelerden kaynaklanan kayıplarının giderilmesini amaçlayan gecikme faizi kurumunun ise 1986 yılından bu yana sistemde mevcut olduğu görülmektedir¹⁶. Buna karşın, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen verginin iadesinde faiz ödenmesine ilişkin hükümler vergi kanunlarına sonradan eklenmiştir. Önceleri fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin mükelleflere iadesinde faiz ödenmesi söz konusu olmamakta; mükellefin ödemediği yahut eksik ödediği veya zamanında tahakkuk ettirilemeyen vergiler bakımından devlet lehine faiz öngörülmekte iken, devletin fazla veya yersiz olarak aldığı bir vergi söz konusu olduğunda mükellefe yapılan iadelerde herhangi bir faiz hesaplanmamaktaydı. Aynı dönemde mükelleflerin faiz talepleri bakımından yargı mercileri, kanunda açık hüküm olmamasından dolayı faiz ödenmesi gerekmediği yönünde karar vermektedir.

Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde faiz uygulaması hukuk sistemimizde ilk defa 22.07.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ile gündeme gelmiştir. Bu madde ile VUK'un 112'nci maddesine 4'üncü fıkraya eklenmiştir. Bu fıkroda *“fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120'nci madde hükümlerine göre ret ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir.”* hükmü yer almaktadır. Bu hüküm 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Görülebileceği üzere, fıkranın 2012 yılında değiştirilmesinden önceki halinde, hem fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesi hem de vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergiler bakımından mükellefe ödenecek faiz düzenlenmiştir. Bu hüküm kapsamında mükellefe faiz ödenmesi için iki şart öngörülmüştür: fazla veya yersiz tahsil edilmiş yahut vergi kanunları uyarınca iadesi gereken bir verginin bulunması ve söz konusu verginin kanunda belirtilen süre içinde iade edilmemiş olması.

¹⁶ Yaltı (2008), s. 167.

VUK 112/4 maddesinde yer alan ilk şart bakımından gündeme gelen fazla veya yersiz tahsilin, bir vergi hatasından kaynaklanması gerekmektedir. Bu husus hükümde geçen “(...) *tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120’nci madde hükümlerine göre ret ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir.*” ifadesinden çıkarılmaktadır¹⁷. Zira buradan anlaşılan, vergi hatalarının düzeltilmesinde “*düzeltilme yetkisi ve reddiyat*” hususunu düzenleyen VUK’un 120’nci maddesine göre ret ve iadesi gereken verginin, faiziyle birlikte ödeneceğidir. Vergi hataları; VUK’un 116’ncı maddesinde tanımlanmış, 117 ve 118’inci maddelerde ise hesap hataları ve vergilendirme hataları olarak iki ayrı başlıkta düzenlenmiştir¹⁸. İşte bu dönemdeki 112’nci maddenin 4’üncü fıkrasında düzenlenen iadeye ilişkin faizin işletilebilmesi için, fazla veya yersiz tahsilin VUK’un 117 ve 118’inci maddelerinde belirtilen vergi hataları sonucunda gerçekleştirilmiş olması ve bu kapsamda VUK’un 120’nci maddesine göre ret ve iadesi gerekmektedir.

Bu noktada bir parantez açılarak belirtilmelidir ki söz konusu dönemde bu hükümden yapılan çıkarım, 112’nci maddenin 4’üncü fıkrasında mükellef lehine düzenlenen faizin ancak vergi hataları söz konusuysa uygulanabildiği; vergi mahkemelerinin kararları üzerine mükellefe yapılacak iadelerde ise bu fıkranın uygulanmayacağı şeklinde olmuştur. Nitekim ilgili maddenin 2012 yılında yeniden düzenlenmesi öncesindeki bu kabule ilişkin Danıştay 9’uncu Daire’nin bir kararı örnek gösterilebilir. Karara konu olayda ilgili olarak Daire; VUK 112/4 madde hükmüne göre mükelleflere faiz ödenmesinin ancak tereddüt edilmeyen, açık ve mutlak bir vergi hatasından ötürü idarece resen ya da yükümlünün düzeltme istemi üzerine düzeltme fişi ile iade dilen meblağlar için mümkün olduğu; dava konusu yapılan ve mahkemece iadesine karar verilen miktarlara uygulanmasına imkan bulunmadığı yönünde karar vermiştir¹⁹. Bu noktada, her ne kadar çalışmanın ilerleyen kısımlarında yer verilecek olsa da Danıştay içtihadına ilişkin bir parantez açmak gerekir. Bu

¹⁷ **Bahtiyar, Mustafa** (2017) “Fazla veya Yersiz Olarak Tahsil Edilen Vergilerin Dava Yoluyla İadesinde Faiz ve Bu Konudaki Yargı Kararları”, *Yaklaşım*, S: 298, s. 237-241; **Başaran Yavaşlar**, s. 94; **Üstün**, s. 184.

¹⁸ **Saban, Nihal** (2021) *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 457.

¹⁹ Danıştay 9. Daire, E: 2008/1906, K: 2010/1154, T: 10.03.2010 (yayımlanmamış karar).

dönemde Danıştay, mahkeme kararı gereğince yapılacak iadeleri 112/4 madde hükmü kapsamında görmemekle birlikte, bu hallerde mükellefe faiz ödenmesi gerektiğini de kabul etmektedir.

Hükümde öngörülen ikinci şart; fazla veya yersiz olarak tahsil edilen verginin, ilgili mevzuatı gereğince mükellefler tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemiş olmasıdır. Bu bakımdan söz konusu süre içinde iadenin gerçekleşmesi halinde faiz ödenmeyecektir. Faiz ancak iade gerçekleşmemişse, söz konusu 3 aylık sürenin sonundan başlayarak mükellefe düzeltme fişinin tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için ödenecektir. Bu faizin oranı ise, 6183 sayılı Kanun'daki tecil faizi oranı olarak belirlenmiştir. Öte yandan tebliğe rağmen ödeme gecikirse de faiz ödenmemektedir²⁰.

Fıkradaki şartlar incelendiğinde iadede faizin, ancak mükellefin kanunun gerektirdiği bilgi ve belgeleri tamamlamasını takip eden 3 ay içinde yersiz veya fazla ödenen meblağın iadesinin gerçekleştirilmemesi halinde ödeneceği anlaşılmaktadır. Buradan yapılacak çıkarım, kanun koyucunun burada gecikme faizi terimini kullanmasına karşın, faiz ödemesinin sebebinin, fazla veya yersiz tahsilden ziyade, iadenin geciktirilmesi olduğudur²¹.

Belirtmek gerekir ki bu düzenlemeye bakıldığında, devletin kendi alacakları için resen ve ön şarta bağlı olmaksızın faiz almayı seçerken, mükellefe ödeyeceği faiz bakımından bazı ön şartlar ortaya koyduğu görülmektedir²². Öte yandan söz konusu madde uyarınca mükellefe ödenecek faizin hesaplanmasındaki başlangıç tarihi, verginin fazla veya yersiz olarak tahsil edildiği tarih değil; mevzuatın gerektirdiği bilgi ve belgelerin mükellef tarafından tamamlandığı tarihten itibaren 3 aylık sürenin dolduğu tarihtir. Oysaki mükellef, kendisinden yersiz olarak ya da fazladan tahsil edilen miktardaki paradan yararlanma imkanından ve bu paranın getirilerinden, tahsil anından itibaren mahrum kalmakta; bu paranın değerinde enflasyon

²⁰ **Sonsuzoğlu, Elif** (2013) Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz ve Zam, 2. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, s. 146.

²¹ **Candan**, s. 169.

²² **Yücel, Mehmet** (2011) "Fazla ve Yersiz Ödenen Vergilerin İadesinde Faiz Uygulaması ve Anayasa Mahkemesi Kararı", Mali Çözüm, S: 107, s. 185.

nedeniyle yaşanan değişimler de tahsil tarihinden itibaren başlamaktadır. Dolayısıyla 2012 öncesinde öngörülen faizin başlangıç tarihinin, mükellefin zararlarını karşılamak bakımından yetersiz olduğu söylenebilir. Oysaki eksik beyan edilen ve/veya ödenen vergiler bakımından devletin mükelleften olan alacağı için vade başlangıcından itibaren faiz hesaplanmaktadır²³. Ayrıca bu düzenleme, ayrıca faizin türü/oranı bakımından eleştirilebilirse de bu eleştirilere ileride yer verileceği için burada ayrıca açıklama yapılmayacaktır.

Nitekim 112'nci maddeye 1998 yılında 4369 sayılı Kanun'la eklenen ve 1999 yılının başında yürürlüğe koyulan 4'üncü fıkra hükmü, 2011 yılında Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) E: 2008/58, K: 2011/37 sayılı ve 10.02.2011 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. Bu kararda AYM, tahsilatın üzerinden çok zaman geçmiş olmasına rağmen hata düzeltme talebi üzerine iade edilen vergiler bakımından mükellef lehine ödenecek faizin hesaplanmasında bitiş tarihinin, tahakkuk fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarih olduğunun; fakat eksik tahsil edilen veya hiç tahsil edilemeyen vergiler bakımından devletin mükelleften aldığı faizin, ödemenin yapıldığı güne kadar işletildiğinin altını çizmektedir. Bu kapsamda Mahkemeye göre, fazla veya yersiz olarak alınan vergi, mükellef bakımından bir alacak niteliğinde olup mülkiyet hakkına dahildir. Mahkeme şu ifadelerle mükellefin zararının bir nevi fotoğrafını çekmektedir: *“Kişiler yanlış veya yersiz vergi tahsilatı nedeni ile belli bir süre mülkiyetlerinde olması gereken bir meblağdan kullanma, tasarruf etme ve harcama şeklinde yararlanma imkanından mahrum kalmaktadırlar. Bu süre zarfında enflasyon nedeni ile paranın değerinde oluşan aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu mülkiyetin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da bulunmamaktadır”*.

AYM kararında, mükelleflere ödenecek faizin hesaplanmasında başlangıç tarihinin tahsil tarihinden değil de mevzuatın gerektirdiği bilgi ve belgelerin tamamlanmasını takip eden 3 ayın sonundan başlatılmasının, mükellefin *“belli bir dönem için faiz gelirinden mahrum kalması”* neticesini doğurduğunu ve bunun da *“hukuk devletinde korunması gereken mülkiyet*

²³ **Yılmaz, Güneş** (2013) “İadesi Gereken Vergilere Ödenen Faize İlişkin Eski ve Yeni Yasa Hükmünün Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, Mali Hukuk Dergisi, C: 9, S: 103, s. 29.

hakkının ihlaline neden olduğunu” belirtmektedir. Bu noktada Mahkeme, AİHM’in benzer bir konuya ilişkin Eko-Elda Avee/Yunanistan²⁴ kararını da yorumuna dayanak olarak göstermiştir. Bu çerçevede AYM, AİHM’in söz konusu olayda “*haksız olarak tahsil edilen verginin beş yıl beş ay sonra faizsiz olarak iade edilmesinin, belli bir meblağdan yararlanma hakkı uzun süre engellenen şahsın, mali durumunda önemli ve kesin zararlara neden olduğu, bu durumun sürdürülmesi gereken genel yarar ile kişi yararı arasındaki dengeyi bozduğu, şahıs üzerine aşırı yük yüklediği*”ni kabul ettiğini ve böylece mükellefin mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar verdiğini belirtmiştir. Buradan hareket eden AYM, VUK’un 112’nci maddesine 1998 yılında eklenen 4’üncü fıkra hükmünün, hem hukuk devleti ilkesi yönünden Anayasa’nın 2’nci maddesine hem de mülkiyet hakkının ihlal edilmesi yönünden Anayasa’nın 35’inci maddesine aykırı olduğundan bahisle iptaline karar vermiştir. 10.02.2011 tarihinde verilen bu iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine hükmedilmiştir. Böylece 14.05.2011 tarihli ve 27934 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan karar, ancak bu tarihten başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

C. GÜNCEL YASAL DÜZENLEME

AYM’nin iptal kararının yürürlüğe girmesinin akabinde, 31.05.2012 tarihinde 6322 sayılı Kanun ile VUK’un 112’nci maddesinin 4’üncü fıkrası bugünkü haline getirilmiş; bu maddeye bir de 5’inci fıkra eklenmiştir. Böylece fazla veya yersiz alınan vergilerin iadesi ile kanunen iadesi gereken vergilere ilişkin faizler birbirinden ayrı fıkralarda düzenlenmiştir. Çalışmanın konusu fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler olduğu için, kanunen iadesi gereken vergilere ilişkin faizi düzenleyen fıkra hükmüne yönelik değerlendirme yapılmaması tercih edilmiştir.

İptal kararı akabinde yeniden düzenlenen VUK 112/4 madde hükmünün güncel hali şu şekildedir: “*Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla*

²⁴ Eko-Elda Avee v Greece, App No: 10162/02 (ECHR, 9 March 2006). <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72757>> s.e.t. 16.01.2022.

veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120'nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir".

İptal kararı sonrası değiştirilen mevcut 112'nci maddenin 4'üncü fıkra hükmü okunduğunda görülmektedir ki, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin mükellefe iadesinde faizin ödenmesine dair şartlarda değişiklikler yapılmıştır. Burada hem fazla veya yersiz tahsilin terimsel anlamı ve kapsamı genişletilmiş hem –fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklandığı haller ve diğer haller şeklinde- ikili bir ayırım yapılmış hem de faizin hesaplanacağı sürenin başlangıç ve bitiş tarihleri, hükümde “diğer haller” olarak düzenlenen hallerle sınırlı olmak üzere iptal kararı yönünde düzeltilmiştir.

Hüküm okunduğunda ilk göze çarpan husus, önceki hükümde yer alan “(...) *tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120'nci madde hükümlerine göre ret ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir*” ifadesi yerine “*tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120'nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir*” ifadesinin tercih edilmesidir. Burada iade bakımından, VUK 120'nci madde hükümlerine göre ret ve iadesi gereken, diğer bir ifadeyle vergi hataları sonucunda fazla veya yersiz olarak tahsil edilen bir verginin mevcudiyeti koşulundan vazgeçilmiştir. Değişikliğin ardından hükümde VUK 120'nci madde hükmüne yapılan atf yalnızca iadenin usulüne ilişkindir²⁵. Diğer bir ifadeyle, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, VUK 120'nci madde hükmünde öngörülen usulde iade edilecektir. Dolayısıyla fazla veya yersiz tahsilin kapsamı genişletilmiş; bu hallerin yalnızca vergi hataları sonucu gerçekleşmesi şartı kaldırılarak, her halükarda fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin –faiziyle- iade edileceği düzenlenmiştir.

Bu noktada eklenmelidir ki vergi idaresi, fazla veya yersiz tahsilin anlamı ve kapsamı hususunda 418 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde²⁶ çeşitli açıklamalara yer vermiştir. Söz konusu Tebliğ'de bu hususta ilk olarak

²⁵ Bahtiyar, s. 240.

²⁶ Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 418), 28405 sayılı ve 08.09.2012 tarihli Resmi Gazete.

“213 sayılı Kanun kapsamında olan vergi, resim ve harçlar ile bunlara bağlı olarak hesaplanan gecikme faizi, gecikme zammı ve pişmanlık zammının, ayrıca vergi cezalarının 112’nci maddenin dördüncü fıkrasına göre iade edilmesi sırasında mükelleflere faiz ödenmesi söz konusu olacaktır” ifadesi yer almaktadır. Hemen akabinde ise “213 sayılı Kanununun 116’ncı maddesinde tarif edilen, 117 ile 118’inci maddelerinde de sayılan vergi hataları sebebiyle mükelleflerden fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde 112’nci maddenin dördüncü fıkrasına göre faiz hesaplanması gerekmekte (...)” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadede fazla veya yersiz tahsilde iade bakımından, hükmün eski halinde olduğu gibi vergi hatalarına özgülünmüş bir anlayış göze çarpmaktadır. Tebliğ’de bu konuda verilen örnek de yine vergi hatası sonucu gerçekleşen bir fazla veya yersiz tahsil haline ilişkindir. Ancak idarenin bu ifadesi, hükmün kapsamını daraltan bir niteliktedir.

Hükümde göze çarpan ikinci husus; kapsamı genişletilen fazla veya yersiz tahsil hallerinin “mükelleften kaynaklanan” ve “diğer haller” olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmasıdır. Bir başka anlatımla, fazla veya yersiz tahsilin vergi hatasından kaynaklanması şartı kaldırılmış ancak faizin hesaplanacağı süreyi etkileyecek şekilde, fazla veya yersiz tahsilin kaynağı/nedeni hususunda bir ayırım getirilmiştir. Bu ayırım, faizin hesaplanmasındaki başlangıç tarihleri yönünden bir farklılık yaratmaktadır. Faizin hesaplanmasındaki bitiş tarihleri ve oran ise iki durum için de aynıdır. Dolayısıyla bu ayırım, mükelleflere ödenecek faiz tutarının farklı olması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca kanun metninde özellikle diğer haller bakımından açık ve net tarif ve tespitler yapılmaması, mükellefler ve idare arasında bir uyuşmazlık alanı yaratma potansiyeline sahiptir²⁷.

Fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanması, özellikle beyan usulünün esas alındığı vergilerde karşımıza çıkmaktadır. Bu hallere, ihtirazi kayıt koyulmadan verilen bir beyannamele vergi matrahının hatalı gösterilmesi hali örnek verilebilir²⁸.

²⁷ İleri, Yusuf (2013) “Fazla ve Yersiz Tahsilata Faiz Ödemesi Alanındaki Süreç: Yasal Düzenlemeler, Yargı Kararları ve Anayasa Mahkemesi Kararı Sonucu Yapılan Yeni Düzenlemelerin Analizi”, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, s. 151.

²⁸ Candan, s. 178.

Hükümde geçen “diğer haller” ibaresini ise, fazla veya yersiz tahsilin idareden kaynaklandığı haller olarak yorumlamak mümkündür²⁹. Zira vergilendirme ilişkisinin iki tarafı vardır: mükellef ve devlet/idare. Bir tarafta fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanması hali söz konusu ise bunun karşı tarafında da idareden kaynaklanan haller bulunacaktır. Burada kanun koyucunun, haksızlığın idareden kaynaklandığını açıkça zikretmekten kaçındığı şeklinde bir yorum yapılabilir. Diğer haller bakımından Candan (2013), vergi matrahının mükellef tarafından doğru gösterilmesine ve ödenecek verginin doğru hesaplanmasına karşın verginin tahsilatında yanlışlık yapılması ya da elektronik ortamda verilen beyannameler bakımından programlama hatasının bir sonucu olarak yanlış oran uygulanması veya yanlış hesaplama yapılmasına bağlı olarak verginin miktarının fazla hesaplanması gibi durumları örnek göstermekte olup bu hallerde, her ne kadar burada külfet beyanname veren mükellefe yüklenmiş olsa da asıl olarak vergi idaresinin sorumluluğunda olduğu için idarenin hizmet kusuru söz konusu olacaktır³⁰. İdarece, resen veya ikmalen yapılan tarhiyatlardaki fazla veya yersiz tahsillerde idarenin hizmet kusuru ise barizdir³¹.

Belirtmek gerekir ki fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklandığı hallerde faizin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak, mükellefin hata düzeltme talebinde bulunduğu tarih esas alınmıştır. Burada 1998 yılındaki düzenlemeden farklı olarak, talebin ardından idareye 3 aylık bir süre tanınmamış; doğrudan başvuru tarihinden itibaren faiz işletilmeye başlanmıştır. Faizin hesaplanmasındaki bitiş tarihi ise, düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edilme tarihidir.

112’nci maddenin 4’üncü fıkrasında, fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanmadığı “diğer” hallerde ise verginin tahsil edildiği tarih, faizin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak kabul edilmiştir. Maddede diğer

²⁹ Bu hallere ilişkin farklı bir belirleme olarak “idarenin kusurlu olduğu haller” şeklindeki yorum için bkz. **Sonsuzoğlu**, s. 153.

³⁰ **Candan**, s. 178.

³¹ **Candan**, s. 180. Bu durumda idarenin kendisine kanunla verilen yetkiyi aştığı ve bunun da idarenin sorumluluğunu gerektirdiği yönündeki yorum için bkz. **Çağan, Nami** (1982) Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 137.

haller olarak zikredilen bu hallerde faizin hesaplanmasında bitiş tarihi, mükelleften kaynaklanan hallerde olduğu gibi, düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edilme tarihidir. Dolayısıyla diğer hallerde faizin hesaplandığı süre, tahsilden başladığı için, fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklandığı haller için öngörülenden, paranın mükellefin uhdesi dışında kaldığı süredeki zararları giderme açısından daha kapsayıcıdır ve sonuçta mükellefe daha uzun süre için faiz hesaplanabilecektir. Bu bakımdan hükümde, fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklandığı hallerde faizin hesaplanması için daha kısa süre ve dolayısıyla daha az faiz öngörülerek, yanlış beyan hali bir nevi cezalandırılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki bu şekilde “kusura dayalı” ikili bir ayırım yapılarak faizin ödenmesinde farklılaşmaya gidilmesi, diğer bir ifadeyle faize ilişkin zaman diliminin kusurla ilişkilendirilmesi; faizin temelinde yer alan “başkasına ait paranın kullanılmasının bedeli” olma özelliğinden hareketle eleştirilmektedir³². Zira bu durumda önemli olan kusurun kimden kaynaklandığından ziyade, mükellefin zarar görmesidir³³.

Altı çizilmesi gereken son husus, iade bakımından hükümde düzenlenen faizin türüdür. VUK 112/4 madde hükmündeki faizin oranı, 6183 sayılı Kanun’a göre belirlenen tecil faizi oranıdır. Bu oran, 21.07.2022 tarihli ve 31899 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan (Seri: C, Sıra No: 6) Tahsilat Genel Tebliği ile yıllık %24 olarak yeniden belirlenmiştir³⁴. Belirtmek gerekir ki bu oran, mükellef tarafından ödenmeyen veya eksik ödenen yahut zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler bakımından devlet lehine hükmolunan “*gecikme zammı/6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi*” oranından düşüktür. Gecikme faizi oranı bakımından, VUK’un 112’nci maddesi ile gecikme zammı oranına atıf yapılmış olup gecikme zammı oranı ise 21.07.2022 tarihli ve 31899 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5801 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 21.07.2022 tarihinden itibaren her ay için %2,5

³² Sonsuzoğlu, s. 153-154.

³³ Sonsuzoğlu, s. 154.

³⁴ Gelir İdaresi Başkanlığı, “Seri: C Sıra No: 6 Tahsilat Genel Tebliği” <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39631&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>> s.e.t. 23.07.2022.

olarak belirlenmiştir³⁵. Dolayısıyla bu oran yıllık %30'a tekabül etmekte olup %24 oranındaki tecil faizinden fazladır. Bu bakımdan kamu gücüne sahip olan devletin vergilerle ilgili alacakları üzerinden daha yüksek oranda faiz ya da zam öngörülmüşken, iade edilmesi gereken vergilerle ilgili borçları üzerinden kısmen daha düşük oranda faiz öngörüldüğü görülmektedir³⁶. Fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin mükellefe iadesinde, daha düşük bir oranda olan tecil faizinin tercih edilmesi, eleştirilebilecek bir noktadır. Bu husustaki değerlendirmeler de çalışmanın ilerleyen kısımlarında yer almaktadır.

II. FAZLA VEYA YERSİZ OLARAK TAHSİL EDİLEN VERGİNİN YARGI KARARI GEREĞİNCE İADESİNDE MÜKELLEFİN ZARARININ TAZMİNİ

VUK 112/4 madde hükmünün anlamı ve kapsamının değerlendirilmesinin akabinde tamamlayıcı bir husus olarak ele alınması gereken bir diğer nokta ise fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin yargı kararı ile iadesidir. Hükmün ele alınış biçimi dolayısıyla geçmişten beri fazla veya yersiz tahsil hallerinde iadenin mahkeme kararı neticesinde gerçekleştiği haller bakımından tartışmalar yaşanmıştır. Bu hususta özellikle Danıştay içtihadı önem kazanmıştır. Buradaki tartışmalar, fazla veya yersiz tahsilde iadenin mahkeme kararı neticesinde gerçekleşmesi halinin VUK 112/4 kapsamına girip girmediği ile ödenecek faizin türü hususlarında düğümlenmektedir.

Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesi bakımından dört yol gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki; şayet söz konusu tahsilat vergi hatası neticesinde gerçekleşmişse, vergi idaresinin bu hatayı resen düzeltmesidir. VUK'un 119'uncu maddesi uyarınca vergi hataları; ilgili memurun, üst memurların veya müfettişlerin hatayı tespit etmesi hallerinde ortaya çıkarılabilmekte ve giderilebilmektedir ki bu durum idarenin hatayı resen

³⁵ Gelir İdaresi Başkanlığı, "Gecikme Zammı Oranı" <<https://www.gib.gov.tr/yardim-ve-kaynaklar/yararli-bilgiler/gecikme-zammi-orani>> s.e.t. 23.07.2022.

³⁶ **Yegen, Baki** (2019) "Vergi Hukukunda Gecikme Faizi ve Zammı Uygulamasının Karşılaştırılması: Hukuki Nitelikleri, Oran Farklılıkları Açısından Bir Bakış", Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (GAUN-JSS), C: 18, S: 4, s. 1474.

düzeltilmesi olarak adlandırılır. Bu yol VUK'un 121'inci maddesi uyarınca; üzerinde tereddüt edilmeyen, açık ve mutlak vergi hataları bakımından söz konusudur³⁷. İdarenin söz konusu hatayı resen düzeltmesi neticesinde, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergi de iade edilir.

İkinci yol ise yine vergi hatasının söz konusu olduğu durumlarda, idari başvuru aracılığıyla hatanın düzeltilmesidir. Belirtmek gerekir ki hata düzeltme; yalnızca VUK'ta vergi hatası olarak adlandırılan hatalara özgü bir çözüm yolu olup her türlü işlem yanlışlığına karşı bu yola başvurulamamaktadır³⁸. Şayet VUK'ta düzenlenen vergi hataları kapsamına giren bir husus sonucunda fazla veya yersiz tahsil gerçekleşmişse, idarenin denetleme mekanizmasını harekete geçiren bu yola başvurulabilecektir³⁹. Bu kapsamda VUK'un 119 ve 122'nci maddeleri uyarınca mükelleflerin, vergi davası açma süresi içinde düzeltme talebinde bulunması mümkündür ve idarenin bu talebi yerinde görmesi ile vergi hatası giderilebilmekte ve fazla veya yersiz tahsil edilen vergi iade edilebilmektedir.

Üçüncü yol, yine vergi hatası söz konusu olduğu durumlarda, vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra, yaptıkları düzeltme talepleri reddedilen mükelleflerin hatanın düzeltilmesi için VUK'un 124'üncü maddesi uyarınca şikayet yolunu kullanarak Maliye Bakanlığı'na başvurmalarıdır⁴⁰. Bu başvurunun kabulü neticesinde de fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergi mükellefe iade edilmektedir.

Dördüncü ve son yol ise, mükelleflerin kanuni süresi içinde vergi mahkemesinde iptal davası açmasıdır. Mükellefler idare tarafından kendilerinden fazladan veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesi için, kanuni süresi içinde iptal davası açabilirler. Özellikle vergi hatalarının olduğu haller bakımından altı çizilmelidir ki hata düzeltme yolu, zorunlu bir idari başvuru yolu değildir. Dolayısıyla fazla veya yersiz tahsil hallerinde, hata düzeltmeye başvurulmaksızın vergi mahkemesinde iptal davası açılabilmesi mümkündür.

³⁷ **Oktar, S. Ateş** (2013) Vergi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, s. 150.

³⁸ **Öner**, s. 204.

³⁹ **Karakoç** (2011), s. 722.

⁴⁰ **Mutluer, M. Kamil** (2011) Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 119-120.

Mükellef, -dava açma süresi içerisinde yaptığı- hata düzeltme başvurusunun idare tarafından reddi halinde de -kalan süre içerisinde- dava açılabilir⁴¹. Fakat belirtmek gerekir ki dava açma süresi geçtikten sonra hata düzeltme istemiyle yapılan başvuruların reddi sonucunda doğrudan dava açılmamaktadır. Bu durumlarda hata düzeltme talebinin reddini takiben, yukarıda açıklanan şikayet yolunun tüketilmesi gerekmektedir. Ancak şikayet yoluyla başvurunun da reddi üzerine dava açılabilir. Bu bakımdan fazla veya yersiz tahsil hallerinde mükelleflerin doğrudan süresi içinde iptal davası açmak yönünde bir tercihte bulunmaları mümkün olduğu gibi, dava açma süresi içerisinde hata düzeltme veya dava açma süresi geçtikten sonra şikayet başvurularının reddi üzerine dava açmak zorunda kalmaları da söz konusu olabilmektedir. Mahkemenin fazla veya yersiz tahsil işlemini iptal etmesi neticesinde de tabii olarak iade gerekecektir.

İptal davası açma yolu sadece vergi hatası sonucu fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerde değil, örneğin vergi kanunlarının yorumu gibi vergi hatası kapsamına girmeyen hallerde de işletilebilecek bir yoldur. Dolayısıyla vergi hatası dışında kalıp tartışma konusu olabilecek, “hukuki uyumsuzluk” olarak adlandırılan bu hallerde sorunu yargı organı karara bağlayacaktır⁴². Bu husus, özellikle idarenin genel tebliğ ile ortaya koyduğu anlayışında olduğu gibi, VUK 112/4 madde hükmünü yalnızca vergi hatalarına özgü bir kurum olarak değerlendiren görüşler söz konusu olduğunda tartışma yaratmaktadır.

VUK 112/4 madde hükmünü yalnızca vergi hatalarına ve hata düzeltme yoluna özgüleyen görüşe göre, yargı kararları neticesinde iadeye hükmedilmesi halinde bu hüküm uygulanmaz. Bu bakımdan esasında yargı kararına göre iade

⁴¹ **Ateşagaoglu, Erdem** (2007) “Verginin Hukuka Aykırı Tahsil Edildiğine İlişkin Verilen Yargı Kararları Üzerine İade Edilecek Vergilerde Mükellefin Uğradığı Zararın Giderilmesi ve Bu Konuya İlişkin Bir Danıştay Kararı”, İÜHFİM, C: 65, S: 1, s. 358.

⁴² **Bilici, Nurettin** (2020) Vergi Hukuku, 50. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 220; **Güneş, Gülsen** (1998) “Vergisel Uyuşmazlıkların Genel Görünümü Ve Bireysel Boyutlu Vergisel Uyuşmazlıklar”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, Prof. Dr. Sevim Görgün’e Armağan, Otuz Sekizinci Seri, Yıl 1996/1997, İstanbul Üniversitesi Yayın No. 4099, İstanbul, s. 273.

edilecek vergiler bakımından faiz ödenip ödenmeyeceği noktasında açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır⁴³.

Bu konuda yargı kararları da geçmişten beri değişiklik göstermektedir. Bu çerçevede bazı mahkemelerin, hukuk devletinde faiz ödenmesi için açık bir kanun hükmüne gerek olmadığından hareketle ve doğrudan 3095 sayılı Kanun hükümlerine atıf ile faize hükmettiği görülürken; bazı mahkemeler ise faizin ödenmesinde İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 28'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına dayandıkları gözlemlenmektedir⁴⁴.

İYUK'un 28/6 maddesinde yer alan düzenlemeye göre “*tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 6183 sayılı Kanununun 48'inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez*”.

İYUK'ta yer alan bu düzenleme incelendiğinde görülecektir ki buradaki faiz, fazla veya yersiz tahsile ilişkin işlemin iptaline yönelik mahkeme kararının tebliği ile idarenin mükellefe yapacağı ödeme arasındaki süre için hesaplanmaktadır ve buradaki oran da tecil faizi oranıdır. Anlaşılabileceği üzere bu faiz, mahkeme kararı yerine getirilinceye değin işleyen bir faiz olup idarenin fazla veya yersiz tahsil işlemi sonucu mükellefin mamelekinden çıkan paranın kullanması ve getirilerinden yararlanılması imkanının kalmaması ile iadeye kadar geçen sürede paranın değerinde yaşanan azalmadan doğan zararları gidermeyi amaçlayan bir faiz değildir. Buradaki düzenleme, hüküm tarihinden sonra iadenin gecikmesini önlemeye ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, idarenin iadeyi gerçekleştireceği tarihe değin faiz işletilmek suretiyle bu sürecin, mükellefin lehine olacak şekilde, kısa tutulması için bir nevi idareyi zorlama amacı söz konusudur. Dolayısıyla İYUK'ta hem VUK'un 112/4 madde hükmünden farklı bir amaçla öngörülen hem de onun işlevini gerçekleştirmekten bir hayli uzak olan bir faiz söz konusudur. Ayrıca bu

⁴³ **Hatipoğlu, Cengizhan** (2014) “Yargı Kararına Göre İade Edilecek Vergilerde Faiz”, İÜHFİM, C: 72, S: 1, s. 436.

⁴⁴ **Hatipoğlu**, s.436-437.

düzenlemede de tecil faizi oranı söz konusu olup bu bakımdan da bu düzenleme ile mükellefin zararlarının tam olarak tazmin edilmesi mümkün görülmemektedir.

A. 2018 YILI ÖNCESİNDE DANIŞTAY İÇTİHADİ

1998 yılı öncesinde, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin mükellefe iadesinde faiz ödenmesi hususunda VUK'ta hiç hüküm bulunmadığı dönemdeki yargı kararlarına bakıldığında, ilk derece mahkemelerinin farklı kararlarına rağmen Danıştay Vergi Davaları Daireleri Genel Kurulu'nun (VDDGK) içtihadının, faiz taleplerinin reddi yönünde olduğu görülmektedir. Bu kapsamda VDDGK, "*niteliği gereği faizin ancak sözleşme ya da bir yasa hükmüne dayanılarak talep edilebileceğinden*" bahisle, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler bakımından açılan iptal davalarında mükelleflerin faiz taleplerinin reddi gerektiği; zira "*bir verginin hukuka aykırı olarak tahsili nedeniyle, tahsil tarihinden itibaren yükümlüler lehine yasal faiz işleyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığı*" yönünde hüküm tesis etmiştir⁴⁵.

1998'de VUK 112/4 maddesi ile iadede mükellef lehine faiz ödenmesine ilişkin hüküm getirilmesinin ardından vergi yargısı kararlarına bakıldığında çok çeşitli yorumlar yapıldığı görülmektedir. Bu dönemde Danıştay'ın bazı kararlarında eski içtihat devam ettirmek suretiyle, yasal bir düzenleme olmadığı için yargı kararı neticesinde verginin mükellefe iadesinde faize hükmedilemeyeceği yönünde hüküm kurulmuştur⁴⁶. Bazı Danıştay kararlarında ise faizin tazmin amacının bulunduğu, bu nedenle yargı kararına bağlı olarak iade edilecek vergilerde de mükelleflere faiz ödeneceği belirtilmiştir. Ancak bu ikinci halde kimi kararlarda VUK 112/4 madde hükmünün⁴⁷, kimilerinde ise İYUK 28/6 madde hükmünün uygulanacağı

⁴⁵ Danıştay VDDGK, E: 1995/283, K: 1997/138, T: 06.03.1997; E: 2001/451, K: 2001/460, T: 07.12.2001 aktaran **Üstün**, s. 196.

⁴⁶ Danıştay 4. Daire, E: 2002/3283, K: 2001/514, T: 24.02.2003; Danıştay 9. Daire E: 2007/2830, K: 2009/5237, T: 23.12.2009; Danıştay 3. Daire, E: 2007/1279, K: 2008/3820, T: 02.12.2008 aktaran **Üstün**, s. 197-200.

⁴⁷ Danıştay 7. Daire, E: 2001/4650, K: 2005/1507, T: 30.06.2005; Danıştay 7. Daire, E: 2001/4650, K: 2005/1507, T: 30.06.2005 aktaran **Üstün**, s. 201-202.

kanısı mevcuttur⁴⁸. Bu dönemde Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun (VDDK) yorumu da değişiklik göstermiştir. 2006 tarihli bir kararında⁴⁹ VDDK, fazla veya yersiz tahsil edilen verginin mükellefe iadesinde ödenecek faizin o dönemdeki VUK 112/4 madde hükmünde düzenlenen faiz olduğu yönünde karar vermişken; 2007 tarihli bir kararında⁵⁰ ise, mükellefe faiz ödenmeyeceğine hükmetmiştir.

Belirtmek gerekir ki AYM'nin 2011 tarihli iptal kararına binaen 2012 yılında VUK 112/4 madde hükmünde yer alan faize ilişkin yeniden düzenleme yapılmasının akabinde ilk derece mahkemelerince verilen kararlarda tam olarak bir birlik sağlanamamıştır. Ancak VDDK'nın istikrarlı uygulamasıyla 2018 yılına değin, mahkeme kararı neticesinde yapılacak iadelere ilişkin olarak 3095 sayılı Kanun'da düzenlenen kanuni faizin uygulanması yönünde hüküm kurulduğu ve bunun Danıştay'ın vergi dava daireleri ve ilk derece mahkemelerinin çoğunluğunca da benimsendiği görülmektedir. Bu kapsamda örneğin 2013 tarihli bir VDDK kararında *“idareyi, eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü tutan Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrası, yargı yeri kararı uyarınca iadesi gereken bir miktar paranın, idarenin tasarrufunda kalan sürede ilgisi tarafından tasarruf edilememesinden doğan zararın giderilmesini de kapsamaktadır”* denilerek iadede uygulanacak faiz türü olarak 3095 sayılı Kanun'da yer alan kanuni faiz işaret edilmiştir⁵¹.

2018 yılına değin Danıştay dava dairelerinin de genellikle VDDK kararına paralel kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin Danıştay 3'üncü Dairesi bir kararında *“iadesi gereken tutar yönünden vergi idaresi ile davacı arasındaki ilişki, iadenin yargı kararıyla hüküm altına alınması nedeniyle yönetilen-idare ilişkisi olmaktan çıkarak, bir borç ilişkisine dönüşmüştür. Dolayısıyla bu ilişkinin borçlusu tarafından alacaklısına, paranın tasarrufundan yoksun kalınan süre için; Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununa göre faiz*

⁴⁸ Üstün, s. 197.

⁴⁹ Danıştay VDDK, E: 2006/87, K: 2006/287, T: 18.10.2006. <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> s.e.t. 16.01.2022.

⁵⁰ Danıştay VDDK, E: 2006/182, K: 2007/3, T: 26.01.2007. <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> s.e.t. 16.01.2022.

⁵¹ Danıştay VDDK, E: 2011/519, K: 2013/169, T: 30.04.2013 (yayımlanmamış karar).

ödenmesi gerekir” şeklinde hüküm kurmuştur⁵². Dolayısıyla burada mükellefin zararını tazmin bakımından ödenecek faizin, 3095 sayılı Kanun’a göre belirleneceği yönünde bir karar vermiştir. Yine aynı dairenin başka bir kararında da aynı gerekçeye dayanılarak, “3095 sayılı Kanun hükümlerine göre faiz ödenmesi gerektiğinden, vergi mahkemesi kararının, vergi kanunları ile İYUK’ta herhangi bir düzenleme bulunmadığı yolundaki gerekçe uyarınca, yasal faiz istemi yönünden davanın reddine ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerekmiştir” ifadeleri kullanılmıştır⁵³.

Danıştay 9’uncu Daire’nin bir kararında ise şu tespit yapılmıştır: *“idareyi, eylem ve işlemlerden doğan zararı ödemekle yükümlü tutan Anayasa’nın 125’inci maddesinin son fıkrası, yargı yeri kararı uyarınca iadesi gereken bir miktar paranın, idarenin tasarrufunda kalan sürece ilgisi tarafından tasarruf edilememesinden doğan zararın giderilmesini kapsamaktadır. Vergi mahkemesi kararıyla, haksız tahsil edilen harcın davacıya iadesine karar verilmesi sonunda, harcın tahsil tarihi ile fiilen iadesi arasında geçen süre için enflasyondan kaynaklanan bir zarar söz konusudur. Bu zararın 3095 Sayılı Kanun hükümlerine göre ödenmesi durumunda söz konusu zarar ödenmiş olacaktır. Bu nedenle vergi mahkemesi kararının, davacı lehine olan kararın tebliği üzerine İYUK 28’inci madde hükmünü esas alan hüküm fıkrasında hukuki isabet görülmemiştir”⁵⁴. Bu kararda da İYUK’un 28/6 maddesi kapsamında faiz ödenmesine hükmeden ilk derece mahkemesinin kararı bozularak, faizin 3095 sayılı Kanun kapsamındaki kanuni faiz olarak belirlenmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.*

Aynı dairenin bir başka kararında ise; *“yargı kararıyla kaldırılan vergilendirmeler nedeniyle tahsil edilmiş tutarların ilgililere iadesi sırasında, tahsil tarihi ile karar tarihi arasında geçen süre için tasarrufundan yoksun bırakılmaktan dolayı iadenin hangi oranda faiz eklenerek yapılması gerektiği konusunda VUK ve 6183 sayılı Kanun’da yapılmış bir düzenleme bulunmamaktadır. İYUK 28/6 maddesinde ise vergi davalarında kararın idareye*

⁵² Danıştay 3. Daire, E: 2010/3898, K: 2013/3423, T: 16.09.2013 (yayımlanmamış karar).

⁵³ Danıştay 3. Daire, E: 2013/4832, K: 2014/6339, T: 15.12.2014 (yayımlanmamış karar).

⁵⁴ Danıştay 9. Daire, E: 2011/6393, K: 2013/6129, T: 12.06.2013; Danıştay 9. Daire, E: 2008/1404, K: 2011/7761, T: 17.11.2011 (yayımlanmamış karar).

tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödeneceği düzenlenmek suretiyle kanuni faiz uygulaması, kararın verilip idareye tebliğinden sonraki zaman dilimine özgülenmiştir. Bu durumda, haksız yere alınan vergi nedeniyle yoksun kalınan tutarın ödemenin yapıldığı tarihten itibaren, Danıştay'ın yerleşik hale gelen içtihatlarıyla kabul edilen ve bu husustaki genel hükümleri içeren 3095 Kanun'da öngörülen oranda faiz uygulanarak ilgisine ödenmesi gerektiği” şeklinde bir gerekçe oluşturulmuştur⁵⁵. Burada daire, VUK ve İYUK'ta düzenlenen faizlerin neden uygulanamayacağını açıkladıktan sonra VDDK'nın içtihadına atıf yaparak kanuni faizin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Belirtmek gerekir ki 2012-2018 yılları arasındaki dönemde Danıştay'da istikrarlı bir şekilde uygulandığı söylenebilecek olan 3095 sayılı Kanun'a göre hesaplanacak kanuni faiz oranı, 19.02.2022 tarihli ve 31755 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği (Sıra No: 74) ile 01.01.2022 tarihinden itibaren (faizin sözleşme ile tespit edilmediği hallere ilişkin oran olan) %9 olarak uygulanmaktadır. Bu oran hem devletin mükelleften aldığı gecikme zammı/gecikme zammı oranında hesaplanan gecikme faizinden (%30) hem de VUK 112/4 ve İYUK 28/6 madde hükümlerinde atıf yapılan tecil faizi oranından (%24) oldukça azdır.

Bu noktada altı çizmeli ki tekdüze bir uygulama olmaması, hata düzeltme/şikayet yolunu işletip olumlu sonuç alan mükellefler ile dava açma yolunu seçen ya da iadenin gerçekleşebilmesi için dava açmak zorunda kalan mükelleflerin zararlarını giderme noktasında gündeme gelen faizde (tecil faizi ve kanuni faiz şeklinde) farklı oranların söz konusu olması ve bu farklı oranların, eksik veya geç tahsil edilen yahut geç tahakkuk ettirilen vergilerin mükelleften alınması sırasında öngörülen gecikme zammı (ve gecikme zammı oranında hesaplanan gecikme faizi) oranının altında kalması gayri adil olup eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı bir sonuç doğurmaktadır.

Hata düzeltme/şikayet yoluna başvuran ve bu başvuruları kabul edilen mükelleflere, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergi, %24 oranında hesaplanan tecil faizi ile birlikte iade edilmektedir. Ancak burada da fazla veya

⁵⁵ Danıştay 9. Daire, E: 2017/933, K: 2017/5331, T: 01.06.2017 (yayımlanmamış karar).

yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanması hali ile kanunda “diğer haller” olarak zikredilen ve fazla veya yersiz tahsilin idareden kaynaklandığı haller olarak okunabilecek haller arasında ayırım yapılarak, söz konusu iki durumda faizin işletileceği süre farklılaştırılmıştır. Bu bakımdan idari başvuru yolunu işleten mükellefler arasında, fazla veya yersiz tahsilin kaynağı yönünden farklı uygulamanın söz konusu olduğu görülmektedir. Buna karşın mükelleflerin idari başvuru yolunu değil de iptal davası açmayı seçmesi ya da buna mecbur kalması halinde ise mahkemeler, fazla veya yersiz tahsil edilen meblağın iadesinin yanı sıra %9 oranındaki kanuni faiz esas alınarak hesaplanacak bir miktar faizin ödenmesine hükmetmekteydiler. Buradaki oran VUK veya İYUK’ta belirlenmiş bir oran olmayıp yargı organlarınca içtihadı olarak uygulanması gerektiği sonucuna varılmış olan bir orandı. Zira belirtildiği üzere, 2018 yılına değin Danıştay’ın genel görüşü, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin yargı kararıyla iadesinin VUK 112/4 madde hükmü kapsamında olmamakla birlikte, burada mükellef ile idare arasında bir alacak ilişkisi doğduğu kabulünden hareketle kanuni faizin uygulanması yolundaydı.

Söz konusu faiz türü, iadenin gerçekleştirilmesi bakımından farklı yolları tercih eden ya da buna mecbur kalan mükellefler arasında açık bir eşitsizlik içermekte ve mükelleflerin mülkiyet hakkı bakımından da hukuka uygun olmayan bir sonuç doğurmaktaydı. İptal davası açma yolunu seçen ya da dava açmak zorunda kalan mükellefler için, bahsedilen dönemlerde mahkemelerin hükmettiği kanuni faizin oranının, idarenin iadelerde tatbik ettiği tecil faizi oranından düşük olması nedeniyle, gayri adil bir durum ortaya çıkmaktaydı. Bu bakımdan, özellikle idarenin uygulaması ile içtihat arasındaki ya da kanun maddesi ile içtihat arasındaki çelişki; mülkiyet hakkının ihlali bakımından önemli bir sorun yaratmaktaydı. Zira AİHM’in Serkov/Ukrayna kararında⁵⁶ belirtildiği üzere; “önemli bir mali konuyu düzenleyen ulusal kanunun öngörülebilirliğinin ve belirliliğinin sağlanmamış olması, karşıt yargısal görüşlerin üretilmesine cevaz vererek, Sözleşme çerçevesinde aranan kanunun niteliksel yönüne (quality of law) ilişkin koşulu” zedelemekte ve mülkiyet

⁵⁶ Serkov v Ukraine, App No: 39766/05 (ECHR, 7 October 2011). <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105536>> s.e.t. 08.04.2022.

hakkının ihlaline yol açmaktadır⁵⁷. Bunun yanı sıra aynı mevzuat hükmüne dayanarak benzer durumdaki mükelleflerin lehine karar verilmesinin diğer mükelleflerde oluşturduğu haklı beklenti boşa çıkarılarak öngörülebilirlik, dolayısıyla belirlilik ve eşitlik ilkelerinin zedeleneyeceği de söylenebilir⁵⁸.

Ayrıca bu dönemdeki uygulamanın, hak arama hürriyetinin zımnen engellenmesi olarak yorumlanması da mümkündür; zira hakkını mahkemede arayan mükellefler için idari başvuru yolunu seçenlere nazaran daha aleyhte sonuç doğmaktaydı. Dolayısıyla bu yöndeki uygulama; Anayasa’da yer alan hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve hak arama hürriyetinin korunması bakımından yeterli değildi.

Bir değerlendirme yapılacak olursa; VUK 112/4 madde hükmü dar yorumlanarak, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin mahkeme kararı neticesinde iadesinde 3095 sayılı Kanun’da yer alan ve kanunun 1’inci maddesinde “*Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde on iki oranı üzerinden yapılır*” hükmü ile düzenlenen kanuni faizin ya da İYUK 28/6 madde hükmünün uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu hususta Candan’ın (2013) da belirttiği gibi özellikle kanuni faiz için vurgulanması gereken husus; bu faizin Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’ndan doğan alacaklar için öngörüldüğü ve dolayısıyla kamu hukukundan doğan alacaklar için uygulanamayacağıdır⁵⁹. Bu bakımdan kanuni faizin, faiz ödenmesi gereken durumlarda devreye giren bir üst kavram gibi algılanmasının ve her durumda uygulanmasının yanlış olacağı düşünülmektedir. Zira vergilendirme sürecinde genel tabiriyle devlet alacaklı, mükellef borçlu olmakla birlikte aradaki borç ilişkisine Türk Borçlar Kanunu veya Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmamakta, bu ilişki bir kamu hukuku ilişkisi olarak kabul

⁵⁷ **Yaltı, Billur** (2011) “Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında “Çelişik Mevzuat” ve “Çelişik İçtihat”, Vergi Sorunları Dergisi, S: 276, s. 7-17.

⁵⁸ **Taylar, Yıldırım/Gök, Özgecan/Demirbaş Aksüt, Burcu/Artun, Emine Sevcan** (2020) Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 123.

⁵⁹ **Candan**, s. 168.

edilerek kamu hukukunda yer alan düzenlemeler ve kurumlar uygulanmaktadır. Özellikle alacaklı olan devletin, alacağını korumak ve tahsil etmek için ihtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz gibi yöntemlere başvurması da buradaki kamu hukuku ilişkisine ve devletin kamu gücünü kullanmasına örnek olarak gösterilebilir. Devletin, 6183 sayılı Kanun'un 51'inci maddesi ile VUK 112/3 maddesi kapsamına giren alacaklarında gecikme zammı/gecikme zammı oranında hesaplanan gecikme faizini işletmesi de bir başka örnektir. Buna bağlı olarak, tarafların yer değiştirmesi; diğer bir ifade ile yine vergi borcu ile ilgili bir hususta mükellefin alacaklı, devletinse borçlu konuma geçmesi, aradaki ilişkinin bir kamu hukuku ilişkisi olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Dolayısıyla burada bireyler arası borç ilişkilerine uygulanan kanuni faizin uygulanması mümkün görülmemektedir.

Ayrıca hem 3095 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi hem de İYUK 28/6 madde hükmünün hangi hallerde uygulanacağı gayet açık olup bu haller, verginin fazla veya yersiz tahsil edilmesi halini kapsamamaktadır. Bu bakımdan 3095 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinin, fazla veya yersiz tahsildeki ilişkinin bir kamu hukuku ilişkisi olması; İYUK 28/6 madde hükmünün ise, fazla veya yersiz tahsil edilen meblağın, temeldeki idari işlem mahkeme kararı ile iptal edilinceye değin idarenin uhdesinde kaldığı süreyi kapsamaması nedeniyle uygulanması uygun değildir. Dolayısıyla işlev ve amaçları yönünden bu faiz türleri, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde uygulanabilir nitelikte görülmemektedir.

Bu noktada altı çizilmelidir ki VDDK'nın aşağıda yer verilecek içtihat değişikliği öncesi dönemde, bazı ilk derece mahkemeleri ve bölge idare mahkemelerinin VUK 112/4 madde hükmünden hareketle tecil faizi oranında hesaplanacak bir faiz ödemesine hükmettiği görülmüştür. Bu noktada Bahtiyar (2017), 2017 yılı itibarıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin tüm Vergi Dava Daireleri ile İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin 1'inci ve 2'nci Vergi Dava Dairelerinin tecil faizi oranında hesaplanacak bir faiz ödemesi yönünde kararlar verdiklerini aktarmaktadır⁶⁰. Yine İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1'inci ve

⁶⁰ Bahtiyar, s. 241.

2'nci Vergi Dava Dairelerinin 2017 yılında tecil faizini içeren kararları göze çarpmaktadır.

Bu bağlamda örneğin İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2'nci Vergi Dava Dairesi E. 2017/1046, K. 2017/4737 sayılı ve 06.12.2017 tarihli kararında; 112/4 madde hükmünde yer alan “fazla veya yersiz tahsil” ibaresinin, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesi istemiyle açılan davalarda, mahkemelerce iadesine karar verilen vergi alacağını kapsamadığı kabulünün olanaklı bulunmadığını; 4'üncü fıkranın yeni halinde, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin, “hesaplanan faizle birlikte, 120'nci madde hükümlerine göre mükellefe ret-iade” edileceği yönündeki düzenlemeyle de yalnızca, verginin iadesindeki usule ilişkin olarak bir gönderme yapıldığının kabulünün gerektiğini belirtmiştir. Bunun ardından mahkeme; fıkırada, fazla veya yersiz tahsilin ortaya çıkarılmasında, haksızlığın tespitinin idare veya yargı kararı ile gerçekleştirilmesi arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı, idarenin kendi tespit ve inisiyatifiyle ödeme yapması durumunda tecil faizi ödendiği; aksi halde, idarenin kusurunu kabul etmemesi üzerine, bu haksızlığın yargı yerince tespit edilmesi bakımından maddede faiz öngörülmediğini söylemenin hukuk devleti ilkesi ile birlikte AİHM ve AYM kararlarına aykırı olacağı; bir önceki düzenlemeye ilişkin iptal kararının akabinde maddenin getiriliş amacı ve lafzının da dikkate alınması gerektiği yönünde bir yorum yapmıştır. Bu gerekçeye binaen mahkeme; davacıdan tahsil edilen verginin, tahsil tarihinden itibaren 6183 sayılı Kanun'a göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faizi ile birlikte davacıya iadesi gerekmektedir, 3095 sayılı Kanun'da yer alan “kanuni faize” hükmedilmesinin yerinde olmadığı yönünde hüküm kurmuştur⁶¹.

Belirtmek gerekir ki bu dönemde VDDK'nın kanuni faize ilişkin yorumu kadar, bazı mahkemelerin tecil faize ilişkin yorumda bulunması da AİHM içtihadı kapsamında mülkiyet hakkı ihlali olarak yorumlanabilecek bir sonuç doğurmaktadır. Zira yukarıda bahsedilen Serkov/Ukrayna kararından yapılan çıkarıma göre; anlam ve kapsamı açık olmayan hukuki düzenlemelerin yarattığı belirsizlik yüzünden, yargı organlarının farklı ve çelişkili yorumda bulunması

⁶¹ Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi, E: 2016/54, K: 2017/12, T: 03.01.2017 (yayımlanmamış karar).

ve aynı hukuksal konuda farklı yüksek yargı kararlarının (çelişkili içtihat) bulunması, hukuki öngörülebilirliğe aykırıdır⁶². Buna bağlı olarak da mükelleflerin mülkiyet hakkının ihlaline varan bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

B. 2018 YILI SONRASINDA DANIŞTAY İÇTİHADI

VDDK, 2018 yılından sonra, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin mahkeme kararı ile iadesinde de VUK 112/4 madde hükmünün uygulanacağı yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Bu kararlara verilebilecek ilk örneklerden biri VDDK'nın E: 2018/726, K: 2018/964 sayılı ve 05.12.2018 tarihli kararıdır. Karara konu olayda davacı, yurt dışında mukim firmalardan finansal kiralama yoluyla kiraladığı uçaklar için yaptığı ödemeler üzerinden, bu ülkelerle yapılan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları uyarınca tevkifat yapılmaması gerektiğinden bahisle ihtirazi kayıtla muhtasar beyanname vermiş; ardından ödediği kurumlar (stopaj) vergisinin tecil faiziyle birlikte iadesi istemiyle dava açmıştır. Açılan davada ilk derece mahkemesi; tahsili hukuka aykırı bulunan ve idarece tahsili tarihinden mahkeme kararına göre düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre içinde kullanımından mahrum kalınan tutarın, 6183 sayılı Kanun'a göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faizle birlikte iadesi gerektiği gerekçesiyle tahakkuk eden vergiyi kaldırmış; ödenen tutarın, tecil faizi oranında hesaplanacak faiziyle birlikte iadesine karar vermiştir.

Davalı idare söz konusu kararı temyiz etmiş ve temyiz talebini inceleyen Danıştay 4'üncü Dairesi; mahkeme kararıyla kaldırılan vergilendirmeler nedeniyle tahsil edilmiş tutarların mükelleflere iadesi sırasında, tahsil tarihi ile karar tarihi arasındaki süre için mükellefin paranın tasarrufundan yoksun bırakılmasından dolayı iadenin hangi oranda faiz eklenerek yapılması gerektiği konusunda VUK ve 6183 sayılı Kanun'da yapılmış bir düzenleme bulunmadığı, İYUK 28/6 madde hükmünde ise vergi davalarında kararın idareye tebliğinden

⁶² **Kaşıkçı, Mahmut** (2017) "Vergi Hukuku Özelinde Mahkemeye Erişim Hakkı Üzerine Bir İnceleme (Çelişkili Karar Yasağı-Danıştay Kararlarından Örnekler ve Haklar Bütünü Hukukla Okumak)". Journal of Istanbul University Law Faculty, 75(2), 535-553, s. 551.

itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece gecikme faizi⁶³ ödeneceği düzenlenmek suretiyle kanuni faiz uygulamasının, kararın verilip idareye tebliğinden sonraki zaman dilimine özgüldüğü, bu durumda, haksız yere alınan vergi nedeniyle yoksun kalınan tutarın, Danıştay'ın yerleşik hale gelen içtihatlarıyla kabul edilen ve bu husustaki genel hükümleri içeren 3095 sayılı Kanun'da öngörülen oranda faiz uygulanarak ilgisine ödenmesi gerektiği gerekçesiyle kararın faize ilişkin hüküm fıkrasını bozmuştur⁶⁴.

İlk derece mahkemesinin kararında ısrarı üzerine konu VDDK'nın önüne gitmiş olup VDDK, yukarıda künyesi belirtilen kararı ile ilk derece mahkemesinin ısrar kararını, aynı hukuki nedenler ve gerekçe ile uygun bulmuş ve davalı idarenin temyiz talebini reddetmiştir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin yukarıda ele alınan gerekçesini uygun bulmak suretiyle VDDK, davacıdan "yersiz" olarak tahsil edilen verginin iadesinde faize ilişkin olarak VUK 112/4 madde hükmünün uygulanması gereğini ortaya koymuştur.

Örnek olarak verilebilecek bir diğer karar ise VDDK'nın E. 2019/518, K: 2020/952 sayılı ve 23.09.2020 tarihli kararıdır. Karara konu olayda davacı; ihracat hasılatının binde beşinin götürü gider olarak kurum kazancından indirilebileceğini ileri sürerek ihtirazi kayıtlarla kurumlar vergisi beyannamesi vermiş ve vergiyi ödemiş, ardından söz konusu verginin kaldırılması ve verginin ödendiği tarihten mahkeme kararının vergi dairesine tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için hesaplanacak tecil faiziyle birlikte iadesi talebiyle dava açmıştır. Akabinde ilk derece mahkemesi, davacının talebini kabul ederek, tahakkuk eden vergiyi kaldırmış, ancak ödenen verginin kanuni faiziyle birlikte iadesine karar vermiştir.

Söz konusu kararın taraflarca temyizi üzerine Danıştay 4'üncü Dairesi şu gerekçe ile davacının temyiz istemini kabul etmiş ve davalının temyiz istemini reddetmiştir: *"6322 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, sadece 120. maddeye göre "vergi hatası" kapsamında iade edilecek vergilere ilişkin bir düzenleme yer*

⁶³ İlgili maddenin 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un 58'inci maddesi ile "tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir" şeklinde değiştirilmesinden önce maddede yer alan faiz türü "kanuni gecikme faizi" idi.

⁶⁴ Danıştay 4. Dairesi, E: 2013/2424, K: 2015/6319, T: 07.12.2015 (yayımlanmamış karar).

almaktaydı. 6322 sayılı Kanun ile anılan maddede değişiklik yapıldıktan sonra "vergi hatası" kapsamında yapılacak iadelere ilişkin düzenleme (5) numaralı fıkrada ayrıca yer almış, (4) numaralı fıkrada ise fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin tecil faiziyle birlikte iadesi esası getirilmiş, verginin fazla veya yersiz tahsil edildiğinin tespitinin idarece veya mahkemece ortaya çıkarılmış olması hususunda ise bir ayrıma gidilmemiştir.

Bu durumda, Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde, 6183 sayılı Kanun'a göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faizin uygulanacağı belirtildiğinden, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde uygulanacak olan 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca faize hükmeden mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır⁶⁵.

Akabinde ilk derece mahkemesi, aynı hukuki nedenler ve gerekçeyle önceki kararının faize ilişkin hüküm fıkrasında ısrar etmiştir. Bunun üzerine konu VDDK'nın önüne taşınmıştır. VDDK, künyesi yukarıda verilen kararında "Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinin 6322 sayılı Kanun ile değişik (4) numaralı fıkrası ve bu fıkranın uygulanmasına ilişkin Kanun'un geçici 29. maddesinde yer alan hüküm gözetildiğinde, uyuşmazlık konusu olayda Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinin 6322 sayılı Kanun ile değişik (4) numaralı fıkrası uyarınca iadesine hükmedilen verginin tecil faiziyle birlikte iadesi gerekmektedir.

Ancak, dava dilekçesinde, verginin, ödeme tarihinden mahkeme kararının vergi dairesine tebliği tarihine kadar geçen süre için hesaplanacak faiziyle birlikte iadesine karar verilmesi istendiğinden, davacının talebiyle bağlı kalınarak karar verileceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 3095 sayılı Kanun uyarınca faize hükmeden ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmadığından davacının temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının bozulması" yönünde hüküm kurmuştur. Dolayısıyla VDDK, fazla tahsil edilen verginin yargı kararı gereğince iadesinde faize ilişkin

⁶⁵ Danıştay 4. Daire, E: 2014/3317, K: 2018/3748, T: 18.04.2018 (yayımlanmamış karar).

olan bu ihtilafta VUK 112/4 madde hükmünün uygulanacağını bir kere daha ortaya koymuştur.

Bir diğer örnek ise VDDK'nın E: 2019/1422, K: 2020/1004 sayılı ve 07.10.2020 tarihli kararıdır. Karara konu olayda davacı adına alış faturaları içinde elektronik ortamda düzenlenmesi gerektiği halde kağıt ortamında düzenlenmiş bir adet fatura bulunduğu tespit edildiğinden bahisle VUK 353/1 madde hükmü uyarınca özel usulsüzlük cezası kesilmiştir. Davacı, bu cezanın kaldırılması ve ihtirazi kayıtlarla ödenen tutarın yasal faiziyle iade edilmesi talebiyle dava açmıştır. Olayda aynı zamanda 421 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği'nin iptali istemi de bulunduğu için dava Danıştay 4'üncü Dairesi tarafından incelenmiştir. Danıştay 4'üncü Daire; kesilen özel usulsüzlük cezasında hukuka uygunluk bulunmadığından, ihtirazi kayıtlarla ödenen tutarın VUK 112/4 madde hükmü gereğince tecil faiziyle davacıya iadesi gerektiğine hükmetmiştir⁶⁶. Akabinde VDDK, yukarıda künyesi verilen kararı ile 4'üncü Daire'nin bu kararını, aynı hukuksal nedenler ve gerekçe ile uygun bularak onamıştır.

Bu hususta büyük önem taşıyan en yakın tarihli kararlardan biri ise VDDK'nın İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2'nci ve 3'üncü Vergi Dava Dairelerinin kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi istemi hakkındaki E. 2021/1, K. 2021/3 sayılı ve 10.03.2021 tarihli kararıdır. Söz konusu VDDK kararına konu olan bölge idare mahkemesi kararlarına bağlı olarak ortaya çıkan aykırılık; fazla veya yersiz şekilde tahsil edilip yargı kararı uyarınca iadesi gereken bir verginin herhangi bir kanuni dayanak gösterilmeksizin yasal/kanuni faiziyle birlikte iadesine karar verilmesinin istenmesi durumunda, yasal/kanuni faiz talebinden, 3095 sayılı Kanun'da yer alan kanuni faizin mi yoksa VUK 112/4 maddesinde belirtilen tecil faizi oranında hesaplanacak faizin mi anlaşılması gerektiğine ilişkindir.

Söz konusu kararda VDDK; VUK 112/4 maddesinin 2012 yılında değiştirilmesinden önceki dönemde, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesi ile birlikte davacılar tarafından dava dilekçelerinde kanuni dayanağı gösterilmeyen yasal/kanuni faiz taleplerinin, terimsel olarak 3095

⁶⁶ Danıştay 4. Daire, E: 2016/9022, K: 2019/2783, T: 10.04.2019 (yayımlanmamış karar).

sayılı Kanun'da yer alan kanuni faizi işaret ettiğini; ancak 2012 yılında yapılan değişiklikle birlikte, VUK'a tabi olan ve yargı kararı uyarınca iadesi gereken vergilere uygulanacak faizin yasal dayanağa kavuşturulduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan VDDK, özel hükmün genel hükme göre uygulama önceliğinin bulunması ilkesine atıf yaparak sorunu açıklığa kavuşturma yoluna gitmiştir. Bu ilkenin takip edilmesi ile kararda ulaşılan sonuç; fazla veya yersiz olarak tahsil edilmiş olup iadesi gereken vergiler yönünden dava dilekçelerinde kanuni dayanağı gösterilmeyen yasal/kanuni faiz taleplerinden, 3095 sayılı Kanun'da yer alan ve genel hüküm niteliğinde olan kanuni faizin değil, VUK 112/4 madde metninde belirtilen ve özel hüküm niteliğinde olan tecil faizi oranında hesaplanacak faizin anlaşılması gerektiği şeklindedir. Görüleceği üzere bu karar ile VDDK, yargı kararı neticesinde iadesi gereken fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin VUK 112/4 madde hükmünün kapsamına girdiğini vurgulamakla kalmamış, bu hallerde kanuni faiz teriminin artık tecil faizi oranında hesaplanacak faiz olarak anlaşılması gerektiğini de belirtmiştir. Bu karar; kanuni faiz teriminin yalnızca 3095 sayılı Kanun'da yer alan kanuni faiz ile sınırlı bir üst kavram haline getirilerek uygulanmasının yanlış olduğunu ve bu faiz türünün, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde uygulanamayacağını ortaya koyması bakımından önemlidir.

Son kararlardan yapılan çıkarımla Danıştay'ın; VUK 112/4 madde hükmünün dar yorumlanması suretiyle, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin mahkeme kararı gereğince iadesi hallerinin madde kapsamına girmediğine ve dolayısıyla hakkında hüküm bulunmayan bu halde bir alacak ilişkisinin de varlığından hareketle 3095 sayılı Kanun'da düzenlenen kanuni faizin işletileceğine ilişkin geçmişteki kabulü terk ettiği ve mahkeme kararı gereğince iadelerde de (dava dilekçesinde kanuni faiz oranında hesaplanacak faiz ödemesi talep edilmesine rağmen kanuni dayanağın gösterilmediği haller de dahil olmak üzere) VUK 112/4 madde hükmünün uygulanarak faizin tecil faizi oranında işletilmesi yönünde kararlar verdiği görülmektedir⁶⁷.

⁶⁷ Bu doğrultudaki daire kararlarına örnek olarak bkz. Danıştay VDDK, E: 2019/518, K: 2020/952, T: 23.09.2020; Danıştay 3. Daire, E: 2016/15694, K: 2020/3752, T: 14.10.2020; Danıştay 9. Daire, E: 2018/7128, K: 2021/1417, T: 03.03.2021 (T.C. Danıştay Kararlar Dergisi, Y: 2021, S: 7). Danıştay 3. Daire, E: 2019/7619, K: 2021/3803, T: 15.09.2021; Danıştay 9. Daire,

Belirtmek gerekir ki kanuni faize ilişkin içtihadın tecil faizi yönünde değiştirilmesi, hem VUK 112/4 madde hükmünün lafzına hem de geçmişteki kanuni faiz uygulamasına nazaran hakkaniyete daha uygun olmuştur. Böylece özellikle idarenin hizmet kusurundan kaynaklanarak fazla veya yersiz şekilde tahsil edilen vergilerin iadesi bakımından hata düzeltme ya da şikayet yoluna başvurup talebi kabul edilen, hatta resen düzeltme yoluyla kendisine vergi iade edilen mükellefler ile dava açma yolunu tercih eden ya da hata düzeltme/şikayet başvurusu reddedilerek dava açmak zorunda kalan mükellefler arasında oluşan gayri adil, hakkaniyete aykırı ayırım ortadan kaldırılmış olmaktadır.

III. FAZLA VEYA YERSİZ OLARAK TAHSİL EDİLEN VERGİLERİN İADESİNDE UYGULANAN VUK 112/4 MADDESİNİN ELEŞTİRİSİ

Görülebileceği üzere Danıştay geçmişteki kanuni faize ilişkin kabulünden vazgeçmiş ve kanunda yer alan faiz türü olan tecil faizi yönünde bir içtihat oluşturmaya başlamıştır. Böylece fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin hem idare eliyle hem de yargı kararı neticesinde iadesinde uygulamalar aynı çizgiye gelmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere VUK 112/4 hükmünün eleştirilebilecek noktaları mevcuttur. Bu kapsamda iki husus dikkati çekmekte olup bunlar; fazla veya yersiz tahsilin kaynağına ilişkin “mükelleften kaynaklandığı haller” ve “diğer haller” şeklinde yapılan ayırım ile iadede faizin hesaplanmasında baz alınacak faiz türü olarak tecil faizinin tercih edilmesidir.

Belirtildiği üzere kanun, iadede faiz hesaplanmasında başlangıç tarihini, fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklandığı hallerde idareye başvuru tarihi, diğer hallerde ise tahsil tarihi olarak belirlemiştir. Faizin hesaplanmasında iki durum arasında yapılan bu farklılaştırma, faiz olarak ödenen meblağın tutarını değiştirebileceği için, hakkaniyete aykırıdır. Zira fazla veya yersiz tahsil her ne kadar mükelleften kaynaklansa da bu durum, mükellefe faiz ödenmesindeki amacı değiştirmez. Fazla veya yersiz tahsil halleri

E: 2019/5298, K: 2020/5114, T: 17.11.2020; Danıştay 9. Daire, E: 2021/3156, K: 2021/4032, T: 15.09.2021; Danıştay 9. Daire E: 2018/6872, K: 2021/4234, T: 23.09.2021; Danıştay 9. Daire, E: 2019/1056, K: 2021/4515, T: 06.10.2021. <<https://karararama.danistay.gov.tr/>> s.e.t. 16.01.2022.

bakımından faiz, AYM'nin yukarıda künyesi zikredilen 2011 tarihli iptal kararında belirttiği üzere, “*enflasyonist sistemde ekonomik değer kaybının tazmin aracıdır*”. Dolayısıyla fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerde, bu durumun mükellefin veya idarenin kusurundan kaynaklanmasından bağımsız olarak, belli bir meblağın mamelektan çıkması ve geçen zamanla bu meblağın, enflasyon gibi faktörlerin etkisiyle değer kaybetmesi söz konusudur. İşte faiz, bu değer kaybindan doğan zararın tazmin aracıdır. Söz konusu hallerde faizin ödenmesi düşüncesinin temelinde kusur tartışması yoktur; belli tutardaki paranın değerinde zamanla azalma yaşanması olgusu vardır. Fazla veya yersiz tahsil hallerinde bu tür bir azalma, tahsil ister mükellefin isterse idarenin kusurundan kaynaklansın, gerçekleşmektedir ve bu olgunun gerçekleşmesi, faiz ödenmesi için yeterlidir. Dolayısıyla fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanması ve diğer haller şeklinde bir ayırım yapılmaması gerektiği düşünülmektedir.

Hükümde eleştirilmesi gereken bir diğer nokta da tercih edilen faizin türüdür. Zira, genel olarak faiz kurumunun yukarıda bahsedilen amacının yanı sıra tecil faizi özelinde ayrıca, zor durumda olan mükellefler için gecikme zammından daha düşük oranda faiz uygulanmak suretiyle verginin ödenmesinde kolaylık sağlamak da amaçlanmaktadır⁶⁸. Öte yandan tecil faizi; gecikme zammına nazaran oransal olarak da mükelleflerin zararını karşılama noktasında daha az işlevseldir. Yukarıda belirtildiği üzere hükümde yer alan tecil faizinin güncel oranı %24'tür. Oysaki hiç ödenmeyen veya eksik ödenen yahut geç tahakkuk ettirilen vergiler bakımından devlet lehine öngörülen gecikme zammının güncel oranı %30'dur. Bu oranlar arasında geçmişten beri, gecikme zammı oranı lehine olacak şekilde fark mevcuttur. Esasen kişinin rızası hilafına uhdesinden bir miktar paranın çıkması noktasında hem devlet lehine hem de mükellef lehine öngörülen faizin mantığı ve nedeni aynı olmasına karşın, mükellefe ödenen faizin oranının daha düşük olan tecil faizi oranı olarak belirlenmesi hakkaniyete uygun olmamıştır.

⁶⁸ **Organ, İbrahim/Sevinç Ceyhan, Cansu** (2020) “Gecikme Zammı ve Gecikme Faizinin Hukuki Niteliği ve Uygulaması”, Pamukkale İşletme ve Bilişim Yönetimi Dergisi, C: 7, S: 1, s. 131.

Kanunda mükellefe yapılan iadede hesaplanacak faiz bakımından tecil faizi oranının tercih edilmesi, gecikme zammı ve gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulaması ile karşılaştırıldığında mükellefin aleyhine bir durum yaratmakta olup sosyal devlet ilkesini zedelemektedir. Özellikle adil dengeyi devlet lehine bozan bu uygulama; güçsüzü güçlüye karşı koruyan devlet anlamına gelen sosyal hukuk devleti ilkesi ile çeliştiği gerekçesiyle de eleştirilmektedir⁶⁹.

Diğer taraftan faiz türü olarak tecil faizinin seçilmesi; mükelleflerin mülkiyet hakkının ihlaline yol açmaktadır. Devletin vergiler yoluyla bireylerin mülkiyet hakkına müdahalesinde karşımıza çıkan en temel noktalardan birisi de mali güç ilkesidir. Anayasa'nın 73'üncü maddesi uyarınca herkes, mali gücü ölçüsünde vergi ödemekle yükümlüdür. O halde fazla veya yersiz tahsil edilen vergiler bakımından da mali gücün dikkate alınmadığını söylemek yanlış olmaz. Mülkiyet hakkına yönelik, mali gücü aşan veya dikkate almayan müdahalelerin ölçsüz olduğu kabulünden⁷⁰ hareket ederek, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin mülkiyet hakkına haksız bir müdahale teşkil ettiği görülmektedir. Öte yandan fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde, haksız olarak tahsil edilen paranın değerinin enflasyon faktörünün de etkisiyle iade tarihindeki "gerçeğe en yakın" değerinden daha düşük olarak belirlenmesi halinde de mali güç ilkesi ihlal edilmektedir. Zira bu halde, tahsil edilen verginin güncel değerine ulaşma noktasında yetersiz kalan bir faiz oranı ile iade edilmesi söz konusu olup arada kalan tutar da bir nevi (gizli bir) vergi olarak devlet hazinesinde kalmış olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin, paranın zaman değerine uyumsuz bir faiz miktarıyla iade edilmesi halinde, güncel (reel) değerden az ödenen tutar kadar bir vergilendirme gerçekleşmiş gibi kabul edilebilecektir. Mali güç ilkesi ile bağdaşmayan bu durum, mülkiyet hakkına haksız müdahalenin faize ilişkin boyutunu oluşturmaktadır.

Danıştay 7'nci Daire bir kararında; "(devletin) *normal vadesinde tahsil edemediği vergiler dolayısıyla uğramış olduğu zararını, yargı yerinin hukuki yardımını istemeye gerek olmaksızın, kamu gücü kullanılarak, bizzat, giderme*

⁶⁹ Sonsuzoğlu, s. 154.

⁷⁰ Taylar, s. 4961.

olanağı sağlamak” amacıyla öngörülen gecikme zammı oranındaki gecikme faizinin ilgili dönemlerde miktarını belirleyen zararın “*hukuka aykırı olarak yapılan vergi tahsilatlarında, aynen mükellefler için de söz konusu*” olduğu ve “*hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergiler dolayısıyla vergi idareleri tarafından mükelleflere ödenecek maddi tazminatın miktarının, davadaki istem de gözetilerek, talebi aşmamak üzere, anılan gecikme faizinin oranına göre, hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin Devlet Hazinesinde kaldığı süre için hesaplanacak miktar kadar olması(nın) Anayasa’da öngörülen eşitlik ve adalet ilkelerinin gereği*” olduğunu belirtmiştir⁷¹. Yüksek mahkeme kararının da işaret ettiği üzere, faiz kurumunun anlamı ve işlevi gereği, belli bir paradan yoksun kalınmasından ve paranın değerinde zamanla yaşanan azalmadan doğan zararın karşılanması söz konusu olup bu zararın devlet ya da birey için farklı nitelik taşımadığı ortadadır. Nitekim burada faiz ile karşılanacak zarar; “*devlet yönünden, vergi mükelleflerinin vergi ödevlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirmemeleri sebebiyle verginin zamanında tahakkuk ettirilememesi; mükellefler yönünden ise, devletin hukuka aykırı olarak yapmış olduğu vergilendirme işlemlerine dayanarak vergi tahsilatında bulunması halinde doğmaktadır*”⁷². Görüleceği üzere zararın anlamı ve kapsamı, devlet için de mükellef için de aynıdır. Aynı nitelikteki zararların giderilmesinde farklı faiz türleri öngörülmesi, hakkaniyete aykırı bir durum yaratmaktadır.

Bu durum Danıştay 7’nci Daire’nin bir başka kararında da şu ifadelerle ortaya koyulmuştur; “*Vergi Usul Kanununun 112’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında, gecikme faizi adı altında ek ödeme öngörüldüğü, gecikme faizinin ilgili dönemlerde miktarını belirleyen zararın, hukuka aykırı olarak yapılan vergi tahsilatlarında, aynen mükellef için de söz konusu olduğundan, hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergiler dolayısıyla vergi idareleri tarafından mükelleflere ödenecek maddi tazminatın miktarının, hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin Devlet Hazinesinde kaldığı süre için öngörülen gecikme faizi oranı uygulanarak hesaplanacak miktar kadar olması da Anayasada yer verilen eşitlik*

⁷¹ Danıştay 7. Daire, E: 2008/3818, K: 2010/5039, T: 27.10.2010 (yayımlanmamış karar).

⁷² Danıştay 7. Daire, E: 2005/5556, K: 2007/618, T: 21.02.2007 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

ve adalet ilkelerinin gereğidir”⁷³. Bu kararlarla birlikte düşünüldüğünde görülmektedir ki fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde mükellefe daha az oranda hesaplanan bir faizin öngörülmesi, hakkaniyete uygun bir uygulama değildir.

Nitekim tarihte geriye, 112/4 madde hükmü ile iadede mükellef lehine faizin ilk öngörüldüğü zamana gittiğimizde, hükmün amacını irdelemek suretiyle de bu hakkaniyete aykırı durum ortaya koyulabilir. Bu hususta ilk olarak, 1998 yılında VUK’a söz konusu hükmü ekleyen 4369 sayılı Kanun’a ilişkin genel gerekçe önem taşımaktadır. Genel gerekçede “*Bu kanunla mükellef haklarını koruma yönünde atılan adımlardan birisi de mükelleflerin haklı sebebe dayanmadan bekletilen vergi iadesi alacaklarına devletin faiz ödemesi uygulaması getirilmesidir. Böylelikle mükellef alacağının zamanında ödenmemesi nedeniyle devlet de bir külfete katlanacaktır*” denilmektedir. Bu husus, zaman içinde AYM’nin iptal kararının etkisiyle lafzın değişmiş olmasıyla birlikte, hükmün getirilmesinin temelinde mükellef haklarının korunması düşüncesinin yattığını göstermektedir. Buradan hareketle, gerçekten mükellef haklarının gözetilmesi düşünülüyorsa, mükelleflerin verginin fazla veya yersiz tahsilinden kaynaklanan alacaklarına da devlet alacaklarına uygulanan faize ilişkin –paranın değerindeki azalmayı telafi etme amacını gerçekleştirmek bakımından daha işlevsel olan- hükümlere paralel düzenlemeler yapılması gerekir⁷⁴. Bu bakımdan hükmün amacı ile lafzının aynı çizgiye getirilmesi noktasında, faiz oranının gecikme zammı oranında gecikme faizi olarak değiştirilmesi önem taşımaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki söz konusu hükmün amacı bu olmakla birlikte, bu amacın gerçekleştirilmesindeki işlevselliği noktasında da kanun görüşmeleri sırasında çeşitli tartışma ve eleştiriler söz konusu olmuştur. 18.06.1998 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı’na

⁷³ Danıştay 7. Daire, E: 2002/28, K: 2005/237, T: 24.02.2005; Danıştay 7. Daire, E: 2001/1208, K: 2005/239, T: 24.02.2005; Danıştay 7. Daire, E: 2002/1901, K: 2005/2955, T: 29.11.2005 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

⁷⁴ **Karakoç, Yusuf** (2000) “Vergi İdaresince İade Edilmesi Gereken Yükümlü Alacaklarına Faiz Uygulanması”, Gören, Zafer (Editör), Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 397.

bakıldığında, hükmün tartışıldığı kısımlarda bazı milletvekillerinin şu ifadeleri dikkat çekmektedir; *“bu tutumuyla devlet, alacaklarına şahin, borçlarına ise güvercin politikası sergilemektedir. Devlet alacağına da borcuna da adil olmak zorundadır. Alacaklarında nasıl bir gün dahi toleranslı davranmıyor, hatta (...) yüzde yüz fark alıyorsa, aynı uygulamayı vatandaşına olan borcunda da uygulamak zorundadır”* (Fazilet Partisi grubu adına Milletvekili Feti Görür)⁷⁵, *“devlet kendi alacağına şahin olur da mükellefe ödeyeceği kendi borcunda aynı adil tavrı göstermezse, o zaman, hakkaniyet ölçülerine uygun bir hareket sergilememiş olur. Devletin alacakları nasıl mükelleften kuruşu kuruşuna tahsil ediliyorsa, vatandaşa da iade edilecek vergilerin, aynı şekillerde, aynı ölçülerde, aynı hakkaniyet ölçülerinde bir esasa göre düzenlenmesi gerekirdi; ama burada bu durumu görmek mümkün değildir”* (Doğru Yol Partisi Grubu adına Milletvekili M. Necati Çetinkaya)⁷⁶, *“devlet yurttaşlarıyla olan ilişkilerinde adil olmalıdır. Devlet, yurttaşlarıyla olan ilişkilerinde daima adaleti temel ilke olarak benimsemelidir. Devletin yurttaşlarıyla olan mali ilişkilerinde çifte standart uygulamamalıdır”* (Cumhuriyet Halk Partisi adına Milletvekili Algan Hacaloğlu)⁷⁷.

Genel gerekçe de dikkate alındığında, söz konusu faize ilişkin düzenlemenin en başında mükellef haklarını korumak ve uygulamayı hakkaniyete uygun hale getirmek için getirildiği görülmektedir. Ancak bu amacı gerçekleştirmek için öngörülen faiz türünün, devletin kendi alacaklarına işlettiği faiz türünden daha düşük oranda olmasının ve faizin hesaplandığı sürenin o dönemde de eleştirildiği söylenebilir. Bu bakımdan hükmün ilk getirildiği haliyle, faiz türü ve faizin hesaplandığı süre bakımından mükellefler için baştan gayri adil bir durum oluşmuştur. Oysaki genel gerekçede hükmün getiriliş amacının, mükellef haklarının korunması olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan her ne kadar kısmi olarak mükellef lehine bir düzenleme yapılsa da tam anlamıyla hakkaniyete uygun bir hüküm ortaya çıkmamıştır. Her ne kadar

⁷⁵ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 20, Cilt: 55, Yasama Yılı: 3, Birleşim: 104, 18.06.1998, 146. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c055/tbmm20055104.pdf>> s.e.t. 27.04.2021.

⁷⁶ TBMM Tutanak Dergisi, s. 148.

⁷⁷ TBMM Tutanak Dergisi, s. 150.

2012 yılında yapılan değişiklikle bu hüküm bir nebze iyileştirilmiş olsa da halen mükellef haklarını koruma noktasında tam etkin ve adil olduğu söylenemez.

Bu noktada not düşülmelidir ki mükelleflerin, fazla veya yersiz tahsil dolayısıyla uğradıkları zararların, idare tarafından resen ya da başvuru üzerine tecil faizi oranında hesaplanacak faiziyle birlikte iade edilen tutarla karşılanamayan kısmı bakımından, şartların oluşması kaydıyla tam yargı davası açabilmeleri teorik olarak her zaman mümkündür. Öte yandan dava açma yolunu seçen ya da buna mecbur kalan mükelleflerin, mahkemeden istemde bulunurken, uğradıkları zararın tecil faiziyle karşılanamayacak kısmı için maddi tazminat talep edebilmeleri yolunda da bir engel yoktur. Ancak altı çizilmelidir ki uygulamada mükelleflerin, fazla veya yersiz tahsil edilen verginin tecil faizi oranında hesaplanan faiziyle birlikte ödenmesine rağmen giderilemeyen zararlarını mahkemeden talep etmediği görülmektedir. Bunun nedeni, hukuk sistemimizde özellikle parayı kullanma ve onun getirilerinden yararlanma imkanından mahrum kalmaktan kaynaklanan zararın ispatının her zaman kolay olmaması ve fazla veya yersiz tahsil ile ilgili olarak yargı yerlerince zararın tazmininde genellikle geçmişte kanuni faiz, son zamanlarda ise tecil faizi oranında hesaplanan bir faize hükmedilmekle yetinilmesi şeklinde bir uygulamanın müstakar hale gelmesi dolayısıyla mükellefler tarafından bu yolun tercih edilmemesi olabilir. Diğer yandan yasal düzenlemeler nedeniyle doğan bir sorunun çözümünü, sorundan zarar gören kişilere bir külfet daha yükleyerek ve onların çabası ile sonuç verecek bir yol ile çözüme kavuşturmak, hakkaniyete aykırı bir durum oluşturmaktadır. Dolayısıyla tam yargı davası, yukarıda ortaya koyulan sorunun çözümünde tercih edilebilecek bir yol olmaktan uzaktır.

Bu bakımdan hem faizin niteliği göz önünde tutularak, bir miktar paradan yoksun kalınmasından doğan zararın giderilmesi noktasında hem devlet-birey (mükellef) arasında yaratılan hem de uygulamada oluşan hakkaniyete aykırı durumların ortadan kaldırılması için VUK 112/4 madde hükmünün yeniden kaleme alınması önem taşımaktadır. Bu noktada yeni hükümde, faizin hesaplanacağı süre bakımından fazla veya yersiz tahsilin kaynağına ilişkin (mükelleften kaynaklanma ve diğer haller şeklindeki)

ayrımdan vazgeçilmesi ve faiz türü olarak tecil faizi yerine gecikme zammı oranında gecikme faizinin tercih edilmesi (Diğer bir ifadeyle devletin ve mükellefin alacakları için aynı faiz oranının tatbik edilmesi) ve bahsi geçen faiz oranlarının tespitinde ekonomik gerçeklerin doğru kavranarak buna göre oranlar belirlenmesi; Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ve 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkelerinin gerçekleştirilmesi ve bir temel hak ve özgürlük olarak Anayasa'nın 35'inci maddesinde vücut bulan mülkiyet hakkının korunması bakımından gerekli görünmektedir.

SONUÇ

İdarenin bir vergiyi fazla veya yersiz olarak tahsil etmesi, mükelleflerin mamelekenden normalde ödemekle yükümlü olmadıkları yahut yükümlü olduklarından daha fazla bir meblağın çıkması sonucunu doğurmaktadır. Mamelekten çıkan bir miktar paranın kullanımı ile bu paranın getirilerinden yararlanma imkanını kaybeden mükellefin, kesin ve gerçekleşmiş bir zararı olduğu ortadadır. Dahası bu paranın değerinde zaman içinde enflasyon gibi faktörler nedeniyle değer kaybı da yaşanmaktadır. Dolayısıyla mükellefin, idarenin yanı sıra fazla veya yersiz tahsil işlemi sonucu uğradığı bu zararın tazmin edilmesi gerekmektedir.

Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin iadesinde başvurulabilecek yöntemlerden biri, şayet VUK'un 117 ve 118'inci maddelerinde düzenlenen bir vergi hatası mevcutsa, hata düzeltme yoludur. Bu kapsamda mükellefler ilgili vergi idaresine başvurarak bu hatanın düzeltilmesini talep edebilirler. Bunun dışında dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddedilen mükellefler Maliye Bakanlığı'na şikayet başvurusunda bulunabilirler. Bu iki durumda talebi kabul edilen mükelleflere, kendilerinden fazladan veya yersiz şekilde tahsil edilen vergiler iade edilmekte;

ayrıca VUK 112/4 madde hükmü uyarınca 6183 sayılı Kanun'a göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak miktarda faiz ödenmektedir. Söz konusu faizin hesaplanmasında, fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklandığı haller ile diğer haller olmak üzere ikili bir ayırım yapılmış ve ilk halde başlangıç tarihi olarak düzeltme başvurusunda bulunulan tarihin esas alınmasına karşın, ikinci halde tahsil tarihi başlangıç tarihi olarak düzenlenmiştir. Burada %24 oranındaki tecil faizi uygulaması da gayri adildir. Zira mükellefin vergiyi ödememesi veya geç ödemesi yahut verginin geç tahakkuk ettirilmesi hallerinde devlet lehine işletilen gecikme zammının/gecikme zammı oranında hesaplanan gecikme faizinin oranı %30'dur. Benzer durumlar için, karşı tarafın mamelekinde kalan paranın değerindeki azalma ve bu paradan mahrum kalma sonucunda oluşan zararın giderilmesi için öngörülen faiz kurumu, devletin alacaklı olduğu durumda daha yüksek oranlı olarak uygulanmaktadır. Faiz oranları arasındaki bu farklılık, mükellef açısından haksızlık yaratmaktadır. Hukuk devletinde, bir miktar paradan yoksun kalmaktan doğan zararın giderilmesinde, zarar görenin mükellef veya devlet olmasının herhangi bir ayırım yaratmaması gerekir.

Verginin fazla veya yersiz tahsili işlemine karşı başvurulabilecek diğer bir yol ise vergi mahkemesinde dava açma yoludur. Mükellefler tahsil işlemine karşı, süresi içinde vergi mahkemesinde doğrudan dava açmayı seçebilirler. Bunun dışında dava açma süresi geçmeden yaptıkları hata düzeltme taleplerinin reddi üzerine de kalan süre içerisinde dava açabilirler. Eğer dava açma süresi geçmişse, bu durumda fazla veya yersiz tahsil işlemine karşı ancak hata düzeltme ve ardından işletilecek şikayet yollarının tüketilmesi halinde dava açılabilir. Bu kapsamda, fazla veya yersiz tahsil yapılması ya da hata düzeltme/şikayet başvurusunun reddi yönündeki idari işlemin iptali ile birlikte fazla veya yersiz tahsil edilen meblağın mükellefe iadesine hükmedilmesi de mümkün olmaktadır. Ancak iadenin mahkeme kararı neticesinde gerçekleştiği

bu hallerde faiz işletilip işletilmeyeceğine ve işletilecek olan faizin türüne ilişkin uygulamada bu zamana değin farklı görüşler gündeme gelmiştir. Bu kapsamda Danıştay, önceleri iadenin mahkeme kararı ile gerçekleştiği durumları VUK 112/4 madde hükmü kapsamında görmeyerek 3095 sayılı Kanun'da düzenlenen kanuni faizin uygulanacağını kabul etmekte iken, 2018 yılı sonrasında bu halde de tecil faizi oranında hesaplanacak faizin uygulanacağı yönünde içtihat oluşturmuştur. Hatta VDDK nihai olarak, kanuni dayanağı belirtilmeyen kanuni faiz taleplerinden VUK 112/4 kapsamında tecil faizi oranında hesaplanacak faizin anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir. Bu şekilde, hukuki belirlilik ve mükelleflerin mülkiyet hakları noktasında sorun oluşturan çelişkili içtihat da son bulmuştur.

Tüm bu tablo incelendiğinde görülmektedir ki Danıştay, dava açma yolunu tercih eden ya da hata düzeltme/şikayet başvuruları reddedilerek dava açmak zorunda kalan mükelleflere iadenin, -idare eliyle yapılan iadelerde uygulanan %24 oranındaki tecil faizinden daha düşük olan- %9 oranındaki kanuni faiz işletilmek suretiyle yapılması yönünde olan ve gayri adil sonuç doğuran içtihadından vazgeçmiştir. Günümüzde VDDK ve Danıştay Daireleri, mahkeme kararı gereğince yapılan iadelerde de tecil faizi oranında hesaplanan uygulanacağı yönünde kararlar vermektedir. Bu kararlar, güncel maddenin anlamı ve yorumu ile örtüşmektedir.

Öte yandan VUK 112/4 maddesinde yer alan tecil faizi oranının, verginin ödenmemesi veya geç ödenmesi yahut geç tahakkuk ettirilmesi durumlarında devlet hazinesinin zararını gidermek için uygulanan gecikme zammı oranından az olması gayri adil bir durum yaratmaktadır. Diğer bir ifadeyle, devletin mükelleften olan alacağı ile mükellefe olan borcuna, aynı koşullar söz konusu iken farklı muamelelerde bulunulması adil değildir. Zira, burada bireyin de devletin de uhdesinde olması gereken bir paradan belli bir süre mahrum

kalması olarak özetlenebilecek aynı nitelikte iki durum vardır ve hakkaniyet gereği her iki durum için de aynı oranda faiz uygulanmalıdır.

Öte yandan fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergilerin tecil faizi oranı dikkate alınarak iade edilmesi, paranın güncel (reel) tutarından daha az bir meblağa tekabül etmekte olup bu durumda gerçekte eksik ödenen kısım gizli bir vergilendirmeye sebebiyet vermekte olup bunun da anayasal bir ilke olan mali güç ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır. Mali güç ilkesine aykırılığa bağlı olarak da mülkiyet hakkına haksız bir müdahale oluşmaktadır. Dolayısıyla paranın gerçek değerine ulaşmaya diğerlerine göre en elverişli olan faiz türünün tercih edilmesi, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesinin sağlanması ile mükelleflerin temel hak ve özgürlüklerinden olan mülkiyet hakkının korunması açısından elzemdir.

Belirtmek gerekir ki fazla veya yersiz tahsil edilen verginin tecil faizi oranına göre hesaplanan faizi ile birlikte ödenmesine rağmen zararı tam olarak giderilemeyen mükelleflerin, ayrıca bu zararların giderilmeyen kısımlarının ispatlanabilmesi halinde, tam yargı davası açabilmeleri teorik olarak mümkündür; ancak bu yolun, fazlaya ilişkin zararın ispatının her zaman kolay olmaması ve mahkeme kararlarında sadece faiz ödenmesiyle yetinilmesi yönünde bir uygulamanın müstakar hale gelmesinden dolayı işlevselliği tartışmalıdır. Ayrıca genel anlamda bir tam yargı davası açma imkanının var olması, yasal düzenlemelerle yaratılmış bu sorunun çözümü için yeterli değildir. Hukuk devletinde, hukuka aykırı bir hüküm ile mülkiyet hakları ihlal edilmiş olan mükellefleri, zararlarını gidermek için yeni bir dava açmak zorunda bırakmak yerine, sorunu kalıcı olarak çözecek yeni bir kanuni düzenlemenin yapılması/var olan kanuni düzenlemenin değiştirilmesi daha uygun olacaktır. Bu bakımdan VUK 112/4 madde hükmünün değiştirilmesi hukuka daha uygun bir yaklaşım teşkil edecektir. Bu kapsamda yeni hükümde,

faizin hesaplanacağı süre bakımından fazla veya yersiz tahsilin kaynağına ilişkin (mükelleften kaynaklanma ve diğer haller şeklindeki) ayırmadan vazgeçilmesi ve faiz türü olarak tecil faizi yerine gecikme zammı/gecikme zammı oranında gecikme faizinin tercih edilmesi (Diğer bir ifadeyle devletin ve mükellefin alacakları için aynı faiz oranının tatbik edilmesi) ve bahsi geçen faiz oranlarının tespitinde ekonomik gerçeklerin doğru kavranarak buna göre oranlar belirlenmesi; Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ve 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkelerinin gerçekleştirilmesi ve bir temel hak ve özgürlük olarak Anayasa'nın 35'inci maddesinde vücut bulan mülkiyet hakkının korunması bakımından elzem görünmektedir.

KAYNAKLAR

- Ateşagaoglu, Erdem** (2007) “Verginin Hukuka Aykırı Tahsil Edildiğine İlişkin Verilen Yargı Kararları Üzerine İade Edilecek Vergilerde Mükellefin Uğradığı Zararın Giderilmesi ve Bu Konuya İlişkin Bir Danıştay Kararı”, İÜHFİM, C: 65, S: 1, s. 353-374.
- Bahtiyar, Mustafa** (2017) “Fazla veya Yersiz Olarak Tahsil Edilen Vergilerin Dava Yoluyla İadesinde Faiz ve Bu Konudaki Yargı Kararları”, Yaklaşım, S: 298, s. 237-241.
- Başaran Yavaşlar, Funda** (2007) “Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz”, Vergi Dünyası, S: 316, s. 84-101.
- Bilici, Nurettin** (2020) Vergi Hukuku, 50. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Candan, Turgut** (2013) “Hukuka Aykırı Olarak Tahsil Edilen Verginin Geri Verilmesinde Faiz, Mali Çözüm, S: 118, s. 161-186.
- Çağan, Nami** (1982) Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları.
- Gerçek, Adnan** (2017) Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.
- Güneş, Gülsen** (1998) “Vergisel Uyuşmazlıkların Genel Görünümü ve Bireysel Boyutlu Vergisel Uyuşmazlıklar”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, Prof. Dr. Sevim Görgün’e Armağan, Otuz Sekizinci Seri, Yıl 1996/1997, İstanbul Üniversitesi Yayın No. 4099, İstanbul, s. 256-286.
- Hatipoğlu, Cengizhan** (2014) “Yargı Kararına Göre İade Edilecek Vergilerde Faiz”, İÜHFİM, C: 72, S: 1, s. 435-448.
- İleri, Yusuf** (2013) “Fazla ve Yersiz Tahsilata Faiz Ödemesi Alanındaki Süreç: Yasal Düzenlemeler, Yargı Kararları ve Anayasa Mahkemesi Kararı Sonucu Yapılan Yeni Düzenlemelerin Analizi”. Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 2, s. 137-151.

- İpek, Nilgün** (2017) “Vergilendirmede Kamu Yararı – Birey Yararı Bakımından Adil Denge Arayışında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Yaklaşımları”, Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu 149. Yıl-11 Mayıs 2017, Ankara, Danıştay Matbaası, s. 172-222.
- Karakoç, Yusuf** (2011) Genel Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karakoç Yusuf** (2000) “Vergi İdaresince İade Edilmesi Gereken Yükümlü Alacaklarına Faiz Uygulanması”, Gören, Zafer (Editör), Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 387-406.
- Kaşıkcı, Mahmut** (2017) “Vergi Hukuku Özelinde Mahkemeye Erişim Hakkı Üzerine Bir İnceleme (Çelişkili Karar Yasağı-Danıştay Kararlarından Örnekler ve Haklar Bütünü Hukukla Okumak)”. Journal of Istanbul University Law Faculty, 75(2), 535-553.
- Mutluer, M. Kamil** (2011) Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Organ, İbrahim/Sevinç Ceyhan, Cansu** (2020) “Gecikme Zammı ve Gecikme Faizinin Hukuki Niteliği ve Uygulanması”, Pamukkale İşletme ve Bilişim Yönetimi Dergisi, C: 7, S: 1, s. 120-134.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Öner, Erdoğan** (2013) Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Saban, Nihal** (2021) Vergi Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Sonsuzoğlu, Elif** (2013) Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz ve Zam, 2. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi.
- Taşkan, Yusuf Ziya** (2019) Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Taylar, Yıldırım/Gök, Özgecan/Demirbaş Aksüt, Burcu/Artun, Emine Sevcan** (2020) Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

- Taylar, Yıldırım** (2015) “Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, s. 4943-4987.
- Tosun, M. Umur/Canyaş, Oytun/Tosun, Nil** (2012) “Türk Vergi Hukukunda Gecikme Faizi Oranının Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi Sorunu: İktisadi ve Hukuki Bir Analiz”, Maliye Dergisi, S: 163, s. 204-222.
- Üstün, Ümit Süleyman** (2013) “Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz Uygulaması”, TBB Dergisi, Y: 25, S: 105, s. 171-228.
- Yaltı, Billur** (2008) “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl -11 Mayıs 2007, Ankara, Danıştay Matbaası, s. 167-192.
- Yaltı, Billur** (2011) “Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında “Çelişik Mevzuat” ve “Çelişik İctihat”, Vergi Sorunları Dergisi, S: 276, s. 7-17.
- Yegen, Baki** (2019) “Vergi Hukukunda Gecikme Faizi ve Zammı Uygulamasının Karşılaştırılması: Hukuki Nitelikleri, Oran Farklılıkları Açısından Bir Bakış”, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (GAUN-JSS), C: 18, S: 4, s. 1461-1476.
- Yılmaz, Güneş** (2013) “İadesi Gereken Vergilere Ödenen Faize İlişkin Eski ve Yeni Yasa Hükmünün Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, Mali Hukuk Dergisi, C: 9, S: 103, s. 26-41.
- Yücel, Mehmet** (2011) “Fazla ve Yersiz Ödenen Vergilerin İadesinde Faiz Uygulaması ve Anayasa Mahkemesi Kararı”, Mali Çözüm, S: 107, s. 183-190.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

<https://www.gib.gov.tr/yarlim-ve-kaynaklar/yararli-bilgiler/gecikme-zammi-orani>

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72757>

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105536>

<https://karararama.danistay.gov.tr/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1993>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/28>

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39631&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5>

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c055/tbmm20055104.pdf>

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ VE ÇELİŞMELİ YARGILAMA İLKELERİ BAĞLAMINDA İDARİ YARGILAMA USULÜNDE SEBEP İKAMESİ*

Serkan ASKER**

ÖZET

Yargısal içtihatlarla gelişen sebep ikamesi, iptal davalarını inceleyen idari yargı organlarının, idarenin işlemini dayandırdığı sebebin hukuka aykırı olduğunu tespit etmesine rağmen yargılama sırasında tespit ettiği bir başka sebebi esas almak suretiyle işlemi iptal etmemesi olarak tarif edilebilir. Uygulamada ve öğretilerde çeşitli yönleriyle tartışılan sebep ikamesi, bu çalışmada silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri bakımından ele alınacaktır. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri adil yargılanma hakkının iki alt ilkesi olarak karşımıza çıkmakta olup, idari yargılama usulü bakımından da önemli güvenceleri barındırmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, yargılamanın tarafları arasında adil dengenin kurulmasını ve bir taraf lehine diğer taraf aleyhine olacak uygulamalardan kaçınılmasını amaç edinirken, çelişmeli yargılama ilkesi ise dava dosyasına dâhil olan her türlü delil, görüş ve açıklamalardan tarafların bilgi sahibi olması ve bunlar hakkında görüş sunabilmesi imkânını sağlamayı amaçlar. Söz konusu ilkelerin sebep ikamesi bakımından ele alınmasıyla dikkat çekici sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bugüne kadar öğretisi ve özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından çelişmeli yargılama ilkesi yönüyle ele alınmış olan sebep ikamesi, bu ilkenin yanında silahların eşitliği ilkesi yönüyle de ele alınarak, uygulamanın bu ilke bakımından neden olabileceği sakıncaların tespit edilmesine çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: sebep ikamesi, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, adil yargılanma hakkı, re'sen araştırma ilkesi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1103237 – Geliş Tarihi: 13.04.2022 – Kabul Tarihi: 27.07.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Hâkim - İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Üyesi, hk.asker@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-0653-5482.

SUBSTITUTION OF MOTIVES IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION WITHIN THE CONTEXT OF EQUALITY OF ARMS AND ADVERSARIAL TRIAL PRINCIPLES

ABSTRACT

Substitution of motives improved by judicial case laws, can be explained as the administrative judicial bodies examining annulment actions, not rescinding the action according to another motive they have determined during the trial, although they have determined that the motive on which the administration bases its action, is unlawful. The substitution of motives discussed in both the practice and the doctrine from various aspects, will be studied in terms of equality of arms and adversarial trial principles. Equality of arms and adversarial trial are two sub-principles of right to a fair trial and provide significant guarantees for administrative trial procedures. While the principle of equality of arms aims to establish a fair balance between the parties in the trial and to avoid substantial disadvantage of a party vis-à-vis the other party, the principle of adversarial trial aims to ensure that the parties know and discuss any evidence, claim or explanation included in the case file. Remarkable results are obtained by studying the abovementioned principles in terms of substitution of motives. The substitution of motives, which has been dealt with by the doctrine and especially by the Constitutional Court in terms of the principle of adversarial trial, will be studied in terms of the principle of equality of arms in addition to this principle, and it has been tried to determine the disadvantages which the practice may cause in terms of this principle.

Key words: substitution of motives, equality of arms, adversarial trial, right to a fair trial, principle of ex officio examination.

GİRİŞ

İdari işlemlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davalarında, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarının herhangi biri bakımından bir ya da birkaç hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde idari yargı organlarınca işlemin iptaline karar verilmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesinde hükme bağlanan bu unsurlardan olan sebep, idareyi işlem yapmaya yönelten hukuki veya maddi etken olarak tarif edilmektedir¹. İdarenin sebepsiz işlem yapmasına imkân bulunmadığından işlem tesis ederken mevcut ve kamu yararı amacına uygun bir sebebe dayanması gerektiği kabul edilmektedir².

¹ **Onar, Sıddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:1, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.282; **Gözübüyük, A. Şeref** (2013) Yönetmelik Yargı, 33. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.225; **Günday, Metin** (2015) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi, s.152; **Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku, C.1, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın, s.1008; **Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat /Kaya, Cemil** (2019) Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s.398; **Çağlayan, Ramazan** (2020) İdari Yargılama Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.501; **Öztürk, K. Burak** (2020) "İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi" Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayını, s.1035. Öğretide idari işlemin maddi sebebinin hangi hususları içerdiği, maddi âlemde meydana gelen vakıaların yanında işleme dayanak teşkil eden hukuki âlemde varlık kazanmış işlemlerin maddi sebep mi yoksa hukuki sebep mi sayılacağı, yoksa hukuki sebepten anlaşılanın sadece idari işlemin hukuksal (mevzuatta yer alan) dayanağı mı olacağı noktasında tartışmalar bulunmakla birlikte (tartışmalar için bkz. **Söyler, Yasin** (2017) "İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, Yıl:8, S:31, s.535 vd.) inceleme konusu itibarıyla makalenin hacmi müsaade etmeyeceğinden bu tartışmalara yer vermeksizin, idari işlemin temelinde yatan ve maddi âlemde gerçekleşen vakıaların ve hukuk âleminde gerçekleşen (örneğin daha önceki bir başka hukuki işlem) vakıaların idari işlemin maddi sebebinin oluşturduğu düşüncesiyle eser kaleme alınmıştır.

² **Günday**, s.156-157; **Gözler**, s.1015; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya** (2019a), s.401; **Çağlayan, Ramazan** (2016) "İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi", Danıştay Dergisi, Ankara, S: 141, s.9 vd.; **Yılmaz, Yunus** (2006) "İdare Hukukunda Sebep Unsuru ve Sebep İkamesi", AYİM Dergisi, Ankara, S:21, s.89; Onar ise idari işlemin sebebinin kanunda gösterilmediği durumlarda işlemin sebep unsurunun aranmayacağı, işlemin sebep unsuru bakımından hukuken sakatlanmış olmayacağını, hatta sebep unsuru bakımından yargı organının denetim yapılmayarak işlemi hukuka uygun kabul edeceği görüşünü dile getirmiştir. **Onar**, s.298.

İdarenin gösterdiği sebebin hiç gerçekleşmemiş olması, gerçek duruma uygun olmaması veya hukuka aykırı bir sebebe dayanılması, idarenin sebebin hukuki nitelendirmesinde hata yapması veya sebebe dayanılmaksızın işlem tesis edilmesi halleri sebep unsuru bakımından işlemi hukuken sakatlayacaktır³. Sebeplere unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu tespit edilen işlem, mahkemece iptal edilecek olmakla birlikte, uygulamada kimi zaman sebep ikamesi⁴ yoluna başvurulmuş işlemin sebeplere unsuru yönünden hukuka uygun olduğuna karar verilebilmektedir.

İçtihatı olarak gelişen ve teorik temelleri öğreti tarafından oluşturulmaya çalışılan sebep ikamesinin pek çok tartışmalı noktası bulunmaktadır. Özellikle sebep ikamesinin hukuksal dayanağının ne olduğu, re'sen araştırma ilkesi ve yargılama usulüne dair diğer ilkelerle ilişkisi, idari yargının idarenin yerine geçerek karar veremeyeceğine dair yargısal yetki sınırı karşısındaki durumu, uygulama koşulları, gerekli/faydalı olup olmadığı gibi birçok hususta tartışmalar halen sürmektedir. Bu çalışmada ise sebep ikamesine sadece silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri penceresinden yaklaşılacaktır. Zira sebep ikamesinin uygulanması ile bu ilkelere aykırı davranılması gündeme gelebilecektir. Çalışmada sebep ikamesi hakkında genel bilgiler verildikten sonra, bu uygulamanın adil yargılanma hakkının her iki alt ilkesi bakımından incelenmesine gayret edilecektir.

I. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE SEBEPLERE İKAMESİ

Her idari işlemin bir sebebinin bulunması ve idari işlemin iptali istemiyle açılan davalarda da bu sebebin idarece mahkemelere bildirilmesi gerekmektedir. İdari yargı organları idari işlemin yargısal denetimi sırasında

³ Gözübüyük, s.229-231; Gözler, s.1018; Akyılmaz/Sezginer/Kaya (2019a), s, 402-404; Karahanoğulları, Onur (2015) İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.463.

⁴ İkame kavramı sözlükte “yerine koyma, yerine kullanma” olarak tanımlanmıştır. TDK Sözlüğü, <www.sozluk.gov.tr> s.e.t. 17/10/2021. Hukukta ise ikame, “Yerine geçme, kaim olma, bir kimsenin başkasının veya bir şeyin başka bir şeyin yerini alması” olarak tanımlanmıştır. Yılmaz, Ejder (2005) Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler İçin), 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.303.

idarece bildirilen sebep bakımından inceleme yaparak belirtilen sebebin gerçekten var olup olmadığı, sebebin hukuka uygun olup olmadığı gibi yönlerden denetimini gerçekleştirmektedir. Bu yönlerden herhangi bir hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde sebep unsuru yönünden işlemin iptaline karar verilmektedir. Bununla birlikte, kimi zaman idarenin dava sırasında işleme dayanak teşkil eden bir başka sebebin bulunduğunu belirtmesi ya da mahkemenin re'sen bu durumu tespit etmesi gibi nedenlerle işlemin farklı bir sebeple de yapılabileceği ve hatta bu ikinci sebebin hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Böyle bir durumda mahkemenin karşısında iki yol bulunmaktadır: İlk yolda, idarenin işlemin tesisi sırasında esas aldığı sebebin hukuka aykırı olması nedeniyle sebep unsuru yönünden işlemin iptaline karar verilecektir⁵. İkinci yolda ise mahkeme, yargılama sırasında tespit edilen ve hukuka aykırı bulunmayan diğer sebebi esas almak suretiyle işlemi (diğer unsurlar yönüyle de hukuka uygun ise) iptal etmeyecek, davanın reddine karar vererek uyuşmazlığın kısa sürede sonuçlanmasını sağlayacaktır. İdari yargılama usulünde yargısal içtihatlarla ortaya çıkan bu yönteme sebep ikamesi⁶ adı verilmektedir.

Sebeb ikamesinin temel dayanağının idari yargılama usulünde geçerli olan re'sen araştırma ilkesi olduğu genel olarak kabul edilmektedir⁷. İYUK'un

⁵ Böyle bir durumda idarenin diğer sebebi esas alarak yeniden aynı idari işlemi gerçekleştirmesi gündeme gelebilecektir.

⁶ **Gözler**, s.1041; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya** (2019a), s.404; **Karahanogulları, Onur** (2019) İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, Ankara, Turhan Kitabevi, s.608. Benzer yönde bir tanımlama için **Öztürk**, s.1043. Danıştay'ın tanımına göre de “Görülmede olan bir davada idarece dava konusu işlemin tesisinde esas alınmamış, ancak yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukukten geçerli olmadığı belirlenmiş ise, idarenin ileri sürdüğü sebep dışında dosyada saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenmesi idare hukukunda “sebeb ikamesi” ilkesi olarak nitelendirilmekte”dir. Danıştay 8.D., E:2015/596, K:2019/11621, T: 10.12.2019.

⁷ **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2019) Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, s.1104; **Türkoğlu Üstün, Kamile** (2019) İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.158; **Kaplan, Gürsel** (2020) “Düzeltilbilir Hukuka Aykırılıklarla Malul İdari İşlemleri İptal Edilmekten Kurtarmak Amacıyla Başvurulan Yargısal Çözümler” Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayını, s.619; **Hasoğlu, Aynur** (2019) “Danıştay Kararları

20. maddesinde hükme bağlandığı üzere idari yargı organları, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar, lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Re'sen araştırma ilkesi gereğince idari yargı organları, uyuşmazlığın çözümlenmesine katkı sağlayacak her türlü incelemeyi tarafların iddia ve talepleri ile bağlı olmaksızın kendiliğinden yapar, maddi vakıaların gerçek olup olmadığını araştırır, bu amaçla her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden ister, buna ilişkin ara kararları ve kararları kendiliğinden alır⁸, gerektiğinde keşif ve bilirkişi incelemesi yöntemlerine tarafların talebi olmasa dahi başvurur, olaya uygulanacak hukuk kuralını tespit eder ve buna göre uyuşmazlığı bir çözüme kavuşturur⁹. Dolayısıyla tarafların talebi olmasa da resen araştırma ilkesi gereğince idari işlemin diğer unsurlarının yanında sebep unsuru bakımından da hukukilik denetimi yapılacaktır. İşte öğretilerde re'sen araştırma ilkesinin hâkime tanıdığı bu yetki doğrultusunda idari işlemin sebebi bakımından yalnızca idarenin

İşığında İdare Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı” ERÜHFD, C: XIV, S:1, s.154. “... yargı yerinin, İdarenin ileri sürdüğü sebep yerine ikame ettiği sebebi, neden öncelikli gördüğüne dair değerlendirmesine de yer vermek suretiyle işlemin denetimini yapmasına, re'sen araştırma ilkesinin imkân verdiği hususu yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.” Danıştay 2.D., E:2016/6429, K:2019/4581, T: 02.10.2019. Benzer yönde Danıştay 10.D., E:2016/1315, K:2020/6961, T: 28/12/2020. “İdari yargılamada uygulanmakta olan re'sen inceleme ilkesi uyarınca, idari yargı mercileri işlem metninden anlaşılmasa da işlemin sebebini ve gerekçelerini araştırıp, bu ilkenin bir uzantısı olarak gerekirse sebep ikamesi yaparak hüküm kurabilmektedir.” Danıştay 10.D., E:2017/244, K: 2019/5205, T: 01.07.2019.

- ⁸ **Ulusoy, Ali D.** (2020) Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.719.
- ⁹ **Gözübüyük**, s.347; **Aslan, Zehreddin** (2001) “Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S:23-24, s.57; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya** (2019b), s.100; **Evren, Çınar Can** (2008) “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XII, S:1-2, s.710-711; **Sarıaslan, Osman** (2018) “Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re'sen Araştırma İlkesi” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:6, S:12, s.656.

gösterdiği sebeple yetinilmeyeceği, yargulama sırasında tespit edilen sebebin de dikkate alınarak uyuşmazlığın çözümlenebileceği kabul edilmektedir¹⁰.

Uyuşmazlığın daha hızlı bir süre içinde çözümlenmesi ve ayrıca bu sayede usul ekonomisinin sağlanması¹¹ düşüncesi sebep ikamesinin kabulünde önemli bir yer tutmaktadır. Esasında işlem sonuç itibarıyla hukuka uygundur, sebep unsurunda idarece hata yapılmış olması işlemin iptaline neden olmamalıdır¹². Bu husus sebep ikamesinin kabulünde bir diğer etken olarak görülen etkisiz iptal kararları verilmesinin önüne geçilmesi amacıyla ilgilidir. Zira işlemin sebep unsuru yönünden iptal edilmiş olması halinde idare, hukuka aykırı bulunmayan sebebi esas alarak yeniden aynı işlemi tesis edebilecek¹³ ve yeni davaların açılması gündeme gelebilecektir¹⁴. Bu durumun önüne geçebilmek amacıyla “işlemin ayakta tutulması” sağlanmaktadır¹⁵.

Sebeb ikamesinin dayanağına dair yukarıdaki açıklamalar bir yana, öğretide sebep ikamesinin teorik dayanaklarının zayıf olduğu, ayrıca yasal bir dayanağının varlığından da söz edilemeyeceği yolunda görüşler bulunduğu¹⁶ gibi sebep ikamesi uygulamasının tercih edilmemesi¹⁷ gerektiği, bu

¹⁰ Re’sen araştırma ilkesinin sebep ikamesinin dayanağı olamayacağı yönünde görüşler de vardır. Bkz. **Kara, Burkay Can** (2020) İptal Davasında Sebeb İkamesi, Ankara, Yetkin Yayınları, s.63; **Öztürk**, s.1047.

¹¹ **Gözler**, s.1041. Benzer yönde **Söyler**, s.545; **Ulu, Güher** (2021) “İdari İşlemin Sebeb Unsuru ve Yargısal Denetimi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.394.

¹² **Söyler**, s.545.

¹³ **Kaplan**, s. 596.

¹⁴ Bu durumda da, sonucu itibarıyla hukuka uygun olan işlemin iptal edilmesi ile işlemin “sıhhati gereksiz yere sürüncemede bırakılmış olmaktadır.” **Söyler**, s.545.

¹⁵ **Gözler**, s.1041; **Akılmaz/Sezginer/Kaya** (2019b), s.1105. Sebeb ikamesinin kabulü bakımından gösterilen bir diğer dayanak disiplin yaptırımları bakımından kamu düzeninin sağlanması düşüncesi olmuştur. Bkz. **Ulusoy, Ali D.** (2013) İdari Yaptırımlar, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s.210.

¹⁶ **Kara**, s.64.

¹⁷ **Sunay, Zuhale Aysun** (2016) İptal Davalarında Gerekeçeli Karar Hakkı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.84. Yazar, sebep ikamesine başvurulacaksa bunun istisnai durumlarla sınırlı olarak ve savunma hakkının sağlanması gibi belli ilkelere bağlı kalınarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir. **Sunay**, s.84-85.

uygulamanın yargı yerinin idarenin yerine geçerek karar vermesi yasağına¹⁸ ve aynı zamanda sebep unsurundaki sakatlığın sonradan giderilemeyeceğine dair ilkeye aykırı olacağı¹⁹ da ifade edilmiştir. Bir başka görüşe göre de sebep ikamesine başvuran hâkim, yargısal denetim işlevini bir kenara bırakarak “neredeysen” idari işlemin yapılması sürecine dâhil olmaktadır^{20 21}.

Sebeb ikamesinin uygulanabilmesi için belli bazı şartların bulunması gerektiği kabul edilmektedir²². Öncelikle idarenin işlem tesis ederken dayandığı

¹⁸ Sebeb ikamesinin idarenin yerine geçilmesi olarak kabul edildiği kararlar için bkz. Danıştay 12.D., E:2016/9548, K:2019/10531, T: 23.12.2019; Konya BİM 1. İDD, E:2020/2015, K:2021/374, T:18.02.2021; Danıştay 8.D., E:2020/382, K:2013/2381, T:27.03.2013; Ankara BİM 10. İDD, E:2021/883, K:2021/1847, T:25.05.2021 Sunay’a göre de, işlemin hukuka aykırı bir sebebe dayandığının tespit edilmesine rağmen, mahkemece idareye hukuka uygun işlem tesis edilmesi adına yol göstermekle kalınmayarak sebep ikamesi yapılması halinde “adeta işlemi bizzat gerçekleştirme yoluna gitmesi söz konusu olmaktadır.” Sunay, s.85. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Söyler**, s.559-560.

¹⁹ **Karahanoğulları** (2015), s.478

²⁰ **Öztürk**, s.1043. Yazara göre “... sebep unsurunun idari işlemin ayrılmaz bir parçası olduğu dikkate alındığında, idarece hiçbir şekilde dikkate alınmamış bir vakıyı ilk kez tespit ederek işleyen ve işlemin bu sebebe bağlı olarak geçerli olduğunu belirleyen yargı organının işlemin kurulmasındaki payı, idareninkinden bile fazladır.” **Öztürk**, s.1043. Keza yazar, sebep ikamesine başvuran yargı organını “hukuka uygun işlem tesis etmekte zorlanan bir idarenin eksik ve yanlışlarını düzeltmek için idari işlem tesis etme yetkisine bir anlamda ortak olan yargı organı” olarak sembolize etmektedir. **Öztürk**, s.1048. Ulusoy da, idari işleme dayanak olan sebebin yanlış ve hatalı olması durumunda sebep unsuru yönünden işlemin hukuka aykırı hale geldiğinin kabulü için yeterli olduğu, bu nedenle idarece esas alınmayan bir sebep yönünden hukuka uygun olsa dahi, idarece esas alınan sebep yönünden hukuka aykırı ise iptaline karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. **Ulusoy** (2020), s.208-209.

²¹ Kaplan ise, sebep ikamesine dair kaygı ve eleştirilerin “biraz abartılı” olduğunu belirttiğinden sonra, yasal temel ikamesi ya da sebep ikamesinin, işlemin “değiştirilmesi” ya da “yeniden düzenlenmesi” anlamına gelmeyeceğini, “düzeltmesi” anlamına geleceğini, sebep ikamesinin işlemin etki ve sonuçlarında herhangi bir değişikliğe neden olmayacağını, hâkimin müdahalesinin hatalı duran işlemi düzeltmekten ibaret bulunduğunu, bu durum ile hâkimin idare alanına geçmiş sayılmayacağını, ikamenin, idarenin zamanında kullanabileceği halde kullanmadığı yetkisinin sonradan kullanılmasını sağlayarak bu ihmal veya hatasının telafi edilmesine “*imkân ve fırsat sağlamaktan ibaret*” olduğunu ileri sürmektedir. **Kaplan**, s.598-599.

²² Öğretide ve Fransız Danıştay’ının kararlarında sebep ikamesinin sadece idarenin bağlı yetki içinde bulunduğu durumlarda uygulanabileceği kabul edilmekteyken, günümüzde çoğunluk

sebebin hukuka aykırı olduğunun yargı yerince tespit edilmiş olması gerekir.²³. Sonrasında ikame edilecek sebebin ikameye elverişli olması, diğer bir ifadeyle

görüşünün ve içtihadının takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda da sebep ikamesi yapılabileceği yönünde oluştuğu söylenebilir. **Gözler**, s.1041; **Çağlayan** (2016), s.18-19; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya** (2019b), s.1104, dn.429. Aynı yönde **Kaplan**, s.608; **Ulu**, s.400; Bununla birlikte öğretide aksi yönde kanaatlerin halen dile getirildiği de görülmektedir. Nitekim Kara, kimi yargısal kararlara işaret ederek, özellikle ikame edilecek sebep bakımından idarenin takdir yetkisinin bulunduğu hallerde, sebep ikamesinin yapılmasının yargı organının idarenin yerine geçmesi ve yerindelik denetimi yapmasına neden olacağını ifade etmiştir. **Kara**, s.78; aynı yönde bkz. **Yılmaz**, s.104. Sebep ikamesine bağlı yetki hallerinde başvurulabileceği yolunda bir diğer görüş için bkz. **Türkoğlu Üstün**, s.159; **Sunay**, s.85. Bir Danıştay kararında da “*İdarenin belli bir yönde davranması zorunluluğunu ifade eden bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, yargı yerinin, İdarenin ileri sürdüğü sebep yerine ikame ettiği sebebi, neden öncelikli gördüğüne dair değerlendirmesine de yer vermek suretiyle işlemin denetimini yapmasına, re’sen araştırma ilkesinin imkân verdiği hususu yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.*” gerekçesine yer verilmiş olup, bu açıklamalar sebep ikamesinin bağlı yetki hallerine münhasır tutulduğu izlenimi uyandırmaktadır. Danıştay 2.D., E:2016/6429, K:2019/4581, T: 02.10.2019. Benzer yönde Danıştay 13.D., E:2014/3889, K:2020/933, T: 18/03/2020; Danıştay 13.D., E:2013/1943, K:2014/624, T:27.02.2014. Bu yönde bir istinaf kararı için bkz. Konya BİM 1.İDD, E:2020/1418, K:2021/77, T:21.01.2021; “... idarenin takdir hakkı kapsamında ortaya çıkacak nedenler bakımından, mahkemenin neden ikamesinin yargı yetkisinin sınırlarının aşılması sonucu doğuracağını kabulü gerektiği ...” İzmir BİM 6. İDD, E:2020/234, K:2020/455, T:18.02.2020; “...davalı idarece dahi dava konusu işleme gerekçe olarak alınmayan bu hususun Mahkemeye ret kararına gerekçe yapılmasında hukuki isabet bulunmadığı, davalı idarenin takdir yetkisi taşıdığı bir hususta işleme gerekçe olarak göstermediği bu durumun sebep ikamesi yapmak suretiyle davanın reddine yönelik karara gerekçe yapılmasının da hukuken isabetli olmayacağı...” Erzurum BİM 3.İDD, E:2019/922, K:2020/71, T:13.02.2020.. Hatta bir Mahkeme kararında açıkça şu ifadelere yer verilmiştir: “*İdarenin takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlere karşı açılmış olan davalarda idari yargı yerlerinin idarece ileri sürülen sebeplerle bağlı oldukları, idarece ileri sürülmeyen bir sebebe dayalı olarak yargısal denetim yapamayacakları; buna karşılık, idarenin belli bir yönde davranması zorunluluğunu ifade eden bağlı yetkiye sahip olduğu halde ise yargı yerinin idarece ileri sürülmesi dahi sebep ikamesi yoluyla bağlı yetki durumunu öngören mevzuat hükmünü re’sen göz önüne alarak yargısal denetimini buna göre yapacağı yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.*” Ankara 3. İdare Mahkemesi, E:2013/2211, K:2014/747, T:14.05.2014. Kararın onanmasına ilişkin bkz. Danıştay 13.D., E:2014/4828, K:2017/1022, T:14.04.2017.

²³ “...bu davada sebep ikamesi yapılamayacağı; zira işlemin ret edilme sebebinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı...” Gaziantep BİM 1. İDD, E:2018/1341, K:2018/1489, T: 29.11.2018.

ikame sebebin işlemi hukuka uygun olarak yapma imkânı sağlıyor olması gerekmektedir²⁴. Öte yandan bu sebep, idari işlemin tesis edilmesi anında var olmalıdır. Sonradan ortaya çıkan sebep, sebep ikamesine konu olamaz²⁵. İkame edilecek sebep yönünden, idari usul anlamında kişinin daha az güvenceli bir duruma düşürülmemesi gerekmektedir. Örneğin ilk sebebe istinaden işlem yapılırken çelişme usulü uygulanmış ya da gerekçe zorunluluğu bulunmakta veya savunma hakkı tanınmakta ise, ikame edilecek sebep bakımından da bu usullerin uygulanmış olması gerekmektedir²⁶. Ayrıca (ileride de görüleceği üzere) sebep ikamesi yöntemine başvurulmadan önce tarafların konu hakkında bilgilendirilerek çelişmeli yargılamanın sağlanması da bugün için öğretide ve yargısal içtihatlarda kabul edilen bir başka koşul olarak öne çıkmaktadır²⁷.

Öğretide sebep ikamesi ile ilişkili bulunan yasal temel ikamesi üzerinde de durulmaktadır. İdarenin işlem tesis ederken yanlış hukuk kuralını esas aldığını tespit eden mahkemenin doğru hukuk kuralını esas almak suretiyle uyumsuzluğu çözerek işlemin hukuka aykırı olmadığına karar vermesine yasal temel ikamesi adı verilmektedir²⁸. Öğreti ve içtihatla kimi zaman yasal temel ikamesinin sebep ikamesi olarak ele alındığı görülmektedir²⁹. Her ne kadar

²⁴ Çağlayan (2016), s.38.

²⁵ Söyler, s.544; Kaplan, s.612; Yılmaz, s.96; Ulu, s.402; Hasoğlu, s.168. "...sebeb ikamesi yapılarak işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlandırılmaya çalışılmış ise de; dava konusu işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla hukuka uygun olup olmadığı yönünden dairesizce bir değerlendirme yapıldığından, davalı idarenin sunduğu ikame sebep (davalı idarece sonradan elde edilerek dosyaya sunulan belgelerin ayrı/müstakil bir hukuksal değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğinden) dikkate alınmamıştır." İstanbul BİM 7. İDD, E:2021/925, K:2021/1981, T:01.12.2021.

²⁶ Kaplan, s.613-614.

²⁷ Gözler, s.1042; Çağlayan (2016), s.38; Akyılmaz/Sezginer/Kaya (2019b), s.1105; Türkoğlu Üstün, s.159.

²⁸ Çağlayan (2016), s.14; Kaplan, s. 600. Atay "hukuki temel ikamesi" kavramını tercih etmişken (bkz. Atay, E. Ethem (2008) "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl (11 Mayıs 2007)*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74, s.79), Gözler ise "kanuni temel ikamesi" kavramını benimsemiştir. Gözler, s.1042.

²⁹ Bu konudaki tespit ve değerlendirmeler için bkz. Çağlayan (2016), s.21. Nitekim özel muayenehane açma talebinin 1219 sayılı Kanun'un 12. Maddesi kapsamında değerlendirilerek reddine dair uyumsuzluktan kaynaklanan davada verilmiş olan Danıştay

yasal temel ikamesinde de yargı organının bir ikamesinden söz edilmekte³⁰ ise de, bu usul sebep ikamesinden farklılık arz etmektedir³¹. Gerçekten, yasal temel ikamesinde idari işlemin sebebi ile ilgili bir tartışma yapılmamakta, idarenin işlem tesis ederken esas aldığı hukuk kuralında yanılığa düşmesine rağmen mahkemece doğru hukuk kuralı esas alınmak suretiyle uyumsuzluk çözümlenmektedir³². Bir diğer ifadeyle, sebep ikamesinde idari işlemin

kararında “... davacının serbest meslek icrası 1219 sayılı Kanun kapsamında olmadığından dava konusu işlemin sebebinin hukuken geçerli olmadığı ortadadır. Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere davacının serbest meslek icrasına yönelik başvurusunun 2547 sayılı Kanun’un 36. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir...” tespiti yapıldıktan sonra “Buna göre, dava konusu uyumsuzluğu, sebep ikamesi yapılmak suretiyle, idarece ileri sürülen ve hukuken geçerli olmayan sebep bir yana bırakılarak 2547 sayılı Kanun’a göre çözümlenebilmesi gerekir.” gerekçelerine yer verilmiştir. Danıştay 15.D. E:2016/5807, K:2017/336, T: 18.01.2017. Keza “İdarece, söz konusu işlemin tesis sebebi olarak yukarıda incelenen ve Dairemizce dayanaksız kalması sebebiyle iptaline karar verilen Orman Genel Müdürlüğü’nün düzenleyici işlemi gösterilmiş ise de; sebep ikamesi ilkesi uyarınca uyumsuzlukta, bahsi geçen dönemlerde (2007-2009) yürürlükte olan 22/03/2007 tarihli Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmeliğin Uygulanması gerekmektedir.” Danıştay 8.D., E:2015/3133, K:2019/12192, T:18.12.2019. Örnek bir diğer karar için bkz. Danıştay 13.D., E:2014/3889, K:2020/933, T: 18/03/2020. Bir başka uyumsuzlukta ise Danıştay’ın “İdari yargı mercilerinde görülmekte olan bir davada, idarece işleme gerekçe olarak gösterilen nedenin ya da mevzuat hükmünün olayda uygulanabilir nitelikte olmadığı belirlenmiş olması durumunda, idari yargı yerince, dosyanın incelenmesi sonucu **başka bir neden ya da mevzuat hükmü** saptanarak idarenin ileri sürdüğü neden ya da mevzuat hükmünün bir yana bırakılmak suretiyle dosyadan saptanan nedene ya da mevzuat hükmüne göre uyumsuzluğun çözümlenmesi, idare hukukunda “sebeb ikamesi” olarak adlandırılmaktadır.” şeklindeki tanımıyla yasal temel ikamesinin de sebep ikamesi kavramının içerisine dahil edildiği anlaşılmaktadır. Danıştay 6.D., E:2019/6654, K:2019/9251, T: 14.10.2019.

³⁰ Çağlayan (2016), s.14.

³¹ Karahanoğulları (2019), s.609; Hasoğlu, s.170; Dırbalı Öztürk, Çağla (2019) “Türk İdari Yargı Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.61. Hâkimin hukuku re’sen uygulayacağı ve bu nedenle hukuki dayanak bakımından herhangi bir ikameden bahsedilemeyeceği görüşü için bkz. Söyler, s.542.

³² Çağlayan (2016), s.15; Kara, s.27. “Yasal temel ikamesinde hukuka aykırılığı kaldıran, yargı yerinin tespit ettiği bir sebep değil, idarenin aynı kararı alabilmesine imkân veren başka bir yasal temelin varlığıdır.” Çağlayan (2020), s.510.

tesisinde esas alınan (maddi) sebep bakımından değişiklik yapılması gündeme gelirken, yasal temelin ikamesinde ise işlemin dayanağı (maddi) sebep bakımından herhangi bir ikame söz konusu olmaksızın olaya uygulanacak hukuk kuralında ikame yapılması gündeme gelmektedir³³.

Bu başlık altında son olarak değinilmesi gereken husus, yargı yerinin sebep ikamesine başvurusu konusunda takdir yetkisi içerisinde bulunduğudur. Gerçekten şartları oluştuğunda dahi sebep ikamesinin yapıp yapılmaması, bu konuda tarafların talebi olsa dahi, her uyuşmazlığın kendi şartlarını dikkate alarak karar verecek olan yargı organının takdir yetkisi dâhilinde bulunmaktadır³⁴. Diğer bir deyişle sebep ikamesi, uyuşmazlığın taraflarına “usule ilişkin bir garanti sağlamaz.”³⁵.

³³ **Kaplan**, s.606; Benzer yönde **Söyler**, s.542; **Kara**, s.32. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, (aşağıda inceleneceği üzere) çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak taraflara ikame yapılmadan önce bilgilendirme yapılması ve tartışma imkânı sağlanması gerekliliği tıpkı sebep ikamesinde olduğu gibi yasal temel ikamesinde de geçerlidir. **Çağlayan** (2020), s.513. Aynı yönde **Kaplan**, s.604.

³⁴ Bununla birlikte, sebep ikamesine başvuran idari yargı yerinin yeni bir sebep yaratmadığını, sadece mevcut ve hukuka uygun olan bir sebebi tespit ettiğini, dolayısıyla idari yargı yerinin hukuka aykırı işlemi hukuka uygun hale getirmedini belirten Ulu’ya göre sebep ikamesi idari yargı için bir görev ve yükümlülüktür. **Ulu**, s.393.

³⁵ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya** (2019b), s.1105; **Dırbalı Öztürk**, s.27. Nitekim Danıştay da “... sebep ikamesinin her uyuşmazlıkta uygulanamayacağı ve somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği”ne karar vermiştir. Danıştay 2.D., E:2016/6429, K:2019/4581, T: 02/10/2019. Aynı yönde Konya BİM 1. İDD, E:2021/895, K:2022/37, T:06.01.2022. Danıştay’ın sebep ikamesini kabul etmediği kimi kararlar için bkz. Danıştay 6.D., E:2019/6654, K:2019/9251, T:14.10.2019; Danıştay 8.D., E:2020/382, K:2013/2381, T:27.03.2013; Danıştay 14.D., E:2011/492, K:2012/229, T:25.01.2012. Aynı yönde Konya BİM 1. İDD, E:2019/707, K:2020/117, T:23.01.2020, keza Gaziantep BİM 2. İDD, E:2018/2654, K:2018/3538, T:31.10.2018. İdarenin sebep ikamesi yapılması talebi kabul edilemezsiniz “...davalı idarece savunma dilekçesinde; adaylığa son verilmesi işleminin sebep unsuru olarak güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması bildirilmiş ise de, söz konusu sebep unsuruna bağlı işlem işbu davanın konusu olmadığından, bu davada hukuki denetiminin yapılması mümkün görülmediği” gerekçesiyle verilen mahkeme kararına yönelik istinaf başvurusunun reddine dair karar için bkz. Ankara BİM, 4. İDD, E:2019/3372, K:2019/2446, T:30.09.2019. Ancak Danıştay’ın sebep ikamesine başvurulmasını zorunlu kıldığı çağrıştıran kararları da bulunmaktadır. Buna göre “İptal davalarında, idari işlemler hakkında hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Özellikle vurgulanması gereken husus, yetki ve şekil unsurları

II. ÇELİŞMELİ YARGILAMA İLKESİ YÖNÜYLE SEBEP İKAMESİ

A. GENEL OLARAK ÇELİŞMELİ YARGILAMA İLKESİ

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının³⁶ kapsamı içinde kabul edilip silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı³⁷ olduğu belirtilen çelişmeli yargılama

yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılan bir işlemin, idarece gösterilen sebeple sınırlı olarak yargısal denetiminin yapılamayacağı, işlemin, mevcut yasal düzenlemeler bütünlüğü içinde hukuka uygun bir sebebinin bulunup bulunmadığının, idare hukukunun en belirgin ilkesi olan re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde incelenmesi gereğidir.” Danıştay 8.D., E:2012/1245, K:2018/6003, T: 22.10.2018; aynı Dairenin E:2013/9839, K:2018/9051, T: 26.12.2018; Danıştay 10.D., E:2016/1315, K:2020/6961, T:28.12.2020. Ayrıca aynı yönde bkz. İstanbul BİM 6. İDD, E:2021/95, K:2021/604, T: 23.03.2021.

³⁶ Adil yargılanma hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde “Herkes... *davasının... hakkaniyete uygun... olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.*” hükmü kurala bağlanmış olup, adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından birisi de hakkaniyete uygun yargılanma hakkıdır. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, adil yargılanma hakkının özünü oluşturduğu ve soyut bir tanımla kapsamını açıklamanın mümkün olmadığı; bu hakka uygun davranılıp davranılmadığının tespiti için her somut uyumsuzluk ayrı değerlendirmeye tabi tutulup, yargılama sürecinin bir bütün halinde göz önüne alınarak karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. **İnceoğlu, Sibel** (2013) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler), 4. Baskı, İstanbul, Beta, s.218; **Cenan, Eren** (2019) İdari Yargıda Hakkaniyete Uygun Yargılanma İlkesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s.91. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, “açık uçlu, birçok hak ve ilkeyi bünyesinde barındıran bir haktır.” **Harris, D.J./O’boyle, M./Bates, E.P./Buckley, C.M.** (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı-Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, s.248. AİHM, “hakkaniyete uygun” yargılanma hakkını, yargılama usulüne dair Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça zikredilen hak ve ilkelerin yanında, başka bazı ilke ve hakları da ortaya çıkarabilecek şekilde geniş yorumlamaktadır. **Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla** (2012) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar), Avrupa Konseyi-Yargıtay Başkanlığı, Ankara, s.636. Buna istinaden ortaya çıkarılan ilkelere ikisi de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleridir.

³⁷ **Doğru/Nalbant**, s.637. Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başvurularda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini çoğu zaman birlikte incelediği not edilmiştir. **İnceoğlu, Sibel** (2019) Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2. Baskı, Ankara, s.143. Aynı zamanda çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesinin, davasını savunabilmesi bakımından taraflar arasındaki dengeyi bozarak silahların eşitliği ilkesinin de ihlali sonucunu doğurabileceği belirtilmektedir. **İnceoğlu** (2019), s.142. Bununla birlikte çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi her zaman silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği

ilkesi, en genel anlamıyla, yargılamanın taraflarının, mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan deliller ve diğer görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili açıklama yapma görüş bildirebilme imkânı olarak tanımlanmaktadır³⁸. Bu anlamda çelişme, düşüncelerin karşılıklı olarak ileri sürülerek tartışılması yöntemidir³⁹.

anlamına gelmeyecektir. Özellikle taraflara eşit imkânların sağlandığı takdirde silahların eşitliği ihlal edilmemiş olacaktır. **Yılmaz Özel, Nurcan** (2016) Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.284. Çelişmeli yargılama ilkesinin silahların eşitliği ilkesinin bir görünümü ya da alt unsuru olup olmadığı yolundaki tartışmalara girmeden, bugün için çelişmeli yargılama ilkesinin silahların eşitliği ilkesi ile yakın ilişki içinde olan, ancak ondan ayrı, adil yargılanma hakkının bir başka alt ilkesi olarak kabul edildiğini belirtmekte fayda vardır. **Yılmaz Özel**, s.284.

³⁸ **Harris ve diğerleri**, s.257; **İnceoğlu** (2013), s.249; **Akıncı, Müslüm** (2010) “İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:1, S:2, s.36 İlleden söz ederken öğretilerde ve önceki yargı kararlarında farklı kavramların tercih edildiğini ve bu nedenle bir “kavram kargaşasından” söz etmenin mümkün olduğunu belirtebiliriz. Gerçekten kavramı ifade etmek için kimi zaman “çekişmeli” kavramı tercih edilmişken (bu kullanıma dair örnekler için bkz. **Taner, Fahri Gökçen** (2021) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.85-86) kimi zaman “yüzyüzelik”, “yüze karşılık”, “vicahilik”, “doğrudan doğruyalık” kavramları kullanılmıştır (örnekler ve bu kullanımların eleştirisi için bkz. **Hanağası, Emel** (2016) Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara, Yetkin Yayınları, s.105). Biz burada hangi kavramın kullanılması gerektiğine dair uzun tartışmalar yapmak yerine “çelişme” ve “çelişmeli yargılama ilkesi”nin, içerdiği hakları anlatması itibarıyla en doğru kullanım olduğu düşüncesiyle bu kavramları tercih ediyoruz. Günümüzde halen Avrupa Konseyi çevirilerinde dahi ilkeyi anlatmak için “çekişmeli” kavramının tercih edildiği (Bkz. **Zrvandyan, Arman**(2021) İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, Avrupa Konseyi/Folke Bernadotte Akademisi yayını, “İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi” Ortak Projesi kapsamında gerçekleştirilen çeviri, Ankara) görülmekle birlikte, en azından Anayasa Mahkemesi’nin ve Danıştay’ın güncel kararlarında “çelişmeli yargılama” kavramının kullanmanın istikrar kazandığı söylenebilir.

³⁹ **Taner**, s.77. Onar da “çelişme”yi “karşılıklı tartışma” kavramıyla eşdeğer görmüştür. **Onar**, s.1940. “Çelişme, çok defa sanıldığının aksine olarak, bir çekişme, bir mücadele değil, hele tenakuz anlamına bir çelişiklik hiç değil, bir fikir alışverişidir, bir kolokyumdur, bir diğer söyleyişle karşılıklı görüşlerin iki veya daha fazla kişilerce ortaya konmasıdır.” **Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2006) Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Arıkan Basım Yayıncılık, s.40.

AİHM'e göre çelişmeli yargılama ilkesi, yargılamanın taraflarının, sadece kendi iddiaları bakımından gerekli delilleri öğrenme imkânına sahip olması değil, aynı zamanda mahkeme kararını etkileyebilmek adına dosyaya dâhil edilen tüm delilleri ve görüşleri öğrenme ve bunlar hakkında görüş bildirebilme imkânına sahip olmasıdır⁴⁰. Bu nedenle dava dosyasına kimin tarafından sunulduğu önem arz etmeksizin dosyaya giren tüm bilgi, belge ve deliller ilkenin kapsamına dâhil olup, böylelikle, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılama türleri bakımından, hâkim tarafından re'sen araştırma sonucu ortaya çıkarılan bilgilerin ve delillerin de ilkenin kapsamına alındığı belirtilebilir⁴¹.

AİHM'in tanımından hareket eden Anayasa Mahkemesi de silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olarak belirttiği çelişmeli yargılama ilkesini “*kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı vermektedir.*”⁴² şeklinde tarif etmiştir.

Bu tanımlardan ve açıklamalardan hareketle çelişmeli yargılama ilkesi, mahkemenin kararını etkileyebilmek amacıyla dava dosyasına sunulan ya da mahkemece kendiliğinden ortaya çıkarılan görüş ve deliller hakkında tarafların bilgi sahibi olması ve bunlar hakkında görüş bildirebilmesi imkânı olarak tanımlanabilir.

Çelişmeli yargılama, adil yargılanma hakkının temeli olup yargılamanın taraflarına dava ile ilgili bilgi, gözlem ve delillerin aktarılacak bunlar tarafından bilinmesi ve karşı argümanlar geliştirebilmesi için gerekli maddi ve manevi ortamın sağlanmasını gerektirmektedir⁴³.

⁴⁰ **Mantovanelli/Fransa başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 21497/93, T:18.03.1997, §33; **Zrvandyan**, s.90.

⁴¹ **Taner**, s.89-90. Nitekim 1996 yılında verilen Vermeulen/Belçika kararında AİHM, ilkenin “... *kural olarak bir ceza veya hukuk yargılama davasında tarafların, bağımsız bir hakim tarafından da sunulsa, hakime kararını etkileyebilmek için sunulan tüm görüş ve deliller hakkında bilgi sahibi olmaları ve bunları tartışabilmelerini*” ifade ettiğine karar vermiştir. **Vermeulen/Belçika başvurusu**, AİHM, Başvuru No:19075/91, T:20.02.1996, aktaran **Taner**, s.88-89.

⁴² **Süphan Oğurtay başvurusu**, AYM, Başvuru No:2018/35544, T:15.09.2021.

⁴³ **Akıncı, Müslüm** (2008) İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.220. Bu ortamın hazırlanmasında mahkemeye aktif görevler düşmekte, dosyaya dâhil olan

Çelişmeli yargılama ilkesi, yargılamanın sonucundan menfaati zarar görme ihtimali bulunan tarafların haklarının korunması işlevini yerine getirir. İlkenin bir gereği olarak, yargılamada öne sürülen iddia, talep ya da görüş, diğer tarafın bunlara ilişkin bilgisi olmadan, bunlara karşı çıkma imkânı tanınmadan hükme esas alınmamalıdır⁴⁴.

Çelişmeli yargılamanın bir diğer işlevi, maddi gerçeğe ulaşılmasında katkı sağlamasıdır. Tarafların karşılıklı olarak iddialarını ortaya koyması, bunları tartışması ve ileri sürülen iddiaların aksini öne sürmesi hâkimin kanaatinin oluşmasında, uyumsuzluğun özüne inilmesinde ve bu sayede maddi gerçeğe ulaşılarak en doğru kararın verilmesinde hâkime yardımcı olacaktır⁴⁵.

Diğer yandan çelişmeli yargılama, adil bir yargılama gerçekleştirildiği yolunda taraflarda ve toplumda bir kanaatin oluşmasına da hizmet eder. Çelişmeli yargılama ortamının söz konusu olmadığı bir yargılamada maddi gerçeğe tesadüfen ulaşıldığında dahi tarafların zihninde şüphe oluşması mümkündür. Zira kişinin adil bir yargılama yürütüldüğüne olan inancının oluşmasında, kendisine yargılamaya katılma ve nihai karara etki edebilme şansı verildiği

yeni delil, görüş ve açıklamalardan tarafların haberdar olması için çaba sarf edilmesi gerekmektedir. Bu noktada tarafların her zaman için dosyayı inceleyebilme imkânlarının bulunduğu dair bir savunma, her durumda hakkın ihlalinin önüne geçememektedir. Nitekim “*AİHM, bir başvuranın avukatının inisiyatif olarak başvurana dava dosyasına yeni öğeler eklenip eklenmediğine ilişkin düzenli bir şekilde bilgi vermesini istemenin, avukat üzerine orantısız bir yük yüklenmesi anlamına gelir ve görüş üzerinde yorum yapmaya yönelik gerçek bir fırsatı güvence altına almayacağı kanaatindedir.*” **Parsıl/Türkiye başvurusu**, AİHM, Başvuru No: 39465/98, T:26/04/2005. Bu bakımdan mahkemece re’sen araştırma sonucu elde edilen bilgi ve belgelere ilişkin tarafların haberdar edilmesinde hâkimin önemli bir rolünün olduğu kabul edilmektedir. **Taner**, s.98.

⁴⁴ **Hanağası**, s.105. Zira çelişmeli yargılama ile yargılamanın taraflarının uyumsuzluk konusuna ilişkin görüş ve düşüncelerinin karşı tarafa ve mahkemeye bildirilebilmesi, bu sayede de tarafların kendi aralarında ve mahkemeyle iletişiminin kurulması sağlanmaktadır. Çelişmeli yargılama ile yargılamanın tarafları diğer tarafın iddia ve görüşleri hakkında bilgi sahibi olarak düşünme imkânı bulabilecektir. **Taner**, s.78. Böylece yargılamanın tüm taraflarının birbirlerinin düşüncelerini öğrenecekleri, tartışacakları ve birlikte düşünecekleri ortama ve imkâna kavuşmuş olacaklardır. **Güran, Sait** (1977) Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul, s.144.

⁴⁵ **Hanağası**, s.105; **Cenan**, s.112.

yolundaki kanaati önem arz etmektedir⁴⁶. Bu nedenle, çelişmeli yargılama ilkesi, sadece adil yargılanma hakkına riayet edilmiş olmasını güvence altına almayıp, aynı zamanda adil bir yargılama yürütüldüğüne olan inancı da desteklemektedir⁴⁷.

B. ÇELİŞMELİ YARGILAMA İLKESİ VE SEBEP İKAMESİ

Gerek öğretilerde gerekse yargısal içtihatlarda sebep ikamesine başvuracak yargı merciinin, idari işlemin sebep unsurunu ikame edeceği yeni sebebi tarafların bilgisine sunması ve bu yeni sebep hakkında görüşlerini bildirebilmeleri için imkân sağlaması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸. Özellikle davacı taraf bakımından, bilgi sahibi olmadığı, tartışma imkânının bulunmadığı bir sebebe istinaden davasının reddedilmesinin çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesine yol açacağı söylenebilir. Gerçekten mahkemenin tespit ettiği yeni sebebin de hukuka aykırı olduğuna dair iddialarını sunabilmesi için davacı tarafa yeterli imkânın tanınması gerekmektedir⁴⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu ve sebep ikamesi uygulamasına ilişkin ilk ve en önemli karar olan *Koray Erdoğan*

⁴⁶ Çelişmeli yargılama ilkesine uyulmaması durumunda risk altında olan husus, tarafların dosyaya giren her türlü görüş ve delil üzerinde fikir ve görüşlerini bildirebilme fırsatına sahip oldukları düşüncesine dayanan adaletin işleyişine olan güvendir. **Nideröst-Huber/İsviçre başvurusu**, AİHM, Başvuru No:18990/91, T: 18/02/1997, §29.

⁴⁷ **Hanağası**, s.105; **Cenan**, s.112. Öğretilerde bunun bir adım ötesine geçilerek, çelişmeli bir şekilde gerçekleştirilmeyen yargılamaya gerçek anlamda bir yargılama denilemeyeceği, öyle ki, bir yargılama için uyumsuzluğun taraflarının düşüncelerinin karşı karşıya gelmesinin ve çatışmasının gerektiği, tarafların katılımı sağlanmaksızın, onların yokluğunda yürütülen bir yargılama sonucu verilecek hükmün tarafların iddialarını ve hatta menfaatlerini dışlayacağı ileri sürülmüştür. **Taner**, s.79. Onar da, karşılıklı tartışma olarak ifade ettiği çelişmenin, yargılama fonksiyonunun esasını ve karakterini oluşturduğu görüşündedir. **Onar**, s.1940

⁴⁸ **Akılmaz/Sezginer/Kaya** (2019a), s.405; **Çağlayan** (2020), s.518; **Atay**, s.79; **Söyler**, s.550; **Kara**, s.88; **Kaplan**, s.614; **Ulu**, s.403; **Sunay**, s.86; **Türkoğlu Üstün**, s.159. Ancak sebep ikamesine idarenin talebi üzerine başvurulmuş ise, savunmasını almak üzere idareye bildirimde bulunmaya gerek bulunmamaktadır. **Kaplan**, s.614.

⁴⁹ **Yasin, Melikşah** (2015) İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.85.

*başvurusuna*⁵⁰ dair kararında meseleye çelişmeli yargılama ilkesi yönüyle yaklaşmıştır. Karara konu olayda başvuru polis memurluğuna dönme talebinin “hizmetine ihtiyaç bulunmadığı” gerekçesiyle reddi üzerine iptal davası açmış, davayı inceleyen idare mahkemesi ise anılan gerekçenin işlemin yapılması için yeterli olmadığını kararında vurguladıktan sonra idarenin işlemini dayandırmadığı bir başka sebebi, (işlemin tesisi sırasında tartışılmayan bir husus olan) ilgilinin sağlık durumunu incelemeye almak suretiyle sağlık durumu bakımından ilgilinin aktif polislik mesleğini yapamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Başvurucu, polislik mesleğini yapabileceğine dair sağlık raporu da almak suretiyle temyiz yoluna ve akabinde karar düzeltme yoluna başvurmuşsa da Danıştay tarafından itirazları dikkate alınmamıştır.

Başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, sebep ikamesi uygulamasına dair “*İdari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumu taraflara bildirmek suretiyle görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması yahut ilk derece mahkemesince karar aşamasında sebep ikamesi yapılmış ise karara karşı taraflara etkili ve sonuç alabilecek kanun yollarına başvuru yapma imkânı verilerek yeni sebebe ilişkin yeterli itirazların sunulmasının sağlanması ve bu yeni sebebe karşı tarafların ileri sürdüğü uyuşmazlığın sonucuna etkili iddiaların temyiz merciince değerlendirilmesi durumunda çelişmeli yargılama ilkesinin gerekleri yerine getirilebilecektir.*” şeklinde genel bir değerlendirme yaptıktan sonra, somut olayda ilk derece mahkemesinin “*işlemden belirtilen gerekçede ve uyuşmazlığın çözümü için tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalarda yer alan hususlar arasında bulunmayan başvuru hakkının sağlık durumu yönünden bir inceleme yaparak sonuca ulaşmış olup, bu yönde bir inceleme yapacağını daha öncesinden taraflara bildirmeyerek tarafların görüş ve iddialarını*” almadığını, temyiz ve karar düzeltme taleplerinde başvuru tarafından sağlık kurulu raporu sunmak suretiyle sağlık durumunun polis memuru olmaya elverişli olduğuna dair ileri sürülen iddia hakkında ise temyiz merciince herhangi bir değerlendirmede bulunulmadığı belirtilmiş; “*Sonuç olarak, İlk Derece Mahkemesi kararında yapılan sebep ikamesine yönelik başvuru hakkının etkili ve*

⁵⁰ **Koray Erdoğan başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/1989, T: 10.03.2016.

sonuç almaya yönelik itirazlarını temyiz ve karar düzeltme aşamalarında sunmasına karşın, bu konu hakkında bir değerlendirme yapmaksızın kanun yolu incelemelerinin reddedilmesi nedeniyle” çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesine göre sebep ikamesi yapılması nedeniyle çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmemesi için iki hususa dikkat edilmesi gerekecektir: Ya ilk derece mahkemesince sebep ikamesine başvurulmadan önce ikame edilecek sebep hakkında taraflara bildirimde bulunularak yeni sebebin tartışılması sağlanacaktır, ki bu bildirim mahkemenin yapacağı bir ara kararla gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Örneğin davacı tarafın idarenin sunduğu savunma dilekçesinin kendisine tebliğ edilmesi ile ikame edilecek sebepten haberdar olması da yeterli görülebilecektir. Nitekim sebep ikamesine ilişkin bir diğer bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi, idari işlemin gerekçesinde belirtilmeyen (ikame edilecek) sebepten davacının savunma dilekçesi ile haberdar olduğu ve savunmaya cevap dilekçesinde de bu sebebe ilişkin itirazlarının sunulduğu dikkate alınarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁵¹. Ancak uygulamada bildirim ara kararla yapılması yöntemine de rastlanmaktadır. Nitekim ilk derece mahkemesince sebep ikamesi yapılmadan önce “adil yargılanma hakkının alt ilkeleri olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkının davacı açısından sağlanabilmesi amacıyla” ara kararı yapılmak ve davalı idarece savunma dilekçesinde ileri sürülen hususlara cevap verebilmesi ve tartışabilmesi bakımından davacıya imkân tanınmak suretiyle sebep ikamesi yapılarak davanın reddine karar verilmiş ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu reddedilmiştir⁵². Ya da ilk derece mahkemesinde bildirimde

⁵¹ **Hülya Türkan (2) başvurusu**, Başvuru No:2016/3135, T: 12.09.2019, §20. Bir Bölge İdare Mahkemesi kararında da “ (...) *dava konusu işleme esas alınan sebeplerin yargılama aşamasında davacıya tebliğ edilmediği görülse de, davalı idare tarafından söz konusu bilgilere savunma ve cevaba cevap dilekçelerinde aynen yer verildiği, dilekçelerin tebliği üzerine davacı tarafta anılan bilgiler hakkında açıklamalarda bulunulduğu görüldüğünden silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırılık nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden de bahsedilemeyeceği*” gerekçesine yer verilmiştir. Gaziantep BİM 5. İDD, E:2019/4053, K:2021/572, T: 17.03.2021.

⁵² Bkz. Samsun BİM 4. İDD, E:2020/692, K:2020/885, T: 21.10.2020.

bulunma yoluna başvurulmamış ise istinaf ve temyiz aşamalarında yeni sebebe yönelik iddia ve itirazların kanun yolu mercilerince değerlendirilmesi ve karşılanması gerekmektedir. Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi, sebep ikamesi yapılması sırasında çelişmeli yargılama ilkesinin gereklerine uygun hareket edilmemesi durumunda dahi kanun yolu aşamasında ilkenin gereklerinin yerine getirilmesi halinde sebep ikamesinin çelişmeli yargılama ilkesine uygun yürütülmüş olacağına karar vermektedir⁵³. Kanımızca kanun yolu aşamasında çelişmenin sağlandığından söz edilebilmesi için, kanun yolu mercilerinin “iddiaların ayrıntılı değerlendirildiği” gibi gerekçelerinin bir adım ötesine geçilerek, davacının ikame sebebe dair iddialarının hangi gerekçelerle kabul edilmediğinin açıkça belirtilmesi gerekmekte olup, böylece çelişmeli yargılama ilkesine daha uygun bir yaklaşım sergilenmiş olacaktır. Durum bu olmakla birlikte, Danıştay’ın ve Bölge İdare Mahkemelerinin, ilk derece mahkemelerince sebep ikamesi yapılırken çelişmenin sağlanmamasını bozma-kaldırma sebebi teşkil ettiği yolunda kararları da bulunmaktadır⁵⁴.

⁵³ **Kara**, s.91. İlk derece idari yargı yerinde sebep ikamesi yapılmak suretiyle verilen bir karara karşı yeni sebebe göre savunma hakkının kısıtlandığı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarıyla yapılan temyiz başvurusunda Danıştay, “ (...) *her ne kadar Mahkeme kararında sebep ikamesi yapılmışsa da, temyiz aşamasında davacıya Mahkeme kararının gerekçesine yönelik olarak itirazlarını sunma imkânının sağlandığı ve Dairemiz kararında uyumsuzluğun esasına etkili iddiaların ayrıntılı olarak değerlendirildiği anlaşıldığından, adil yargılanma hakkı ve çelişmeli yargılama ilkesine uygun yargılama yapıldığı görülmüştür.*” gerekçesiyle temyiz aşamasında davacının yeni sebebe göre ileri sürdüğü iddia ve savunmaların dikkate alındığına ve bu nedenle çelişmenin sağlandığına vurgu yapmıştır. Danıştay 13.D., E:2018/3590, K:2020/1893, T: 09.07.2020. Bir Bölge İdare Mahkemesi kararında da “*Davacı tarafından mahkemenin bu değerlendirmesinin sebep ikamesi olduğu ve bunun hukuka uygun olmadığı ileri sürülmüş ise de, yukarıda aktarılan Anayasa Mahkemesi kararında olduğu gibi, idare mahkemesinin bu kararının davacıya tebliğ edildiği ve bu karara karşı kanun yolu (istinaf) başvuru dilekçesinde davacının sebep ikamesine dair iddia ve itirazlarını ifade ettiği ve yine bu dilekçesinin karşı tarafa tebliği gerçekleştiği için olayda bu yönleriyle herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.*” gerekçesine yer verilmiştir. Konya BİM 2. İDD, E:2019/336, K:2019/1808, T:16.10.2019.

⁵⁴ Bu yönde bir Danıştay kararı için bkz. Danıştay 5.D., E:2016/40478, K:2017/11831, T: 26.04.2017. Sebebe ikamesi yapılmak suretiyle verilen karara ilişkin istinafa başvurusu hakkında şu karar verilmiştir: “*Mahkemece çekişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumun yani eşyanın kusurlu ve ithallerine esasa teşkil eden sözleşme hükümlerini aykırı olduklarından bahisle ithalatçı tarafından kabul edilmeyen eşya niteliğinde olduğu yolunda*

III. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ YÖNÜYLE SEBEP İKAMESİ

A. GENEL OLARAK SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Hakkaniyete uygun bir yargılama, yargılamanın tarafları arasında eşitlik temelinde bir denge kurulması ve bu dengenin yargılama boyunca sürdürülmesi ile mümkün olabilir⁵⁵. Bu ise ancak silahların eşitliği ilkesinin öngördüğü güvencelerin sağlanması ile gerçekleştirilebilecektir. Nitekim AİHM'e göre taraflardan birini haksız olarak dezavantajlı bir durumda bırakmaya elverişli şartların mevcudiyeti altında yürüyen bir yargılamanın hakkaniyete uygun ve adil bir yargılama olmayacağı açıktır⁵⁶. Anayasa Mahkemesi de, uyuşmazlığın adil bir çözüme kavuşturulmasının, taraflar arasındaki yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülebilmesine bağlı olduğunu ve tarafların yargılamadaki konumları ile paralel olarak, iddia ve savunmalarını ileri sürerken eşit şartlar altında olmaları, birinin diğerine nazaran dezavantajlı olmaması gerektiğine karar vermiştir⁵⁷.

AİHM'in yaptığı tanımlamaya göre silahların eşitliği; “... *davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için*

yükümlülüğünün bir iddia ve ispatının bulunmadığı gerekçesinin taraflara bildirilmek ve süre verilmek suretiyle görüş ve itirazlarının alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması gerekirken anılan usul izlenmeden verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” Samsun BİM 1. VDD, E:2018/502, K:2018/747, T:18.10.2018.

⁵⁵ **Akıncı** (2010), s.36. Adalet, eşitlik ve denge kavramları arasındaki ilişki, tarihin eski dönemlerinden bu yana çeşitli uygarlıklarda adaletin simgesi olarak “terazi”nin kabul edilmesi ile kendisini göstermektedir. **Hanağası**, s.97, dn.319

⁵⁶ **Delcourt/Belçika başvurusu**, AİHM, Başvuru No:2689/65, T: 17.01.1970.

⁵⁷ **Ülkü Tunca ve diğerleri başvurusu**, AYM, Başvuru No:2012/928, T: 12.12.2014. Norm denetimine ilişkin bir kararına göre de silahların eşitliği ilkesi “*davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını öngörmekte, davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Ayrıca bu ilke, bir tarafı diğer tarafın karşısında önemli ölçüde dezavantajlı bir konuma düşürmeyen koşullar altında, her bir tarafa deliller de dâhil olmak üzere davasını sunmasına yönelik makul bir imkân sağlanmasını gerekli kılmaktadır.*” AYM, E:2015/53, K:2016/26, T:07.04.2016, §14.

makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu”dur.⁵⁸ Anayasa Mahkemesi’ne göre ise “Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule dair haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir.”⁵⁹

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak silahların eşitliği⁶⁰ ilkesi, davanın taraflarına davasını ortaya koyabilmek ve savunabilmek için eşit fırsatlara sahip olunmasını gerektirmektedir⁶¹. Mücadele eşit silahlarla yapılmalıdır⁶². Örneğin dava ile ilgili bilgi ve belgelere erişim, her türlü delile erişim ve ayrıca delil sunabilme, dava dosyasını inceleyebilme, yargılamanın işleyişine ve özellikle duruşmaya katılım, dosyaya sunulan her türlü görüşe (savcı düşüncesi gibi) erişebilme ve yorum yapabilme imkânı bakımından

⁵⁸ **Dombo Beheer B.V./Hollanda başvurusu**, AİHM, Başvuru No:14448/88, T: 27.10.1993, Aktaran: **İnceoğlu** (2019), s.115.

⁵⁹ **Elife Berktaş başvurusu**, AYM, Başvuru No:2013/4684, T: 19.11.2015; Benzer şekilde, AYM, E:2016/205, K:2019/63, T: 24.07.2019, §114.

⁶⁰ Öğretide, barışçıl yöntemlerin söz konusu olduğu yargılama sürecine dair “silah” ve “silahların eşitliği” kavramlarının tercih edilmesinin uygun düşmediğine dair görüşler bulunmakla birlikte, çalışmanın hacmini genişletmeme adına tartışmalara burada değinilmemiştir. Tartışma ve öneriler için bkz. **Akıncı** (2010), s.37, dn.13; **Dinç, Güney** (2005) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, TBB Dergisi, S: 57, s.283; **Cenan**, s.92. Tartışmalar bir yana, savunmak ya da saldırmak için kullanılan her türlü araç olarak tanımlanabilen “silah” kavramı; silahların eşitliği ilkesinde ise yargılamanın taraflarının iddia ve savunmalarını ortaya koyabilmek, bunları ispatlayabilmek, davasının haklılığı konusunda mahkemeyi ikna edebilmek için kullanılan her türlü araç ve usuli imkân olarak anlaşılmalıdır. Başta deliller olmak üzere yargılama sırasında tarafların kullanabileceği tüm usuli hak ve yetkiler bu kapsamda değerlendirilebilir. **Ceylan, Erol** (2017) “Ceza Muhakemesi Açısından Silahların Eşitliği İlkesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.9. Silahların eşitliğinde önemli olan usuli hak ve yetkiler bakımından tarafların denge içerisinde bulunması ve dengenin bozulmamasıdır. **Yeşilova, Bilgehan** (2009) “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği” TBB Dergisi, S:86, s.53.

⁶¹ **Harris ve diğerleri**, s.254; **Akıncı** (2010), s.37; **Yılmaz Özel**, s.275; **Yılmaz, Harun** (2020) “İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi” İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S:19, s. 28.

⁶² **Akıncı** (2008), s.243; **Yılmaz Özel**, s.267.

taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengein sağlanması gerekmektedir. Silahların eşitliği ilkesi, iddia ve savunma makamının eşit şartlar arasında bulunmasının çok önem arz ettiği ceza davalarında olduğu kadar, medeni yargılama usulünde ve idari yargılama usulünde de uygulama alanı bulmaktadır⁶³.

Günümüzde adaletin sağlanmasının yanında adaletin sağlandığına dair görünümün de önem kazandığı görülmektedir. Yapılan yargılama sonucunda doğru ve adil bir karar verilmiş olsa dahi bu karara ulaşılmasında tarafların katkısına başvurulmamış ya da bir tarafa ağırlık verilen bir görüntü çizilmiş ise taraflar ve toplum nezdinde adaletli bulunmamaktadır. İşte adaletin sağlandığına dair görünümün en belirgin koşullarından birisi de yargılama boyunca taraflar arasında adil dengein sağlanmasıdır⁶⁴.

AİHM, silahların eşitliği ilkesi bağlamında denetleme yaparken, yargılamanın bir bütün halinde adil olarak yürütülüp yürütülmediğine odaklanmaktadır⁶⁵. Bu bakımdan Mahkeme, delillerin toplanması, sunulması, kabulü gibi hususlarda ulusal hukuk sistemlerinin işleyişinin ne şekilde olacağına ilişkin ulusal takdir yetkisinin varlığını kabul etmektedir. Mahkeme için önemli olan, delillerin ortaya konulması ve sunulmasına dair usul kurallarının, adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını olanaksız hale getirip getirmediğidir⁶⁶.

⁶³ **Cenan**, s.94.

⁶⁴ **Dinç**, s.305. Anayasa Mahkemesi de AİHM içtihatlarına atfen, silahların eşitliği ilkesinin arka planında, tarafların adaletin işleyişine olan güvenlerinin korunmasının bulunduğu karar vermiştir. **Koray Erdoğan başvurusu**, §31.

⁶⁵ Bunun önemli sonuçlarından birisi de yargılamanın belli bir aşamasında bir taraf için oluşan dezavantajlı durumun istinaf ve temyiz gibi diğer aşamalarda giderilmiş yahut giderilme imkânı sağlanmış ise ilkenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmasıdır. **İnceoğlu** (2019), s.124; **Cenan**, s.96. "... "Adillik" şartının, 6'ncı maddenin tüm diğer unsurlarından temel farkı, yargılamayı bir bütün olarak kapsamı ve kişinin "adil" yargılanıp yargılanmadığına ilişkin meseleyi sadece belirli bir hadise veya usul ihlali açısından değil tüm aşamalara ilişkin kümülatif bir analizle ele almasıdır. Bunun bir sonucu olarak bir aşamadaki kusur sonraki bir aşamada telafi edilebilir." Danıştay VDDK, E:2018/1100, K:2018/1078, T: 26.12.2018.

⁶⁶ **Vitkauskas, Dovidas/Dikov, Grigoriy** (2017) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması (Uygulamacılar İçin El Kitabı), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi kapsamında

Bugün için silahların eşitliği ilkesinin devlete pozitif yükümlülük yükleyen hak ve ilkelerden olduğu ve yargılama sürecinden kaynaklanmayan ancak bu süreç içerisinde taraflar arasındaki dengeyi de etkileyen kimi durumların giderilmesini zorunlu kıldığı kabul edilmektedir. Gerçekten, devletin yargılamanın tarafları arasında bulunan usuli eşitsizlikleri azaltma, yargılama sistemini dengenin gözetileceği ve verilecek karara tarafların tamamının etki edebileceği şekilde oluşturma yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir⁶⁷. Bu durum idari yargı bakımından da geçerlidir. Zira idari yargılama usulünde çeşitli nedenlerle idarenin çoğu zaman (idare hukukunun sağladığı kamu gücünden kaynaklanan, örneğin hukuka uygunluk karinesi, tek yanlı ve icrai kararlar alabilme ve re'sen icra yetkisi, delil teşkil edebilecek bilgi ve belgelerin çoğu zaman idarenin elinde bulunması gibi ayrıcalıklar nedeniyle) davanın diğer tarafına göre daha güçlü bir konumda bulunduğu, idarenin bu güçlü konumunun yargılama sürecinde usuli hak ve yetkiler bakımından davacı tarafı dezavantajlı bir duruma soktuğu söylenebilecektir⁶⁸. İşte idari yargı için ulaşılan bu sonuç, silahların eşitliği ilkesinin önemini daha da artırmakta, böylece ilkenin, dengenin sağlanması adına idari yargı organının daha aktif hareket etmesini gerektirdiği görülmektedir⁶⁹. Gerçekten, idari yargıda taraflar arasında gerçek anlamda silahların eşitliğinin sağlanması adına kamu gücü yetkileriyle donatılmış ve kamu hukukundan kaynaklanan birçok avantajı elinde bulunduran idarenin karşısında yer alan tarafın yargılamada dezavantajlı

Türkçe'ye çevrilmiş baskı, s.70. Niceliksel değil niteliksel bir eşitlik aranmaktadır. **Yılmaz** (Harun), s.28. Yargılama sırasında her bir tarafa (örneğin) aynı sayıda tanık gösterme imkânı verilmesi değildir beklenen, önemli olan iddia ve savunmalarını ortaya koymak için her iki tarafa da denk olanakların sağlanmasıdır. **Yılmaz Özel**, s.272

⁶⁷ **Hanağası**, s.43.

⁶⁸ "...*Davalı idareler, tesis ettiği idari işlemlerin hukukilik karinesinden yararlanması anlamında davacılara nazaran daha ayrıcalıklı bir konumdadır.*" Danıştay 17.D., E:2015/11943, K:2015/6072, T: 17.12.2015, aynı Dairenin E:2015/11740, K:2015/5829, T: 10.12.2015. Aynı yönde Danıştay 6.D., E:2013/7030, K:2015/6912, T: 26.11.2015.

⁶⁹ İdarenin anılan üstünlüklerinin iki taraf arasında başlangıçta bir eşitsizliğe neden olduğunun kabul edilmesi ve yargı merciiinin, bu eşitsizliği göz önünde bulundurarak yargılama faaliyetini silahların eşitliğini sağlayacak şekilde yürütmesi zorunluluktur. **Yasin**, s.52; **Yılmaz** (Harun), s.33.

durumunun dikkate alınması gerekmektedir⁷⁰. Nitekim idari yargılama usulünde uygulanan re'sen araştırma ilkesi, silahların eşitliği ilkesini hayata geçirmede önemli bir yer tutmakta⁷¹, idare karşısında yer alan tarafın içinde bulunduğu eşitsizlik doğuran koşulları yargılama sırasında gidererek⁷² hakkaniyete uygun bir yargılama ile maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sağlamaktadır⁷³.

B. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ VE SEBEP İKAMESİ

Sebeup ikamesinin uygulanmasıyla⁷⁴ ikame edilecek sebep bakımından taraflara bildirimde bulunularak yeni sebebin tartışılmasının sağlanması çelişmeli yargılama ilkesine uygunluğu sağlayacak ise de, sırf bu ilkeye uyulması taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin gerektirdiği adil dengenin sağlandığı anlamına gelecek midir? Son dönemde öğretide ve yargısal içtihatlarda sebep ikamesine adil yargılanma ilkesi çerçevesinde yaklaşıldığı görülmekle birlikte, bu yaklaşım çelişmeli yargılama ilkesine uygunluğun sağlanması ile sınırlı

⁷⁰ Benzer yönde, **Sarıaslan**, s.682. Hatta öğretide, taraflar arasında yargılamanın başında mevcut bulunan eşitsizliğin yargılama süresince devam ettirilmemesi ve gerçek anlamda eşitliğin sağlanabilmesi adına “bazen taraflara eşit olmayacak şekilde davranılmasının gerekebileceği savunulmuştur. **Cenan**, s.98-99.

⁷¹ **Yılmaz** (Harun), s.34.

⁷² **Azrak, Ali Ülkü** (2000) “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, Hukuk Kurultayı 2000, C:1, Ankara Barosu Yayını, s.334; Benzer yönde **Yasin**, s.16; Aslan’a göre de idari yargıda hâkime tanınan re’sen araştırma yetkisi davacılar güvence sağlamaktadır. Yazar davacının davasını ortaya koyabilmek için elinde çok az bilgi ve belge bulunmasından hareketle bu bilgi ve belgelerin elde edilmesinde mahkemenin re’sen araştırma ilkesinden yararlanabileceğini ifade etmiştir. **Aslan**, s.56. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya** (2019b), s.101; Benzer şekilde öğretide, “silah (bilgi-belge, yaptırım vb.) üstünlüğüne sahip olan idare karşısında bireyin korunması, yargılamanın sağlıklı işleyerek dengenin sağlanabilmesi için gerekli” olan re’sen araştırma ilkesi, “işlevsel bir ilke” olarak kabul edilmektedir. **İbiş, Recep** (2013) Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, s.54. Re’sen araştırma yetkisinin taraflar arasındaki eşitsizliği dengeleme amacı taşıdığına dair bir diğer görüş için bkz. **Akıncı** (2010), s.39.

⁷³ **Cenan**, s.99-100.

⁷⁴ Burada sebep ikamesinden kastedilen, gerek öğretide gerekse yargısal içtihatlarda çoğunlukla kabul edildiği şekliyle, iptal davasının konusu olan idari işlemi ayakta tutmak üzere ikame edilen sebep esas alınarak davanın reddine karar verilmesi yöntemidir.

tutulmaktadır⁷⁵. Öğretide sebep ikamesine başvurulmuş olmasının adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi için yeterli olacağı düşüncesi⁷⁶ ileri sürülmekle birlikte aksi yönde görüşler⁷⁷ de bulunmaktadır.

Çalışmanın başından bu yana incelenmekte olan sebep ikamesi uygulamasının çeşitli mahzurları bünyesinde barındırdığı görülmekle birlikte, idari yargının işlevi ve taşıdığı kamu yararı amacı göz önünde bulundurularak yargı mercilerince somut uyumsuzluğun niteliğine göre uygulanmaya devam edildiği ve Anayasa Mahkemesi tarafından da bu yola başvurulmasının (başlı başına) adil yargılanma hakkına aykırı bulunmadığı görülmektedir⁷⁸. Öğretide de baskın kanaatin, çelişmenin sağlanması yoluyla gerçekleştirilecek sebep ikamesinin adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği yönünde oluştuğunu

⁷⁵ Benzer yorum Kara tarafından da dile getirilmiş, bu yaklaşımın adil yargılanma hakkı bakımından biçimsel olduğu noktasında eleştirilmiştir. **Kara**, s.91-92. Söyler'e göre ise çelişmeli yargılama ilkesine uyulması, sebep ikamesine yöneltilen tüm olumsuz tezleri çürütecektir. **Söyler**, s.564. Yasin'in de meseleye çelişmeli yargılama ilkesiyle sınırlı yaklaştığı söylenebilir. Bkz. **Yasin**, s.85-86. Anayasa Mahkemesine göre de "İdari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması tek başına adil yargılanma hakkını ihlal eden bir durum değildir. Sebep ikamesi yapılması hâlinde bu durumun taraflara bildirilmesi suretiyle görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınmış olması adil yargılanma hakkının usule ilişkin güvencelerinin gerekleri yerine getirilmiş olması adına yeterlidir." **Hülya Türkan (2) başvurusu**, §19. Sebep ikamesi yönünden vermiş olduğu Koray Erdoğan başvurusuna ilişkin kararında Mahkeme, silahların eşitliği ilkesine yönelik açıklamalarda bulunmakla birlikte sadece çelişmeli yargılama ilkesi yönünden ihlal kararı vermiştir. Bkz. **Koray Erdoğan başvurusu**, §43-44.

⁷⁶ **Kara**, s.92. Yazar eserinde sebep ikamesinin mahkemenin tarafsızlığı ilkesini ihlal edeceğini savunmuştur.

⁷⁷ **Kaplan**, sebep ikamesine idare lehine başvurulması nedeniyle, bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yolundaki görüşlerde haklılık payının (pek) bulunmadığı görüşündedir. Yazara göre işlemin tesisinde esas alınan maddi ve hukuki sebeplerin gerçek ve hukuken geçerli olup olmadığı yargı yerinde re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde incelenmekte, yine ikame edilecek sebep hakkında mutlaka taraflara itiraz ve savunma hakkı tanınmakta olup, işlemin iptalini gerektiren sebeplerin de re'sen araştırma ilkesi uyarınca hâkim tarafından araştırılmakta olması nedeniyle sebep ikamesine başvurulması adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir. **Kaplan**, s.599.

⁷⁸ Bkz. yukarıda anılan Hülya Türkan (2) başvurusu.

söyleyebilmek mümkündür⁷⁹. Bizce adil yargılanma hakkına uygunluğun sağlanması bakımından sebep ikamesinin silahların eşitliği yönüyle de ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, sebep ikamesine başvurulmasının adil yargılanma hakkına uygun olması, bir diğer ifadeyle (çelişmenin sağlanması meselesi bir yana) bu yola gidilmesinin doğrudan doğruya anılan hakkı ihlal etmemesi için yargılamada silahların eşitliğinin sağlanması, sebep ikamesi ile taraflar arasındaki dengenin davalı idare lehine bozulmaması için mahkemenin çok dikkatli davranması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira bir tarafın kamu gücünü kullanan idare olması nedeniyle taraflar arasında başlangıçta var olan eşitsiz durumun yargılama süresince giderilmesi için aktif çaba sarf etmesi zorunlu olan mahkemenin, bir de sebep ikamesine başvurusu halinde son derece hassas bir çizgi üzerinde hareket ettiği söylenebilir. Nitekim idarece dosyaya sunulan bilgi ve belgelere dayanılarak ve diğer tarafın görüş sunmasına imkân tanınmaksızın gerçekleştirilecek bir sebep ikamesi ile sadece çelişmeli yargılama ilkesine değil, idareye ayrıcalık tanınmak suretiyle silahların eşitliği ilkesine de aykırılıktan bahsedilebilecektir.

Sebeb ikamesine başvuracak olan mahkemenin, davacı tarafın dezavantajlı bir duruma düşmemesi adına re'sen araştırma yetkisini aktif olarak kullanması, ikame edeceği sebebin gerçeğe ve hukuka uygun olup olmadığını etraflıca araştırması, bu yapılırken davacı tarafın lehine olacak bilgi ve belgelerin de araştırılması, hatta bu araştırmaya bizzat davacı tarafın da (yapılacak ara kararları ile) dâhil edilmesi, elde edilen verilerin davacının da denetimine sunulması ve tüm bunların yanında işlemin diğer unsurları yönünden iptalini gerektirebilecek hususların da davacı taraf iddia etmese dahi re'sen araştırma ilkesi kapsamında araştırılması noktasında daha hassas davranılmasının⁸⁰ silahların eşitliğine uygunluğun sağlanmasında önemli olacağı düşünülmektedir.

⁷⁹ Çelişmeli yargılama ilkesi başlığı altında görüşleri ele alınan müelliflerin birçoğu tarafından, mesele sadece çelişmeli yargılama ilkesi yönüyle incelendiğinden bu sonuca ulaşılmıştır. Bkz. 48 nolu dipnotta belirtilen yazarlar.

⁸⁰ Öğretide de dengenin sağlanması adına işlemin iptalini gerektirecek hususların re'sen araştırılmamasının taraflara eşit davranma yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı savunulmuş (Söyler, s.551); işlemin iptalini gerektiren sebeplerin de mahkemece re'sen araştırılıyor

Sebeb ikamesinde silahların eşitliği yönünden dikkat edilmesi gereken noktalara değindikten sonra, sebep ikamesi ile bağlantılı iki hususun silahların eşitliği ilkesi yönüyle ayrıca incelenmesi gerekmektedir: bunlardan birincisi sebep ikamesine başvurularak verilen davanın reddine dair kararlarda yargılama giderlerinin davacı taraf aleyhine hükmedilmesi meselesi, diğeri ise disiplin cezalarına karşı açılan davalar özelinde sebep ikamesine başvurulmasının yaratacağı sonuçlardır.

Uygulamada sebep ikamesi nedeniyle davanın reddine karar verilmesi sonucunda yargılama giderleri ve (bu kapsamdaki) vekâlet ücretinin davacı taraf aleyhine hükmedilmesi yöntemi benimsenmektedir⁸¹. Esasında yargılama giderleri meselesi daha çok hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının bir başka güvencesi olan mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili olup, AİHM ve AYM tarafından yargılama giderlerini karşılamakta zorluk çeken kişilerin mahkemeye başvurma imkânlarının kısıtlanması ihtimalinde gündeme gelmektedir⁸². Ancak sebep ikamesi uygulanıp da yargılama giderlerinin davacı taraf aleyhine hükmedilmesi durumunda hak arama hürriyeti ya da mahkemeye başvurma hakkıyla ilgili bir tartışmanın bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira sebep ikamesinin uygulanması durumunda kişilerin davalarının esasının incelenememesi gibi bir durum söz konusu olmamakta, ancak davanın reddedilmesi akabinde yargılama giderlerinin davacı aleyhine hükmedilmesi nedeniyle davacı tarafın dezavantajlı bir konuma sokulup sokulmadığı önemli hale gelmektedir.

olması nedeniyle sebep ikamesinin adil yargılanma hakkına aykırı olmadığı düşüncesi paylaşılmıştır. **Kaplan**, s.599.

⁸¹ Örneğin Tokat İdare Mahkemesi sebep ikamesi yaparak davanın reddine karar vermekle birlikte yargılama gideri ile vekâlet ücretinin davacı aleyhine hükmedilmesine karar verilmiştir. Bkz. Tokat İdare Mahkemesi, E:2019/169, K:2019/725, T:31.12.2019. Bu karara karşı davacı tarafından “sonradan ortaya çıkan sebeple dava reddedildiğinden yargılama giderlerine mahkûm edilmemesi gerektiği” de ileri sürülerek yapılan istinaf başvurusunun ise reddine karar verilmiştir. Samsun BIM 4. İDD, E:2020/692, K:2020/885, T: 21.10.2020.

⁸² Bkz. **Airey/İrlanda başvurusu**, AİHM, Başvuru No:6289/73, T:09.10.1979, **Bakan/Türkiye başvurusu**, AİHM, Başvuru No.50939/99, T:12.06.2007, aktaran: **Doğru/Nalbant**, s.678, 692. **Tacettin Ceylan başvurusu**, AYM, Başvuru No.2017/39062, T:10.11.2021.

Yargılama giderlerinin kimin lehine/aleyhine hükmedileceği konusunun silahların eşitliği ilkesi bağlamında AİHM ve AYM önüne sıklıkla geldiğini söyleyebilmek güçtür. Ancak Stankiewicz/Polonya kararında AİHM, devlete ya da diğer taraf lehine olacak şekilde hükmedilen dava masraflarının duruma göre bir tarafı dezavantajlı hale getirebileceğine vurgu yapmıştır. AİHM'in söz konusu kararında savcılık tarafından sebepsiz zenginleşme iddiasıyla açılan tazminat davasında, savcılık tarafının davayı kaybetse dahi yargılama giderlerine karşı tarafın mahkûm edilmesinin savcılığı ayrıcalıklı konuma soktuğu, diğer taraf yönünden ise dezavantajlı bir duruma neden olduğu gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir⁸³.

⁸³ **Stankiewicz/Polonya başvurusu**, AİHM, Başvuru No:47917/99, T: 06.04.2006. Anayasa Mahkemesinin bir kararında anılan karar (atıfta bulunulmak suretiyle) detaylı olarak incelenmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir: “40. AİHM'in *Stankiewicz/Polonya* (B. No: 46917/99, 6/4/2006) kararına konu olayda kamu hazinesi adına hareket eden savcı, kamunun açtığı ihaleye girerek taşınmaz satın alan kişi aleyhine sebepsiz zenginleşme nedeniyle tazminat davası açmıştır. Söz konusu davada başvurucu, hukuki yardım almış ve bu hukuki yardım karşılığında bir miktar ücret ödemiştir. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiş ve başvurucu tarafından yapılan yargılama giderlerinin hazine tarafından başvurucuya ödenmesine hükmetmiştir. Savcılık istinaf yoluna başvurmuştur. İstinaf mahkemesi yargılama giderleri yönünden ilk derece mahkemesi hükmünü değiştirmiş ve başvurucu tarafından yapılan yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde bırakılmasına karar vermiştir. İstinaf mahkemesi Polonya Medeni Yargılama Usulü Kanunu'nun 106. maddesine dayanmıştır. Polonya yargı mercilerinin yorumuna göre anılan hüküm, savcının katıldığı davalarda -genel hükümlerden farklı olarak- savcı davayı kaybetse bile savcılık aleyhine yargılama giderine hükmedilemeyeceğini öngörmektedir (*Stankiewicz/Polonya*, §§ 8-26)... 42. **AİHM somut davanın ne yargılama giderlerine ne de mahkemeye erişim hakkına ilişkin olduğunun farkında olduğunun altını çizmiştir.** Ancak AİHM -bazı özel koşullarda- bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının gerekliliklerine uyulup uyulmadığının değerlendirilmesinde yargılama giderlerinin belirlenmesiyle bağlantılı meselelerin de dikkate alınabileceğini vurgulamıştır (*Stankiewicz/Polonya*, § 60). 43. **AİHM, savcının yargılama giderleri hususunda ayrıcalıklı bir konumda bulunduğunu not etmiştir.** AİHM bu şekildeki bir ayrıcalığın kamu düzeni bakımından haklı bir temelinin bulunabileceğini kabul etmekle birlikte bunun hukuk davasının taraflarından birini savcılık makamına karşı yersiz bir biçimde dezavantajlı bir konuma koyacak şekilde uygulanmaması gerektiğini vurgulamaktadır (*Stankiewicz/Polonya*, § 69)... AİHM sonuç olarak davanın tüm koşulları bir bütün olarak gözetildiğinde Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (*Stankiewicz/Polonya*, § 76). 45. AİHM'in bu başvuruda mahkemeye erişim hakkının değil genel olarak Sözleşme'nin 6.

Meseleyi mahkemeye başvurma hakkı yönüyle incelemeyen AİHM'in, açıkça zikretmese de kararın geneli değerlendirildiğinde yargılama giderleri yönünden silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar verdiği düşünülmektedir. Nitekim öğretide de anılan kararın silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesine ilişkin bulunduğu dile getirilmiştir⁸⁴. Dikkat edilirse, yargılama giderlerinin hangi tarafa hükmedileceği hususu nadiren de olsa silahların eşitliği ilkesi ile ilişkilendirilebilmektedir. Kararda da görüleceği üzere, yargılama giderlerinin, açmış olduğu dava reddedilse dahi savcılığın aleyhine değil, karşı taraf aleyhine hükmedilmesi, kamu düzeni bakımından haklı bir temeli barındırsa dahi, davanın karşı tarafını savcılık karşısında yersiz olarak dezavantajlı konumda bıraktığı takdirde yargılama süresince korunması gereken hakkaniyetli denge bozulacak ve silahların eşitliği ilkesi ihlal edilebilecektir.

Meseleye bu karar çerçevesinden yaklaşıldığında şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: HMK'nın ilgili hükümleri gereği⁸⁵ davanın reddine karar verilmiş olması nedeniyle yargılama giderinin davacı taraf aleyhine hükmedilmesi öngörülebilir olmakla birlikte, davacının açmış olduğu davada kamu yararı ve işlemi ayakta tutma gayesinin güdülmesi gibi nedenlerle sebep ikamesi yapılmak suretiyle davanın reddedilmesinin yanında, yargılama giderlerine de mahkûm edilmesiyle davacı tarafın durumunun dezavantajlı bir noktaya itildiği söylenebilecektir. Dikkat edilirse davanın açılması sırasında davacının haksız olduğundan bahsedilememektedir. Zira idarenin dayandığı sebebe göre davacı davasını açmış ve bu sebebin hukuka aykırı olduğu da ortaya konulmuştur. Buna rağmen davacının yargılama giderlerine mahkûm edilmesi, kamusal yarar gayesiyle başvuru yöntemin tüm külfetinin davacıya yüklenmesine ve davalı karşısında davacının dezavantajlı bir konuma girmesine neden olacaktır. Bu noktada işlemin sonuç itibarıyla hukuka uygun olması nedeniyle davacının başlangıçta haklı olması gibi bir durumun söz konusu olmadığı ve bu nedenle

maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edildiği tespitini yaptığına vurgu yapmak gerekir.”
Aksaray Tır Nakliyat San. ve Tic. Ltd. Şti. başvurusu, AYM, Başvuru No.2017/36736, T:19.09.2018 (vurgular tarafımıza aittir).

⁸⁴ **Harris ve diğerleri**, s.256.

⁸⁵ HMK md. 326: “(1) Kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir. (2) Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır.”

yargılama giderinin aleyhine hükmedilmesiyle dezavantajlı duruma düşmeyeceği savunulabilir ise de, işlemin sonuçta hukuka uygun olması davanın esasına ilişkin bir husus olup, bunun karşılığında davacının davası zaten reddedilmiştir. Bir de yargılama giderine mahkûm edilmesi davacı ile davalı arasındaki yargılamanın bütününde sağlanması gereken adil dengeyi ortadan kaldırmaktadır. Unutulmamalıdır ki, hukuka uygun sebep esas alınarak işlemin ayakta tutulmasındaki kamu yararı, davacının açmış olduğu davada, mahkemenin re'sen araştırması sonucunda tecelli etmiştir. Denilebilir ki, idari işlemin tesisi sırasında idarece hata yapılmasına rağmen, davacının açtığı davada mahkeme tarafından giderilen bu hatanın tüm sorumluluğu davalıya değil davacıya yüklenmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce, sebep ikamesine başvurulması durumunda, davanın açılmasına davalı idarenin sebebiyet vermesinden hareketle ve silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmemesi adına yargılama giderlerinin ve bu arada vekâlet ücretinin davalı taraf aleyhine hükmedilmesi benimsenmelidir⁸⁶.

Disiplin cezası verilmesine ilişkin işlemler bakımından sebep ikamesi yapıp yapılmayacağı hususu tartışmalıdır. Danıştay'ın ve Bölge İdare Mahkemelerinin sebep ikamesini kabul etmediği kararları bulunduğu gibi⁸⁷

⁸⁶ HMK'nın ilgili hükümleri Anayasanın 90/5 hükmü kapsamında aşılabilecektir. Zira "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

⁸⁷ Danıştay bir kararında "... davacının işlediği iddia edilen fiil nedeniyle hakkında tesis edilen cezanın, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-(c) maddesi uyarınca verildiği görüldüğünden, isnat edilen eylem İdare Mahkemesince vasıflandırılarak idare yerine geçmek suretiyle sebep ikâmesinde bulunulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, disiplin hukuku hükümleri ve özellikle tekrerrür kurumu açısından değerlendirildiğinde, idare mahkemesince davacıya isnat edilen eylemin, disiplin cezasına esas alınan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-(c) maddesi kapsamında olup olmadığı değerlendirilmeksizin, sebep ikamesi yoluyla eylem başka bir madde kapsamında değerlendirilerek işlemin sonucu itibarıyla hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet" bulunmadığına karar vererek sebep ikamesini kabul etmemiştir. Danıştay 12.D., E:2016/9548, K:2019/10531, T: 23.12.2019. Benzer gerekçelerle verilmiş olan ilk derece mahkemesi kararının onanmasına ilişkin Danıştay kararı için bkz. Danıştay 5.D., E:2018/2039, K:2019/6215, T: 26.11.2019. "... davacının fiilinin dava konusu işlemde belirtilen 657 sayılı Kanun'un 125/C-(a), (d) ve (t) bentlerine girip girmediği yönünden bir irdeleme

tam aksi yönde, sebep ikamesi yapılarak verilen mahkeme kararlarını onadığı kararları da bulunmaktadır⁸⁸. Disiplin yaptırımları bakımından sebep ikamesinin yapılmasının kabul edilmesi halinde özellikli bir durum daha ortaya çıkmaktadır: sebep ikamesi yapılması kişilerin savunma yapma imkânını elinden almamalıdır. Belli bir sebeple (disiplin suçu isnadı ile) hakkında disiplin cezası uygulanan kişinin açtığı davada bu sebebin hukuka aykırı olduğu belirtilmekle birlikte başka bir sebeple aynı cezanın verilebileceği kimi hallerde yargı organlarının sebep ikamesi yaptığı görülmektedir. Ancak böyle bir durumda ikame edilecek yaptırım sebebi bakımından, disiplin soruşturması sırasında ilgilinin savunması alınmamışsa, soruşturma süresince bu sebebe dair herhangi bir tespit ya da tartışma yapılmamışsa savunma hakkının ihlal

yapılmayarak ve sebep ikamesi yapılmak suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” Danıştay 12.D., E:2012/12930, K:2016/2696, T:11.05.2016.

⁸⁸ Nitekim bir kararında “ (...) davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-(d) maddesi uyarınca kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının yerel gazeteye demeç verdiği hususu sabit ise de, demeç vermenin ve demeç içeriğinin küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak kapsamında değerlendirilemeyeceği, demeç içeriğinin incelenmesinden davacının ifadelerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-(l) maddesinde düzenlenmiş olan "amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak..." fiili kapsamında olduğu, belirtilen fiilin de kademe ilerlemesinin durdurulmasını gerektiren fiiller arasında olması sebebiyle sonucu itibarıyla fiilin karşılığı disiplin cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Kararın karşı oy gerekçesinde, yukarıda yer verilen karardaki gerekçelere benzer şekilde sebep ikamesi yoluyla eylemin başka bir madde kapsamında değerlendirilmesi eleştirilmiştir. Danıştay 12.D., E:2015/4663, K:2018/6574, T:20.12.2018. Benzer yönde bir Bölge İdare Mahkemesi kararında da şu gerekçelere yer verilmiştir: "... disiplin cezası verilmesi sırasında uygulanan madde metninde tarifi yapılan suç tanımı ile işlenen fiil birbirine uymamakla birlikte, işlenen fiil ile uyumlu başka bir suç tanımının aynı maddenin alt bentlerinde yer alıyor olması ve bu bentteki fiil için öngörülen cezanın, işleminde disiplin cezası verilmesi sırasında esas alınan maddede belirtilen ceza ile aynı ağırlıkta olması hallerinde, işlemin yargısal denetiminin yapılması sırasında sebep ikamesi yapılmak suretiyle davacı tarafından işlendiği belirtilen fiilin işleminde belirtilmeyen ancak aynı maddenin diğer alt bentlerinde yer alan suç tanımı kapsamında hukuksal değerlendirilmesinin yapılması disiplin hukukunun bilinen bir ilkesi olduğu gibi usul ekonomisi ilkesinin de bir gereğidir.” Gaziantep BİM 5. İDD, E:2020/1357, K:202071722, T:15.10.2020. Aynı yönde Gaziantep BİM 3. İDD, E:2018/5412, K:2018/5438, T:16.10.2018. Benzer yönde Erzurum BİM 1. İDD, E:2019/691, K:2019/1278, T:11.07.2019.

edildiği⁸⁹, kişinin etkin savunma yapma imkânına kavuşamamasının ise yargılamadaki eşitliği de bozacağı söylenebilir. Bunun önüne geçebilmek amacıyla, disiplin yaptırımlarına ilişkin uyuşmazlıklarda sebep ikamesine gidilmesi öncesinde, en azından disiplin soruşturması sırasında ilgilinin sahip olduğu savunma hakkının sağladığı tüm olanakların yargı organı önünde sağlanması, davacı tarafa kendisini bu sebep bakımından savunabilmesi için yeterli süreye ve usuli olanaklara sahip olması gerekmektedir. Zira davacı tarafın ikame edilecek sebebe bağlı usuli güvencelerden mahrum bırakılmaması gerekmektedir⁹⁰.

SONUÇ

İdari yargılama hukukumuzda sebep ikamesi, tartışmalı konumunu korumakla birlikte yargı organlarınca başvurulmaya devam edilen bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır. Sebep ikamesi öğretide daha önce de farklı yönleriyle incelemeye tabi tutulmuşken, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararlarla adil yargılanma hakkı yönüyle de ele alınmaya başlanmıştır. Sebep ikamesi yapacak mahkemenin, ikame edeceği sebebi tarafların bilgisine sunarak bu yeni sebebe dair görüşlerini dile getirebilmeleri, savunmalarını yapabilmeleri için imkân sağlaması gerekmektedir. Aksi halde adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden olan çelişmeli yargılama ilkesi ihlal edilebilecektir. Çelişmenin sağlandığından söz edilebilmesi için, ilk derece yargılama aşamasında sebep ikamesine başvurulmadan önce yeni sebebe dair taraflara bildirimde bulunulabileceği gibi kararla birlikte sebep ikamesi yapılmışsa, kanun yolu aşamasında ikame edilen sebebe ilişkin taraflarca ileri sürülen iddia ve itirazların değerlendirilmesi yöntemi de benimsenebilir. Sebep ikamesinin çelişmeli yargılama ilkesine uygun gerçekleştirilmesi gerektiği bugün için ittifakla kabul edilmekle birlikte, yöntemin aynı zamanda silahların eşitliği ilkesi yönüyle de ele alınması gerekmektedir. Sebep ikamesine başvuran yargı yerinin, davanın reddedilmesi

⁸⁹ **Kara**, s.53.

⁹⁰ **Atay**, s.79. Disiplin yaptırımları bakımından bu sakıncalarının bulunması nedeniyle Fransız hukukunda disiplin yaptırımlarına karşı açılan davalarda sebep ikamesine sık başvurulmadığı dile getirilmiştir. **Kaplan**, s.614.

nedeniyle yargılama giderlerini davacı taraf aleyhine hükmetmesinin davacı yönünden silahların eşitliği ilkesini ihlal edebileceği düşünülmelidir. Gerçekten, idarenin işlemini dayandırdığı ve davacının da davanın açılması sırasında iddialarını kurgularken esas aldığı sebebin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesine rağmen, çeşitli düşüncelerle kamu yararı gereği sebep ikamesine başvurulması nedeniyle davası reddedilen davacının yargılama giderlerine mahkûm edilmesinin onu davalı idare karşısında dezavantajlı bir konumda bıraktığı söylenebilir. Keza, disiplin yaptırımları yönünden sebep ikamesine başvurulduğunda, ikame sebep yönünden ilgilinin savunma yapma imkânının kısıtlanması, sadece çelişmeli yargılama ilkesini değil aynı zamanda silahların eşitliği ilkesini de ihlal edebilecektir. Şayet disiplin yaptırımları yönünden sebep ikamesine başvurulacaksa, esas alınan yeni sebebe göre ilgilinin savunma hakkının korunması için gerekli olan tüm usuli güvencelerin tanınması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Müslüm** (2008) *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Akıncı, Müslüm** (2010) “İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:1, S:2, s.33-51.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2019) *Türk İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi (2019a).
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2019) *Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi (2019b).
- Aslan, Zehreddin** (2001) “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S: 23-24, s.53-58.
- Atay, E. Ethem** (2008) “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl (11 Mayıs 2007)*, Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:74.
- Azrak, Ali Ülkü** (2000) “İptal Davalarının Objektif Niteliği”, *Hukuk Kurultayı 2000*, C:1, Ankara Barosu Yayını, s.331-336.
- Cenan, Eren** (2019) *İdari Yargıda Hakkaniyete Uygun Yargılanma İlkesi*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Ceylan, Erol** (2017) “Ceza Muhakemesi Açısından Silahların Eşitliği İlkesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Çağlayan, Ramazan** (2016) “İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi” *Danıştay Dergisi*, S: 141, s.9-41.
- Çağlayan, Ramazan** (2020) *İdari Yargılama Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

- Dırbalı Öztürk, Çağla** (2019) “Türk İdari Yargı Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Diñç, Güney** (2005) “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, TBB Dergisi, S: 57, s.283-306.
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla** (2012) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar), Ankara, Avrupa Konseyi-Yargıtay Başkanlığı.
- Evren, Çınar Can** (2008) “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XII, S:1-2, s.701-723.
- Gözler, Kemal** (2019) İdare Hukuku, C.1, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın.
- Gözübüyük, A. Şeref** (2013) Yönetmelik Yargı, 33. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Günday, Metin** (2015) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi.
- Güran, Sait** (1977) Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme, İstanbul.
- Hanağası, Emel** (2016) Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Harris, D.J./O’boyle, M./Bates, E.P./Buckley, C.M.** (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı-Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara.
- Hasoğlu, Aynur** (2019) “Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı”, ERÜHFD, C: XIV, S: 1, s.147-173.
- İbiş, Recep** (2013) Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık.
- İnceoğlu, Sibel** (2013) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler), 4. Baskı, İstanbul, Beta.

- İnceoğlu, Sibel** (2019) Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -4), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2. Baskı, Ankara.
- Kaplan, Gürsel** (2020) “Düzeltilbilir Hukuka Aykırılıklarla Malul İdari İşlemleri İptal Edilmekten Kurtarmak Amacıyla Başvurulan Yargısal Çözümler” Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C:1, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayını, s.595-637.
- Kara, Burcak Can** (2020) İptal Davasında Sebep İkamesi, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karahanoğulları, Onur** (2015) İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Karahanoğulları, Onur** (2019) İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2006) Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım.
- Onar, Sıddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:1, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- Öztürk, K. Burak** (2020) “İdari İşlemin Sebep unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, C:2, Atılım Üniversitesi Yayını, s.1033-1051.
- Sarıaslan, Osman** (2018) “Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re’sen Araştırma İlkesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:6, S:12, s.647-692.
- Söyler, Yasin** (2017) “İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, S:31, s.533-566.
- Sunay, Zuhale Aysun** (2016) İptal Davalarında Gerekeçeli Karar Hakkı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

- Taner, Fahri Gökçen** (2021) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Türkoğlu Üstün, Kamile** (2019) İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Ulu, Güher** (2021) “İdari İşlemin Sebep unsuru ve Yargısal Denetimi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ulusoy, Ali D.** (2013) İdari Yaptırımlar, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.
- Ulusoy, Ali D.** (2020) Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Vitkauskas, Dovydas/Dikov Grigoriy** (2017) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması (Uygulamacılar İçin El Kitabı), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi kapsamında Türkçe’ye çevrilmiş baskı.
- Yasin, Melikşah** (2015) İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Yeşilova, Bilgehan** (2009) “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, TBB Dergisi, S:86, s.47-101.
- Yılmaz, Ejder** (2005) Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler İçin), 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, Yunus** (2006) “İdare Hukukunda Sebep unsuru ve Sebep İkamesi”, AYİM Dergisi, S:21, s.83-106.
- Yılmaz, Harun** (2020) “İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S:19, s.27-46.
- Yılmaz Özel, Nurcan** (2016) Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

Zrvandyan, Arman (2021) İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, Avrupa Konseyi/Folke Bernadotte Akademisi yayını, “İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi” Ortak Projesi kapsamında gerçekleştirilen çeviri, Ankara.

Anayasa Mahkemesi kararları için, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için, <https://hudoc.echr.coe.int/>
İdari yargı kararları için, UYAP Bilişim Sistemi.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ UYGULAMASI VE HÜKÛMET SİSTEMİNİN TAHLİLİ*

Doç. Dr. Taylan BARIN**

ÖZET

2017 Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanlığı Hükûmet sistemine geçilmiş ve yeni sistem 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni hükûmet sistemi, Türkiye’de yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminin son halkasını oluşturmaktadır. Bu değişiklikle Anayasa yalnızca hükûmet sistemini değiştirmekle kalmamış, devletin temel organlarının Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle inşasını öngörerek kanuni idare ilkesine çok geniş bir istisna alanı oluşturmuştur.

İlk Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 2018 yılının Temmuz ayında yayımlanmasından bu yana aradan geçen sürede toplam 98 tane kararname yayımlanmıştır. Bu çalışmada öncelikle Anayasa değişikliğinin arka planına kısaca yer verilecek, ardından hükûmet sistemi değişikliğinin ayırıcı özelliği olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin serencamı, düzenlenme şekilleri ve onlara dair Anayasa Mahkemesi içtihadı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Hükûmet sisteminin mevzuata yansıyan kısmının muhasebesi niteliğinde olan bu çalışmayla hedeflenen yeni hükûmet sisteminin fotoğrafını çekebilmektir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi, 2017 Anayasa Değişikliği, Anayasa Mahkemesi, Anayasal Denetim.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1120338 – Geliş Tarihi: 22.05.2022 – Kabul Tarihi: 15.08.2022.

** Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, taylan.barin@aybu.edu.tr tbarin@ybu.edu.tr ORCID: 0000-0001-8227-642X.

EXECUTION OF PRESIDENTIAL DECREES AND ANALYSIS OF GOVERNMENTAL SYSTEM

ABSTRACT

With the 2017 Constitutional amendment, Turkey's governmental system has been changed as Presidential Government system and the new governmental system entered into force on 9 July 2018. The new government system constitutes the last step of the trend of strengthening the executive branch in Turkey. By the amendment of the Constitution, the governmental system has established a wide range of exceptions to the principle of legal administration by foreseeing the construction of the main organs of the state with Presidential Decrees.

Since the publication of the first Presidential decree in July 2018, a total of 98 have been issued. In this study, first of all, the background of the constitutional amendment will be briefly mentioned, then the imposition of the Presidential Decrees, which are the hallmarks of the government system change, the way they are arranged and the jurisprudence of the Constitutional Court regarding them will be revealed. The aim of this study, which is an accounting of the part of the government system that is reflected in the legislation, is to take a picture of the new government system.

Key Words: Presidential Decrees, Presidential System, The 2017 Constitutional Reforms, Constitutional Court, Judicial Review.

GİRİŞ

1982 Anayasası, kabul edildiği günden bugüne 20 defa değiştirilmiş, bu değişiklikler kapsamında yarıdan fazlası yeniden kaleme alınmış bir metindir. Elbette bu değişikliklerin her biri Anayasa'daki değişiklikler güzergâhında birbirlerine denk ağırlığa sahip değillerdir. 2017 Anayasa değişikliğinin hem nitelik hem de nicelik anlamında bu değişikliklerin en kapsamlısı olduğu aşikârdır. Bu değişikliğin muhasebesi ancak öncesine de bakıldığı takdirde anlamlı olabilecektir. Bu nedenle hükûmet sistemi değişikliği ve bu değişikliğin ayırıcı özelliği olarak tanımladığımız Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sistemine nasıl geçildiği 2017 Anayasa değişikliklerinin tahlili bağlamında önem arz etmektedir.

1982 Anayasasındaki en son değişiklik olan ve maddelerin yaklaşık yarısının değiştirilmesiyle sonuçlanan 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ile Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine¹ geçilmiştir. Mezkûr değişiklikle Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir.

Yeni hükûmet sisteminin öne çıkan özelliklerinden biri kuşkusuz Cumhurbaşkanı'na “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*” (CBK) adı altında düzenleyici işlem yapma yetkisinin tanınmasıdır. Cumhurbaşkanı'na belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisi tanıyan CBK'yı yürütmenin sair düzenleyici işlemlerinden ayıran temel fark; herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan düzenleme yapılabilme yetkisi tanınmasıdır.

Bu makalede Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine geçişin nasıl gerçekleştiği, yeni hükûmet sisteminin öne çıkan özelliklerinden biri olan CBK rejiminin nasıl işlediği, CBK'ların kendi içerisinde istikrar sağlayıp sağlayamadığı, Anayasa Mahkemesinin CBK'lara dair vermiş olduğu kararlara da yer verilerek tahlil edilecektir.

¹ 9 Temmuz 2018 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan “*Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” başlıklı 703 sayılı KHK'nın kanun tasarısı olarak TBMM'ye sunulurken genel gerekçesinde hükûmet sistemi “Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi” olarak adlandırılmıştır.

I. GENEL OLARAK CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ

Türk siyasi hayatında güçlü yürütme arayışı ve başkanlık sistemi tartışmaları uzun yıllardır süregelmektedir. Cumhurbaşkanının seçilememesi, hükümetlerin kurulamaması veya güvenoyu alamaması ve kısa ömürlü koalisyonların kurulması gibi yaşanan sorunların ardından anayasanın ve hükümet sisteminin değişmesi gerektiği tartışılmaktadır². Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konudaki ilk somut girişim 2012 tarihinde AK Parti tarafından hazırlanan anayasa önerisinde vücut bulmuştur. Ak Parti tarafından hazırlanan bu öneri başkanlık sistemine geçişi önermekte ve başkana 'Başkanlık Kararnamesi' adı altında düzenleyici işlem yapma yetkisini içermektedir³. Anayasa Uzlaşma Komisyonu'na sunulan bu anayasa önerisi, siyasi partilerin sistem üzerinde uzlaşmalarını sonucunda uzun bir süre rafa kalkmıştır.

2007 Anayasa değişiklikleri neticesinde 2014 yılında 12. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi ve 1982 Anayasası'nın, cumhurbaşkanı sembolik olarak nitelenemeyecek kapsamda yetkilerle donatmış olması hükümet sistemi tartışmalarını tekrar gündeme getirdi. 2014 - 2018 yılları arasında cari olan hükümet sisteminin cumhurbaşkanının pasif konumda kalmayı kabul etmesi halinde parlamenter sistem gibi işleyeceği, duruma göre yarı başkanlık sistemi ve parlamenter sistem arasında gidip geleceği, cumhurbaşkanı ile hükümet arasında gerginlik ve tıkanıklıkların ise ihtimal dâhilinde olduğu düşünülmektedir⁴.

15 Temmuz 2016'da gerçekleşen darbe girişiminin ardından ülkeyi sükûnete kavuşturacak tedbirleri ivedilikle alma ihtiyacının bulunması hükümet sistemi tartışmalarını alevlendiren bir unsur olarak görülmektedir. Nihayet 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşen referandum ile hükümet sisteminde köklü değişiklikler yapan anayasa değişikliği teklifi %51,41 evet oyuna karşılık %48,59 hayır oyu ile halkoyu ile kabul edildi.

² Ünal Açıkgöz, Merve (2021) 2017 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Yürütmenin Denetlenmesi, Ankara, Adalet, s. 113.

³ Detaylı bilgi için bkz. Barın, Taylan (2014) Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, İstanbul, Onikilevha, s. 340.

⁴ Atar, Yavuz (2019) Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 185.

Kabul edilen anayasa değişikliği teklifinin neticesinde 9 Temmuz 2018 tarihi itibari ile Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnameyi adı altında düzenleyici işlem yapma yetkisi de tanınmış oldu⁵. Bu kararnamele 2012 yılında hazırlanan anayasa önerisinde yer alan başkanlık kararnamelerine benzemekte ve fakat ondan ayrılan hususları da içermektedir⁶.

Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameyi adı altında bir işlem tesis ederken bir kanunla bağlı bulunmamaktadır. CBK çıkarma yetkisi doğrudan anayasadan kaynaklanmaktadır ve anayasaya aykırı olmamalıdır. Anayasaya aykırılık sorununun giderilebilmesi için ise normların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi gerekmektedir⁷. CBK'lar bakımından bu denetim yetkisi Anayasa'nın 148 ve 150. maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

⁵ Her ne kadar 1982 Anayasasının özgün halinde de Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine dair düzenlemelerin yapılması amacıyla oldukça sınırlı bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnameyi yer almaktaysa da 2017 sonrası iki düzenleyici işlemin isimleri hariç benzerlikleri neredeyse kalmamıştır.

⁶ 2012 yılında hazırlanan anayasa önerisinde yer alan Başkanlık Kararnamesi'nde Başkan 'genel siyasetin yürütülmesine ihtiyaç duyduğu konularda' Başkanlık Kararnamesi çıkarabilecek iken; 6771 sayılı Kanun'la gerçekleşen anayasa değişikliği ile CBK'ların 'yürütme yetkisine ilişkin konularda' çıkarılabileceği düzenlenmiştir. 'Yürütme yetkisine ilişkin konular' ibaresinin daha somut ve daha hukuki bir ifade olduğunu belirtmek gerekir. Bunun yanında 6771 sayılı Kanun'la gerçekleşen anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 104/9, 108/4, 118/6 hükümlerinde cumhurbaşkanına CBK ile düzenleyeceği bazı yetkiler verilmiş olup; 106/son hükmünde bakanlıkların kuruluş ve işleyişine ilişkin Cumhurbaşkanını CBK ile düzenleyebileceği alan ve yetkilerin, 2012 yılında hazırlanan anayasa önerisinden daha kapsamlı bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Barın, Taylan** (2020) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, İstanbul, Onikilevha, s. 14-21.

⁷ **Değirmenci, Rıdvan** (2021) Meşruiyet ve Hukukilik Çerçevesinde Saf Hukuk Kuramı, Ankara, Astana, s. 146.

A. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNE GEÇİŞ DÖNEMİ

6771 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'un 18. maddesinde, bu Kanun ile Anayasa'da yapılan değişikliklerin yürürlüğe gireceği üç farklı tarih belirlenmiştir. Bunlar:

1. Birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih,
2. Birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarih,
3. 6771 sayılı Kanun'un halkoylamasında kabul edildiği 16 Nisan 2017 referandumunun sonuçlarının YSK tarafından açıklandığı 27 Nisan 2017 tarihidir.

Buna göre, Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisini düzenleyen hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih, *birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih* olan 9 Temmuz 2018'dir.

Anayasa değişikliği sonrası seçimler normal şartlarda 2019 yılının Kasım ayında planlanmaktaydı. Fakat Anayasa değişikliğinin halkoyuyla kabulü sonrasında başlayan erken seçim tartışmaları neticesinde 24 Haziran 2018 tarihinde milletvekili genel seçimleri ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılmıştır. AK Parti ve MHP'nin birlikte aday gösterdiği Recep Tayyip Erdoğan geçerli oyların %52,59'unu alarak Cumhurbaşkanı seçilmiş ve 9 Temmuz 2018'de göreve başlamıştır. Böylece 2017 yılında 6771 sayılı Kanun'la gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerinin tamamı yürürlüğe girmiştir⁸.

2017 Anayasa değişikliğiyle hükümet sistemi tamamıyla değişmiş, yürütmenin temel omurgasını oluşturan Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme

⁸ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlüğe girmesi birtakım problemleri beraberinde getirmiş; detaylarını ilerleyen kısımlarda göreceğimiz üzere yeni hükümet sistemine geçiş hükümleri kısa zamanda yapılamadığından erken seçimle birlikte yeni sistemin yürürlüğe girmesi için 10/05/2018 tarih ve 7142 sayılı Kanun ile verilen yetkiye dayanılarak çıkarılan 700 ve 703 sayılı *Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameler* ile düzenlemeler yapılmıştır.

görev ve yetkisi tek başına Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bu nedenle mevzuatın tamamında, özellikle de TBMM İçtüzüğü, Kanunlar ve KHK'larda, anılan değişikliğe uyum için geniş bir çalışma başlatılmıştır.

6771 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile Anayasa'ya eklenen Geçici 21. maddenin (B) fıkrası *"Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar."* hükmü ile yapılması gereken değişiklikler için yasama organına bir süre de takdir etmiştir.

Buna göre, 2017 Nisan referandumuyla kabul edilen Anayasa değişikliğinden itibaren altı ay içinde (2017 Ekim Ayına kadar) TBMM'nin yeni hükümet sistemine yönelik İçtüzük değişikliği ile uyum yasalarını çıkarması gerekiyorken, bu hususlara ilişkin o tarihlerde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır⁹. Anayasanın Geçici 21/(A) maddesinde, tüm Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe giriş tarihi için baz alınan seçim tarihini 3/11/2019 olarak belirtildiği için mezkûr altı aylık süreye uyulmaması halinde dahi uyum yasaları için yeteri kadar süre olduğu izlenimini vermekteydi. Ancak yukarıda da değinildiği üzere TBMM'nin erken seçim kararı ile 27. Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçim tarihini yaklaşık bir buçuk yıl öne alarak 24/06/2018 olarak belirlemesi, uyum yasalarının hükümet sistemi değişikliği yürürlüğe girmeden önce yapılmasını sağlamak amacıyla hızlandırılması gerekliliğini de beraberinde getirmiştir.

TBMM'de seçim kararı alınmasıyla yeni hükümet sistemine ilişkin gerekli değişikliklerin kanunların tabi olduğu usullere göre yapılamayacağı da böylelikle ortaya çıkmıştır. Değişiklikler için yeterli vakit olmaması kanunlardaki bu değişikliklerin tamamının KHK'larla yapılması çözümünü gündeme getirmiştir. Bu pratik çözümü hayata geçirmek için *"Anayasa değişikliğinin gerektirdiği kanuni düzenlemelerin bir an önce yapılması önem arz etmekte olup ivedi olarak yapılması gereken bazı düzenlemelerin kanun*

⁹ 27.7.2017 tarihli 1160 numaralı Kararla, TBMM İçtüzüğü'nün 3'üncü, 19'uncu, 37'nci, 54'üncü, 56'ncı, 57'nci, 58'inci, 63'üncü, 73'üncü, 81'inci, 87'nci, 102'nci, 143'üncü, 160'ıncı, 161'inci ve 163'üncü maddelerinde değişiklik yapıldıysa da bu değişiklikler yeni hükümet sistemine uyumu kapsamamaktadır.

hükmünde kararname çıkarılması yoluyla gerçekleştirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır." gerekçesiyle TBMM yetki kanunu çıkarmıştır. Türk hukuk sisteminde KHK çıkarma yetkisinin tanındığı 1971'den bu yana meydana gelen en geniş yetkilendirme olan¹⁰ 7142 sayılı Yetki Kanunu'nun iptali talebiyle dava açıldıysa da AYM, iptal talebinin reddine hükmetmiştir¹¹. Bu yetki kanununa dayanarak Bakanlar Kurulu sayıları 698, 699, 700, 702 ve 703 olmak üzere toplam beş adet KHK çıkarmıştır.

Anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden önce TBMM'nin yapması gereken düzenlemelerin, KHK ile yapılmasını ve yürürlükteki kanunların yarısına yakınının değiştirilebilme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebilmesini, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile bağdaştırabilmek oldukça güçtür¹².

B. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ UYGULAMASI

9/7/2018 tarihinde Cumhurbaşkanlığı Hükûmet sistemine geçilmesiyle birlikte ilk 3 tanesi 10/7/2018 tarihinde olmak üzere, 2018 yılının Temmuz ayında yürütmenin temel omurgasını oluşturan bakanlıklar ve kurumlara dair 14 adet CBK Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰ Yetki Kanunu tasarısı, Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 10 Mayıs 2018 Perşembe günü yapılan birinci oturumunda Başbakan Yardımcısı Bekir Bozdağ'ın sunumuyla başlamıştır. Bozdağ özetle: "Anayasa değişikliğinin ilgili maddesinde Anayasa değişikliğine ilişkin uyum maddelerinin en geç altı ay içerisinde çıkarılacağı öngörüldüğünü belirttikten sonra kanunların ve diğer mevzuatın taranmasının çok büyük zaman aldığı ve bu süre içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisine uyum yasalarını sunma imkânının olamadığına değinmiştir. Uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunlar dışında şu anda yürürlükte 879 kanun, 80 kanun hükmünde kararname bulunduğunu, yaklaşık olarak yetki kanunu kapsamında değişiklik yapılacak kanun sayısının 521, kanun hükmünde kararname sayısının ise 40 olduğunu ifade etmiştir. Madde bazında kaldırılacak madde sayısı 2.483 ve değiştirilecek madde sayısı da 2.470 olarak şu anda yaptığımız tespitler çerçevesinde görülmektedir." ifadeleriyle KHK'lar marifetiyle ne denli geniş bir değişiklik yapılması planlandığına işaret etmiştir.

¹¹ AYM, E. 2018/100, K. 2018/79, T. 5.7.2018.

¹² Detaylı bilgi için bkz. **Barın, Taylan** (2019) "2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa'ya Uygunluk Denetimi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2019/2, s. 353-380.

Yeni hükümet sistemine geçişte Anayasa'ya eklenen Geçici 21. maddenin (B) fıkrasındaki 6 aylık süreye uyulmaması, seçimin erkene alınmasıyla kanunlardaki değişikliklerin KHK'larla yapılması ve tüm bunların sonucunda sistemin temelini oluşturan devlet teşkilatına dair düzenlemelerin hızlı bir şekilde CBK'larla yapılması zarureti mevzuat anlamında sistemin temel vaadi olan istikrarla çelişen sonuçlar doğurmuştur. Bunun neticesinde yaklaşık 4 yıldır yürürlükte olan CBK'ların bilhassa ilk çıkanları defalarca değiştirilmiştir.

İlki 10/7/2018, sonuncusu ise 7/4/2022 tarihinde olmak üzere üç yılı aşkın sürede toplam 98 adet CBK Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bunlardan 27 tanesi özgün CBK olup, kalan 71 tanesi (36 tanesi 1 numaralı CBK olmak üzere) anılan 27 tane CBK'da değişiklik yapan kararnamelerdir.

CBK'lara ilişkin detaylı tablo aşağıda verilmiştir:

Sıra No	CBK No	Toplam Madde sayısı	Kaç Defa Değiştirildi?	Kaç Maddesi Değiştirildi?
1	1	539	36	423
2	2	17	10	18
3	3	16 + Cetveller	18	12 + 23 (cetvel)
4	4	802	24	303
5	5	28	1	3
6	6	32	3	3
7	7	14	2	2
8	8	11	0	0
9	9	10	0	0
10	10	11	0	0
11	11	30	0	0
12	12	21	4	30
13	13	29	2	6

14	14	28	3	24
15	23	13	1	5
16	25	4	2	2
17	34	19	0	0
18	38	12	1	1
19	47	22	0	0
20	49	21	1	3
21	62	3	0	0
22	63	20	1	2
23	68	9	0	0
24	74	7	0	0
25	77	8	1	1
26	93	4	0	0
27	95	32	0	0

Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminin getirdiği en büyük değişikliğin, öngörülen CBK rejimi olduğuna işaret etmiştik. CBK rejiminin ve devlet teşkilatının lokomotifini, esas olarak aşağıda sıralanan ilk dört CBK'dır:

1 numaralı **Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**

2 numaralı **Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**

3 numaralı **Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**

4 numaralı **Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**

Değınildiği üzere bugüne kadar toplam 98 adet CBK çıkarılmıştır. Bunlardan 71 tanesi CBK'larda değişiklik yapılmasına dair CBK'lardır. Yine bunların çok büyük bir kısmı Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütmenin temelini diğer bir deyişle devlet teşkilatını düzenleyen CBK'larda yapılan değişikliklerdir. Yukarıda belirtilen dört temel CBK'da 88 defa değişiklik yapılmıştır. Toplamda 1374 maddeden oluşan bu CBK'ların 779 maddesinde değişiklik yapılmıştır.

Rakamlarla ifade edilen değişiklik süreci incelendiğinde, aradan geçen yaklaşık 4 yıllık zamanda teşkilata dair CBK'lardaki değişiklik trendinde herhangi bir azalma olmadığı gözlemlenmiştir. Devlet teşkilatının temeli, hükümet sistemi değişikliği ile 2018 yılında değiştirilmiştir. Ardından bu değişiklikler istikrar kazanmadan değişiklik yapma süreci devam edegelmiştir.

Bu tablo Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin en temel vaadi olan istikrarın en azından mevzuat ve devlet teşkilatı bağlamında gerçeleştirilemediği izlenimi vermektedir.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN CBK YORUMU

2017 Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin (AYM) görev ve yetkileri de tekrar düzenlenmiş; CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görev ve yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

Yürütmenin düzenleyici işlemlerinden olan CBK'lar kanunlardan farklı olarak Anayasa'da konu itibarıyla sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

Yayımlanan CBK'ların önemli bir kısmı için iptal davası açılmış, AYM bunlardan 21 tanesini karara bađlamıřtır¹³. Bunlardan 8 tanesi iptal ile sonuçlanmış, 13 tanesinde ise Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir. 8 iptal kararının 7 tanesinde incelenen CBK kuralları Anayasa md. 104/17'deki konu bakımından yetkiye aykırı bulunmuş, bir tanesi ise bu kısmı geçerek içerik yönünden Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Burada AYM kararları

¹³ Çalışmada yer verilmiş olan son karar Resmî Gazete yayım tarihi 23/03/2022 olan 30/12/2021günlü E. 2021/91, K. 2021/106 sayılı karardır.

ışığında Anayasa md. 104/17⁷de hüküm altına alınmış olan CBK rejimi iptal kararları çerçevesinde incelenecektir.

Detaylı incelemeye geçmeden evvel AYM tarafından şimdiye kadar CBK'lar hakkında verilmiş olan iptal kararlarının genel görünümü aşağıda yer alan tabloda özetlenmiştir¹⁴.

Konu Bakımından Yetkisizlik Sebebiyle Verilmiş Olan İptal Kararları			
Kararın Künyesi	Gerekçe	İlgili Anayasa Hükümü	Kısa Özet
11/06/2020 gün ve E.2018/155, K.2020/27 sayılı karar.	Yürütme yetkisine ilişkin olmayan alanın düzenlenmesi.	104/17 1. Cümle.	5018 sayılı Kanun'a ekli (I) Sayılı Cetvel'e bazı eklemeler yapmak suretiyle kanun metninde değişiklik yapılması yasama yetkisine ilişkindir.
11/11/2021 gün ve E. 2018/121, K.2021/84 sayılı karar.	CBK marifetiyle düzenlenmesi yasak olan, temel hak ve hürriyetlere ilişkin alanda düzenleme yapılması.	104/17 2. Cümle.	(DDK) Denetlemeler sırasında grup başkanının maddede yer alan koşulların varlığı hâlinde görevliler hakkında uygulayabileceği görevden uzaklaştırma tedbiri, Anayasa'nın 33. maddesinde yer alan dernek kurma hakkına yönelik bir sınırlama niteliğindedir.

¹⁴ Verilmiş olan iptal kararlarından Resmî Gazete yayım tarihi itibari ile en yakın tarihlisi 11/11/2021 günlü, E. 2018/121, K. 2021/84 sayılı karar; karar tarihi itibari ile ise 30/12/2021günlü E. 2021/88, K. 2021/105 sayılı karardır.

18/03/2021 gün ve E.2020/58, K.2021/19 sayılı karar.	Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alan.	104/17 3. Cümle.	Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Meclisi Üyeliği'nin, Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.
29/04/2021 gün ve E.2020/71, K.2021/33 sayılı karar.	Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alan.	104/17 3. Cümle.	Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin düzenlemenin, Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kanunla yapılması gerekmektedir.
30/12/2021 gün ve E.2021/88, K.2021/105 sayılı karar.	Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alan.	104/17 3. Cümle.	Kamu tüzel kişiliği bulunmayan ve Cumhurbaşkanlığı veya herhangi bir bakanlık teşkilatına dâhil olmayan Ekonomi Koordinasyon Kurulu'nun görev ve yetkisine ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerekmektedir.
03/03/2021 gün ve E.2018/134, K.2021/13 sayılı karar.	Kanunda açıkça düzenlenen konu.	104/17 4. Cümle.	375 sayılı KHK'nın ek 26. maddesinde, dava konusu kural kapsamında çalıştırılacak sözleşmeli personele verilecek her türlü ödemeler dâhil ücretlerin 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının beş katını aşmamak üzere Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği makamca tespit edileceği düzenlenmiştir.

23/01/2020 gün ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı karar.	Kanunda açıkça düzenlenen konu.	104/17 4. Cümle.	Bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartları 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.
İçerik Bakımından Anayasa'ya Aykırılık Gerekçesi ile Verilen İptal Kararları			
Kararın Künyesi	Gerekçe	İlgili Anayasa Hükmü	Kısa Özet
30/12/2020 gün ve E.2019/71, K.2020/82 sayılı karar.	Haber ajanslarının özerkliğine aykırılık.	Madde 133.	(AA) Ajansın faaliyetlerinin yürütmenin içinde yer alan ve Cumhurbaşkanlığına bağlı Başkanlıkça denetlenmesi, Ajansın özerkliğiyle bağdaşmadığı gibi yayınlarının tarafsızlığını da etkileme ihtimalini barındırmaktadır.

A. ANAYASA MD. 104/17 VE AYM'NİN YAKLAŞIMI

1. Anayasa md. 104/17 Birinci Cümlesi

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.”

Anayasa md. 104/17'nin birinci cümlesiyle *yürütme yetkisine ilişkin* olmak kaydıyla Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma konusunda genel bir yetki verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin bu kayıt, aslında kararnamelerin ilk sınırını oluşturmaktadır. Bu sınırı CBK'nın düzenleyebileceği alanın tespiti ile değil düzenleyemeyeceği alanın tespiti ile yapmak daha isabetli bir tercih olacaktır¹⁵. Bir başka deyişle hangi konuların yürütme yetkisine ilişkin olduğunun tespitinde yaşanabilecek güçlükleri aşmak

¹⁵ **Açıl, Murat** (2018) “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 76, S:2, s. 743.

için bu düzenleme mefhum-u muhalifinden hareketle yasama ve yargı alanlarına ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

AYM, 11/06/2020 gün ve E.2018/155, K.2020/27 sayılı kararında 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) Sayılı Cetvel'e bazı eklemeler yapmak suretiyle *kanun metrinde* değişiklik yapılmasını öngören 19 numaralı CBK hükmünü, Kanunları değiştirmenin TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve CBK kuralının *yürütme yetkisine* değil *yasama yetkisine* ilişkin olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

2. Anayasa md. 104/17 İkinci Cümlesi

“Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.”

CBK'larla düzenlenemeyecek alana dair getirilen düzenleme aslında 1961 Anayasası'nda yapılan 1971 değişikliği sonrasında kabul edilen KHK düzenlemesi¹⁶ ile 1982 Anayasası'nın özgün halinde¹⁷ benimsenen aynı sınırın CBK rejimine taşınmasından ibarettir. Esasında Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Dolayısıyla CBK rejiminin genel çerçevesinin çizildiği 104. maddede böyle bir hüküm bulunmasa dahi sınırlamanın CBK ile yapılamayacağı açıktır. Anayasa koyucu bu nedenle Anayasa'nın ikinci kısmının birinci, ikinci ve dördüncü bölümünde yer alan temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesini CBK'ya yasaklamış, başka bir ifadeyle belirtilen haklara ilişkin CBK ile hiçbir düzenleme yapılamayacağını teminat altına almıştır. Ancak tüm düzenleyici işlemler gibi CBK'ların da doğrudan olmasa da dolaylı olarak temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümler

¹⁶ 1961 Anayasası m. 64/6 *“Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve hürriyetler ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.”*

¹⁷ 1982 Anayasası mülga m. 91/1 *“... Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.”*

içermesi kaçınılmazdır. Bu nedenle CBK ile doğrudan doğruya bir hakkın düzenlenmesi ile bir hakkın CBK düzenlemesinden etkilenmesinin aynı şekilde değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Burada anayasa koyucunun kullandığı yasak alanın mefhum-u muhalifinden doğan ve CBK ile düzenlenebilecek temel hak ve hürriyetlere dair getirdiği istisna önem taşımaktadır. Buna göre Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının üçüncü bölümü CBK'larla düzenlenebilecektir.

AYM ilk kez 11/11/2021 günlü, E. 2018/121 ve K. 2021/84 sayılı kararında bir CBK normunu doğrudan bir temel hak ve özgürlük ile ilişkilendirmiş ve CBK hükmünün konu bakımından yetki yönünden iptaline karar vermiştir. Devlet Denetleme Kurulu tarafından derneklerde yapılacak denetlemeler sırasında grup başkanının maddede yer alan koşulların varlığı hâlinde görevliler hakkında uygulayabileceği görevden uzaklaştırma tedbirinin Anayasa'nın 33. maddesinde yer alan dernek kurma hakkına yönelik bir sınırlama niteliğinde olduğu gerekçesi ile ilgili hükmün iptaline karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi ilgili kuralın, kapsamı itibarıyla Anayasa'nın İkinci Kısım İkinci Bölümünde yer alan kişi hakları ve ödevleri ile ilgili düzenlemeler içerdiğini belirtmiştir. Bu itibarla kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan içerisinde kalmaktadır.

3. Anayasa md. 104/17 Üçüncü Cümlesi

"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."

2017 Anayasa değişikliği ile yasama yetkisinin devredilmezliği, genelliği ve asliliği hususlarında bir değişik meydana gelmemiştir. Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının dilediği konuyu düzenleyip düzenlememesi olduğuna ve bu konuda Anayasa'da bir değişiklik yapılmadığına göre,

Anayasa'da “kanunla” düzenlenir şeklinde belirtilen tüm konuların, ancak kanunla düzenlenebilmesinin kabulü gerekir¹⁸.

Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul

¹⁸ Anayasa Mahkemesinin 2017 değişiklikleri öncesi konuya ilişkin içtihadı da bu şekildedir. Mahkeme kanunla düzenleneceği ayrıca belirtilmeyen konularda yürütmenin düzenleyici işlem yapabileceği sahanın daha geniş olacağına hükmetmiştir:

“Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak, ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmemeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim Anayasa'nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağı ifade eden 8. maddesi, gerekse yönetmeliklerin, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten 124. maddesi bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu durumda kanunda belirlenmesi beklenen çerçeveye, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine ya da ilgili kurumun üyelerinin oluşturduğu genel kurula bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa'da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirmektedir.” AYM, E. 2013/77, K. 2014/4 sayılı ve 16/1/2014 tarihli karar.

Mahkeme başka bir kararında *“Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez. Kurumun faaliyet alanı kapsamında elde ettiği sağlık bilgilerinin korunması, paylaşılması ve tutulmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına veren itiraz konusu kurallar, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırıdır.”* gerekçesiyle kişisel verilerin Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğine dair hükmü iptal etmiştir. Kural Anayasa'nın 13. maddesine de açıkça aykırı olmasına rağmen Mahkeme 20. maddedeki kanun kaydından dolayı iptal ettiği için ayrıca 13. madde yönünden inceleme yapmamıştır. AYM, E. 2014/74, K. 2014/201 sayılı ve 25/12/2014 tarihli karar.

edilmektedir. Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda aksine başkaca bir hüküm yoksa CBK çıkarılamayacaktır¹⁹.

Nitekim AYM uygulaması da bu yöndedir:

AYM, 18/03/2021 günlü ve E.2020/58, K.2021/19 sayılı kararında 62 numaralı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Meclisi Üyeliği Hakkında CBK’nın 1. maddesini Anayasa’nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yaptığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

AYM, 29/04/2021 günlü E.2020/71, K.2021/33 sayılı kararında 65 numaralı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin CBK’nın 1. maddesiyle ekli (1) Sayılı Liste’de yer alan kadroların ihdas edilerek 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin eki (III) Sayılı Cetvel’in ilgili bölümlerine eklenmesini, Anayasa’nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yaptığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

AYM son olarak 30/12/2021 günlü E.2021/88, K.2021/105 sayılı kararında, 29/6/2021 tarihli ve (77) numaralı Ekonomi Koordinasyon Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 6. maddesini, kamu tüzel kişiliği bulunmayan ve Cumhurbaşkanlığı veya herhangi bir bakanlık teşkilatına dâhil olmayan kurulun, görev alanına giren konularla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarından istemeye yetkilendirilmesini, kamu kurum ve kuruluşlarının talep edilen bilgi ve belgeyi vermeye yükümlü kılınmasını, kurulun görev ve yetkisine ilişkin bir husus olarak değerlendirip; bunun Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

4. Anayasa md. 104/17 Dördüncü Cümlesi

“Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.”

¹⁹ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi (2020) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta, s. 404.

Hüküm, kanunlarda düzenlenen konuların kanun yürürlükteyken CBK ile düzenlenebilmesini yasaklamaktadır. Bir bütün olarak hükümet sistemi düşünüldüğünde, kural ile kanun-CBK çatışmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Burada kanunda açıkça düzenlenen konular bağlamında, kanunlar ile kanun hükmünde kararname arasında bir fark olmadığı, KHK'larda açıkça düzenlenen konularda da CBK çıkarılamayacağını altı çizilmelidir²⁰.

Anayasa md. 104/17'nin dördüncü cümlesi uyarınca yapılacak denetimde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun veya KHK hükmünün olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Tespit edilmesi halinde CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır.

AYM, 03/03/2021 günlü ve E.2018/134, K.2021/13 sayılı kararında 14 numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'nın 21. maddesinin (3) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesini incelemiştir. Anılan kararda 375 sayılı KHK'nın ek 26. maddesinde, dava konusu kural kapsamında çalıştırılacak sözleşmeli personele verilecek her türlü ödemeler dâhil ücretlerin 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının beş katını aşmamak üzere Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği makamca tespit edileceği, bu şekilde istihdam edilecek personel yönünden kurumsal hizmetlerin gerektirmesi hâlinde aranacak öğrenim ve yabancı dil bilgisi şartı ile diğer şartların, işe alınma, sınav ve istisnaları, sözleşme süre, usul ve esasları, görev, yetki ve yükümlülükleri, sözleşmelerin feshi ile istihdamlarına dair diğer hususların kurumlarca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilerek sözleşmeli personelin çalıştırılmasına ilişkin birtakım esaslar belirlendiğini tespit eden AYM, CBK kuralının bulunmaması durumunda anılan KHK hükmünün CBK kuralı ile düzenleme yapılan konuya uygulanacağı sonucuna ulaşarak CBK kuralını iptal etmiştir.

²⁰ **Gözler, Kemal** (2018) Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin, s. 887.

AYM, 23/01/2020 günlü ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararında 28 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'da Değişiklik Yapılmasına Dair CBK'nın 2. maddesiyle 1 numaralı CBK'nın 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrasını, bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartlarının 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinde düzenlenmiş olduğundan bahisle kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapıldığından bahisle iptal etmiştir.

B. ANAYASA'DA CBK İLE DÜZENLENECEĞİ BELİRTİLEN DÖRT ALAN

Anayasa md. 104/17 haricinde de CBK ile düzenlenebilecek dört alan bulunmaktadır. Bu kapsamda:

- md.104/9 üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar;
- md. 106/11 bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması;
- md. 108/4 Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri;
- md. 118/6 Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.
- Ayrıca m. 123/3'te kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

Yukarıda zikredilen dört alanın CBK'lara mahfuz bir düzenleme alanı yaratıp yaratmadığı doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Mezkûr hususların Anayasa'da 'CBK ile düzenlenir' şeklinde yer alması bir kısım yazarlarca bu alanlarda yasama organının kanun çıkaramayacağına yorumluş²¹; kimi

²¹ **Ülgen, Özen** (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2018/2, s. 624; **Eren, Abdurrahman** (2019) "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", Anayasa Yargısı Dergisi, C: 36, S: 1, s. 44; **Atar, Yavuz** (2019) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", Anayasa Yargısı Dergisi, C: 36, S:1, s. 249; **Göztepe, Ece** (2017)

yazarlara göre ise yasamanın genelliği ilkesi çerçevesinde yasama organına bir sınır getirilemeyeceği savunulmuştur²².

Doktrinde bir görüş birliğinin bulunmadığı görülmekte olup, sorunun Anayasa Mahkemesi'nin getireceği yoruma göre çözüme kavuşacağını savunmak da mümkündür. Nitekim aşağıda da ele alınacağı üzere 'Bakanlıklar' konusu üzerinde yürütülen tartışma AYM'nin 23/01/2020 günlü ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararı ile, tartışmaları tamamen ortadan kaldıracak şekilde olmasa da, çözümlenmiş kabul edilebilir.

Bu düzenlemelerden bilhassa Anayasa md. 106/11 "*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*" ile Anayasa md. 123/1 "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmü, yukarıda işaret ettiğimiz md. 104/17'nin münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı kuralıyla çelişebilecek bir içeriğe sahiptir.

AYM, 23/01/2020 günlü ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararında Anayasa'nın CBK'lar tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda düzenleme yapılabileceğine hükmetmiştir.

"Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", Güncel Hukuk Dergisi, S: 159, s. 50; **Aslan, Volkan** (2020) Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi, İstanbul, Onikilevha, s. 289; **Kanadoğlu, Osman Korkut** (2018) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2018/2, s. 647.

²² **Anayurt, Ömer** (2020) Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 331-332; **Akartürk, Ekrem Ali** (2020) "2017 Anayasa Değişikliğinin 'Parlamentosuzlaştırma' Etkisi Üzerine", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XV, s. 12; **Ardıçoğlu, M. Artuk** (2017) "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, C: 75, S: 3, s. 38; **Akyılmaz, Cemre** (2019) "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XXIII, S: 1, s. 19; **Özbudun, Ergun** (2021) Türk Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 254.

Benzer şekilde AYM 12/06/2020 günlü ve E.2019/105, K.2020/30 sayılı kararında Anayasa md. 106/11 kapsamındaki konuların Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesini ayrıca ve özel olarak öngördüğü konular olarak tanımlamıştır.

C. KONU BAKIMINDAN YETKİ İNCELEMESİNİ GEÇEN DÜZENLEMELERİN DENETİMİ

Anayasa Mahkemesi bir CBK kuralının Anayasa'ya aykırılığını denetlerken, öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında belirtilen ilk dört cümlesine uygunluk bakımından bir inceleme yapmakta ve bu incelemeye 'Konu Bakımından Yetki İncelemesi' demektedir²³.

CBK'ların Anayasa md. 104/17'de belirtilen konu bakımından yetki kurallarına aykırı olmadığı tespit edildikten sonra iptali istenen CBK kuralının içeriğinin Anayasallık denetimi yapılmaktadır. Anılan hüküm yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda CBK'ların içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmaktadır.

Buna ilişkin AYM'nin verdiği bir adet iptal kararı bulunmaktadır. AYM, 30/12/2020 günlü ve E.2019/71, K.2020/82 sayılı kararında 33 numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında CBK'da Değişiklik Yapılmasına Dair CBK'nın 26. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Ajansın faaliyetlerinin yürütmenin içinde yer alan ve Cumhurbaşkanlığına bağlı Başkanlıkça denetlenmesi, Ajansın özerkliğiyle bağdaşmadığı gibi yayınlarının tarafsızlığını da etkileme ihtimalini barındırması nedeniyle Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen haber ajanslarının özerkliğine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 2017 Anayasa değişiklikleri ile benimsenen Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin ayrırcı bir özelliğidir. İlki 10/7/2018, sonuncusu ise 7/4/2022 tarihinde olmak üzere üç yılı aşkın sürede toplam 98 adet CBK Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²³ Eren, Abdurrahman (2021) Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 964.

Bunlardan 27 tanesi özgün CBK olup, kalan 71 tanesi – önemli kısmı devletin temel teşkilatını düzenleyen ilk 4 CBK olmak üzere – kalan 27 adet CBK’da değişiklik yapan kararnamelerdir.

CBK’ların sıklıkla değiştirilmesi, yeni hükümet sistemindeki devlet tasavvuruna dair arayışın hükümet sistemi değişikliği yapılmış olmasına rağmen devam ettiğini göstermektedir. Ayrıca Anayasa değişikliği kanununun halkoylamasında kabulü sonrasında uyum yasalarının TBMM’de yeterince tartışılmamış olması, tüm değişikliklerin KHK’lar ile yapılmış olması ve bu dönüşümün kısa sürede gerçekleştirilmesi Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin altyapısının yeteri kadar hazır olmadığı izlenimine neden olmuştur. Bu tablo yasama ve yürütme organlarının yeni hükümet sisteminin istikrarlı bir şekilde uygulanmasını sağlayabilecek titizlikle çalışmadığı şeklinde yorumlanmaya müsaittir.

CBK’ların Anayasa’ya uygunluğunu denetimi ile görevli AYM, konuya dair ilk iptal davasını Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlüğe girişinden yaklaşık iki yıl sonra karara bağlayabilmiştir. Böylelikle AYM’nin, CBK’ların anayasal rejimine katkısı da oldukça geç bir tarihte gerçekleşebilmiştir. AYM şimdiye kadar CBK’lara dair 21 tane karar vermiştir. Bunlardan 7 tanesi Anayasa md. 104/17’deki şartları taşımayan CBK’ların iptali; bir tanesi de konu bakımından yetki denetimini geçmesine karşın içerik yönünden Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal ile sonuçlanmıştır. AYM’nin CBK kararlarını, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlüğe girmesinin üzerinden uzunca bir zaman geçtikten sonra vermesi, AYM’yi Anayasa’nın yorumu hususunda kılavuzluk görevini tam manasıyla yerine getiremediği eleştirilerine muhatap kılmıştır.

CBK’lar üzerinden bir bütün olarak hükümet sistemi yorumlandığında; üzerine uzun tartışmalar yapılmaksızın karşılaşılan anlık sorunların CBK’lar aracılığıyla çözüme kavuşturulduğu izlenimi vermektedir. Üstelik devlet teşkilatı ile ilgili olarak çıkarılan ilk dört temel CBK’nın hükümet sisteminin yürürlüğe girmesinden bu yana toplam 88 defa değişikliğe uğraması yürütme içerisinde pek çok konuda hâlen arayışın devam ettiğini göstermektedir. Bu CBK’ların ortalama ayda iki defa değişikliğe uğraması, hükümet sisteminin

temel vaadi olan istikrarın mevzuat düzeyinde gerçekleştirilemediği yorumlarına dayanak oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin tüm hükümleriyle yürürlüğe girişinin dördüncü yılında 100'e yakın CBK ve 21 tane konuya ilişkin AYM kararı yayımlanmış, başta 104. maddenin 17. fıkrası olmak üzere CBK rejiminin sınırlarına dair önemli köşe taşları oluşturulmuştur. Bu çalışmada rakam ve tablolarla bu birikimin kısa bir özeti sunularak CBK penceresinden hükümet sistemi tahlil edilmiş ve AYM'nin CBK rejimine ilişkin yorumu içtihadı yer verilerek derlenmiştir.

KAYNAKÇA

- Açıl, Murat** (2018) “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 76, S:2, s. 725-156.
- Akartürk, Ekrem Ali** (2020) “2017 Anayasa Değişikliğinin ‘Parlamentosuzlaştırma’ Etkisi Üzerine”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XV, s. 1-25.
- Akyılmaz, Cemre** (2019) “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XXIII, S: 1, s. 191-207.
- Anayurt, Ömer** (2020) Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ardıçoğlu, M. Artuk** (2017) “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, C: 75, S: 3, s. 19-51.
- Aslan, Volkan** (2020) Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi, İstanbul, Onikilevha.
- Atar, Yavuz** (2019) “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 36, S:1, s. 241-260.
- Atar, Yavuz** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Barın, Taylan** (2020) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, İstanbul, Onikilevha.
- Barın, Taylan** (2019) “2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa’ya Uygunluk Denetimi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2019/2, s. 353-380.
- Barın, Taylan** (2014) Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, İstanbul, Onikilevha.
- Değirmenci, Rıdvan** (2021) Meşruyet ve Hukukilik Çerçevesinde Saf Hukuk Kuramı, Ankara, Astana.
- Eren, Abdurrahman** (2021) Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Eren, Abdurrahman** (2019) “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C: 36, S: 1, s. 1-72.
- Gözler, Kemal** (2018) *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa, Ekin.
- Göztepe, Ece** (2017) “Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S: 159, s. 46-51.
- Kanadoğlu, Osman Korkut** (2018) “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2018/2, s. 637-651.
- Özbudun, Ergun** (2021) *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2020) *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Bası, İstanbul, Beta.
- Ülgen, Özen** (2018) “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2018/2, s. 619-636.
- Ünal Açıkgöz, Merve** (2021) *2017 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Yürütmenin Denetlenmesi*, Ankara, Adalet.

İNSAN HAKLARINDA HÜMANİZMİN VE LİBERALİZMİN İZLERİ*

Arş. Gör. Emre BERBER**

ÖZET

İnsan hakları çağımızın en etkili normatif sistemlerinden biri haline gelmiş durumdadır. Devletler, toplumlar, bireysel eylemler hatta başka kurallar insan haklarına uygun olup olmadıklarına göre değerlendirilmektedir. Fakat neticede bu hakların belirli bir tarihsel ve toplumsal bağlam içinde ortaya çıktığı da tartışmasız bir şekilde ortadadır. Bu çalışmada insan haklarının hümanizm ve liberalizmle ne gibi bağlantılarının bulunduğu araştırma konusu yapılmaktadır.

Bu çalışmada, genel olarak insan hakları ile hümanizm ve liberalizm arasında güçlü bir uyum olduğu iddia edilmektedir. Bu uyum henüz insan haklarının isminde görünüm kazanmaktadır. İnsan hakları tamlamasındaki insan tabiri bu hakların hümanizmle ilişkisini, hak tabiri ise liberalizmle ilişkisini sembolize etmektedir. İnsan hakları, pek çok açıdan, hümanizme gömülü olan insan merkezci temanın ve bireycilik başta olmak üzere liberalizmin merkezi değerlerinin normatif bir bedene kavuşmuş hali gibidir.

Çalışmada, bu kavramsal ilişki dört somut bağlantı noktasının tartışılmasıyla örneklendirilerek derinleştirilmeye çalışılmıştır. İlk olarak özellikle popüler söylemde ve uygulamada insan haklarının felsefi temelleriyle bağlantısının fiilen silikleştiği iddia edilmektedir. Öte yandan yine fiilen hakların genel olarak hümanist bir çerçeveden temellendirildiği öne sürülmektedir. İkinci olarak hakların doğadaki başka varlıklar üzerindeki korkunç uygulamalarını dikkate almayarak yalnızca insanlara odaklı olmasının hümanist bir felsefi tercihe tekabül ettiği iddia edilmektedir. Üçüncü olarak normatif bir sistemin alfabesi olarak ödevler yerine hakları kullanmanın liberalizmin temel temalarından olan bireyci bir tercihe denk düştüğü öne sürülmektedir. Son olarak hakların yapısı gereği paradoksal biçimde güçlü bir devleti dayattığı iddia edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Hümanizm, Liberalizm, Antroposentrizm, Bireycilik.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1100338 – Geliş Tarihi: 08.04.2022 – Kabul Tarihi: 10.05.2022 Bu makalenin hazırlanmasında tarafımca 2017 yılında savunulan yüksek lisans tezinden yararlanılmıştır. **Berber, Emre** (2017) "Türkiye'de İnsan Hakları Söyleminin Toplumsal Karşılığı", (Yüksek Lisans), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, eberber@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8631-2088.

REFLECTIONS OF HUMANISM AND LIBERALISM ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

Human rights have become one of the most effective normative systems of our age. States, societies, actions of individuals and even other rules are evaluated according to whether they comply with human rights. Human rights are almost accepted as the most fundamental normative theory of humankind. In this study, I discuss the connections between human rights with humanism and liberalism.

Firstly, I address the relationship between ideologies and human rights; in this way, I show how these ideologies are in harmony with human rights in general. Later, I elaborate and concretize this relationship by showing four different and more concrete points of contact. To examine these contact points, I use a classification based on the concept of human rights itself. According to this classification, the concept of human in human rights represents the relationship of these rights with humanism, and the concept of right represents its relationship with liberalism.

In this study, I argue that there is a strong harmony between human rights and humanism and liberalism. More specifically, I discuss four contact points. Firstly, human rights are de facto separated from their philosophical foundations, in other words, especially in the popular rhetoric and the practice, philosophical foundations of the rights are obscured. Nevertheless, a secular framework is generally used when talking about the theoretical foundations of the rights. Secondly, human rights are really about the rights of human beings. The rights have nothing to do with the wide variety of animal cruelties. Thirdly, the fact that human rights is a theory based on the rights, not duties, have represents the connection between these rights and liberal individualism. And finally, at least at the point they have reached today, human rights paradoxically require a powerful state.

Keywords: Human Rights, Humanism, Liberalism, Anthropocentrism, Individualism.

GİRİŞ

Bugün insan hakları insan olmanın ve insanca yaşamının asgari şartı olarak görülmektedir. Tüm insanlığı kuşatan tarafsız, kültürler ve ideolojiler üstü nihai değerler olarak algılanmaktadır. Bu haklar belki tarihteki hiçbir etik ve hukuki kuramın ulaşamadığı bir küresel meşruiyet seviyesine ulaşmış durumdadır. Öyle ki, insan hakları bir devleti, bir toplumu ve hatta bir kuralı *değerlendirmek* için kullanılan evrensel ve aşkın kriterler olarak kabul edilmektedir. Dünyanın her yanında devletler birbirlerini insan hakları üzerinden yargılamakta ve yine dünyanın her yanında insanlar devletleri aynı haklarla hizaya çekmeye çalışmaktadır. Kısacası, bu haklar küresel ölçekte çok büyük bir normatif otorite kazanmış durumdadır.

İnsan haklarının bu pozisyonu bu hakların kültürleri aşan, ideolojileri kuşatan tarafsız bir kuram, nihai bir ölçüt olduğuna ilişkin -kimi zaman zımnî kimi zaman aleni şekilde ortaya koyulan- bir iddiaya yaslanmaktadır. Buna göre insan hakları istisnasız tüm insanları kuşatan bir niteliktedir. Dolayısıyla geri kalan her türlü normu denetleyebilme kabiliyetini haizdir. Aslında, insan hakları bu haliyle bir kamu hukuku kuramından fazlasını ifade etmektedir. İnsanın, insanca yaşayabilmek için en azından ne gibi bir alana sahip olması gerektiğine ilişkin ahlaki bir iddiadır.

Öte yandan evrensel olduğu iddia edilen modern insan haklarının erken modern dönemde Batılı toplumlarda gelişim gösterdiği yaygınlıkla kabul edilmektedir. Bu gelişim kuşkusuz belli bir tarihsel ve ideolojik bağlam içerisinde cereyan etmiştir. Öyleyse sorumuz şudur: İnsan hakları, ilişki halinde gelişim gösterdiği ideolojiler olan hümanizm ve liberalizmle nasıl bir ilişkiye sahiptir? Bu haklar ne ölçüde ve ne açıdan hümanist ya da liberal kabul edilebilir? Nitekim bu çalışma insan haklarının her iki ideolojiyle hangi yollarla ilişki kurduğu üzerine bir cevaplama arayışına dayanmaktadır.

Çalışmanın hipotezi bu ilişkinin insan hakları kavramının henüz isminde başladığı yönündedir. İnsan haklarının taşıdığı hümanist ve liberal öğeleri tartışmak için “insan hakları” tamlamasında yer alan kavramlar yol gösterici niteliktedir. Çünkü insan hakları gerçekten ismiyle müsemmadır ve *insanların hakları* üzerinedir. Bu çalışmada, insan kavramından hareketle insan haklarının hümanizmle ilişkisi irdelenmekte, hak kavramından hareketle ise bu

hakların liberal toplum tasavvuruyla irtibatı tartışma konusu yapılmaktadır. Sonuç olarak insan haklarının her iki ideolojiyle kapsamlı bir uyum içinde olduğu öne sürülmekte ve bu iddianın örnek niteliğindeki bazı başlıca bağlantı noktalarının gösterilmesiyle desteklenerek ortaya koyulması denenmektedir.

Bahsi geçen somut bağlantı noktalarının arttırılması ve derinleştirilmesi kuşkusuz mümkündür. Fakat bu çalışma kapsamındaki amacımız temelde insan haklarıyla bahsi geçen ideolojiler arasındaki kavramsal ilişkinin ortaya koyulmasından ibaret olduğundan dolayı buna gerek görülmemiştir. Bunun yerine yalnızca en önemli olduğu düşünülen dört bağlantı noktası üzerine ve insan haklarıyla hümanizm ve liberalizm arasındaki ilişkiyi örneklendirmeye yetecek derinlikte bir tartışma yürütmekle yetinilmiştir.

İnsan haklarının hümanizm ve liberalizmle ilişkilerinin irdelenmesi önemlidir. Çünkü bu ilişkinin ciddi birtakım sonuçları vardır. Öncelikle bu ilişki insan haklarının evrenselliğini tartışmak için elverişli bir zemin teşkil etmektedir. Eğer bu haklar hümanizm ve liberalizmle güçlü bağlara sahipse, hakların evrensel anlamda geçerli kabul edilebilmeleri ancak içlerinde taşıdıkları hümanist ve liberal öğelerin de evrensel kabul edilebilmesiyle mümkün olabilecektir. İnsan haklarının evrenselliği ise pratik açıdan bu hakların çevre toplumlarına yayılırken karşılıklarına çıkan engelleri anlamak açısından önem arz etmektedir.

Öte yandan bu ilişkinin deşifre edilmesi insan haklarının yayıldığı toplumlardaki bireyleri nasıl şekillendirdiğini tartışmak açısından da önemlidir. Zira, Donnelly'nin de tespit ettiği gibi, "*(i)nsan hakları iddiaları hukuki ve siyasi uygulamaları kendi talepleriyle uyumlu hale getirdiğinde, altta yatan ahlaki vizyonda mevcut bulunan insan tipine de hayat verir*".¹ Başka bir ifadeyle insan haklarının toplumsal uygulamada güçlü şekilde yer bulması bu hakların ima ettiği insan tipinin de gelişmesini sağlamaktadır. Bu açılardan insan haklarındaki ideolojik bağlantıyı analiz etmek anlamlı bir çaba görünümü kazanmaktadır.

¹ **Donnelly, Jack** (2013) *Universal Human Rights in Theory and Practice*, New York, Cornell University Press, s.15.

Tam bu noktada bir şerh düşmek gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı, insan haklarının liberalizm ve hümanizmle ilişkilerini açığa çıkarmaktan ibarettir. Bu ilişkilerin yukarıda gösterilen olası sonuçlarının tartışılması bu çalışmanın konusu kapsamında değildir. Çalışmanın amacını bu şekilde vurgulamamızın nedeni, bu çalışmayı yaparken tarafımıza hakim olan en büyük endişenin, çalışmanın amacının insan haklarını reddetmeye çağrıda bulunmak olduğu yönünde bir yanlış anlaşılmaya mahal vermektir.

İnsan hakları tüm eksik ve kusurlarına rağmen çağımızda çok önemli bir işlevi ifa etmektedir ve neredeyse alternatifsizdir. İçinde bulunduğumuz küresel koşullarda bu haklara kategorik bir karşı çıkışın despotizme entelektüel bir altyapı sağlayacağı açık görünmektedir. Bu çalışmada amacımız böyle kategorik bir karşı duruşun desteklenmesi değildir. Bunun yerine, yalnızca insan haklarının hümanizm ve liberalizmle ideolojik bağlantılarının örneklendirilerek olabildiğince objektif şekilde gösterilmesi amaçlanmaktadır.

Aslında insan haklarının felsefi açıdan değerlendirilmesine ve bu hakların eleştirisine ilişkin özellikle İngilizce yazılmış çok geniş bir literatür bulunmaktadır. Bu literatür çalışmanın üçüncü bölümünün hemen başında tekrar gündeme getirilmekte ve kısmen gösterilmektedir. Fakat bu çalışmanın bu literatürün tamamını kuşatmayı değil, hakların hümanizm ve liberalizmle ilişkisini ortaya koymayı hedeflediğini burada vurgulamak gerekmektedir.

Bu noktada çalışma boyunca kullanacağımız kavramlarla ilgili bilgi vermek yerinde olacaktır. İnsan hakları kuramı uzun bir geçmişe dayandığı gibi geniş bir uygulama olanağı da bulmuştur. Modern devletin ve liberalizmin serencamıyla eşgüdüm halinde insan hakları da bir değişim ve dönüşüm içerisinde. Dolayısıyla, henüz giriş bölümünde bu kavramla kastedilen kapsama ilişkin bir bilgi vermek gerekli görülmektedir. Bu çalışmada insan hakları tabiriyle, Vasak'ın meşhur sınıflandırmasındaki² ilk iki kuşak haklara, daha da çok hem akademik yazındaki ağırlığı hem uygulamadaki baskınlığı

² Vasak, insan haklarını Fransız İhtilali'nin meşhur üç sloganı özgürlük, eşitlik ve kardeşlik kavramlarından yola çıkarak üç kuşağa ayırmıştır. Bkz. **Vasak, Karel** (1977) "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", UNESCO Courier, C:30, S:11, s.29.

sebebiyle insan haklarının merkezinde yer alan birinci kuşak haklara odaklanılmaktadır³.

1960'lardan sonra gelişim gösteren⁴ üçüncü kuşak haklar geri kalan insan haklarından önemli bazı açılardan ayrışmaktadır. Bu hakların bireyler tarafından değil insan grupları tarafından kullanılabilirdiği varsayılmaktadır⁵ ve bu hakları temin etmekle temel olarak devletin sorumlu olmadığı⁶ öne sürülmektedir. Üstelik bu hakların insan hakları olarak sayılmaları dahi tartışmalıdır⁷. Bu sebeplerden dolayı henüz gelişmekte olan bu kategori yerine ilk iki kuşak insan haklarına ve özellikle ilk kuşak haklara odaklanmak tercih edilmiştir. Bu çalışmanın birinci bölümü, bu hakların nasıl bir çerçeve içinde anlamlandırılarak tartışma konusu yapıldığının netleştirilmesine özgülendiğinden dolayı giriş bölümünde bu kadar açıklamayla yetinmek makul görünmektedir.

Öte yandan hümanizm ve liberalizm insan haklarından daha da yoğun bir yüke sahip kavramlardır. Her iki ideoloji de çok geniş bir zaman aralığında çok büyük bir etkinliğe kavuşmuştur. Dolayısıyla tek bir hümanizm veya tek bir liberalizmden bahsetmek pek kolay görünmemektedir. Bu sebeple çalışmanın

³ Sözelimi An-Naim Batılı devletlerin ve Batılı kamuoyunun ikinci kuşak haklar arasında kabul edilen ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kelimenin gerçek anlamıyla insan hakları olarak kabul etmekte zorlandığını ifade etmektedir. Dolayısıyla insan hakları düşüncesi ve uygulamasının fiilen medeni ve siyasal haklara daha çok odaklanmış olduğundan bahsetmek mümkün görünmektedir. **An-Na'im, Abdullahi A.** (2003) "The Synergy and Interdependence of Human Rights, Religion, and Secularism": Runzo, Joseph/Martin, Nancy M./Sharma, Arvind (Editörler), Human Rights and Responsibilites in the World Religions, Oxford, Oneworld, s.32.

⁴ **Gökınar, Mahmut** (2015) "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:120, s.64.

⁵ **Dinstein, Yoram** (1976) "Collective Human Rights of Peoples and Minorities", The International and Comparative Law Quarterly, C:25, S:1, s.103.

⁶ **Domaradzki, Spasimir/Khvostova, Margaryta/Pupovac, David** (2019) "Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse", Human Rights Review, C:20, S:4, s.425.

⁷ Donnelly'nin kolektif hakların insan hakları olarak kabul edilmesi fikrini eleştirilerini içeren yedi sorusu için bkz. **Donnelly**, s.48-51. Ayrıca bkz. **Hekimoğlu, Mehmet Merdan** (2003) "İnsan Haklarının Tarihsel Perspektif İçinde Gelişimi", Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C:1, S:1, s.88.

ikinci bölümü de hümanizm ve liberalizm kavramlarını tartışarak bu çalışma bağlamında bu kavramlarla neyin kastedildiğini göstermeye ayrılmıştır.

Son olarak bu aşamada olası bir yanlış anlaşılmayı engellemek için ideoloji kavramıyla kastedilenin ne olduğunu vurgulamak yerinde görünmektedir. Bu çalışma boyunca ideoloji tabiriyle politik ideolojiler değil bilgi sosyolojisi anlamında ideoloji kavramı kastedilmektedir. Bilgi sosyolojisi açısından ideoloji, doğru olup olmadığından bağımsız olarak, toplumsal konularla ilişkili inanç veya fikir sistemlerini kastetmek için kullanılmaktadır⁸. Bu geniş anlamıyla hümanizm de liberalizm de birer ideoloji mahiyetindedir. Nitekim bu çalışmada da ideoloji kavramıyla hayatı kendi içinden okuduğumuz bu tip bilinç durumları kastedilmektedir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde bu çalışma kapsamında insan haklarının ne olduğu, ya da daha farklı bir ifadeyle, bu çalışma çerçevesinde insan haklarının ne olarak ele alındığı tartışılmaktadır. İkinci bölüm, insan haklarının içinde doğduğu ideolojik paradigmanın ortaya konulması için hümanizmin ve liberalizmin tasvir edilmesine ve insan haklarıyla bu ideolojiler arasındaki genel ilişkinin gösterilmesine ayrılmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümü ise, insan haklarının hümanizm ve liberalizmle ilişkisinin somutlaştığı başlıca dört bağlantı noktasının tartışılması üzerine kuruludur. Bu bağlantı noktaları sırasıyla insan haklarının ontolojik temel(sizli)ği, insan merkezliği, bireyciliği ve çağdaş liberal birey-devlet ilişkisini gerektirmesidir.

I. NEDİR BU İNSAN HAKLARI?

Başlıkta yer alan soru, büyük bir sorudur. İnsan hakları, en basit haliyle, insanların yalnızca insan olmalarından dolayı sahip oldukları birtakım haklar olarak tanımlanabilir⁹. İnsan hakları kavramı, insanların sahip olduğu bütün hakları kuşatmaz. Kavram bunun yerine bazı temel nitelikli hakları

⁸ **Henning, Christoph** (2009) Ideology, The Blackwell Encyclopedia of Sociology, Malden, Oxford, Victoria, Blackwell Publishing, s.2230.

⁹ **Doğan, İlyas** (2015) "İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri": Doğan, İlyas (Editör), İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, s.59.

kastetmektedir¹⁰. Klasik teori basit ve etkilidir: Bu haklar yalnızca insan olmakla sahip olunabilen, bir ödeve bağlanamayan, diğer bütün haklardan daha önemli ve temel nitelikli kabul edilen, vazgeçilmez ve devredilmez evrensel haklardır¹¹. Klasik kabul, hakların kaynağının her insanın insan olmaktan dolayı sahip olduğu onur, yani içsel değer olduğudur¹². Haklar bu değerden doğar ve yine klasik kabule göre insanın kendisi dahi kendi haklarını ihlal edemez ya da bu haklardan vazgeçemez.

İnsan hakları, bireylerin haklarıdır. Bu hakların öznesi, tarih boyunca gelişim göstermiş aile, klan, dini cemaat, toplum ya da ulus gibi herhangi bir toplumsal grup değil, teker teker bireylerdir¹³. Kuşkusuz bahsedilen bu toplumsal grupların da bir çeşit hakları olduğundan bahsedilebilir, fakat bunlar insan hakları değildir ve dolayısıyla insan haklarının sahip olduğu güçte bir korumadan yararlanamazlar.

Öte yandan hukuk uygulaması ve bu uygulamayla ilişkili literatürde baskın şekilde insan haklarının temel ihlalcisinin ve bu hakları hayata

¹⁰ **Aybay, Rona** (2015) İnsan Hakları Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.7.

¹¹ Özellikle hukuk dogmatikliğiyle ve hukuk uygulamasıyla ilgili Türkçe eserlerde insan haklarının birtakım temel nitelikleri üzerinden tanımlanması yaygınlık kazanmıştır. İnsan haklarının sahip olduğu varsayılan niteliklerin bu hakların nasıl temellendirildiğiyle doğrudan ilişkili olduğunu akıldan çıkarmadan bu nitelikler listesinden faydalanmak makul görünmektedir. Bu tanımda yer verilen nitelikler ve daha fazlası için karşılaştırarak bkz. **Erdoğan, Mustafa** (2016) İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Ankara, Orion Kitabevi, s.105-120; **Çüçen, Abdulkadir** (2013) İnsan Hakları, Ankara, Sentez Yayıncılık, s.48; **Doğan**, s.51-54; **Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı** (2006) İnsan Hakları, Ankara, Başbakanlık, s.19-25. vd.

¹² İnsan onuru kavramı 1948 tarihli Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin giriş bölümünde beyannamenin kabul edilme sebepleri sayılırken henüz ilk cümlede kendisine yer bulmuştur. Bu cümlede, beyannamenin "*insanlık ailesinin bütün mensuplarında bulunan doğuştan gelen onurun ... tanınması*" için kabul edildiği kayıt altına alınmıştır. **Nations, United**, Universal Declaration of Human Rights, <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> s.e.t. 31.08.2021.

¹³ **Biletzki, Anat** (2020) Philosophy of Human Rights, New York, Routledge, s.4; **Coşkun, Vahap** (2006) İnsan Hakları: Liberal Açından Bir Tahlil, Ankara, Liberte Yayınları, s.118. Öte yandan bu çalışmada odaklanılmayan tartışmalı üçüncü kuşak hakların bu konuda bir istisna teşkil ettiği daha önce kaydedilmişti.

geçirmekle görevli temel merciin devlet olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Bu haklar temel olarak devlet tarafından ihlal edilebilen ve yine devlete karşı ileri sürülebilen haklardır. Dolayısıyla insan haklarının kural olarak bireyleri devlete karşı koruyan haklar olduğundan bahsetmek mümkün görünmektedir. Devletin kimi zaman toplumsal çıkarların ve kamu menfaatinin temsilcisi haline geldiği dikkate alındığında, bu hakların kuramsal konumunun birey ve toplum arasındaki gerilimde bireyin safına yerleştiği de ifade edilebilir.

Tüm bu sayılanlar birleştirildiğinde, insan haklarının bireylerin devlet ve devlet üzerinden kendilerini aşan toplumsal gruplara karşı korunmalarını sağlayan güçlendirilmiş, doğuştan kazanılan, şarta bağlanamayan, yalnızca insan olmakla sahip olunan hukuki ve ahlaki itiraz mekanizmaları olduğunu söylemek açıklayıcı olacaktır.

Tam bu noktada bir önceki cümlede kullandığımız “ahlaki” tabirini açmak gerekmektedir. İnsan hakları, hukuki niteliğini aşan bir normatif otoriteye sahiptir. Bu haklar en azından hukuk dogmatikliği içerisinde bir kamu hukuku kuramı olarak değerlendirilir. Bundan dolayı ilk elde yalnızca birey-devlet ilişkilerinin düzenlenmesiyle ilişkili görünmektedir. Fakat içinde bulunduğumuz çağda ulaştığı anlam bu niteliğin çok ötesindedir. İnsan hakları pozitif hukukça tanınsın ya da tanınmasın her yerde ve her zaman geçerli ve bağlayıcı olan normatif bir sistem olarak anlaşılmaktadır.

Sözgelimi Ignatieff, “Siyaset ve Putçuluk Olarak İnsan Hakları” isimli önemli makalesinde bu hakların “*başka hiçbir şeye inanmayan seküler bir kültürün en mühim inanç esasları*” haline geldiğini söylemektedir¹⁵. Donnelly,

¹⁴ **Chirwa, Danwood Mzikenge** (2004) "The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, C:5, s.3. Aybay, insan haklarının temel olarak devlete karşı ileri sürülebilen haklar olduğunu kabul etmekle birlikte, “*bu türe giren hakların, sadece kişinin uyrukluğunda bulunduğu devlete karşı değil, çağdaş anlamda “devlet” niteliği bulunan her varlığa karşı*” ileri sürülebileceğini ifade etmektedir. **Aybay**, s.5. Gözler ise, devletin negatif statü haklarının birinci yükümlüsü ve pozitif statü haklarının tek yükümlüsü olduğunu söylerken, aktif statü haklarından ise münhasıran yükümlü olduğunu kaydetmektedir. **Gözler, Kemal** (2017) *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.185-186.

¹⁵ **Ignatieff, Michael** (2001) *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, Princeton University Press, s.73-74.

insan haklarının en yüksek seviyedeki ahlaki haklar olduğunun düşünüldüğünü belirtmektedir¹⁶. Douzinas da insan haklarının “*felsefenin ve hukuk kuramının en soylu yaratımı*” olarak algılandığını ifade etmektedir¹⁷. Coşkun ise, insan haklarının özelliklerini sayarken “*insan hakları, insanın ahlâkî doğasından kaynaklanan ahlâkî haklardır. Ama niteliği bakımından herhangi bir ahlâkî haktan da farklıdır; çünkü bu haklar, ‘en üstün ahlâkî haklardır.’ Bu özelliğinin bir sonucu olarak, insan hakları pozitif hukuktan bağımsızdır ve hatta ona üstündür.*” ifadelerini kullanmaktadır¹⁸.

Bu sözlerde önemli bir haklılık payı vardır. Bugün insan hakları yalnızca bireylerin devlete karşı haklarının garanti altına alındığı hukuki bir kurum olarak değil bir bütün olarak insan toplumunun temel ve vazgeçilmez kuralları olarak algılanmaktadır. Nitekim, oylamaya katılan 56 ülkenin 48’inin olumlu oyuyla 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin önsözünde bu haklar “*tüm insanlığın en büyük arzusu*” olarak takdim edilmiş ve insan hakları evrensel beyanamesinin “*tüm halklar ve tüm uluslar için başarının ortak bir standardı*” olduğu kayda geçirilmiştir¹⁹. Dolayısıyla insan hakları fiilen hukuki boyutunu aşarak adeta bir normatif etik kuram mahiyeti kazanmış görünmektedir.

Tam olarak bundan dolayı, bu çalışmada insan hakları yalnızca bir kamu hukuku kuramı olarak değil güçlü bir normatif otoriteye sahip etik bir kuram olarak ele alınmaktadır. Aslında insan haklarını inceleme ve eleştiri konusu yapmaya yönlendiren temel niteliği tam da bu normatif otoritesidir. Sonraki bölümlerde gündeme getirilen çözümlerlerin birçoğu, eğer insan hakları yalnızca bir hukuk kuramı olarak değerlendirilecek olsaydı anlamlı olmazdı. Fakat insan hakları devlet-birey ilişkilerini düzenlemekten ibaret bir hukuk kuramı olarak değil bir bütün olarak insan onuruna yaraşır bir hayat yaşamının asgari ahlaki temelleri olarak anlaşıldığında bu çözümler anlamlı bir epistemik zemine oturmaktadır.

¹⁶ Donnelly, s.11.

¹⁷ Douzinas, Coustas (2016) Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, Ankara, NotaBene Yayınları (Çeviren: Sağlam, Rabia/Akbaş, Kasım), s.74.

¹⁸ Coşkun, s.119.

¹⁹ United Nations, dn. 12.

Dolayısıyla, insan haklarının çağımızdaki siyaset, hukuk ve ahlak düşüncesinin temellerine yerleşmiş normatif bir teori olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır. Bu teorinin temel önermesi, uygulamaya geçirilip geçirilmemesinden bağımsız olarak, teker teker her insanın başka hiçbir güç tarafından müdahale edilemeyecek ve temel olarak devlet tarafından korunması gereken birtakım temel nitelikli yetkilere sahip olduğudur. İnsan bireylerini bu şekilde yetkilendirmeye dönük bu güçlü fikir çağımızdaki siyasi, hukuki ve ahlaki retorikte muazzam bir etkiye sahiptir.

Çalışmanın bu bölümünde insan haklarının ne olduğu ya da bu çalışmada haklardan bahsederken neyden bahsettiğimiz hakkında bir tartışma yürüttükten sonra, insan haklarının hümanizm ve liberalizmle ne gibi bir ilişkisi olduğu sorusunu cevaplayabilmek için hümanizm ve liberalizmin konumuz bağlamında ne anlama geldiğinin saptanması gerekmektedir. Bir sonraki bölümde hümanizm ve liberalizmin ne olduğu hakkında, insan haklarının bu ideolojilerle ilişkisini merkeze alan bir tartışma yürütülmektedir.

II. HÜMANİZM VE LİBERALİZM

Hem hümanizm hem de liberalizm çok büyük ve açıklanması zorlu kavramlardır. Neyse ki bu bölümde bu kavramları kapsamlı bir şekilde kuşatarak tartışmak ödeviyle yüklü değiliz. Görevimiz, yalnızca hümanizm ve liberalizmin insan haklarıyla genel ilişkisini ortaya koyacak ve daha sonraki bölümde somut bağlantı noktalarını göstermeye yetecek ölçüde genel geçer bir anlatı kurmaktan ibarettir. Bu bölümün ilk kısmında hümanizm, ikinci kısmında ise liberalizm üzerine bahsi geçen bağlamda bir tartışma yürütülmektedir.

A. ANLAMIN VE DEĞERİN NİHAİ ÖLÇÜTÜ OLARAK İNSAN: HÜMANİZM

İnsan haklarının temellerinde yer alan esas kavramın hümanizm olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hümanizm, Türkçede şaşırtıcı şekilde kazandığı *insan sevgisinden* başka bir şeyi ifade etmektedir. Krave'nin ifadesiyle, “(i)çinde bulunduğumuz çağda hümanizm Tanrı'nın aksine insanı

evrenin merkezine yerleştiren ideolojik bir doktrini ifade etmektedir²⁰. Dolayısıyla bu çalışmada hümanizm kavramıyla ifade ettiğimiz çağdaş hümanizmin geleneksel teistik dönemdeki tanrı-merkezci (teosentrik) evren tasavvuruna karşı, insan-merkezci (antroposentrik) bir tasavvuru ifade ettiği söylenebilir.

Kanaatimizce hümanizmin daha ayrıntılı, basit ve etkili tanımı antik çağda Protagoras'ın veciz “*insan her şeyin ölçüsüdür*” sözünden yararlanılarak yapılabilir. Bu sözden destek alarak, insanın yeryüzünde anlamın, değer, varlığın, doğruluğun, iyiliğin ve güzelliğin yegane kaynağı ve ölçüsü olduğunu söyleyebiliriz. Bir şey ancak insana nispetle mevcut (ontoloji), doğru (epistemoloji), iyi (etik) ve güzel (estetik) kabul edilebilir. Dolayısıyla hümanist bir tasavvur aynı zamanda insan merkezidir ve bu yaklaşıma göre yeryüzündeki her şeyin değeri temel olarak insan tarafından dağıtılmaktadır.

Kuşkusuz bu yaklaşımın geniş bir kabul görmesi en fazla beş yüz yıllık bir maziye sahiptir. Konuyu daha büyük bir tarihsel perspektiften okumak için Harari'nin geniş bir literatürün özeti niteliğindeki anlatısı faydalı görünmektedir. Harari popüler kitabı Homo Deus'un bir bölümünde insanlığın gelişimini birbirini takip eden üç büyük paradigmaya odaklanarak tartışır²¹. Bunlar insanlığın avcı-toplayıcılıkla geçimini sağladığı ilk döneme egemen olan animist dinler, tarım devrimiyle birlikte gelişim gösteren teistik dinler ve bilimsel devrimle birlikte hakimiyet kazanan hümanist dinlerdir²². Bu üç aşamayı insanlığın animizm, teizm ve hümanizm aşamaları olarak isimlendirmek mümkündür. Bunların sonuna bir de henüz gelişmekte olan ve içinde yaşadığımız postmodern bir çeşit neo-nihilist durumu ilave etmek makul görünmektedir.

Animizm, insanlığın ilk inançlarının toplandığı bir çerçeve kavram olarak düşünülebilir. *Anima*, Latince ruh veya can demektir. Bu dinsel

²⁰ **Kraye, Jill** (2005) Humanism, Encyclopedia of Philosophy, 2. Baskı, C:4, Detroit, Thomson Gale, s.477.

²¹ **Harari, Yuval Noah** (2016) Homo Deus, İstanbul, Kolektif Kitap (Çeviren: Taneli, Poyzan Nur), s.87-110.

²² Harari, hümanist dönemde ortaya çıkmış ve insanı merkezine alan liberalizm, nazizm veya komünizm gibi ideolojileri hümanist dinlere örnek olarak gösterir. **Harari**, s.108-109.

anlayışta evrendeki her varlığın bir ruhu olduğuna ve kendisine ilişkin özgün kararlar alabildiğine inanılmaktadır²³. Her varlık özerk bir aktördür. İnsanlar bir bataklıktan düşmanlarını yutmasını ve bir akarsudan taşmamasını *isteyebilir* ve buna karşılık bataklığa ve akarsuya bir şeyler *teklif* edebilir²⁴. Evren karmaşık ve çok sesli bir orkestra gibidir. Yaklaşık yetmiş bin yıl önce yaygınlaşmaya başladığına yönelik iddialar bulunan²⁵ animist dinlerin mevcut verilere göre insanların ilk dinsel inanışları olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan, Harari'ye göre tarım toplumlarının oluşması ve teistik dinlerin yaygınlaşmasıyla beraber bu sahne dağılır. Tek bir tanrı ve onun kulu olan insanlar dışındaki bütün aktörler sistemden *tasfiye edilir*. Artık evrendeki tüm varlıkların Tanrı tarafından insanlar için yaratıldığına ve Tanrı'nın bu varlıkları insanların hizmetine sunduğuna ilişkin bir inanç yaygınlaşmıştır²⁶. İnsan bir bataklığın düşmanlarını yutmasını ve bir akarsuyun taşmamasını artık Tanrı'dan istemekte ve bunun karşılığında Tanrı'ya bir şeyler *teklif etmektedir*. Animist dönemdeki çok sesli ve çok taraflı diyalog ortamı dağılmış, yalnızca insan ve Tanrı arasında bir diyalog kanalı olduğu kabul edilmeye başlanmıştır.

Bu dönemde artık evren tamamen Tanrı'nın etrafında dönmektedir. Varlığın, doğrunun, iyinin ve güzelin dağıtıcısı Tanrı'dır. İnsan ise terfi etmiş ve bütün sistemin başrol oyuncusu konumuna yükselmiştir. Artık geri kalan tüm varlıklar gibi bir varlık değil; Tanrı'yla iletişim halindeki, teklif altındaki, özel bir kapasiteye sahip olan ve tüm dünyanın kendisi için yaratıldığı bir varlıktır. Fakat geri kalan varlıklarla kurduğu ilişkide Tanrı'nın emrettiği bir dikkat ve sorumlulukla hareket etmesi gerekmektedir²⁷.

²³ Swancutt, Katherine Anne (2019) Animism, The Cambridge Encyclopedia of Anthropology, <<https://www.anthroencyclopedia.com/entry/animism>> s.e.t. 10.08.2021, s.1-2.

²⁴ Sponsel, Leslie E. (2006) Animism, Encyclopedia of Anthropology, C:1, Thousand Oaks, London, New Delhi, Sage Publications, s.126.

²⁵ Sponsel, s.126.

²⁶ Lynn White, Jr. (1967) "The Historical Roots of Our Ecologic Crisis", Science, C:155, S:3767, s.1205.

²⁷ Teistik dünya görüşü insanın doğadan istifade etmesini meşrulaştırırken insana pek çok sorumluluk da yükler. Bu sorumlulukların arka planında evrenin ilahi hikmetin bir yansıması

Bir sonraki dönem bilimsel ve endüstriyel devrimle yakın zamanlarda gelişim gösteren hümanizm aşamasıdır. Bu dönemde artık Tanrı da *öl(dürül)müş* ve sistemden tasfiye edilmiştir²⁸. Dolayısıyla bilinen evrende her şeyin dağıtımıcısı olabilecek tek bir aktör kalmıştır: İnsan. Varlık, doğruluk, iyilik ve güzellik; bütün bunların kaynağı ve dağıtıcısı bizzat insanın kendisidir. Ahlaki değerler başta olmak üzere tüm değerler insan merkezli bir biçimde dağıtılır²⁹. İnsan yeryüzünün tartışılmaz ve yegane efendisi, yeryüzündeki bilinçli tek aktördür. Her şey insana göre, insan için, insan tarafından yapılmaktadır³⁰.

Hümanizmin de kendisini birbirinden farklı formlarla açtığından bahsetmek mümkündür. Yine Harari, hümanist dinler olarak nitelediği liberalizm, sosyalizm ve faşizm gibi modern ideolojileri hümanizmin farklı formları olarak gösterir. Liberalizmin, sosyalizmin ya da faşizmin ortak özelliği tamamının insanın belirleyici konumu üzerine kurulmuş olmasıdır. Her ne kadar birbirleriyle önemli bazı noktalarda ayrışsalar da sayılan tüm bu ideolojilerin ortak noktası kendi iddialarını insan merkezli (antroposentrik) sistemler üzerinden ifade etmeleridir. Her bir ideoloji yeryüzünü insan merkezli bir biçimde anlamlandırmanın farklı formlarıdır.

olarak algılanması, yeryüzünün gerçek sahibinin Tanrı olması, insanın yeryüzünü bir emanet olarak kullanıyor olması, Tanrı'nın bu kullanım için sınırlar tayin etmiş olması gibi hususlar yer almaktadır. Konu hakkında İslam'dan yola çıkarak yürütülen ve bu başlıkları da içeren bir tartışma için bkz. **Ardoğan, Recep** (2012) "İslam'da Çevre Teolojisinin Pratiğe Yansımaları: Çevre Ahlakı", *Birey ve Toplum*, C:2, S:3.

²⁸ Nietzsche'nin Kaçık Adam'ının Tanrı'nın öldüğünü ilan ettiği meşhur pasajı için bkz. **Nietzsche, Friedrich** (2003) *Şen Bilim*, Bursa, Asa Kitabevi (Çeviren: Özşar, Levent), s.130. Lamton, hümanizmin temel kabullerini on başlık altında özetlerken en başta hümanizmin tüm doğa üstülüğün reddi olduğunu ifade etmektedir. **Lamont, Corliss** (1997) *The Philosophy of Humanism*, New York, Humanist Press, s.14-15.

²⁹ **Law, Stephen** (2011) *Humanism: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, s.1-2 vd.

³⁰ Burada şu notu düşmek zaruri görünmektedir. Bu tarihsel anlatı kuşkusuz tüm benzerleri gibi hakikati tamamen kuşatma becerisinden yoksundur. Sözelimi teizm ile hümanizm arasında kesin sınırlar yoktur. Avrupa'da modern dönemde ortaya çıkan ilk hümanistler dindar Hristiyanlar ya da dinsiz teistlerdir. Bu anlatının amacı insanlık tarihini olabildiğince yukarıdan kavrayarak akışa ilişkin bir fikir vermektir ibarettir.

Hümanizmin ardından iletişim devrimiyle eş zamanlı olarak postmodern dönem gelişim göstermiştir. Postmodern aşamada artık özerk bir özne olarak insan da sistemden tasfiye edilmiştir³¹. Dolayısıyla evrende her şeyi bir yerlere konumlandırarak, anlamı ve değeri dağıtacak hiçbir özne kalmamıştır. Artık evren bir nesne yığındır. Bu durum varlığı, doğruyu, iyiliği ve güzelliği tamamen görecelileştirerek yok etmiştir³². Artık her şey doğrudur, her şey iyidir. Herhangi bir kabulü yargılayabilecek, reddedebilecek ve tartışabilecek bir zemin söz konusu değildir. Şu anda dünyanın kısmen böyle bir aşamanın içinde yer aldığından bahsedilebilir.

İnsan hakları bütün bu hikayedeki hümanist aşamanın güçlü bir temsilcisidir. Hümanizmin egemen olduğu dönemde ortaya çıkmıştır, kodlarında insanın evrendeki merkezi pozisyonunu taşımaktadır ve temel olarak bu hümanist ideolojiyle alışveriş halindedir. Yalnızca insanların, tam da insan olmalarının getirdiği saygınlığın bir gereği olarak çeşitli yetkilere sahip olması ve bu yetkilerin Tanrı gibi aşkın bir varlığa referans verilmesine gerek kalmadan ortaya koyulabilmesi fikirleri hümanizmle tam bir eşgüdüm içerisinde. İnsan hakları, Tanrı'nın insanlara yüklediği ödevler ya da Tanrı'nın insanlar üzerindeki hakları yerine normatif çerçeveyi insana odaklamaktadır. Normatif dünyanın merkezine insanı yerleştirmektedir. Bu açıdan hümanist bir devrim niteliği taşımaktadır.

Öte yandan bu haklar yalnızca genel olarak hümanizmin değil aynı zamanda hümanizmin içinde gelişim göstermiş bir ideoloji olan liberalizmin de

³¹ Foucault şöyle yazar: “Öznenin tarihsel bir çerçeve içinde kuruluşunu açıklayabilecek bir analize ulaşmak için kurucu öznenin vazgeçmek ve öznenin kendisinden kurtulmak gereklidir” **Foucault, Michel** (1980) *Power/Knowledge*, New York, Pantheon Books (Çeviren: Gordon, Colin/Marshall, Leo/Mepham, John/Soper, Kate), s.117. Fitzpatrick, dış dünyada özgün etkiler yaratan yaratıcı bir özne olarak insanın modernitenin en büyük efsanelerinden olduğunu ifade eder. **Fitzpatrick, Peter** (2002) *The Mythology of Modern Law Sociology of Law and Crime*, London, Routledge, s.34.

³² Best ve Kellner'a göre postmodernist düşünürler herhangi bir teorinin gerçekliği yansıtmaya kapasitesi bulunabileceği fikrini eleştiriye tabi tutarlar. Buna göre herhangi bir büyük anlatının gerçekliği ifade etmesi olanaksızdır. Bu radikal şüphecilik postmodernist düşünürleri rölativist bir pozisyona yerleştirir. **Best, Steven/Kellner, Douglas** (2011) *Postmodern Teori: Eleştirel Soruşturmalar*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları (Çeviren: Küçük, Mehmet), s.18.

etkisi altındadır. Bu çalışma kapsamında, hümanizmin takip ettiği alternatif güzergahlardan biri olarak tasvir ettiğimiz liberalizm de özel olarak insan hakları düşüncesinin merkezinde yer almaktadır. Bir sonraki başlık altında, insan haklarının ideolojik içeriğine ilişkin değerlendirmeye devam edebilmek için liberalizm hakkında bir tartışma yürütülmektedir.

B. BİREYÇİ BİR HÜMANİZM OLARAK LİBERALİZM

Her ne kadar geri kalan hümanist öğretiler tarafından belirli ölçüde kapsanmaya çalışılsa da emsalleri arasında insan haklarını ortaya çıkaran ve besleyen esas ideoloji kuşkusuz bir çeşit bireyci hümanizm olarak niteleyebileceğimiz liberalizmdir. Elbette liberalizm de birkaç paragrafta özetlenemeyecek kadar büyük bir kuramdır. Her büyük kuram gibi içinde pek çok alternatif yolu ve çatışmalı fikri barındırmaktadır. Üstelik liberalizm de aynen hümanizm gibi, günümüze egemen olan küresel kültüre derinlemesine nüfuz etmiştir. Bu durum liberalizmi tanımlamayı daha da zorlaştırmaktadır. Fakat yine de birçok ayrıntıyı görmezden gelme riskini göze alarak liberalizme hakim olan temel temalar üzerinden bir tartışma yürütmek bu kuramı bu çalışmada gerektiği ölçüde açıklamak için iyi bir yöntem olacaktır.

Kanaatimizce liberalizmi tarif ederken tarihsel bir izlek takip etmek yerine, bu ideolojinin merkezinde yer alan temel fikirler üzerinden ilerlemek daha iyi bir sonuç verecektir. Bu temel fikirlere ilişkin güzel listelerden biri Heywood'unkidir. Heywood, liberalizmin ana temalarını birey, özgürlük, akıl, adalet, hoşgörü ve farklılık olarak sıralamaktadır³³. Bireycilik, liberalizmin alamet-i farikalarından en önemlisidir. Liberal toplum anlayışı açıkça bireyciliğe dayanmaktadır. Sözelimi Alexander, insanları farklı varlıklara borçlu varsaymasıyla ideolojileri birbirinden ayırmayı denediği makalesinde liberalizm açısından insanın temel borcunun birey olarak kendisine karşı olduğunu ifade etmektedir³⁴. Liberalizmi geri kalan ideolojilerden ayıran en önemli faktör bireyci karakteridir.

³³ **Heywood, Andrew** (2013) *Siyasi İdeolojiler*, Ankara, Adres Yayınları (Çeviren: Bayram, Ahmet Kemal/Tüfekçi, Özgür/İnaç, Hüsametin/Akın, Şeyma/Kalkan, Buğra), s.43.

³⁴ **Alexander, James** (2015) "The Major Ideologies of Liberalism, Socialism and Conservatism", *Political Studies*, C:63, s.984. Alexander liberalizmle birlikte ana ideolojiler olarak saydığı

Aslında, modern bireycilik geleneksel düşünüşten keskin bir kopuşa işaret etmektedir. Modern öncesi dönemde toplumun bireylerden oluştuğu fikri çok alışıldık dışıdır. Heywood'un ifadeleriyle, “*Feodal dönemde kendine ait çıkarları olan ya da kişisel ve özgün kimliklere sahip bireyler anlayışı neredeyse yoktu(r)*”³⁵. Modern öncesi dönemde bunun yerine aileler, kabileler ya da cemaatler gibi toplumsal gruplar ön plandadır. Toplum, bu tip küçük toplumsal grupların bir bileşimi olarak tasavvur edilmektedir.

Fakat moderniteyle birlikte Avrupa’da bireycilik fikri yayılım göstermeye başlamıştır. Thomas Hobbes’un ham ve radikal bireyciliği bu sürecin ilk ve dikkat çekici örneklerinden biridir. Hobbes, toplumsal grupların değil maddi olarak var olan ve hareket eden bireylerin “gerçek” olduğunu öne sürmüştür³⁶. Hobbes’a göre doğa durumunda, bu bireyler arasında fiili bir eşitlik, eşitlikten doğan bir güvensizlik ve güvensizlikten doğan bir savaş mevcuttur³⁷.

Hobbes için bireyler arasında (sözgelimi Aristoteles’te ve diğer birçok antik filozofta ve sonrasında Orta Çağ düşünürlerinde olduğu gibi) doğal bir hiyerarşi yoktur ve tüm bireyler doğuştan benzeri bir kudret ve değere sahiptir. Hobbes’un bu yaklaşımı geleneksel dönemden devrimci bir kopuşa tekabül etmektedir. Toplumu ahenkle işleyen ve içine doğal bir hiyerarşinin gömülü olduğu toplumsal grupların toplamı olarak düşünmek yerine, çatışmalarla dolu ve hiyerarşi yerine fiili bir eşitliğin egemen olduğu bireylerin toplamı olarak düşünmek modern dönemin en kurucu hamlelerinden birine tekabül etmektedir.

Modern Avrupa düşüncesine damgasını vuran isimlerden Immanuel Kant’ın geliştirdiği rasyonel hümanizmi de bireycilik üzerine konuşurken dikkate alınmalıdır. Kant, insanın özgür olmasını sağlayan ahlaki eylemin

sosyalizm ve muhafazakarlıkta bunun farklı olduğunu ifade eder. Sosyalizmde insanın borcu toplumu da işin içine katacak şekilde genişlerken, muhafazakarlıkta toplumu geçmiş ve gelecek nesilleri de dahil ederek dikkate almakla farklılaşır. **Alexander**, s.986, 988.

³⁵ **Heywood**, s.44.

³⁶ **Machan, Tibor R.** (1998) *Classical Individualism: The Supreme Importance of Each Human Being*, London, Routledge, s.3.

³⁷ **Hobbes, Thomas** (2007) *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, Yapı Kredi Yayınları (Çeviren: Lim, Semih), s.93.

temeline yerleştirdiği koşulsuz buyrukları içeriklendirirken insanı “*kendi varoluğu içinde mutlak bir değere sahip olan*” bir varlık olarak varsaymak gerektiğini söylemekte ve şöyle devam etmektedir:

*şimdi diyorum ki: İnsan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu veya bu isteme için rastgele kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır ve gerek kendine gerekse de başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinde hep aynı zamanda amaç olarak görülmelidir*³⁸.

Dolayısıyla Kant’ın etkileyici tasarımına göre de insan bireyleri kendi başına değerlidir. İnsanlar, özgürce eylemde bulunarak ahlaki eylemi inşa edebilecekleri gibi, aynı ahlaki kurallar gereği insanlara asla yalnızca araçlanmış gibi davranılamaz. Bireyler, her koşul ve şart altında asla tamamen araçlara indirgenmemesi gereken değer kaynaklarıdır.

Sonradan gelişim göstermiş bireyciliğin toplumsal ve entelektüel hayatımızdaki etkisi çok büyüktür. Sözelimi Macpherson, önemli eserinde 17. Yüzyıl’daki politik düşünüşün temel temasını mülkiyetçi bireycilik kavramıyla ifade etmektedir. Macpherson’a göre bu düşüncenin temelinde, insanın kendi kapasite ve becerilerinin mülkiyetine sahip olduğu, özgürlüğün diğer insanların iradelerinden bağımsızlık anlamına geldiği, diğer insanların iradelerinden bağımsız olmanın ise kişinin çıkarları için gönüllü olarak girdikleri dışında diğer insanlarla ilişkilerden azade olması olduğu fikri yatmaktadır³⁹.

Nitekim yine Macpherson’a göre, “(s)iyasal toplum bireylerin kendi kişilikleri ve malları üzerindeki haklarını korunması ve (dolayısıyla) kendilerinin sahibi olarak görülen bireyler arasındaki düzenli mübadele ilişkilerinin sürdürülmesi için geliştirilmiş bir insan icadıdır⁴⁰.” Nitekim insan hakları da tam olarak bu bireyci tahayyülün üzerine yerleşmekte ve bu “insan icadı” toplumun temel normatif yapıtaşını teşkil etmektedir.

³⁸ **Kant, Immanuel** (2002) *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu (Çeviren: Kuçuradi, Ionna), s.45.

³⁹ **Macpherson, C. B.** (1962) *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, Oxford University Press, s.263.

⁴⁰ **Macpherson**, s.264.

Tüm bu anlatılanlar ışığında politik bir doktrin olarak bireycilik, bireylerin özerkliğinin, öneminin ve özgürlüğünün devlet ve toplum karşısında vurgulanması olarak ifade edilebilir⁴¹. Bireycilik, genel olarak, toplumun temel yapıtaşının bireyler olduğu fikrine dayanır ve tüm toplumsal örgütlenmenin bireylerin özgürlük ve özerkliklerini tesis ve temin edecek şekilde oluşturulmasını gerektirir.

Öte yandan bu noktada bu çalışmanın amacına ulaşmayı kolaylaştırması için klasik liberalizmin bireycilik anlayışını tamamlayan rekabet unsurundan da bahsetmek gerekmektedir. Klasik liberalizmin bireyciliğine, bireyler arasındaki rekabetin toplumsal açıdan olumlu sonuçlar vereceğine ilişkin bir fikir de gömülü görünmektedir. Buna göre, toplumu oluşturan bireyler arasındaki temel ilişki biçimi kıt kaynaklar için rekabet edilmesidir. Üstelik, bireylerin kendi çıkarlarını temin etmek için rekabet etmeleri toplumsal gelişimin de temel dinamosudur.

Önde gelen klasik liberallerden Mandeville, bunu arılar üzerinden kurduğu bir masalla ifade eder. Mandeville, içindeki bütün arıların bencilce kendi çıkarlarının peşinden koştuğu bir arı kovanından bahseder. Bir gün arıların duası sonucunda tüm arıların kalbindeki bencilik kaybolur ve arılar mütevazı ve diğerkâm yaşamlar sürmeye başlarlar. Fakat bu aynı zamanda kovanın felaketi olur. Üretkenlik düşer, pek çok meslek yok olur. Netice itibarıyla kovan saldırılara dayanamaz ve işgal edilir. Bütün arılar kaçarak başka kovanlara sığınır⁴². Bu mesajdan çıkan sonuç basit ve ilginçtir: Bireysel kötülükler, toplumsal iyiliklerdir. Bireylerin çıkarlarının peşinde koşması toplumsal açıdan iyi sonuçlar üretmektedir.

Öte yandan liberalizmin geri kalan temaları da bireycilikle yakından ilişkilidir. Bir defa liberal tahayyüle göre toplum bireylerin toplamından oluşmaktadır. Bu bireyler *akıl* sahibidirler ve dolayısıyla kendi kararlarını verebilirler. Bunun bir sonucu olarak, bu kararları verebilmelerini sağlayan bir zemin açılmasını talep etmek hakkına da sahiptirler. Bu zeminse kuşkusuz

⁴¹ **Turner, Bryan S.** (2005) Individualism, Encyclopedia of Social Theory, C:1, Thousand Oaks, London, New Delhi, Sage Publications, s.399.

⁴² **Mandeville, Bernard** (1988) The Fable of the Bees or Private Vices, Public Benefits, vol 1-2, Indianapolis, Liberty Fund.

özgürlüğe tekabül etmektedir. Dolayısıyla bireycilik, akıl ve özgürlük temalarıyla çok yakın bir ilişki içindedir.

Adalet, bu özgür ve akıllı bireyler arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Liberalizm içerisinde adalete ilişkin çok geniş bir literatür gelişim göstermiştir. Fakat temel olarak klasik liberal adalet anlayışının, bir “iyi yaşam” anlayışını dayatmamaya dayandığından bahsedilebilir. Liberal adalet açısından temel amaç insanların kendi iyi yaşam anlayışını takip etmesi için yeterli olanağı sağlamaktır. Adalet sonuçlarla değil, bireylerin kendi kişisel çıkarları veya maddi refahları peşinde koşmak için maksimum özgürlük ve özerkliğe sahip olmalarını sağlamakla ilgilidir. Liberal adalet “*bu nedenle, bireysel özgürlüğün koşullarını sağlamak için prosedürel kuralların sürdürülmesiyle ilgilenir. Adil sonuçlarla ilgilenmez*”⁴³.

Liberal adalet anlayışında bireyler ve tercihleri ahlaki açıdan öyle bir ağırlığa sahiptir ki prosedürel adalet düşüncesi tüm bireyleri (ve tercihlerinin değerini) soyut olarak eşit kabul etmeye ve bu bireylerin özgür tercihlerinin sonuçlarını tecrübe etmeleri için elverişli bir çerçeve kurmaya özgülenmiştir. Dolayısıyla liberalizm için adalet soyut bir eşitliğe ve haklara dayanmaktadır. Görüldüğü gibi, liberal adaletin temel gereği akıl sahibi bireylere özgür tercihlerde bulunabilecekleri bir zeminin açılmasından ibarettir. İnsan hakları da tam olarak böyle bir işleve sahiptir.

Adaletin gereği olarak, akıl sahibi bireylerin özgür tercihleri için geniş bir alan açıldığında karşımıza yer yer geniş kesimler için rahatsız edici olabilecek farklı tercihler de çıkacaktır. Bundan dolayı *hoşgörü ve farklılıkları kabul* de önemli bir ahlaki değer haline gelmektedir. Nitekim Heywood’un listesine göre liberalizmin son teması hoşgörü ve farklılıktır. Heywood’un ifadeleriyle, “*Liberal sosyal etiğin ayırt edici özelliği, ahlâkî, kültürel ve siyasî farklılığı kabul etme, bazı durumlarda da göklere çıkarma arzusudur*”⁴⁴. Bireylerin tercihlerinin büyük bir ahlaki otoriteye sahip olmasının doğal sonucu diğer bireylerin radikal farklılıklara dahi hoşgörü ile yaklaşması gereğidir.

Sonuç olarak şunu söylemek mümkün görünmektedir: Soyut bir değerlendirme yapıldığında, liberalizmin bu temel temalarının tamamının

⁴³ Vincent, Andrew (2010) *Modern Political Ideologies*, Oxford, Blackwell, s.41.

⁴⁴ Heywood, s.50.

insan haklarıyla karşılıklı bir ilişki içinde olduğu açık görünmektedir. Bireye, onun özgürlüğüne ve akli kapasitesine verilen önem, prosedürel bir adalete inanç ve farklılıklara hoşgörü temaları insan haklarının hem sebebi hem de sonucu mahiyetindedir. Hatta insan hakları adeta liberalizme gömülü bu değerlerin özlü bir şekilde bedenlendirilmiş hali gibidir.

Peki, insan hakları ile hümanizm ve liberalizmin bu genel ve soyut mutabakatı, insan haklarının yapı ve içeriğinde ne gibi etkilere sahip olmuştur? Bu haklarla bahsi geçen bu ideolojiler arasında ne gibi somut bağlantı noktaları gösterilebilir? Çalışmanın bir sonraki bölümü bu soruların cevaplarını tartışmaya ayrılmıştır.

III. İNSAN HAKLARININ HÜMANİZM VE LİBERALİZMLE BAĞLANTI NOKTALARI

Çalışmanın birinci bölümünde insan hakları, ikinci bölümünde ise insan haklarıyla ilişkisi bağlamında hümanizm ve liberalizm üzerine yürütülen tartışma, insan haklarının hümanizm ve liberalizmle derinden ve güçlü bir ilişki içinde olduğunu gösterir mahiyettedir. Bu bölümde ise bu ilişki dört farklı pratik bağlantı noktası üzerinden biraz daha somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla bu bölümün sorusu, insan hakları ile hümanizm ve liberalizmin ne gibi görece daha somut bağlantı noktaları bulunduğu.

Kuşkusuz bu sorunun uzun ve zorlu bir cevabı mevcuttur. Bu bölümde ne insan haklarıyla ilgili bu yöndeki eleştirel değerlendirmelerin tamamını kuşatmak amaçlanmakta, ne de insan haklarının barındırdığı tüm hümanist ve liberal ideolojik öğeler deşifre edilmeye çalışılmaktadır. Fakat bunun yerine bu ilişkinin seyrettiği örnek güzergahları gösteren dört somut bağlantı noktasının tartışılarak gösterilmesi hedeflenmektedir. Sırasıyla; insan haklarının ontolojik temel(sizliği), insan merkeziliği, bireyciliği ve çağdaş liberal birey-devlet ilişkisini gerektirmesi olan bu bağlantı noktaları kanaatimizce bu ilişkinin en temel görünümelerini temsil ettiği için seçilmiştir.

Kapsamın bu şekilde yalnızca başlıca örnekleri gösterecek şekilde sınırlandırılmasının gerekçesi bu çalışmadaki temel amacımızın insan haklarıyla bahsi geçen ideolojiler arasındaki ilişkinin varlığını göstermekten

ibaret olmasıdır. Bu mütevazı amaçtan dolayı bağlantı noktalarının tamamını tüketmeyi denemek yoluna gidilmemiş ve bu bağlantılar yalnızca bu ilişkiyi somutlaştırarak örneklendirecek derinlikte tartışılmıştır.

Bu bölüm üç kısımdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki olan “İnsan Haklarına Yönelik Eleştiriler” kısmında literatürde yer alan insan hakları eleştirileri dört büyük kategoriye ayrılarak ve kısaca ele alınmaktadır. İkinci kısımda insan hakları tamlamasında yer alan insan kavramından hareketle bu hakların hümanizmle, üçüncü kısımda ise aynı tamlamadaki hak kavramından hareketle liberalizmle kurduğu görece somut ikiye bağlanmıştır.

A. İNSAN HAKLARINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Giriş bölümünde de ifade edildiği gibi, özellikle İngilizce literatürde insan haklarının eleştirisine ilişkin çok fazla yayın mevcuttur. Kanaatimizce insan haklarına yönelik geliştirilen ve bu hakların temellerine temas eden daha paradigmatik nitelikli eleştiriler dört başlık altında toplanabilir. Bu kısımda, bu eleştiriler dört farklı kategoriye ayrılarak çok kısa bir şekilde nakledilmektedir.

İnsan haklarına yönelik eleştiri kategorilerinden ilki Marksist eleştirilerdir. Bizzat Marx, kendi materyalist metodolojisinden hareketle insan haklarının insanlardan ve tarihten bağımsız bir hakikat olarak var olmadığını, aksine bu hakların kültürel bir üretim olduğunu ifade etmiş⁴⁵ ve insan haklarının bireyci niteliğini eleştiri konusu yapmıştır⁴⁶.

Bir ikinci eleştiri kategorisi olarak post-modern eleştiriler gösterilebilir. Klasik insan hakları anlatısı post-modern düşünürlerin iki büyük temasıyla çatışma halindedir: Özerk öznenin ve büyük anlatıların reddi⁴⁷. İnsan hakları hümanist bir bireyciliğin ürünü olarak tam da insanın dış dünyada özgün etkiler uyandırabilen özerk bir özne olduğu iddiasına dayanır. Öte yandan tüm

⁴⁵ **Marks, Karl** (1997) Yahudi Sorunu, Ankara, Sol Yayınları (Çeviren: Erdost, Muzaffer İlhan), s.29.

⁴⁶ **Marks**, s.32-35.

⁴⁷ Postmodernizmin bu iki temasına ilişkin bkz. **Arslan, Zühtü** (2001) "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:56, S:1. Ayrıca bu iki tema Foucault'nun da tartışmalarında merkezi bir yere sahiptir. **Best/Kellner**, s.58.

insanlığı bir araya getiren soyut ve büyük bir anlatıdır. Post-modernist düşünürler her iki açıdan insan haklarını eleştirmektedir.

İnsan haklarına yönelmiş bir üçüncü eleştiri kategorisi kültürel eleştiriler olarak isimlendirilebilir. Özellikle 1990'lı yıllardan sonra Afrika, Asya ve İslam kültürlerinin içinden yazan çeşitli yazarlar insan haklarının Batılı bir yaşam biçimi ve toplumsal düzeni taşıdığını ve bundan dolayı tüm toplumlara uygulanamayacağını söylemektedir. Bu eleştiriler genellikle insan haklarının bireyci alt metnine karşın başka kültürlerin kolektivist ve dayanışmacı bir nitelik taşıdığına vurgulanması⁴⁸, bununla ilişkili bir biçimde insan haklarının kişilerin ödevlerinden çok haklarına odaklanması⁴⁹ ve bu hakların insan-merkezci bir metafizik anlatıya dayanmasıdır⁵⁰.

⁴⁸ **Cobbah, Josiah A. M.** (1987) "African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective", *Human Rights Quarterly*, C:9, S:3, s.320; **Okere, B. Obinna** (1984) "The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems", *Human Rights Quarterly*, C:6, S:2, s.148. Konfüçyüsçü felsefe içinde soyut bir insan kavramının bulunmadığına ve insanın her zaman sosyal ilişkileri dolayımında kavrandığına ilişkin bkz. **Senger, Harro von** (1993) "Chinese Culture and Human Rights": Schmale, Wolfgang (Editör), *Human Rights and Cultural Diversity: Europe, Arabic-Islamic World, Africa, China, Bochum, Keip Publications*.

⁴⁹ **Omar, Mahomed Shoaib** (1993) *Selected Essays in Islamic Law*, Durban, M. S. Omar, s.44; **Çalış, Halit** (2010) "İslam ve İnsan Hakları: Ödev Öncelikli Toplum Modeli", Ayengin, Tevhit (Editör) *İnsan Hakları ve Din Sempozyumu*, 15-17 Mayıs 2009, Çanakkale; **Umâra, Muhammed** (1992) *İslâm ve İnsan Hakları: Haklar Değil Gereklilikler*, İstanbul, Denge Yayınları (Çeviren: Kanar, Asım), s.7-8.

⁵⁰ Örnek olarak bkz. **Bell, Daniel A.** (1996) "The East Asian Challenge to Human Rights: Reflections on an East West Dialogue", *Human Rights Quarterly*, C:18, S:3, s.652; **Yayla, Mustafa** (2011) *İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik*, Konya, Çizgi Kitabevi, s.116-117. Yıldız, İslam kültürüyle insan hakları arasındaki çelişkilerin bireycilik/toplumculuk, haklara/ödevlere odaklanmak ve antroposentrik/teosentrik bir dünya görüşüne dayanmak açısından gerilimlere sahip olduğunu iddia etmektedir. Bkz. **Yıldız, Mustafa** (2010) *Alternatif İnsan Hakları Kuramı*, İstanbul, Çıra Yayınları, s.24. Weeremantly, İslam kültüründe ödevlerin Allah'ın iradesi üzerinden dolaylanmasından dolayı bu kültürdeki normların meta etik açıdan insan-merkezci olduğunu öne sürdüğü modern insan hakları düşüncesiyle ayrıştığını ifade etmektedir. **Weeramantry, C. G.** (1988) *Islamic Jurisprudence: An International Perspective*, London, The Macmillian Press, s.116-117.

İnsan hakları bunun haricinde de güçlü eleştiriler almıştır. Marksistlere benzer şekilde, Jeremy Bentham ya da John Austin gibi faydacı liberaller ve Edmund Burke gibi muhafazakarlar tüm insanları kuşatan birtakım hakların varlığının pratik gerçekliğe sahip olmadığını vurgulamıştır⁵¹. Hannah Arendt ve Giorgio Agamben ise özellikle mültecilik olgusu üzerinden yürüttükleri ayrıntılı politik çözümlerle insan haklarının fiilen vatandaşlık haklarından ibaret olduğunu, gerçek dünyada evrensel ve tüm insanlar için geçerli bu tip hakların olmadığını iddia etmiştir⁵².

Literatürde insan hakları çok çeşitli açılardan kapsamlı tartışmaların konusu yapılmıştır. Bu eleştiriler farklı noktalara dikkat çektiği gibi pek çok kesişim kümesini de içinde barındırmaktadır. İnsan haklarına yönelik eleştirilerin birikim gösterdiği alanların bir sonraki bölümde tarafımızca tartışma konusu yapılacak olan bağlantı noktalarıyla yakından ilişkili olduğuna dikkat edilmelidir. Nitekim, bu çalışmanın araştırma sorusunu cevaplandırabilmek için bir sonraki kısımda insan haklarının hümanizmle iki bağlantı noktası üzerine odaklanılmaktadır.

B. HAKLARIN SAHİBİ OLARAK İNSANLAR: HÜMANİZM VE İNSAN HAKLARI

Bu kısımda insan haklarının merkezinde bulunan “insan” vurgusunun irdelenmesi yoluyla insan haklarının bir ideoloji olarak hümanizmle kurduğu somut iki bağlantı hakkında bir tartışma yürütülmektedir. Bu tartışma kapsamında ilk olarak insan haklarının ontolojik temelleri ele alınmakta, ardından insan haklarının insan-merkezci karakteri irdelenmektedir.

⁵¹ **Bentham, Jeremy** (1864) *Theory of Legislation*, London, William Stevens (Çeviren: Hildreth, R.), s.82-83; **Austin, John** (2015) *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, İstanbul, Tekin Yayınevi (Çeviren: Yükselbaba, Ülker/Üye, Saim/Koloş, Umut), s.64-65; **Burke, Edmund** (2016) *Fransa'daki Devrim Üzerine Düşünceler*, Ankara, Kadim Yayınları (Çeviren: Arslan, Okan), s.29.

⁵² **Arendt, Hannah** (2016) *Emperyalizm*, vol 2, İstanbul, İletişim Yayınları (Çeviren: Şener, Bahadır Sina), s.258-259 vd.; **Agamben, Giorgio** (2013) *Kutsal İnsan*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları (Çeviren: Türkmen, İsmail), s.153 vd.

1. İnsan Haklarının Ontolojik Temel(sizliği)

İnsan haklarıyla ilgili tartışma konusu yapacağımız ilk görece somut husus bu hakların temellendirilmesine ilişkindir. Daha önce de ifade edildiği gibi, modern hümanizm teistik dünya görüşünün terkiine dayanmaktadır. Teistik dünya görüşünün terki ise başta hukuki ve ahlaki olanlar olmak üzere birçok fikrin ve sosyal kurumun Tanrı ve iradesi üzerinden temellendirilme imkanının terk edilmesi anlamına gelmektedir. Bu başlıkta, bu durumun insan hakları özelinde nasıl bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olduğu sorusuna cevap aranmaktadır.

Modern çağa kadar tarih boyunca çeşitli toplum ve kültürlerde gelişim gösteren büyük etik yaklaşımların neredeyse hepsi kaynak olarak insanı aşan bir metafizik kabulü merkez almaktadır. Oysa insan haklarının güncel takdiminde böyle bir aşkın gücün varlığı pek söz konusu edilmez. Pek çok kişi için insan haklarının kaynağı insanın sahip olduğu içsel değerdir. Peki bu içsel değerin kaynağı nedir ve bu içsel değer nasıl olur da birtakım haklara vücut verir? Bu önemli bir sorudur.

Aslında, insan haklarının pek çok alternatif yolla temellendirilmesi mümkündür. Hatta sözgelimi bu hakları modern dönemde en güçlü şekilde dile getiren John Locke, insan haklarını Tanrı'ya dayalı bir çeşit doğal hukuk düşüncesi üzerinden temellendirir⁵³. Ona göre doğal haklar Tanrı tarafından insana verilmiş olan haklardır. Buna benzer şekilde insan hakları Kant'ın deontolojisindeki insanın saygınlığı teziyle, faydacılıkla, liberteryen insanın kendinin sahibi olması teziyle ve başka pek çok felsefi yaklaşımla temellendirilebilir⁵⁴.

⁵³ Locke, insanın doğa durumundaki özgürlüğünü insanların tümünün "her şeye kadir tek kudret sahibinin zanaatkarlığının ürünü" olmalarına bağlamaktadır. **Locke, John** (2012) *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, İstanbul, Ebabel Yayınları (Çeviren: Bakırcı, Fahri), s.11.

⁵⁴ İnsan haklarının normatif açıdan gerekçelendirilmesi için alternatif yolların olduğunu söyleyen Nickel bu alternatif yollar arasında şunları sayar: Ahlaki haklar, insan refahı, temel çıkarlar, insan ihtiyaçları, faillik ve özerklik, onur, hakkaniyet, eşitlik ve pozitif özgürlük. Her temellendirme yolu için o yolu tercih eden yazara da referans veren Nickel, farklı temellendirmelerin bu kavramlardan birini ya da aynı anda birden çoğunu kullanarak geliştirilebileceğini ifade eder. **Nickel, James** (Sonbahar 2021 Versiyonu) *Human Rights, The*

Kuşkusuz, insan haklarının nasıl temellendirildiği, bu hakların içeriği, kapsamı ve sınırları konusunda da etki sahibi olacağı için önem arz etmektedir. Nitekim insan haklarının nasıl temellendirileceği sorunu henüz 1948'de İnsan Hakları Evrensel Beyanname hazırlanırken gündeme gelmiştir. Beyanname hazırlanırken, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilatı (UNESCO) ilan edilecek evrensel sözleşme kapsamında insan haklarının temellendirilmesi sırasında ortaya çıkacak kuramsal sorunların nasıl giderilebileceği konusunda bir araştırmaya girişmiştir. Araştırma sonucunda yayınlanan raporun giriş bölümünde yazar Jacques Maritain insan haklarına ilişkin rasyonel temellendirmeler hakkında şu ifadeleri kullanmıştır:

Paradoks şu ki, bu tip rasyonel temellendirmeler aynı anda hem kaçınılmazdır hem de farklı zihinler arasında mutabakat sağlanmasına muktedir değildir. Bu rasyonel temellendirmelerin varlığı kaçınılmazdır çünkü her birimiz içgüdüsel olarak bir hakikate inanırız ve yalnızca kendimizin doğru ve bir gerekçeye dayalı olduğunu kabul ettiğimiz şeyleri onaylarız. Bu rasyonel temellendirmeler zihinleri bir ahenk içinde birleştirmeye muktedir değildir çünkü bunlar köklü şekilde birbirlerinden farklıdır ve hatta birbirleriyle çatışma halindedir...⁵⁵

Maritain daha sonra bu hakların uygulanması için insan haklarını temellendirmeye ilişkin aynı *spekülatif anlayışın* değil, haklara ilişkin aynı *pratik anlayışın* benimsenmesinin gerekli ve yeterli olduğunu ifade etmektedir⁵⁶. Nitekim Maritain'in bahsettiği paradoksa bulabildiği çözüm tam olarak budur: Hakların nasıl temellendirileceğine ilişkin *spekülatif* felsefi tartışmayı bir mutabakatla çözmek mümkün değildir, bundan dolayı bu tartışmayı bir kenara koyalım ve ortak bir *pratik* anlayışı şekillendirmeye odaklanalım.

Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/rights-human>> s.e.t. 23.08.2021.

⁵⁵ **Maritain, Jacques** (1948) "Introduction": UNESCO (Editör), Human Rights: Comments and Interpretations, Paris, UNESCO, s.1.

⁵⁶ **Maritain**, s.9.

Bu mecburiyetten kaynaklanan pragmatist tutum insan hakları doktrininde ve uygulamasında bir çeşit ontolojik yoksunluğa sebep olmuş görünmektedir. Bu haklar herkes tarafından farklı gerekçelerle benimsenerek savunulabilmektedir. Fakat fiilen elde olan genellikle temellendirilmemiş ve ontolojik altyapısı inşa edilmemiş bir haklar dizgesidir. Tartışmaya açık yorumumuza göre, hakların alternatif temellendirmelerinin olanaklı kılınması için vurgunun felsefi temelleri üzerinde değil haklar üzerinde tutulması, bu hakların olası felsefi temelleriyle irtibatlarının yıpranmasına ve hakların fiilen neredeyse temelsiz hale gelmesine sebep olmuştur. Kapsayıcılığı sağlamak için insan hakları literatürde ve özellikle uygulamada adeta felsefi köklerinden koparılıp temelsizleştirilmiştir.

Bu durum uygulamada insan haklarının bir çeşit felsefi ve normatif gereklilik çerçevesinde değil toplumsal denge ve düzenin tesisi için işlevselleştirilmesiyle karşılık bulmaktadır. Batılı ülkelerin ulusal sınırlar içinde yüksek bir insan hakları standardı temin etmelerine karşın gerçekleştirdikleri uluslararası operasyonlarda bu hakları es geçmelerinin⁵⁷ alt yapısında hakların ahlaken tüm muhataplarını her an bunları uygulamaya yönelten güçlü ve ikna edici bir ontolojik zemin üzerinde yükselmiyor olmasının az ya da çok bir etkisi olsa gerektir⁵⁸.

Benzer şekilde, Arendt ve Agamben'in daha önce nakledilen bu hakların fiilen ulusal haklar olduğuna ilişkin tespitlerine konu olan durum da bu yolla anlamlandırılabilir. İnsan hakları Batı'da gerçekleştirilen mücadelelerin sonucu olarak bir çeşit dengenin teminatıyla ayakta gibidir. Korunmalarının temel sebebi ihlal edilmeleri halinde karşı karşıya kalınacak olan toplumsal reaksiyon gibi görünmektedir. Dolayısıyla ihlal edildiklerinde Batı'nın içindeki toplumsal düzen ve dengenin bozulmayacağı uzak ülkelerde Batılı güçler tarafından ihlal edilmeleri daha kolay hale gelmektedir.

Öte yandan, insan hakları her ne kadar fiilen ontolojik açıdan güçlü bir zeminden yoksun olsa da Batı'nın serencamıyla paralel bir şekilde ve aşamalar

⁵⁷ Sözgelimi ABD'nin Guantanamo ve Ebu Gureyb cezaevlerindeki daha sonradan çeşitli fotoğraflarla ortaya çıkan korkunç uygulamaları buna iyi bir örnek olarak görünmektedir.

⁵⁸ Bu yönde bir iddia için bkz. **Güler, İlhami** (2011) İtikattan İmana, Ankara, Ankara Okulu Yayınları, s.167-181.

içinde gitgide daha seküler bir kuram görünümü kazanmıştır⁵⁹. İnsan haklarının tam olarak nasıl temellendirileceğine ilişkin küresel bir mutabakat mevcut değildir. Fakat yine de genel atmosferin insan haklarını metafiziksel bir aşkın güce dayanmadan temellendirilmesi üzerinde biriktiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Başka bir ifadeyle, çağımıza hakim olan genel hümanist kabullerin etkisiyle insan haklarının daha çok hümanist ve seküler bir altyapıya dayanılarak temellendirilmekte olduğunu söylemek mümkün görünmektedir.

Bu durum, normatif sistemleri hümanist olmayan yollarla temellendirmeye alışmış birçok çevre toplumları açısından bir çeşit çatışma hali oluşturmaktadır. Hümanist ve seküler kabullere dayalı nevezuhur insan hakları anlatısı ile sözgelimi, uzun yüzyılların alışkanlığıyla tahkim edilmiş teistik kabullere dayalı geleneksel normatif sistemler bir çeşit çatışma içerisine girmektedir. Bu durum hakların savunulmasını, benimsenmesini ve hayata geçirilmesini zorlaştırmakta ve hakların yayıldığı toplumlarla uyum sorunu yaşadığı iddialarına zemin hazırlamaktadır⁶⁰.

2. İnsan Haklarının İnsan Merkeziliği

Bu kısımda ele alacağımız ikinci konu, insanların haklarının tam olarak ve yalnızca insanlar için tasarlanmış haklar olmalarıdır. Daha önce, insan haklarının yalnızca bir kamu hukuku kuramı olarak anlaşılmadığı, aksine tüm değerlere öncelikli kök değerler olarak takdim edildiği örneklerle gösterilmişti. Tam olarak bu sebeple ve yalnızca bu koşulla bu hakların yalnızca insanlara odaklı olmasını sorunsallaştırmak makul görünmektedir.

Modern döneme kadar, tarih boyunca varlık göstermiş neredeyse bütün büyük etik kuramlar insanlarla birlikte doğanın diğer unsurlarını da dikkate almakta, yalnızca insanların birbirleriyle kurduğu ilişkiyi değil, insanların geri kalan tüm varlıklarla kurduğu ilişkiyi de gündemlerinde tutmaktadırlar. Oysa insan hakları yalnızca insanlar hakkındadır. Dağlar, ağaçlar, nehirler, tavuklar

⁵⁹ **Freeman, Michael** (2004) "The Problem of Secularism in Human Rights Theory", *Human Rights Quarterly*, C:26, S:2, s.389-391.

⁶⁰ Bazı yazarlar, bu sorunu aşmak için insan haklarının teori ve pratiğinin kültürel açıdan bir iç diyalog yoluyla geliştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. İslam kültürü açısından bu tezi savunan bazı yazarların görüşleri ve bu görüşlerin kısa bir değerlendirmesi için bkz. **Freeman**, s.378-381.

ve köpekler tüm normatif içeriklere öncelikli olduğu iddia edilen bu kuramın ilgi alanına girmez.

Bu durumu, çevre etiğine ilişkin tartışmalarda sıklıkla kullanılan içkin değer (*intrinsic value*) ve araçsal değer (*instrumental value*) kavramlarıyla anlamak mümkün görünmektedir. İçkin değer, bir şeyin bizatihi kendisinden dolayı değerli olması durumunda ortaya çıkar. Araçsal değer ise, bir şey içkin değere sahip olan başka şeylere nispetle bir değere sahip kabul edildiğinde söz konusu olan değerdir. Sözelimi bir bitkinin ilaç yapımında kullanılmasından kaynaklı değer araçsal bir değerdir. Öte yandan, eğer o bitkinin başka hiçbir şeye aracılık etmemesine rağmen bizatihi değerli kabul edilmesi söz konusuysa burada gündemde olan içkin değerdir⁶¹.

Modern dönemde Tanrı'nın yeryüzünden tasfiye edilmesiyle önce Batılı kültürde ve aşamalar içinde tüm dünyada hümanist ve antroposentrik öğelerin egemen olduğu ifade edilmişti. Bunun bir sonucu olarak yalnızca insanın içkin bir değere sahip olduğu, doğadaki geri kalan her şeyin insan için araçsal bir değere sahip olduğu düşüncesi güç kazanmıştır.

Oysa sözelimi teistik dinler bakımından bütün varlıklar sonuçta Tanrı'nın ayetleri ve işaretleridir. Aslında teistik dinlerde de insan evrenin merkezinde yer aldığından ve geri kalan varlıklar adeta bir dekora indirildiğinden dolayı bu dinlerin oluşturduğu kültürün daha geniş bir anlamda kısmen insan merkezli olduğu açıktır. Fakat buna rağmen bu dinlerin teosentrik yapılarının etkisiyle, insanın Tanrı tarafından yaratılan tüm varlıklara karşı sorumlulukla yaklaşması gerektiği kabul edilmektedir. Hayvanlarla, bitkilerle ve hatta cansız varlıklarla kurulan tüm ilişkilerde bu sorumluluk açıkça vurgulanmaktadır⁶².

⁶¹ Brennan, Andrew/Yeuk-Sze, Lo (Sonbahar 2021 Versiyonu) Environmental Ethics, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/ethics-environmental>> s.e.t. 25.08.2021.

⁶² Sözelimi İslam'da insanlar etinden faydalanmak için hayvanları öldürebilirler ama bunu ancak Allah adına yapabilirler. Yük hayvanlarına kaldıracabileceklerinden fazla yük yüklemek, hayvanlara eziyet etmek, gereksiz yere can almak günah kabul edilir. Hatta, bir hadis rivayetinde akarsuyun kenarında bile abdest alınıyor olsa suyun israf edilmemesi emredilir. Bkz. İbn Mâce, Taharet, 48. İslam kültürünün içine yerleşmiş bu tip örnekler çoğaltılabilir.

Oysa hümanizm açısından insan dünyada içkin değere sahip olan tek varlıktır. Doğadaki geri kalan varlıklar ancak araçsal bir değere sahip olabilirler. Üstelik, yarattıklarına sorumlulukla yaklaşması gereken bir Tanrı da bu sistemde merkezi bir rol oynamamaktadır. Böyle bir evren algısı, insanların milyarlarca hayvanı acımasızca, işkence ve eziyetle sömürdüğü endüstriyel gıda üretimi, sistematik doğa katliamları ve çevre talanı ile eşgüdüm içerisinde.

Şu anda yumurta endüstrisinde her gün yaklaşık yedi milyar erkek civcivin henüz bir günlükken itlaf edildiği tahmin edilmektedir⁶³. Tahminlere göre 2005 yılında dünya çapında yüz milyondan fazla hayvanın başta hayvan deneyleri olmak üzere bilimsel amaçlarla kullanıldığı ifade edilmektedir⁶⁴. Bu bilimsel amaçlar arasında kozmetik ürünlerinin üretimi de bulunmaktadır. Dünya çapında milyonlarca ineğin güneşi ve toprağı hiç göremedikleri, kıpırdamadıkları, yavrularıyla hiçbir araya gelemedikleri, hiç doğal bir gıda yiyemedikleri, koruyucu amaçlarla ilave edilmiş antibiyotiklerle dolu suni yemlerle beslendikleri küçük alanlarda kesim veya yeni doğumlar için bekleyerek ömürlerini tükettikleri bilinmektedir.

İnsan hakları tam olarak burada devreye gir(eme)mektedir. Bu haklar alternatif ve özellikle modern öncesi dönemdeki etik yaklaşımların aksine yalnızca insanlara odaklanmakta, insanların haklarını tanımakta ve insanların tüm doğa üzerinde icra ettiği bu gibi cinayetlerle ilgilenmemektedir. Geri kalan tüm normatif teorilerden öncelikli bir konumda olduğu ifade edilen insan haklarının bu ilgisizliği elbette bu hakların felsefi yükünü açığa çıkaran hümanist bir tercihe dayanmaktadır. Bu hakların "insanların" hakları olmasının böyle bir pratik sonucu bulunmaktadır.

⁶³ Krautwald-Junghanns, M. E./Cramer, K./Fischer, B./Förster, A./Galli, R./Kremer, F./Mapesa, E. U./Meissner, S./Preisinger, R./Preusse, G./Schnabel, C./Steiner, G./Bartels, T. (2018) "Current Approaches to Avoid the Culling of Day-Old Male Chicks in the Layer Industry, with Special Reference to Spectroscopic Methods", Poultry Science, C:97, S:3, s.755.

⁶⁴ Taylor, Katy/Gordon, Nicky/Langley, Gill/Higgins, Wendy (2008) "Estimates for Worldwide Laboratory Animal Use in 2005", Alternatives to Laboratory Animals, C:36, S:3.

C. İNSANLARIN SAHİP OLDUĞU İDDİALAR OLARAK HAKLAR: LİBERALİZM VE BİREY-DEVLET İLİŞKİSİ

İnsan hakları insan merkezli bir yapı olduğu gibi, bir çeşit toplum modeline ilişkin güçlü imaları da beraberinde taşımaktadır. Bu kısımda insan hakları tamlamasında yer alan hak kavramı üzerinden bu hakların liberalizmle ilişkisi tartışma konusu yapılmaktadır. Tartışma yine iki başlıktan oluşmaktadır. İlk başlıkta hak/ödev dikotomisi üzerinden insan haklarının bireyci imaları irdelenmektedir. İkinci başlıkta ise insan haklarının paradoksal bir biçimde devletin adeta tanrısallaşması için elverişli bir zemin oluşturduğu iddiası tartışılmaktadır.

1. Bireylerin Dış Dünyadan Korunması Bağlamında Haklar

İnsan hakları insanların ödevleri veya sorumlulukları değil, *hakları* üzerinedir. Bugün için alışıldık dışı gelse de, insanlık tarihi boyunca normatif sistemler ödevlerden oluşan bir alfabe kullanılarak yazılmıştır ve ödevler yerine hakları temel almanın birtakım sonuçları vardır. Hak temelli yaklaşım aslında tarihsel açıdan yenidir ve kapitalist modernitenin bir ürünüdür. Meşhur hukuk kuramcısı Hans Kelsen, bu durumu şu şekilde tespit etmektedir:

Hukuki hak, objektif hukukun içeriğinin şekillendirilmesindeki olası yollardan birisidir sadece. Hiçbir şekilde zorunlu bir yol değildir. Hukukun kullanabileceği -kullanmak zorunda olduğu değil- belli bir tekniktir -özel mülkiyet kurumuna dayanan ve dolayısıyla da bireysel çıkarlara özel önem atfeden kapitalist hukuk sistemine has bir teknik⁶⁵.

Kelsen'in dediği gibi hukukun haklar üzerinden ifadelendirilmesi ne kadim zamanlara kadar uzanmaktadır ne de mantıksal olarak zorunludur. Öte yandan, Balı'nın veciz ifadesiyle, “Tarih boyunca gelişim gösteren bütün ahlaki kuramlar insana dönerek neyi yapmaları ve neyi yapmamaları gerektiğini söylemiş, insanın sorumlulukları üzerinden şekillenmiştir⁶⁶”. Oysa insan hakları insana dönerek neyi kendisine müdahale edilmeden yapabileceğini

⁶⁵ Kelsen, Hans (2016) Saf Hukuk Kuramı, İstanbul, Nora Kitap (Çeviren: Uzun, Ertuğrul), s.53.

⁶⁶ Balı, Ali Şafak (2011) Hukuk, Toplum ve Siyaset, Konya, Çizgi Kitabevi, s.108.

anlatmaktadır. Dolayısıyla, insan haklarının hak temelli olması hem ideolojik bir tercihe tekabül etmektedir, hem de ideolojik sonuçlara gebe dir.

Peki bu farklılık ne anlama gelmektedir? Ödevler yerine haklar üzerinden konuşmak ne gibi pratik sonuçlar ortaya çıkarabilir? Aslında, haklar ve ödevler bir madalyonun iki yüzü gibidir. Neredeyse her zaman bir ödev diğer kişilere hak yüklerken, bir hak da diğer kişilere ödev yüklemektedir⁶⁷. Dolayısıyla ilk elde aynı normatif içeriği böyle farklı şekillerde ifade etmenin anlamlı bir fark oluşturmadığı düşünülebilir. Fakat daha derin bir sorgulama bu tercihin birtakım farklar ortaya koyduğunu göstermektedir. Ödevler yerine haklara odaklanmanın tam da liberalizmin kalbinde yer alan bireycilikle ilişkilendirilmesi gereken anlamlı bir farkı vardır.

Haklar ve ödevler birbirlerinden yönleri itibariyle farklıdır. Haklar, bir insana kendisine neyin yapılamayacağını hatırlatır. Ödevler ise insana ne yapması gerektiğini hatırlatır. Haklar dışarıdan gelen saldırılara karşı bir kalkan gibidir. Ödevler ise dışarıya karşı sorumluluklara dayanmaktadır. Haklar bireyi dış dünyadan korurken ödevler, bireyi dış dünyayı korumaya yönlendirmektedir.

Ödevler insanın diğer insanlara baktığında yapması gerekenleri görmesini sağlar. Haklar ise insanın diğer insanlara baktığında kendisine yapılmaması gerekenleri görmesine sebep olur. Başka bir ifadeyle; ödevler sorumlulukları, haklar sınırları hatırlatır⁶⁸. Ödevler insanların anlamlı bir hayat yaşamak için ne yapmakla yükümlü olduğunu vurgular. Haklarsa insanların diğer insanlara ve dış dünyaya karşı verdiği savaşta kullanabileceği itiraz mekanizmalarıdır. Ödevler insanın dış dünyayla bağlantılanmasının yolunu teşkil eder. Haklar ise insanı dış dünyadan korumaya yönelmiştir.

Dolayısıyla, hak temelli bir normatif sistem, ödev temelli emseline nispeten, insanlara sorumluluklarını değil sınırlarını, borçlarını değil garantilerini, yükümlülüklerini değil silahlarını hatırlatmakta; insanı dış

⁶⁷ Konu hakkında bu görüşü de içeren daha ayrıntılı bir tartışma için bkz. **Hohfeld, Wesley Newcomb** (1917) "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, C:26, S:8.

⁶⁸ **Özdemir, Ali Murat/Aykut, Ebubekir** (2010) "Marksizm ve Hak Kavramı: Kuramsal Bir Yaklaşım Denemesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, C:28, s.27.

dünyayla ahlaki bağlantılar kurmak yerine dış dünyadan izole olmaya yönlendirmektedir. Marx'ın ifadeleriyle, “(a)ncak, insan hakkı olarak özgürlük, insanın insana bağlılığına değil, tersine insanın insandan ayrılışına dayanır. Bu, bu ayrılışın hakkıdır. Kendi içinde sınırlanmış bireyin hakkıdır⁶⁹”.

Anlaşılabileceği gibi, hak temelli yaklaşımın tercihi doğrudan doğruya bireyci ve rekabetçi bir temanın benimsenmesine tekabül etmektedir. Ahlakın haklar üzerinden düşünülmesi liberal bir toplum tasavvurunun sonucudur. Bu toplum birbiriyle menfaat çelişkileri yaşayan bireylerin toplamı olan bir toplumdur. İnsan hakları ise toplumu oluşturan bireyler arasındaki çelişkinin yönetilmesini sağlayan aparatların en önemlilerinden biridir.

Toparlamak gerekirse, her ne kadar bu başlık altında doğrudan tartışılmamış olsa da öncelikle insan haklarının zaten yalnızca bireylerin hakları olarak tanımlandığını hatırlamak gerekmektedir⁷⁰. İnsan hakları bu açıdan son derece bireyci bir teoridir. Toplumsal grupların hakları insan hakları bağlamında değerlendirilmemektedir.

Fakat bu başlığın konusuyla ilgili olan saptama, vurguyu insanların ödevlerinden haklarına çekmenin bizzat kendisinin de liberal bireyciliğin doğrudan bir sonucu olduğudur. Ödevler yerine haklara odaklanmanın kendisi, bütün bu normatif sistemin bireyin “biricikliğini” vurgulamaya ve bireyi dış dünyadan korumaya odaklanmasına sebep olmaktadır. Bu normatif atmosferin örtülü mesajı derinlemesine hissedilmektedir: Hepiniz birer birey olarak bu toplumsal rekabet ortamında birtakım yetkilerle donatılmış haldesiniz ve bunları kullanıp mücadele ederek kendi hikayenizi yazmalısınız.

Nitekim insan haklarının liberalizmin bireyciliğiyle ilişkisi pratik dünyada kapitalizmin. Bugün tüm dünyada ciddi bir gelir adaletsizliğine sebep olan kapitalist ekonomik sistemin üzerinde yükseldiği normatif zeminin en çok vurgulanan insan haklarından olan mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğü olması rastlantı değildir⁷¹. Gerçekten de insan hakları pek çok açıdan bireyci bir

⁶⁹ Marks, s.33.

⁷⁰ Daha önce de bahsedildiği gibi sonradan gelişen ve cılız bir etkiye sahip olan üçüncü kuşak hakların bu konuda bir istisna teşkil ettiğini tekrar edelim.

⁷¹ Özellikle mülkiyet hakkına yapılan merkezi vurgu klasik liberallerde ve liberteryenlerde belirgindir. Eşitlikçi liberallerde bu vurgu daha azdır. **Gerald, Shane D.**

dünya görüşünün ürünüdür ve gittiği her yere bireyciliği taşımayı sürdürmektedir.

2. Devletin Tanrısallaşması Bağlamında Haklar

İnsan hakları yalnızca bireylerin birbirleriyle ilişkilerini çatışmacı imalar barındıran bir normatif alfabeyle ifade etmekle kalmaz, paradoksal bir biçimde, en azından bugün ulaştığı noktada, güçlü bir devleti de gerektirir. Başka bir ifadeyle; devleti sınırlandırmak üzere işlevselleştirilen bu haklar devletin güçlenmesi için de elverişli bir altyapı sunmaktadır.

İnsan hakları hukuk dogmatiği açısından birey-devlet ilişkilerini düzenleyen bir kamu hukuku kuramıdır. Bunun doğal bir sonucu olarak, daha önce de bahsedildiği gibi, özellikle uluslararası ve ulusal hukuk uygulamasında ve bu uygulamaya yaslanan öğretilerde insan haklarının temel olarak devlet tarafından ihlal edilebileceği kabul edilmektedir. Fakat hakların en büyük ihlalcisinin devlet olması, bu hakların en büyük dayanağının da devlet olmasını beraberinde getirmektedir.

Bu durumun bir sonucu olarak, insan haklarının korunması güçlü bir devleti gerektirmektedir. Çünkü 1980'lerden itibaren gelişen "insan haklarının yatay etkisi" kavramı çerçevesinde, negatif haklarda dahi devletin sadece müdahale etmeme yükümlülüğü olmadığı kabul edilmektedir. Bunun aksine, devlet özel alanda gerçekleşecek olan müdahaleleri de engellemekle yükümlü kabul edilmeye başlanmıştır⁷². Sözgelimi yaşam hakkı, yalnızca devlet tarafından hukuka aykırı şekilde bir kişinin öldürülmesi durumunda değil, devletin bir kişiyi başka bir kişi tarafından öldürülmekten koruyamaması durumunda da devlet tarafından ihlal edilmiş sayılmaktadır.

Bu sebeple, insan hakları pratikte paradoksal bir görüntünün oluşmasına sebebiyet vermektedir. Devlet temel ihlalcisi olduğu gibi, bu hakların hayata geçirilmesinin en büyük teminatıdır. Devletin büyümesi ihlal riskini arttırdığı gibi, ihlaller ancak devletin büyümesiyle önlenir. İşte bu ilginç durum

Courtland/Schmidtz, David (Sonbahar 2020 Versiyonu) Liberalism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/liberalism>> s.e.t. 25.08.2021.

⁷² **Sunay, Reyhan** (2015) "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:1.

modern liberal devletin güncel karakterini belirlemektedir. İnsan hakları, devletin toplumun tamamına egemen olacak kadar büyümesinin en ikna edici meşru zemini ve en büyük gerekçesi mahiyetindedir⁷³.

Galtung, Batı toplumlarında Tanrı'yla kurulan ilişkinin devlete de kopyalandığını ifade etmektedir⁷⁴. Batılı modern devlet tanrısızlığın çağında bir tanrıya benzemektedir. Her yerde hazır ve nazırdır. Ödevler yükler, tebaasını gözetler, suçluları cezalandırır. Yaşanılan önemli olaylarda esas sorumlu devlettir. Sorunlar ona müracaat edilerek, ondan yardım istenilerek çözülür. İnsanların insanca yaşayabilmesinin koşulu olan hakların hayata geçirilmesi devletin sorumluluğundadır. Dolayısıyla, insan hakları devletin bir tanrı gibi sunulabilmesinde kullanılan en önemli enstrümanlardan biridir. Balı'nın ifadeleriyle:

Çağdaş insan hakları söylemi, gerçekte sıradan bir insanın hak ve özgürlüklerinin garantisi olmaktan ziyade, onun doğuştan itibaren sahip olduğu en doğal haklarını kullanma konusunda başka iradeleri (devleti) tek yetkili kılma söylemidir⁷⁵.

İnsan haklarının bir diğer ideolojik niteliği burada ortaya çıkmaktadır. Bu haklar bir çeşit çağdaş liberal devlet-toplum ilişkisini beraberinde taşımaktadır. İnsan hakları, güçlü ve toplumun kılcal damarlarına kadar yayılmayı başarmış bir devlet yapısını gerektirmekte ve böyle bir devleti meşrulaştırmaktadır⁷⁶.

SONUÇ

Bugün insan hakları birey-devlet ilişkilerini düzenleyen bir kamu hukuku kuramından fazlasını ifade etmektedir. Bu hakların adeta insan soyunun nihai etik normatif çerçevesini temsil ettiği yönünde bir kanaatin

⁷³ **Galtung, Johan** (2013) İnsan Hakları: Başka Bir Açıdan Bakış, İstanbul, Metis Yayıncılık (Çeviren: Sözen, Müge), s.27.

⁷⁴ **Galtung**, s.34-35.

⁷⁵ **Balı, Ali Şafak** (2010) "Hangi 'İnsan'ın Hakları?", Ökçesiz, Hayrettin/Uygur, Gülriz/Üye, Saim (Editörler) Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V Sempozyumu (HFSA), 13-17 Eylül 2010, İstanbul, s.41.

⁷⁶ **Balı** (2010), s.111-112.

mevcut olduğu söylenebilir. Oysa insan hakları kimi zaman zımnen kimi zaman ise alenen iddia edildiği gibi tarafsız ve ideolojiler üstü değildir. Genel olarak, bu haklar kavramsal açıdan hümanizm ve liberalizmle çok ciddi bir ilişki ve uyum içerisindedir. Öyle ki, insan hakları sayılan her iki ideolojinin temel temalarının bedenlenmiş hali gibidir.

Doğası gereği insan haklarıyla hümanizm ve liberalizm arasındaki bu soyut ilişki bazı somut bağlantı noktalarında kendisini göstermektedir. Toparlamak gerekirse; insan haklarının ontolojik bir arka plandan fiilen koparılmış olduğu, genellikle seküler bir kuram olarak anlaşıldığı, antroposentrik yapısı gereği yalnızca insanları ahlaki özne olarak kabul ettiği, vurguyu ödevlerden haklara doğru çekerek çatışmacı ve bireyci bir toplumu beslediği ve paradoksal bir biçimde güçlü bir devlete meşruiyet verme işlevini haiz olduğu söylenebilir. Bütün bunlar netice itibarıyla hümanizm ve liberalizmle ilişkili ideolojik kabullerin örnek niteliğindeki başlıca sonuçlarıdır.

İnsan haklarıyla hümanizm ve liberalizmin ilişkisinin dikkate değer sonuçlarından biri bu haklar dünya çapında yayılarak derinlik kazanırken ortaya çıkmaktadır. İnsan hakları açısından olası problemlerden biri başka kültür ve ideolojilere mensup toplumlarda bu hakların etkili bir şekilde nasıl hayat bulabileceğidir. Hakların yayıldığı toplumlar açısından olası problemlerden biri ise insan haklarının bu toplumları nasıl dönüştüreceği ve bu hakların nasıl bir insan tipine vücut vereceğiyle ilgilidir. Görüldüğü gibi her iki problem birbiriyle ilişki halindedir ve aynı olgunun farklı görünüşleri mahiyetindedir. Fakat biz her ne kadar bu sonuç bölümünde bu problemleri tespit etmeye cüret etsek de bu problemlerin kendilerinin ve olası çözümlerinin bu araştırmanın kapsamı dahilinde olmadığını hatırlatma gereği hissediyoruz.

Öte yandan, bu noktada şu gerçeğin altını çizmek gerekmektedir: İnsan hakları pek çok açıdan insanlığın en dikkat çekici entelektüel tasarımlarından biridir. Bu haklar dünyanın her yerinde verilen ve milyonlarca insanın dahil olduğu toplumsal mücadelelerin kullanışlı araçları mahiyetindedir. Uzun yıllar boyunca geliştirilmiş devasa bir müktesebata sahiptir ve hem uluslararası sözleşmelerde hem de ulusal hukuki düzenlemelerde inceliklerle kodifiye edilmiş, uluslararası ve ulusal yargı organlarının kararlarında detaylandırılarak rafine edilmiştir. Dolayısıyla, içinde bulunduğumuz aşamada insan haklarının geniş

bir skaladaki pek çok haksızlığı teşhis, tespit ve izale için adeta çok güçlü bir dil niteliği kazandığından bahsetmek mümkün görünmektedir. Bütün bunlar insan haklarının dikkate ve saygıya şayan bir kuram olmasına sebep olmaktadır.

Fakat yine de bu durum hakların içinde geliştiği düşünsel paradigmanın izlerini ve bu paradigmalardaki sorun ve eksiklikleri üzerinde taşımayı sürdürmesini engellememektedir. Bu çalışmada başlıca dört tanesinin somutlaştırılarak gösterildiği üzere insan hakları hümanizm ve liberalizmle çok doğrudan bağlarla bağlı görünmektedir. Bu bağlantıların kuramsal açıdan insan haklarının içinde taşıdığı problemlere ve bu hakların evrenselliğine, pratik açıdan ise insan hakların ne gibi bir insan tipinin gelişimine yol açtığına yönelik tartışmalar açısından önemli olduğu açık görünmektedir.

KAYNAKÇA

- Agamben, Giorgio** (2013) *Kutsal İnsan*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları (Çeviren: Türkmen, İsmail).
- Alexander, James** (2015) "The Major Ideologies of Liberalism, Socialism and Conservatism", *Political Studies*, C:63, s.980-994.
- An-Na'im, Abdullahi A.** (2003) "The Synergy and Interdependence of Human Rights, Religion, and Secularism": Runzo, Joseph/Martin, Nancy M./Sharma, Arvind (Editörler), *Human Rights and Responsibilites in the World Religions*, Oxford, Oneworld, s.27-49.
- Ardoğan, Recep** (2012) "İslam'da Çevre Teolojisinin Pratiğe Yansıması: Çevre Ahlakı", *Birey ve Toplum*, C:2, S:3, s.115-143.
- Arendt, Hannah** (2016) *Emperyalizm*, vol 2, İstanbul, İletişim Yayınları (Çeviren: Şener, Bahadır Sina).
- Arslan, Zühtü** (2001) "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C:56, S:1, s.1-22.
- Austin, John** (2015) *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, İstanbul, Tekin Yayınevi (Çeviren: Yükselbaba, Ülker/Üye, Saim/Koloş, Umut).
- Aybay, Rona** (2015) *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Balı, Ali Şafak** (2010) "Hangi 'İnsan'ın Hakları?!", *Ökçesiz, Hayrettin/Uygur, Gülriz/Üye, Saim* (Editörler) *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V Sempozyumu (HFSA)*, 13-17 Eylül 2010, İstanbul, s.38-41.
- Balı, Ali Şafak** (2011) *Hukuk, Toplum ve Siyaset*, Konya, Çizgi Kitabevi.
- Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı** (2006) *İnsan Hakları*, Ankara, Başbakanlık.
- Bell, Daniel A.** (1996) "The East Asian Challenge to Human Rights: Reflections on an East West Dialogue", *Human Rights Quarterly*, C:18, S:3, s.641-667.

- Bentham, Jeremy** (1864) *Theory of Legislation*, London, William Stevens (Çeviren: Hildreth, R.).
- Berber, Emre** (2017) "Türkiye'de İnsan Hakları Söyleminin Toplumsal Karşılığı", (Yüksek Lisans), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Best, Steven/Kellner, Douglas** (2011) *Postmodern Teori: Eleştirel Soruşturmalar*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları (Çeviren: Küçük, Mehmet).
- Biletzki, Anat** (2020) *Philosophy of Human Rights*, New York, Routledge.
- Brennan, Andrew/Yeuk-Sze, Lo** (Sonbahar 2021 Versiyonu) *Environmental Ethics*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/ethics-environmental>> s.e.t. 25.08.2021.
- Burke, Edmund** (2016) *Fransa'daki Devrim Üzerine Düşünceler*, Ankara, Kadim Yayınları (Çeviren: Arslan, Okan).
- Chirwa, Danwood Mzikenge** (2004) "The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, C:5, s.1-36.
- Cobbah, Josiah A. M.** (1987) "African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective", *Human Rights Quarterly*, C:9, S:3, s.309-331.
- Coşkun, Vahap** (2006) *İnsan Hakları: Liberal Açıdan Bir Tahlil*, Ankara, Liberte Yayınları.
- Çalış, Halit** (2010) "İslam ve İnsan Hakları: Ödev Öncelikli Toplum Modeli", Ayengin, Tevhit (Editör) *İnsan Hakları ve Din Sempozyumu*, 15-17 Mayıs 2009, Çanakkale, s.71-86.
- Çüçen, Abdulkadir** (2013) *İnsan Hakları*, Ankara, Sentez Yayıncılık.
- Dinstein, Yoram** (1976) "Collective Human Rights of Peoples and Minorities", *The International and Comparative Law Quarterly*, C:25, S:1, s.102-120.

- Doğan, İlyas** (2015) "İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri": Doğan, İlyas (Editör), İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, s.43-73.
- Domaradzki, Spasimir/Khvostova, Margaryta/Pupovac, David** (2019) "Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse", Human Rights Review, C:20, S:4, s.423-443.
- Donnelly, Jack** (2013) Universal Human Rights in Theory and Practice, New York, Cornell University Press.
- Douzinias, Coustas** (2016) Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, Ankara, NotaBene Yayınları (Çeviren: Sağlam, Rabia/Akbaş, Kasım).
- Erdoğan, Mustafa** (2016) İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Ankara, Orion Kitabevi.
- Fitzpatrick, Peter** (2002) The Mythology of Modern Law Sociology of Law and Crime, London, Routledge.
- Foucault, Michel** (1980) Power/Knowledge, New York, Pantheon Books (Çeviren: Gordon, Colin/Marshall, Leo/Mepham, John/Soper, Kate).
- Freeman, Michael** (2004) "The Problem of Secularism in Human Rights Theory", Human Rights Quarterly, C:26, S:2, s.375-400.
- Galtung, Johan** (2013) İnsan Hakları: Başka Bir Açıdan Bakış, İstanbul, Metis Yayıncılık (Çeviren: Sözen, Müge).
- Gerald, Shane D. Courtland/Schmidtz, David** (Sonbahar 2020 Versiyonu) Liberalism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/liberalism>> s.e.t. 25.08.2021.
- Gökpınar, Mahmut** (2015) "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:120, s.11-72.
- Gözler, Kemal** (2017) İnsan Hakları Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.

- Güler, İlhami** (2011) İtikattan İmana, Ankara, Ankara Okulu Yayınları.
- Harari, Yuval Noah** (2016) Homo Deus, İstanbul, Kolektif Kitap (Çeviren: Taneli, Poyzan Nur).
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan** (2003) "İnsan Haklarının Tarihsel Perspektif İçinde Gelişimi", Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C:1, S:1, s.73-92.
- Henning, Christoph** (2009) Ideology, The Blackwell Encyclopedia of Sociology, Malden, Oxford, Victoria, Blackwell Publishing.
- Heywood, Andrew** (2013) Siyasi İdeolojiler, Ankara, Adres Yayınları (Çeviren: Bayram, Ahmet Kemal/Tüfekçi, Özgür/İnaç, Hüsamettin/Akın, Şeyma/Kalkan, Buğra).
- Hobbes, Thomas** (2007) Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti, Yapı Kredi Yayınları (Çeviren: Lim, Semih).
- Hohfeld, Wesley Newcomb** (1917) "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", The Yale Law Journal, C:26, S:8, s.710-770.
- Ignatieff, Michael** (2001) Human Rights as Politics and Idolatry, Princeton, Princeton University Press.
- Kant, Immanuel** (2002) Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu (Çeviren: Kuçuradi, İonna).
- Kelsen, Hans** (2016) Saf Hukuk Kuramı, İstanbul, Nora Kitap (Çeviren: Uzun, Ertuğrul).
- Krautwald-Junghanns, M. E./Cramer, K./Fischer, B./Förster, A./Galli, R./Kremer, F./Mapesa, E. U./Meissner, S./Preisinger, R./Preusse, G./Schnabel, C./Steiner, G./Bartels, T.** (2018) "Current Approaches to Avoid the Culling of Day-Old Male Chicks in the Layer Industry, with Special Reference to Spectroscopic Methods", Poultry Science, C:97, S:3, s.749-757.

- Kraye, Jill** (2005) Humanism, Encyclopedia of Philosophy, 2. Baskı, C:4, Detroit, Thomson Gale.
- Lamont, Corliss** (1997) The Philosophy of Humanism, New York, Humanist Press.
- Law, Stephen** (2011) Humanism: A Very Short Introduction, Oxford, Oxford University Press.
- Locke, John** (2012) Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, İstanbul, Ebabel Yayınları (Çeviren: Bakırcı, Fahri).
- Lynn White, Jr.** (1967) "The Historical Roots of Our Ecologic Crisis", Science, C:155, S:3767, s.1203-1207.
- Machan, Tibor R.** (1998) Classical Individualism: The Supreme Importance of Each Human Being, London, Routledge.
- Macpherson, C. B.** (1962) The Political Theory of Possessive Individualism, Oxford, Oxford University Press.
- Mandeville, Bernard** (1988) The Fable of the Bees or Private Vices, Public Benefits, vol 1-2, Indianapolis, Liberty Fund.
- Maritain, Jacques** (1948) "Introduction": UNESCO (Editör), Human Rights: Comments and Interpretations, Paris, UNESCO.
- Marks, Karl** (1997) Yahudi Sorunu, Ankara, Sol Yayınları (Çeviren: Erdost, Muzaffer İlhan).
- Nickel, James** (Sonbahar 2021 Versiyonu) Human Rights, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/rights-human>> s.e.t. 23.08.2021.
- Nietzsche, Friedrich** (2003) Şen Bilim, Bursa, Asa Kitabevi (Çeviren: Özşar, Levent).

- Okere, B. Obinna** (1984) "The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems", *Human Rights Quarterly*, C:6, S:2, s.141-159.
- Omar, Mahomed Shoaib** (1993) *Selected Essays in Islamic Law*, Durban, M. S. Omar.
- Özdemir, Ali Murat/Ayktut, Ebubekir** (2010) "Marksizm ve Hak Kavramı: Kuramsal Bir Yaklaşım Denemesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, C:28, s.23-44.
- Senger, Harro von** (1993) "Chinese Culture and Human Rights": Schmale, Wolfgang (Editör), *Human Rights and Cultural Diversity: Europe, Arabic-Islamic World, Africa, China*, Bochum, Keip Publications, s.281-333.
- Sponsel, Leslie E.** (2006) *Animism*, *Encyclopedia of Anthropology*, C:1, Thousand Oaks, London, New Delhi, Sage Publications.
- Sunay, Reyhan** (2015) "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:23, S:1, s.9-52.
- Swancutt, Katherine Anne** (2019) *Animism*, *The Cambridge Encyclopedia of Anthropology*, <<https://www.anthroencyclopedia.com/entry/animism>> s.e.t. 10.08.2021, s.1-17.
- Taylor, Katy/Gordon, Nicky/Langley, Gill/Higgins, Wendy** (2008) "Estimates for Worldwide Laboratory Animal Use in 2005", *Alternatives to Laboratory Animals*, C:36, S:3, s.327-342.
- Turner, Bryan S.** (2005) *Individualism*, *Encyclopedia of Social Theory*, C:1, Thousand Oaks, London, New Delhi, Sage Publications.
- Umâra, Muhammed** (1992) *İslâm ve İnsan Hakları: Haklar Değil Gereklilikler*, İstanbul, Denge Yayınları (Çeviren: Kanar, Asım).

- United Nations**, Universal Declaration of Human Rights, <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> s.e.t. 31.08.2021.
- Vasak, Karel** (1977) "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", UNESCO Courier, C:30, S:11, s.29-32.
- Vincent, Andrew** (2010) Modern Political Ideologies, Oxford, Blackwell.
- Weeramantry, C. G.** (1988) Islamic Jurisprudence: An International Perspective, London, The Macmillian Press.
- Yayla, Mustafa** (2011) İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik, Konya, Çizgi Kitabevi.
- Yıldız, Mustafa** (2010) Alternatif İnsan Hakları Kuramı, İstanbul, Çıra Yayınları.

İŞ YERİNDE PSİKOLOJİK TACİZE MARUZ KALAN KAMU PERSONELİNİN İZLEYEBİLECEĞİ HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI*

Dr. Mehpare ÇAPTUĞ DİLEK**

ÖZET

Dünyada ilk olarak 1980'li yıllarda iş yaşamında kullanılmaya başlanan psikolojik taciz (mobbing) kavramı, özel sektör çalışanları için olduğu kadar kamu personeli için de önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu çalışmada, kamu personeli bakımından psikolojik taciz ve psikolojik tacize karşı izlenebilecek hukuki başvuru yolları incelenmektedir.

İdare hukuku bağlamında, psikolojik tacize maruz kalan bir kamu personeli öncelikle idari başvuru yollarına başvurabileceği gibi doğrudan idari yargıda dava açabilir ve maruz kaldığı eylem suç niteliğinde ise Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyet de bulunabilir. Ayrıca yargı yollarını tüketip sonuç alamaması durumunda bir iç hukuk yolu olarak 2012 yılından itibaren hukuk sistemimizde yerini alan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla hak arama imkânına da sahiptir.

Kamu personelinin yargı yoluna gitmeden evvel başvurabileceği pek çok idari başvuru yolu bulunmaktadır. Ancak önemli olan psikolojik tacizin durdurulması ve bir daha tekrarlanmamasının sağlanması açısından bu başvuru yollarının etkili olmasıdır. Uygulamada, başvuru idari kurulların kararlarının bağlayıcı olmaması çoğu zaman bireyleri yargı yoluna sevk etmektedir. Bu çerçevede idari yargı yerlerinin içtihatları da günden güne gelişerek şekillenmektedir. Gerek toplumsal farkındalığın artması gerekse yargı kararlarında birliğin sağlanması açısından ayrı bir yasal bir düzenlemenin yapılması faydalı olacaktır.

Anahtar kelimeler: Psikolojik Taciz, İdari Başvuru Yolları, Kamu Personeli, Mobbing Davaları, İdarenin Sorumluluğu.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1063489 – Geliş Tarihi: 26.01.2022 – Kabul Tarihi: 13.05.2022 Bu çalışma “Kamu Personel Hukukunda Mobbing ve Mobbinge Karşı İzlenebilecek Hukuki Başvuru Yolları” başlığı ile 11.04.2021 tarihinde, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi’nde sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı’nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, mehpare.captug@deu.edu.tr, ORCID: ID: 0000-0002-1377-2742.

LEGAL REMEDIES TO DEAL WITH PSYCHOLOGICAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE

ABSTRACT

The concept of psychological harassment (mobbing), which was first used in business life in the 1980s, poses an important problem for public employees as well as for private sector employees. In this study, the concept of psychological harassment and the legal remedies that can be followed against psychological harassment by public personnel are examined.

In the context of administrative law, a public officer who is exposed to psychological harassment may first apply to administrative application remedies or may file a lawsuit directly in the administrative jurisdiction. If the act he has been exposed to is a crime, he can also file a complaint with the Office of the Chief Public Prosecutor. In addition, in case of exhaustion of the judicial remedies and failure to obtain results, it also has the opportunity to seek rights through individual application to the Constitutional Court, which has taken its place in Turkish legal system since 2012, as a domestic legal remedy.

Administrative remedies that can be applied by a public officer before going to the judiciary are varied and numerous. However, the important thing is that these remedies should be effective in stopping the psychological harassment and preventing the recurrence. In practice, the fact that the decisions of the administrative boards are not binding, often leads individuals to judicial proceedings. In this context, the jurisprudence of the administrative courts is increasing day by day. Thus, it would be beneficial to make a separate legal regulation on mobbing in terms of both increasing social awareness and ensuring unity in judicial decisions.

Keywords: Psychological Harassment, Administrative Remedies, Public Personnel, Cases About Mobbing, Administration Responsibility.

GİRİŞ

Sosyal hayatın olduğu her ortamda yaşanma ihtimali olan ve bu sebeple de günlük hayatımızda karşılaşma ihtimalimizin çok yüksek olduğu “psikolojik taciz/ mobbing” kavramı hukuki açıdan incelenmesi ve çerçevesi çizilmesi gereken bir kavramdır. Bu anlamda genellikle iş hukuku alanında çalışmalara konu yapılmış olan psikolojik taciz kavramı, kamu personel hukuku bakımından da oldukça önem arz etmektedir.

Çalışma kapsamında, öncelikle psikolojik taciz kavramı açıklanacak olup, kamu personel hukukundaki özel görünüm şekilleri üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, mevzuatımızda yer alan düzenlemelerin neler olduğu tespit edilecektir. Ardından ise, psikolojik tacize maruz kalan kamu personelinin hukuki korunma yolları, idari başvurular ve yargısal başvurular olmak üzere iki temel başlık altında incelenecektir. İdari başvurular başlığı altında; idareye şikâyet başvurusu, Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru, Kamu Görevlileri Etik Kuruluna başvuru, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna başvuru, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında isnat ve iftiralara karşı korunma hakkının talep edilmesi ve son olarak çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması imkânları değerlendirilecektir. Yargısal başvuru yolları kapsamında ise, öncelikle psikolojik taciz amacıyla tesis edilen idari işlemler için iptal davası açılması ve uğranılan zararın tazmini istemiyle tam yargı davası açılması, konusu suç teşkil eden fiiller dolayısıyla Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyette bulunma ve son olarak 2012 yılı itibariyle hukuk sistemimizde yerini alan, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ve etkililiği incelenecektir.

I. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) KAVRAMI

A. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) TANIMI

İş yaşamında “*mobbing*” kavramını 1980’li yıllarda ilk kez kullanan İsveç’te yaşayan Alman asıllı endüstri psikoloğu Heinz Leymann, mobbingi “*bir veya birden fazla kişi tarafından, sistematik olarak genellikle bir kişiye yöneltilen ve bu kişiyi çaresiz ve savunmasız bir duruma iten, hasmane, ahlak dışı ve süreklilik arzeden eylemler aracılığıyla kurulan iletişim biçimi*” olarak

tanımlamaktadır¹. Leymann mobbing kavramını “psikolojik terör” olarak da adlandırmaktadır². Belirtmek gerekir ki, doktrinde, mobbing terimi³ ve tanımı üzerinde bir görüş birliği bulunmamaktadır⁴. Çok farklı şekillerde ortaya çıkabilen mobbingin tam ve kesin bir tanımının yapılabilmesi pek de kolay görünmemekle birlikte⁵, Latince kökenli olan bu terim, en dar anlamıyla bir kişinin kasıtlı olarak sıkıştırılması, bunaltılması, uzun süreli ve sistematik biçimde baskı oluşturulması şeklinde ifade edilmektedir⁶.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) mobbing kavramını, “intikamcı, acımasız, şeytanca ve onur kırıcı eylemler aracılığıyla bir işçiye veya bir grup işçiye zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranışlar” olarak tanımlamıştır⁷.

¹ **Leymann, Heinz** (1996) “The Content and Development of Mobbing At Work”, European Journal of Work and Organizational Psychology, C:5, S:2, s.168; **Tınaz, Pınar** (2006) “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:3, s.12.

² **Leymann**, s.168.

³ Tınaz, mobbing kavramını “işyerinde psikolojik taciz” olarak Türkçeleştirmiştir. **Tınaz**, s.1. 2011 tarihli “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı Başbakanlık Genelgesi’nde de bu terim tercih edilmiştir. Mobbing terimini karşılamak üzere, psikolojik terör, yıldır kaçır, bezdiri gibi terimler kullanılması mümkün olmakla birlikte, çalışmamız kapsamında yargı kararlarında da daha yaygın olarak tercih edilen “mobbing” ve Türkçe karşılığı olarak “iş yerinde psikolojik taciz” terimini kullanmayı tercih ettik.

⁴ **Okuyucu Ergün, Güneş** (2017) “Ayrımcı Mobbing”, 5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Akademik Program Tebliğleri, s.186 <<http://www.icapff.com/5-Uluslararası-Suç-ve-Ceza-Film-Festivali-Akademik-Program-Tebliğleri.pdf>> s.e.t. 01.04.2022.

⁵ Zira Anayasa Mahkemesi de mobbing iddiasıyla önüne gelen başvurularda açık bir tanım yapmaktan kaçınarak, “mobbing teşkil eden ve psikolojik taciz, şiddet ve yıldırma türünden davranış grubu olarak kabul edilen” davranışlar ifadelerine yer vermektedir. AYM, Başvuru No: 2013/8175, K.T:15/04/2014, §39 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁶ **Davenport, Noa/Schwartz, RuthDistler/Elliott, GailPursell** (2003) Mobbing Emotional Abuse In The American Workplace, (Çev: ÖnerToy, Osman Cem), İstanbul, Sistem Yayıncılık, s.3; **Ünver, Yener** (2009) “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, Ceza Hukuku Dergisi C:4, S:11, s.101; **Bilge, Selahattin Samet** (2016) “Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:65, C:4, s.1246.

⁷ **Chappell, Duncan/ DiMartino, Vittorio** (2006) “Violence at Work” ILO Report, 3rd edition, s.3<https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9221108406_en.pdf> s.e.t. 01.04.2022.

Her ne kadar daha ziyade özel sektörde işçi-işveren ilişkileri kapsamında gündeme geliyor olsa da kamu personeli bakımından da mobbing kavramı önem arz etmekte ve mobbinge dayalı şikayet ve açılan dava sayısında artış gözlemlenmektedir.⁸

Danıştay bir kararında⁹ barındırması gereken unsurlardan yola çıkarak mobbingi şu şekilde tanımlamıştır: “*Mobbing; mevcut gücün ya da pozisyonun kötüye kullanılarak; sistematik olarak psikolojik şiddet, baskı, kuşatma, taciz, aşağılama, tehdit vb. şekillerde tecelli eden duygusal bir saldırdır. Kişinin saygısız ve zararlı bir davranışın hedefi olmasıyla başlayıp; işverenin ima ve alay ile karşısındakinin toplumsal itibarını düşürmeyi de içeren saldırgan bir ortam yaratarak onu işten çıkmaya zorlamasıdır. Yaş, cinsiyet, ırk ayrımı olmaksızın kişiyi iş yaşamından dışlamak amacı ile kasıtlı olarak yapılır. Mobbinge maruz kalan kişiler gördükleri zararın büyüklüğü ve etkisiyle, işlerini yapamaz duruma gelebilmektedirler.*” Danıştay’ın vermiş olduğu bir başka kararda¹⁰ ise mobbing şu şekilde tanımlanmıştır: “*Mobbing; işyerlerinde bir veya birden fazla kişi tarafından diğer kişi ya da kişilere yönelik gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan; mağdur ya da mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine veya sağlıklarına zarar veren; kötü niyetli, kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışlar bütünü olarak tanımlanmaktadır.*” Danıştay’ın mobbingin temel özelliklerinden yola çıkarak yapmış olduğu tanımın içtihatlarla yerleşmiş olduğu gözlemlenmektedir¹¹.

B. İŞ YERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ TÜRLERİ VE ÖZELLİKLERİ

İş ortamı ve iş hayatı doğası gereği içerisinde rekabet, öne çıkma arzusu, iletişim, başarı, takım çalışması, çatışma ve bunlara dayalı iyi ilişkileri olduğu

⁸ Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi ALO 170 hattına mobbing nedeniyle yapılan şikâyetlerden %31’inin kamu sektöründen geldiği ifade edilmektedir. Erkal, Atilla (2015) İdare Hukukunda Mobbing, Ankara, Adalet Yayınevi, s.2.

⁹ Danıştay 8. Dairesi, E:2016/5696, K:2018/1160, T: 01.03.2018, (www.kazanci.com).

¹⁰ Danıştay 2. Dairesi, E:2015/6046, K:2017/6537, T: 25.10.2017, (www.kazanci.com.tr).

¹¹ Danıştay 12. Dairesi, E:2011/5125, K:2015/4394, T: 01.07.2015, (www.kazanci.com).

kadar kötü ilişkileri de bulundurmaktadır. Dolayısıyla bu tür durumların belirli bir düzeye kadar meydana gelmesi normal karşılanmaktadır¹². İş yerinde psikolojik taciz, genellikle hiyerarşik olarak üst kademede olanların alt kademede yer alanlara karşı uygulamış olduğu bir davranış biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır¹³. Nitekim, hiyerarşik amir, hiyerarşi gücünden kaynaklanan bazı yetkilere sahiptir. Örneğin hiyerarşik amir, astlarının memuriyet durumlarına ilişkin bazı işlemleri (örneğin atama-yükseltme işlemleri yapabilme, disiplin cezası verme, hizmet yerini değiştirme gibi) yapma, asta emir verme, astın işlemlerini denetleme yetkilerine sahiptir¹⁴.

Bu hususta 657 sayılı DMK m.10/2-3'te amire maiyetindeki memurlara eşit davranma yükümlülüğü yüklemektedir. Buna göre: “*Amir, maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde davranır. Amirlik yetkisini kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslar içinde kullanır.*”

Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremez ve maiyetindeki memurdan hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz, hediyesini kabul edemez ve borç alamaz.”

Belirtmek gerekir ki, eşit statüde yer alan personelin de birbirine karşı ya da nadiren alt kademede yer alanların üst kademede bulunanlara karşı psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek davranışları söz konusu olabilmektedir.

Çalışma ortamlarında üst kademelerden alt kademelere veya alt kademelerden üst kademelere uygulanan psikolojik şiddet¹⁵, “*hiyerarşik (dikey)*

¹² **Tınaz**, s.9; **Yıldız, Selver/Kılkaş, İlknur** (2010) Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından

Bir Bakış, Çalışma İlişkileri Dergisi, C: 1, S:1, s. 72.

¹³ **Kasapoğlu Turhan, Mine** (2013) “Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları”, TBB Dergisi, S.105, s.96.

¹⁴ **Günday, Metin** (2011) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s.83; **Sancakdar, Oğuz/ Önüt, Lale Burcu/ Us Doğan, Eser/ Kasapoğlu Turhan, Mine/ Seyhan, Serkan** (2020) İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.375 vd.

¹⁵ Dünya Sağlık Örgütü (WHO), psikolojik şiddeti “Kişi veya gruplara karşı güç kullanarak, bu kişi veya grupların fiziksel, ruhsal, ahlaki ve sosyal gelişimlerine zarar veren tutum ve davranışlar” şeklinde tanımlamaktadır. **Akgeyik, Tekin/Güngör Delen, Meltem/Uşen, Selale** (2013) Çalışma Yaşamında Psikolojik Taciz, Ankara, Özyurt Matbaacılık, s.17

şiddet” olarak adlandırılırken, eşit statüde bulunanlar arasında uygulanan psikolojik şiddet, “fonksiyonel (yatay) şiddet” olarak adlandırılmaktadır¹⁶. Yatay şiddet, işyerinde kıskançlık, yarışma, çekememezlik gibi sebeplerden kaynaklanabilmektedir¹⁷.

İş yerinde psikolojik taciz olarak nitelendirilen davranış biçiminin en belirgin özelliklerini; kasıtlı olarak yapılması, sistematik olarak tekrarlanması¹⁸, uzun bir zamandan beri devam ediyor olması¹⁹ ve çalışanı işyerinden uzaklaştırmayı amaç edinmesi oluşturmaktadır. Örneğin Daniştaş²⁰ davacının mobbing olarak nitelendirdiği davranışlara yönelik yaptığı bir değerlendirmede; “*Milli emlak müdür yardımcısı davacı ile milli emlak müdürü arasında, görev yaptığı süre içerisinde mili emlak müdürünce oluşturulan komisyonlarda üye olarak görevlendirilmemesi, yıllık izin dönüşü göreve başlamak istediği halde göreve başlatılmaması, disiplin cezası öncesinde savunma istem yazısında, "o kadar çok sevdiğiniz amcanızın ölümüyle ilgili herhangi bir izin talebiniz ve görevden ayrılma kaydına rastlanılmamıştır" ifadelerinin kullanılması, disiplin cezası işleminin, ilgili birimlerin atlanarak Maliye Bakanlığı'na gönderilmesi, disiplin cezasına dair yargı kararı üzerine, aylığından kesilen asıl alacağın yasal faizinin ödenmemiş ise de, mobbingin, devamlı surette sistematik baskı oluşturmaya yönelik olduğu hususu göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen olayların ve diğer olayların mobbing kapsamında*

¹⁶ **Solmuş, Tarık** (Haziran-2005) “İş Yaşamında Travmalar: Cinsel Taciz ve Duygusal Zorbalık/Taciz /Mobbing”, İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C:7, S:2, s.6-7; **Sancakdar, Oğuz/ Altınok Çalışkan, Elif/ Dursun, Gizem/ Seyhan, Serkan/ Yağcı, Pınar/Karaca, Egemen** (2022) Disiplin Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.104.

¹⁷ **Işık, Emre** (2007) “İşletmelerde Mobbing Uygulamaları ile İş Stresi İlişkisine Yönelik Bir Araştırma”, (Yüksek Lisans), Yıldız Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.45; **Erdoğan, Gülnur** (2009) “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)”, TBB Dergisi, S:83, s.326.

¹⁸ Bu anlamda, örneğin kamu personeli ile hiyerarşik amiri ya da eşit statüdeki başka personel arasındaki bir seferlik tartışma psikolojik taciz/mobbing olarak değerlendirilemeyecektir.

¹⁹ Leymann’a göre işyerinde psikolojik tacizden söz edebilmek için, bu eylemlerin sık yapılması (en az haftada bir kere) ve uzun bir zaman dilimine (en az altı ay) yayılması ve bu eylemler nedeniyle mağdur olan kişinin ruhsal, psikosomatik ve sosyal açıdan derin bir mutsuzluk içine girmesi gerekmektedir. **Leymann**, s.168.

²⁰ Daniştaş 12. Dairesi, E:2011/9558, K:2015/6377, T:0 2.12.2015, (www.kazanci.com).

değerlendirilmesi mümkün değildir.” sonucuna varmıştır. Danıştay kararlarında mobbingi değerlendirirken, mobbing unsuru olarak iddia edilen davranışların sistematik olarak devam edip etmediğini irdelemekte, sistematik olmayan davranışları mobbing olarak nitelendirmemektedir²¹.

²¹ Mobbingi idarenin haksız ve sistematik baskısı olarak nitelendiren Danıştay kararında; “2003-2010 yılları arasında davalı idarenin merkez biriminde çalışan ve olumsuz sicilii bulunmayan davacının, davalı idarenin bir kısım amir ve yöneticileri hakkında yürütülen ceza davasında ifade vermesinin ardından, yargı kararı ile sabit olduğu üzere 04/08/2010 tarihinde usulsüz şekilde üstünün aranmasıyla başlayan süreçte pek çok disiplin soruşturması ve disiplin cezasına muhatap olduğu, söz konusu disiplin cezalarının tamamının yargı kararları ile iptal edildiği, mahkeme kararlarının gerekleri şeklen yerine getirilerek aynı cezaların tekrar verildiği, davacının işten atılmasını gerektiren koşullar oluşmadığı halde meclis toplantısında bir idareci tarafından davacının işten atılması gerektiğinin ifade edildiği, davacının görev yerinin değiştirilerek ikametgahına çok uzak bir yere görevlendirildiği, sağlık sorunlarına ilişkin aldığı raporlara itibar edilmeyerek hakem hastaneye gönderildiği ve sağlık sorunlarına dayalı görev yeri değiştirme talepleri ile izin ve diğer özlük haklarına yönelik istemlerinin karşılanmadığı, eşinin doğum yapmasından bir gün önce talep ettiği yarım gün iznin verilmediği, memur olan kadrosunun yardımcı hizmetler sınıfı olarak değiştirildiği, davacının fiziksel ve ruhsal sağlığının bu süreçte bozulduğu ve davalı idarenin haksız ve sistematik baskısı sonucunda, uzun yıllar süren ağır bir psikolojik tacize (mobbinge) maruz kaldığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Söz konusu eylem ve işlemlerin yıllar boyu sistematik şekilde süreklilik gösterdiği ve davacının yaşamını çekilmez bir hale getirdiği dikkate alındığında, belirlenecek tazminat miktarının, olayın bir bütün olarak incelenmesi suretiyle sebepsiz zenginleşmeye yol açılmadan makul ölçüler içerisinde karşılanması ve işyerinde psikolojik taciz ve baskı olarak gerçekleşen eylem ve uygulamaların önlenmesi için idarelerce üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.” yönünde hüküm kurulmuştur. Danıştay 8. Dairesi, E:2019/6046, K: 2021/1626, K.T:17.03.2021 (www.kazanci.com). Örneğin, bir karşı oy yazısında Danıştay üyesi, “şikayetçi hakkında soruşturmalar açıldığı, şikayetçinin arazide resmi olarak görevlendirilmediğinden arazi tazminatı almadığı, ayrıca tanık ifadelerine göre, 7.9.2017 tarihinde şüpheliyle şikayetçi arasında yaşanan tartışmada “çık dışarı, burayı hemen terk et” diyerek odasından kovduğu belirlenmiş ise de, bu olumsuz durumların bezdiri (mobbing) olarak değerlendirilemeyeceği, şüphelinin söz konusu eylemlerin bezdiri (mobbing) doğuracak şekilde, kişiyi yıldıracak ağırlıkta sistematik olarak devam etmesi, psikolojisini bozacak düzeyde olması gerektiği, münferit bir tartışmada yaşanan olaydan hareketle şüphelinin bezdiri (mobbing) eylemi işlediği kanaatine varılmayacağı” yönünde değerlendirmelerde bulunmuştur. Danıştay 1. Dairesi, E:2020/948, K: 2020/921, T:07.07.2020, (www.kazanci.com).

II. MEVZUATIMIZDA YER ALAN KAMU PERSONEL HUKUKUNDA PSİKOLOJİK TACİZE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Psikolojik tacize ilişkin olarak mevzuatımızda, başta Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” olmak üzere, 10. maddesinde yer alan “Kanun önünde eşitlik” ve 49. maddesinde yer alan “çalışma hakkı ve ödevi” kamu personellerine hukuki başvuru yolları bakımından dayanak teşkil eden Anayasal düzenlemelerdir. Ayrıca Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca; Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda doğrudan psikolojik taciz/mobbing kavramına yer verilmemiş olmakla birlikte, Kanunun “Davranış ve işbirliği” başlıklı 8. maddesi devlet memurlarının işbirliği içerisinde çalışmasının esas olduğunu belirtilmiş; “Amir durumunda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları” başlıklı 10. maddesi ise amirlerin hakkaniyet ve eşitlik esasına göre memurlarına davranmasını hükme bağlanmıştır.

2011 yılında, “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı bir Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır²². Hem özel sektörde hem de kamu kurum ve kuruluşlarında meydana gelen psikolojik tacizi kapsayan Genelge ile, işyerinde psikolojik tacizin önlenmesi ve çalışanların psikolojik tacizden korunması için, hem işverenlere hem de idareye birtakım yükümlülükler yüklenmektedir²³.

Bu konuda mevzuatımızdaki önemli bir gelişme ise 20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun²⁴ yürürlüğe girmesidir. Kanun'un ilk maddesinde, Kanunun amacı “*işyerlerinde iş sağlığı ve*

²² R.G., 19.03.2011/27879.

²³ Söz konusu Genelgenin 5. maddesi uyarınca; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla “**Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu**” oluşturulmuştur. Kurul, çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmekle görevlendirilmiştir. <<https://ailevecalisma.gov.tr/media/1327/i%C5%9Fyerlerinde-psikolojik-taciz-mobbing-bilgilendirme-rehberi-2014.pdf>> s.e.t.08.04.2021.

²⁴ R.G., 30.06.2012/ 28339.

güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir” olarak belirtilmiştir. Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasına göre ise bu Kanun, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacaktır²⁵. Yine Kanun m.3/1-b’de çalışan, “kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, Kanun kamu görevlileri bakımından da koruma sağlamaktadır. Kanun’da kamu sektörüne de yer verilmiş olması önemli bir adımdır. Kanun’a göre işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür (m.4/1). Bu hükme göre, idare de kamu görevlilerinin işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğuna göre, işyerinde psikolojik tacizi önlemek için gerekli denetimleri yapmalı ve tedbirleri almalıdır²⁶.

Danıştay, mobbing iddiasıyla açılan bir davada, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın²⁷ Türkiye tarafından çekince konmaksızın imzalanan

²⁵ Ancak, Kanun’un 2. maddesinin 2.fıkrasında, bu Kanun’un kapsamı dışında kalanlar sayılmıştır:

“(2) Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz:
a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri.

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri.

c) Ev hizmetleri.

ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.

d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri”

Bu hükme göre, Türk Silahlı Kuvvetleri’nin, genel kolluk kuvvetlerinin, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı’nın faaliyetleri ile afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri kapsamında çalışmakta olan kamu görevlileri bu Kanun’un kapsamı dışında kalmaktadır.

²⁶ **Kasapoğlu Turhan**, s.93-94.

²⁷ Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ve “Şartın İmzacı Tarafları”nın uymayı kabul ve taahhüt ettikleri Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi), 1961 yılında Turin’de imzaya açılmış ve 1965 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye Avrupa Sosyal Şartı’nı 1989’da imzalamış olup, bu tarihten itibaren Şart’ın denetim mekanizmaları işlemeye başlamıştır. Daha sonra ise 1996 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı olarak yeniden oluşturulmuş ve imzaya açılmıştır. Türkiye tarafından 2 Nisan 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Şart, 6 Ekim 2004 tarihinde bazı maddelere çekince konularak kabul edilmiş, 27 Haziran 2007 tarihinde

“onurlu çalışma hakkı” başlıklı 26. maddesinde yer alan; “tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak; 1- Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı; 2- Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler.” şeklindeki düzenlemeye yer vererek karar tesisinde dayanaklar arasında göstermiştir²⁸.

Son olarak 2016 yılında yürürlüğe girmiş olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda²⁹, “işyerinde yıldırma” kavramı m.2/1(g) uyarınca; “Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, biktirmek amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler” olarak tanımlanmıştır. “Taciz” kavramı ise, Kanun’un m.2/1(j) bendinde “Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış” olarak tanımlanmıştır. Kanun bazında böyle bir tanımlamanın yapılmış olması pozitif hukukumuz bakımından önemli bir gelişmedir.

III. KAMU PERSONELİNİN PSİKOLOJİK TACİZE KARŞI İZLEYEBİLECEĞİ HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI

A. İDARİ BAŞVURU YOLLARI

İş yerinde psikolojik tacize maruz kalan kamu personeli doğrudan yargısal yollara başvurabileceği gibi, yargısal yollara başvurmadan evvel idari başvuru yolları vasıtasıyla da hak arama yolunu deneyebilir. Belirtmek gerekir

Türkiye Gözden Geçirilmiş Şart’ı onaylamış ve 1 Ağustos 2007 tarihi Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. R.G., 09.04.2007/26488.

²⁸ Danıştay 8. Dairesi, E:2019/6046, K: 2021/1626, T:17.03.2021, (www.kazanci.com).

²⁹ R.G., 20.4.2016/29690.

ki, söz konusu idari başvuru yollarının kullanılması yargısal başvuru yapabilmek için zorunlu olmamakla birlikte, kimi yargı kararlarında ispat vasıtası olmaları sebebiyle önem atfedilmektedir.

Örneğin; Danıştay tarafından, davacının; davalı idarede kendisine ayrımcılık yapıldığı, mesleğine uygun görev verilmediği, uygun olmayan ortamlarda çalıştırıldığı, kronik astım hastası olduğu, ikametine uzak yerlerde görev yaptığı, servis imkânlarından faydalanamadığı, mesleğine uygun olarak çalışmasının sürekli engellendiği, kendisine psikolojik taciz (mobbing) uygulanarak madden ve manen zarara uğratıldığı gerekçesiyle açılan dava, “*uyuşmazlıkta, davacının, kendisine bezdiri (mobbing) uygulandığı yolundaki yakınmalarının disipliner ya da cezai yönden bir şikâyetin konusu edilmek suretiyle idari süreçlerden geçmediği, dolayısıyla da idari eylemlerden, hizmet kusurlarından ya da kamu görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan tazminat davalarında aranılan "hukuka aykırı eylem ile davacının uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması" koşulunun sağlandığının ortaya konulmadığı; davacı tarafından yaşandığı iddia edilen olayların, davacıya yönelik mobbing uygulamaları olduğu bu aşamada ve mevcut delil durumuna göre kabul edilemeyeceğinden idarenin tazminat gerektirir ağırlıkta bir hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle*” reddedilmiştir³⁰. Kararda, mobbing durumunda davacının idari başvuru yollarını tüketmemiş olması mobbingin ispatı bakımından eksiklik olarak değerlendirilmiştir.

1. İdareye Şikâyet Başvurusu

Anayasa'nın “dilekçe hakkı”nı düzenleyen 74. maddesi ve kamu görevlilerinin şikâyet hakkını düzenleyen 657 sayılı DMK'nın 21. maddesi³¹

³⁰ Danıştay 2. Dairesi, E:2020/1994, K:2020/3149, T: 22.10.2020, (danistay.gov.tr); Mobbing sebebiyle açılan tazminat davalarında delil hususu önem arz etmektedir. Nitekim Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi'nin “...somut olayda kamu personeli ya da idarece davacıya bezdiri (mobbing) uygulandığı yolunda hukuken kabul edilebilir bir kanıt sunulmaksızın, salt idari davaya da konu edilebilecek bir kısım idari işlemlerden hareketle bulunulan tazminat talebinin kabulünün mümkün olmadığı...” yönündeki kararını onamıştır. Danıştay 2. Dairesi, E:2018/2586, K:2020/3332, (danistay.gov.tr).

³¹ 657 sayılı DMK. m.21: “Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikâyet ve dava açma hakkına sahiptirler.

uyarınca, kamu görevlileri amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari işlem ve eylemlerden dolayı şikâyet hakkına sahip olup, bu şikâyet başvurusuna, idare tarafından bir cevap verilmesi zorunludur. Aksi takdirde, idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Devlet Memurlarının Şikâyet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik'in³² 6. maddesine göre ise, “Şikâyet hakkında karar verme yetkisi şikâyet edilenin ilk disiplin amirine aittir. Şikâyeti kabul eden ancak karar verme yetkisi bulunmayan amirler bunları silsile yolu ile ve kendi görüşlerini de ilave etmek suretiyle birinci fıkrada belirtilen amirlere 3 gün içinde intikal ettirirler. Şikâyet edene de durum hakkında bilgi verirler.” Yönetmelik'in 9. maddesine göre, şikâyette bulunan veya şikâyet edilen, idarece verilen karara karşı, kararın kendisine tebliğini izleyen günden itibaren 10 gün içinde bir üst mercie itiraz edebilir.

Ayrıca Yönetmelik m.14'e göre, “Bu Yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun olarak yapılmış bulunan şikâyet ve müracaatlar hakkında Yönetmelikte öngörülen görevlerini zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirmeyen amirlere durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik 125 nci maddesinde sayılan disiplin cezalarından birisi verilir. İhbar yükümlülüğünü yerine getiren devlet memurlarına ihbarlarından dolayı bir ceza verilemez, doğrudan veya dolaylı olarak hizmet koşulları kısmen de olsa ağırlaştırılamaz ve değiştirilemez.”

Danıştay 2. Dairesinin 2020 tarihli bir kararında³³, “davacının iddialarının fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurlar değerlendirildiğinde; 2004 ile 2009 yılları arasında davalı idare tarafından davacının yer değiştirmeye tabi tutularak işyerinden ve çalıştığı birimden uzaklaştırıldığı, yapılması gereken ödemelerin çeşitli gerekçeler ileri sürülerek ilgili personel tarafından geç yapıldığı veya hiç yapılmadığı; davacı tarafından

Müracaat ve şikâyetler söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikâyet edilen amirler atlanarak yapılır.

Müracaat ve şikâyetler incelenerek en kısa zamanda ilgiliye bildirilir. Müracaat ve şikâyetlerle ilgili esas ve usuller Cumhurbaşkanınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

³² R.G., 12.01.1983/ 17926.

³³ Danıştay 2. Dairesi, E:2020/1868, K:2020/3341, T: 11.11.202, (danistay.gov.tr).

bu konulara ilişkin şikâyetlerinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına iletilmesi üzerine Teftiş Kurulu Başkanlığınca düzenlenen 07/04/2010 günlü, 47 sayılı Bakan Olurunda, davacının iddialarının soruşturma raporu ile teyit edildiği; davacı hakkında tesis edilen işlemlerin kişilik haklarını ihlal ederek, davacı üzerinde fiziki ve ruhsal olumsuz etkilere yol açtığı, davacıya yönelik olarak belirli bir süre sistematik biçimde devam eden yıldırma, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan bu işlemler nedeniyle, olayda, adı geçene manevi tazminat ödenmesini gerektiren koşulların oluştuğu sonucuna varıldığı” ifade edilmiştir. Söz konusu kararda davacının şikâyetlerinin soruşturma raporu ile teyit edilmesinin mobbingin ispatında delil olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Hakkında mobbing uyguladığı gerekçesi ile şikâyetçi olunan kamu personeline, idare tarafından disiplin soruşturması sonucunda disiplin cezası verilebilir. Örneğin, maiyetindeki personele mobbing uyguladığı iddia edilen başhemşire hakkında verilen kararda Danıştay, hakkında mobbing başta olmak üzere çeşitli konularda şikâyetçi olunması ve anılan şikâyet sonrasında başlatılan disiplin soruşturması sonucunda hazırlanan raporda yer alan tespitler karşısında bulunduğu yerde başhemşire olarak görev yapmasının kamu hizmetinin olumsuz yönde etkileyeceği yönünde hüküm vermiştir³⁴.

2. Kamu Denetçiliği Kurumuna Başvuru

Anayasa'nın 74. maddesine göre, herkes, kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. 2012 yılında yürürlüğe giren 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun³⁵ 5. maddesi uyarınca, Kamu Denetçiliği Kurumunun görevi idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemektir.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 17. maddesine göre, Kurum'a başvuruda bulunulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi zorunludur. Eğer idare, psikolojik tacize ilişkin başvuruya 60 gün içinde olumsuz cevap verirse, bu cevabın tebliğinden itibaren; 60 gün içinde cevap vermezse, 60 günlük sürenin biti-

³⁴ Danıştay 5. Dairesi, E:2013/789, K:2014/6439, T:30.09.2014, (www.kazanci.com).

³⁵ R.G., 29.6.2012/28338.

minden itibaren 6 ay içinde, psikolojik taciz mağduru kamu görevlisi, Kuruma başvurabilecektir.

Söz konusu Kanun uyarınca, psikolojik tacize maruz kalan kamu görevlisinin Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapacağı başvuru üzerine verilecek karar idari davaya konu olabilecek icrai bir karar niteliğinde olmayacaktır. Çünkü, 6328 sayılı Kanun m.5/1'e göre, Kurum, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarına ilişkin olarak idareye sadece önerilerde bulunmakla görevlidir. Kurumun idarenin işlem ve eylemleri üzerinde başka bir yetkisi bulunmadığı gibi, herhangi bir yaptırım uygulama yetkisi de yoktur.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu m.20/2- 3'e göre "*Kurum, inceleme ve araştırma sonucunu ve varsa önerilerini ilgili mercie ve başvurana bildirir. Kurum, başvurana, işleme karşı başvuru yollarını, başvuru süresini ve başvurulacak makamı da gösterir.*

İlgili merci, Kurum'un önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya Kurumun önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini otuz gün içinde Kurum'a bildirir."

Kurumun kamu kurumlarında mobbinge ilişkin vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, başvuruların büyük bir çoğunluğu hakkına "ret kararı" verildiği, daha az oranda ise "tavsiye kararı" verildiği gözlemlenmektedir³⁶. Kurum'un mobbinge ilişkin başvurularda ret kararı vermesinin gerekçesi yapılan başvurularda yer alan iddiaların mobbingin unsurlarını taşıyamaması gerekçesiyledir. Örneğin Kuruma yapılan bir başvuruda³⁷, Kurum; "*Başvuranın iddia ettiği şekilde mobbingin var olabilmesi için kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerin olması gerekmekte olup, başvuranın ...Ortaokulu'nda, görsel sanatlar öğretmeni olarak görev yaptığı süre içinde okul müdürlüğü ve müdür*

³⁶ Kurum kararları için bkz. <<https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama?s.e.t.04.04.2022>.

³⁷ KDK, Sayı: 2019/2263-S.3324, Başvuru No: 2019/1866, Karar Tarihi: 07.05.2019, (kararlar.ombudsman.gov.tr); Benzer yönde; KDK, Sayı: 2021/14520-S.21.23263, Başvuru No: 2021/9024, Karar Tarihi: 08.10.2021, (kararlar.ombudsman.gov.tr); KDK, Sayı: 2021/3239-S.21.5205, Başvuru No: 2020/102972, Karar Tarihi: 25.02.2021, (kararlar.ombudsman.gov.tr).

yardımcılığı görevlendirmelerinde ilgili idarenin işlemlerinin hukuka aykırı bir durum oluşturmadığı, söz konusu işlemlerin idarenin takdir yetkisini kullanabileceği alanlardan biri olduğu hususu dikkate alındığında idarenin bahse konu işlemleri sonucu başvuranın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi gibi kötü muameleye tabi tutulmadığı değerlendirildiğinden, dosyada sunulan belgelerden mobbingin tespiti yapılamamaktadır.” değerlendirmesinde bulunmuştur.

Kurumun tavsiye kararı verdiği az sayıda kararında ise, ilgili idareye mobbing iddialarına yönelik inceleme başlatılması ve mobbing niteliği tespit edilen idari işlem ve eylemlerin sonuçlarının ortadan kaldırılması yönünde tavsiyede bulunulduğu görülmektedir. Örneğin, Kurum tarafından kabul edilen bir başvuruda³⁸, “Başvuranın; mobbing iddialarının tam olarak ortaya konulabilmesi için bir an önce Milli Savunma Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığınca mobbing iddialarına yönelik yerinde inceleme/soruşturma başlatılması, soruşturmanın sonucuna göre haklı görülmesi halinde başvuranın talebi doğrultusunda görev yerinin ailesinin bulunduğu İstanbul il merkezinde durumuna uygun bir yere yeniden atamasının yapılması ve bundan sonraki süreçte mobbing olarak algılanacak uygulamalara fırsat verilmemesi için gerekli tedbirlerin alınması yönünde” ilgili idareye tavsiyede bulunulmasına karar verilmiştir. Kuruma yapılan kimi başvurularda ise, mobbing unsuru olarak nitelendirilen bir idari işlemin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi talep edilmeyip sadece uygulanan mobbingin tespitinin yapılması ve sonlandırılması talep edilmektedir. Bu yönde yapılmış bir başvuruda Kurum tarafından verilmiş bir kararda; “Başvuran hakkında uygulanan ve mobbing unsurlarını taşıyan tutum, davranış ve işlemlerde hatalı davranıldığına kabulü ile bundan böyle mobbing olarak algılanacak davranışlarda bulunulmaması yönünde” tavsiyede bulunulmuştur. Bu tür tavsiye kararlarının soyut niteliği itibarıyla ilgili idare bakımından ancak moral bağlayıcılığı olması söz konusu olabilir. Ancak Kurumun yetkileri göz önüne alındığında daha işlevsel kararlar tesis etmesi de mümkün görünmemektedir.

³⁸ KDK, Sayı: 2021/8455-S.21.13613, Başvuru No: 2020/102089, Karar Tarihi: 04.06.2021, (kararlar.ombudsman.gov.tr).

Kurum tarafından verilen kararların sistematiğine bakıldığında; öncelikle başvuranın iddia ve talepleri ve ilgili idarenin açıklamalarına yer verildikten sonra, mobbinge ilişkin mevzuat hükümleri sıralanmakta, mobbinge ilişkin içtihatlar ise Yargıtay içtihatlarına yer verilmektedir. Kanaatimizce uyuşmazlık konusu idari yargıyı ilgilendiren başvurular bakımından³⁹, Danıştay'ın da son zamanlarda mobbinge ilişkin içtihat sayısı artmış olduğundan Danıştay içtihatlarından faydalanmak daha doğru olacaktır.

3. Kamu Görevlileri Etik Kuruluna Başvuru

Psikolojik taciz mağduru kamu görevlileri, kurum veya kuruluşta etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalar bulunduğu iddiasıyla, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁴⁰ uyarınca Kamu Görevlileri Etik Kuruluna başvurabilirler.

Ancak 5176 sayılı Kanun m.4/1'e göre, Kurul'a en az genel müdür veya eşiti seviyedeki kamu görevlileri hakkında başvurulabilir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, *“diğer kamu görevlilerinin, etik davranış ilkelerine aykırı uygulamaları bulunduğu iddiasıyla yapılacak başvurular, ilgili kurumların yetkili disiplin kurullarında, Kurul tarafından çıkarılan yönetmeliklerde belirlenen etik davranış ilkelerine aykırılık olup olmadığı yönünden değerlendirilir. Değerlendirme sonucu alınan karar, ilgililere ve başvuru sahibine bildirilir”*. 4. maddenin son fıkrasına göre ise *“Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış bulunan uyuşmazlıklar hakkında Kurula veya yetkili disiplin kurullarına başvuru yapılamaz. İnceleme sırasında yargı yoluna gidildiği anlaşılan başvuruların işlemi durdurulur.”*

5176 sayılı Kanun m.5'e göre, Kurul, başvurular üzerine yapacağı inceleme ve araştırmayı en geç üç ay içinde sonuçlandırmak zorundadır. Kurul, sonucu ilgililere ve Cumhurbaşkanlığı ve Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı Makamına yazılı olarak bildirir. Kurulun bu Kanun'a göre yaptığı inceleme ve araştırmalar, genel hükümlere göre ceza kovuşturmasına veya tâbi

³⁹ Kurum'a idarenin iş sözleşmesi ile istihdam ettiği işçi statüsündeki personel de mobbing iddiasıyla başvuru yapabilmektedir. Ancak kamu kurumlarında daha ziyade memur ve diğer kamu görevlileri istihdam edildiğinden adli yargıda görülmesi gereken uyuşmazlık sayısı kıyasen az sayıdadır.

⁴⁰ R.G., 08.06.2004/25486.

oldukları personel kanunları hükümlerine göre disiplin kovuşturmasına engel teşkil etmez.

Kurulun inceleme ve araştırma sonucunda verdiği kararlar, kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerine uygun davranıp davranmadıklarını tespit edici nitelikte kararlardır. Bu kararlar, idari davaya konu olabilecek icrai nitelikte işlemler değildir. Bu sebeple söz konusu başvuru yolu etkili bir başvuru yolu olarak nitelendirilememektedir.

4. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna Başvuru

6.4.2016 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu⁴¹ ile kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve özel bütçeli, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur. Kurumun kuruluş amacı, insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek olarak belirlenmiştir.

Ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir (6701 s. K. m.17/1). İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir (6701 s. K. m.17/2). Dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur (6701 s. K. m.17/3).

Kurum, başvuruları ve resen yaptığı incelemeleri başvuru ve resen inceleme kararı tarihinden itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandırır. Bu süre, Başkan tarafından bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç ay uzatılabilir (6701 s. K. m.18/1). Başkan, incelemenin özelliğine göre, görüşlerin alınmasından sonra, resen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilir

⁴¹ R.G., 20.4.2016/29690.

(6701 s. K. m.18/3). Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular ve incelemeler hakkında Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapıp yapılmadığına ilişkin karar verir (6701 s. K. m.18/4) Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunur (6701 s. K. m.18/5).

Kurula 6701 sayılı Kanun kapsamında idari yaptırım uygulama yetkisi de verilmiştir. Kanun'un 25. maddesine göre; *“(1) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.*

(2) Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.”

Kurula doğrudan idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiş olması Kurulun etkinliğini artırıcı etki ve sonuçlar doğurmuştur. Kurulun verdiği idari para cezalarına karşı ise, Kanun'un 25. maddesinin 6. fıkrası uyarınca *“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.”* hükmü gereği, 5326 sayılı Kanun m.27'ye göre 15 gün içerisinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir.

5. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 25. Maddesi Uyarınca İsnat ve İftiralara Karşı Korunma Hakkının Talep Edilmesi

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “isnat ve iftiralara karşı koruma” başlıklı 25. Maddesine göre, memurlarla ilgili olarak yapılan ihbar ve şikâyetlerin garaz veya mücerret hakaret için uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı soruşturma ve yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonunda

anlaşırsa, isnatta bulunanlar hakkında merkezde memurun en büyük amiri, illerde valiler, kamu davasının açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler. Bu gibi durumlarda memurun ayrıca başvurmasına ihtiyaç kalmaksızın belirtilen mercilerin re'sen harekete geçerek müfteri hakkında kamu davası açılmasını sağlamaları gerekir.

Uygulamada haksız isnat ve iftiralara karşı korunma müessesesinin yeterince işletilemediği görülmektedir. Bunun başlıca nedenlerinde ilki, haksız isnat ve iftiranın ispatındaki güçlüktür. İhbarlarda “garaz veya mücerret hakaret” kastının mevcut olduğunu ispatlamak oldukça zordur. Diğer bir neden ise, idarenin, haksız isnat ve iftira iddiasıyla vatandaşları yargı organlarına götürmekte isteksiz davranmasıdır. Bütün bu nedenlerle memurların isnat ve iftiralara karşı korunması yolu uygulamada işlememektedir⁴².

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un⁴³ 15. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; memur ve diğer kamu görevlileri hakkında ihbar ve şikâyetlerin uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı hazırlık soruşturması sonucunda veya yargılama sonunda anlaşılırsa haksız isnatta bulunanlar hakkında Cumhuriyet Savcılığınca re'sen soruşturmaya geçilir.

6. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁴⁴ uyarınca, kamu sektöründe ve özel sektörde çalışanlara “çalışmaktan kaçınma hakkı” tanınmaktadır. Kanun'un 13. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına göre; “(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula (iş sağlığı ve güvenliği kuruluna), kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.”

⁴² Sancakdar/Önüt/Us Doğan/ Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s.444.

⁴³ R.G., 4.12.1999/23896.

⁴⁴ R.G., 30.6.2012/28339.

(2) Kurul (iş sağlığı ve güvenliği kurulu) veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.”

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.3/p’de “tehlîke”, “işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli” olarak tanımlanmıştır. Psikolojik tacizin de çalışanı etkileyebilecek zarar verme potansiyeli bulunmaktadır. Ancak burada önemli olan bu tehlikenin “ciddi ve yakın” olmasıdır. Her psikolojik taciz vakası ciddi ve yakın bir tehlike oluşturmamakla birlikte, eğer psikolojik taciz katlanılması imkânsız bir noktaya gelmiş ve çalışanın sağlığını olumsuz yönde etkilemeye başlamışsa, artık çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabileceğini kabul etmek gerekir⁴⁵.

6331 sayılı Kanun’un “Çalışmaktan kaçınma” başlıklı 13. maddenin 3. fıkrasına göre ise, “Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.” Söz konusu hüküm uyarınca, işyerinde psikolojik taciz sebebiyle, çalışanın çalışmaya devam etmesi durumunda sağlığı açısından telafisi güç veya imkânsız zararlar doğması ihtimali söz konusuysa, çalışanın Kanun’da belirtilen usule uymaksızın çalışmaktan kaçınması mümkün olabilecektir.

B. YARGISAL BAŞVURU YOLLARI

1. İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Maksadıyla Yapılan İdari İşlemler Hakkında İptal Davası Açılması

Kamu personel hukukunda en sık görülen psikolojik taciz türleri, kamu personelinin görev yerinin gereksiz yere değiştirilmesi ve hakkında haksız yere disiplin soruşturması açılmasıdır. Kamu görevlileri, mobbing amacıyla haklarında tesis edilen geçici görevlendirme, naklen atama, disiplin cezası verme gibi idari işlemlerin iptali istemiyle idari yargıda iptal davası açabilirler.

⁴⁵ Kasapoğlu, Turhan, s.123.

Zira bu amaçla tesis edilen idari işlemler, idari işlemin sebep unsuru⁴⁶ ve amaç unsuru⁴⁷ yönünden hukuka aykırı olacaktır.

Nitekim, Danıştay bir kararında, “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda aynı kurum içinde geçici görevlendirme konusu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan “geçici” nitelikteki bir hizmeti ya da, değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan “yeni bir kamu hizmetini” yürütmek amacı ile durumu uygun olan kamu görevlilerinin, “kadroları ile hukuki bağlarını sürdürmek ve belli bir süre ile sınırlı olmak üzere” atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri olanaklıdır. Bu işlemin kurulmasında, yukarıda nitelendirilen kamu hizmetlerinin yürütülmesi amaç edinilmeli: kamu yararı ile bağdaşmayan, örneğin kamu görevlisini görevinden fiilen uzaklaştırmak veya onu cezalandırmak gibi hizmet gereklerine ters düşen bir sonuç amaçlanmamalıdır.”⁴⁸ ifadelerine yer vererek geçici görevlendirme işleminin cezalandırma amacıyla kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim idari işlemin kamu yararı dışında ve ona yabancı herhangi bir sonucu elde etmek amacıyla yapılması “yetki saptırması” niteliğinde kabul edilmektedir ve yaptırımını iptal edilebilirliktir⁴⁹.

Örneğin bir kamu hastanesinde görev yapan davacı hekimin, uğradığı mobbingin unsurları olarak; sağlık durumu elverişsiz olmasına rağmen evde sağlık biriminde çalıştırılması, ısrarlı başvuruları sonucu görev

⁴⁶ İdari işlemin sebep unsuru, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenlerdir. **Onar, Siddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul, s.281 vd.; **Özay, İl Han** (2004) Günışığında Yönetim, İstanbul, s.454; **Günday**, s.152; **Tan, Turgut** (2015) İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.228; **Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku, Cilt 1, İkinci Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s.893.

⁴⁷ İdari işlemin amaç unsuru, idari işlem ile ulaşılmak istenen nihai sonuçtur. **Onar**, C.I, s.316; **Özay**, s.499 vd.; **Günday**, s. 160; **Tan**, s.229; **Gözler**, s.976.

⁴⁸ Danıştay 5. Dairesi, E:1997/2711, K:1998/270, T:09.02.1998, (www.legalbank.net).

⁴⁹ İdari işlemler tesis edilirken kamu yararı amacı dışında kişisel amaç, üçüncü kişiye yarar sağlama amacı, siyasi amaç ya da kanun ile öngörülmemiş özel amacın dışında bir amaç güdülerek tesis edilen işlemler yetki saptırması nedeniyle amaç unsuru yönünden hukuka aykırı kabul edilmektedir. **Özay**, s.499; **Günday**, s.161; **Gözler**, s.978.

yerinin değiştirilmesine rağmen kendisine bodrum katta penceresi olmayan, havalandırması bozuk bir klinik verilmesi sonucu sağlık durumunun daha da bozulması, yapılan denetimler üzerine hakkında tutanaklar tutulması, defalarca talepte bulunmasına rağmen kendisine engelli otoparkı tahsis edilmemesi, kurs ve seminerlere katılmak amacıyla yaptığı başvuruların işleme konulmaması ve son olarak da sağlık raporunu hastane yönetimine sunarak çalışma koşullarının iyileştirilmesi talebinde bulunmasına rağmen malulen emekli edilmek suretiyle kurumla ilişkisinin kesilmesini gösterdiği davada, sözü edilen unsurlar Danıştayca mobbing olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Başka bir kararda⁵¹, öğretmenin ders programının haftanın geneline yayılarak zorlaştırılması, aynı gün birkaç okula gidecek şekilde program yapılması, birbirine uzak okullara birden görevlendirilmesinin psikolojik tacize yönelik olduğu kabul edilmiştir.

Danıştay başka bir kararında⁵² ise, memurların naklen atama işleminde idarenin takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, hukuken geçerli bir sebebe dayanması

⁵⁰ Danıştay 2. Dairesi, E:2020/373, K:2021/76, T:07.01.2021, (www.kazanci.com).

⁵¹ Danıştay 2. Dairesi, E:2015/6046, K:2017/6537, T: 25.10.2017, (www.kazanci.com).

⁵² “657 sayılı Yasanın 76/1. Maddesi “Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 nci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.” hükmünü taşımaktadır.

Anılan madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı amacı ve hizmet gereği ilkeleriyle sınırlı olduğu ve takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli sebeplere dayanması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davalı idarece ...Sen Sendikası 6 Nolu Şube Başkanı olan davacının sendikal faaliyetleri nedeniyle görevini aksattığı ileri sürülerek dava konusu naklen atama işleminin tesis edildiği, davacının 8.5.1996 günü bağlı bulunduğu sendikanın yayınladığı el ilanını zabıta amirliğine izinsiz asmak, 18.4.1996 ve 8.6.1996 günleri yapılan memur eylemlerine katılmak suçları nedeniyle hakkında disiplin soruşturması yapılarak disiplin cezaları verildiği anlaşılmaktadır.

*Görevinde başarısızlığı ya da başkaca bir olumsuzluğu ileri sürülmeden ve sicilleri de olumlu olan davacının: bu eylemlerinin disiplin cezası verilmesini gerektirir nitelikte olması ve bu cezaların verilmiş bulunması karşısında, ayrıca bu eylemlerinin naklen atanmaya da gerekçe alınması, atamanın cezalandırma amacı taşıdığını göstermekte olup söz konusu cezaların dava konusu işlemin **sebebi unsuru** olarak kabul edilmesine imkan bulmadığından, davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir .” Danıştay 5. Dairesi, E:1998/2342, K:1999/853, T: 07.04.1999, (www.kazanci.com).*

gerektiği, kamu görevlisini cezalandırma amacıyla yapılan naklen atama işleminin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu yönünde hüküm vermiştir.

Hizmetin gerekleri ve kamu yararı gözetilmeden, memuru cezalandırma amacıyla yapılan geçici görevlendirme veya naklen atama gibi işlemler hukuka aykırıdır. İdarenin, kamu görevlisini mevzuatta belirtilen koşulların varlığı halinde, ancak disiplin cezası verme yoluyla cezalandırabilme yetkisi bulunmakta olup, başka şekillerde cezalandırma konusunda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁵³.

Kamu personel hukukunda psikolojik taciz aracı olarak en sık kullanılan bir başka idari işlem türü ise, haksız yere disiplin soruşturması başlatılması ve disiplin cezası verilmesidir⁵⁴. Zira görevden uzaklaştırılması istenen ve bunun için geçerli bir hukuki sebep bulunmayan kamu görevlileri için en kolay ve en sık başvuru yolu o kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması yapmak olmaktadır⁵⁵. Hukuka aykırı bir şekilde sırf kamu personeli yıldırım amacıyla disiplin soruşturmaları açılması ve disiplin cezaları verilmesi de bu anlamda psikolojik taciz olarak nitelendirilmelidir. Bu amaçla tesis edilen disiplin cezalarına karşı sebep ve amaç unsurundaki sakatlık sebebiyle iptal davası açılarak iptalinin sağlanması gerekmektedir. Örneğin Danıştay bir kararında, öğretim üyesine üç ayrı disiplin cezası verilmesi ve bu cezaların yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine, bu işlemler ile göreve yargı kararı ile atandığı tarihten itibaren kendisine karşı yürütülen taciz (mobbing), bıkırma ve yıldırıma yönelik eylem ve işlemler, öğretim üyesinin manevi yapısını olumsuz olarak etkileyecek ağırlıkta bulunduğundan, davacının mobbing iddiasını kabul etmiştir⁵⁶.

⁵³ Kasapoğlu, Turhan, s.97-98.

⁵⁴ Çınarlı, Serkan/Çelik, Selçuk Sinan (2015) “Disiplin Soruşturmaları Açarak Kamu Görevlilerine ‘Mobbing’ Uygulanması”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, s.80

⁵⁵ Pınar, İbrahim/ Çalıkan, Öner (2013) Disiplin Suç ve Cezaları, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.27.

⁵⁶ Danıştay 8. Dairesi, E:2008/10606, K:2012/1736, T:16.04.2012, (www.kazanci.com).

Belirtelim ki, mobbing amacıyla yapılan hukuki işlemlerin iptalinin sağlanması aynı zamanda mobbingin ispatı açısından kamu görevlisine kolaylık sağlayacaktır. Örneğin Danıştay'ın bir kararında⁵⁷ “*Bir hareketin mobbing sayılabilmesi için sistematik, sürekli ve kasıtlı olması gerekir. Ayrıca, bu şekilde davranışlara maruz kaldığını kanıtlama yükümlülüğü iddia edene düşer. Yani çalışan mobbinge maruz kaldığını kanıtlamalıdır. Olayda, davacı hakkında tesis edilen görevlendirmeye ilişkin işlemler idari yargıda dava konusu edilebilen hukuki denetime tabi işlemler olup, hukuka aykırı olmaları halinde yargı yoluyla iptal edilmelerine olanak bulunmaktadır. Diğer yandan, idarece davacı hakkında tesis edilen görevlendirme işlemlerinin, kasten ve herhangi bir hukuki sebep olmaksızın keyfi bir şekilde tesis edildiği yolunda kanıt ortaya konulmadan, manevi baskı aracı olarak tesis edildiklerinin kabulüne olanak bulunmamaktadır.*” ifadelerine yer verilerek davacının mobbing iddiaları kabul görmemiştir. Bu sebeple, mobbing iddiasında bulunan kişinin mobbing sürecinde yetki saptırması nedeniyle tesis edilen işlemlerin iptalinin sağlanması önemli bir ispat vasıtasıdır.

2. İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazmini İstemiyle Tam Yargı Davası Açılması

Kamu görevlilerine yapılan psikolojik taciz, idari işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği gibi, eylemler vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir. Kamu personeline aşırı iş verilmesi ve makul olmayan sürelerde işin bitirilmesinin talep edilmesinin yanı sıra hiç iş verilmemesi ya da görev tanımını dışında işler verilmesi, eşitsiz iş verilmesi durumları da psikolojik taciz niteliğinde davranış olarak kabul edilebilir. Ayrıca, kamu personelinin iş arkadaşları ya da üçüncü kişilerin önünde hakaret edilmesi ya da küçük düşürülmesi⁵⁸, performansı hakkında ağır ithamlarda bulunulması, ruh sağlığı hakkında imalarda bulunulması vb. gibi durumlar günlük hayatta en sık karşılaşılan iş yerinde psikolojik taciz uygulama yöntemleri arasında yer almaktadır.

Mobbinge maruz kalan kamu görevlilerinin iptal davası yolu ile karşılayamayacakları, iş yerinde psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek

⁵⁷ Danıştay 5. Dairesi, E:2016/24415, K:2020/5256, T:18.11.2020, (www.kazanci.com).

⁵⁸ Mesut Özbezen Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/8175, K.T.:15.04.2014 § 5 (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

işlem veya eylem niteliğindeki davranışlardan kaynaklanan zararların yargısal yolla tazminini idari yargıda tam yargı davası açmak suretiyle karşılamaları mümkündür⁵⁹. Bu kapsamda tartışılması gereken husus, mobbing uygulayan kamu görevlisinin nu davranışlarının hizmet kusuru niteliğinde mi kişisel kusur niteliğinde mi değerlendirilmesi gerektiğidir.

Bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında veya kamu hizmeti sebebiyle, idarenin belli bir kamu görevlisine atıf ve izafe edilmesi mümkün olmayan ya da atıf ve izafe edilmesi gerekmeyen; kamu hizmetinin bizzat kuruluş, işleyiş ve teşkilatlanmasındaki aksaklık, bozukluk düzensizlik, eksiklik ve sakatlık şeklinde nedeniyle ortaya çıkan kusur, hizmet kusuru olarak nitelendirilmektedir⁶⁰.

Hizmet kusuru ile kişisel kusurun ayırt edilmesi konusunda kimi zaman tartışmalı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Doktrinde; genellikle, kin, garez, düşmanlık gibi duygularla başkalarına zarar verme, kamu yararı dışında kişisel bir menfaat temin etme, mevzuat hükümlerini ya da yargı kararlarını kasten uygulamama veya ihlal etme gibi hizmetle, görevin gerekleriyle bağdaşmayan amaçlarla yapılan davranışlar, suç niteliği taşıyan davranışlar, ağır kusur halleri “kişisel kusur” kapsamında değerlendirilmektedir⁶¹.

Ancak kamu görevlisinin görevin ifası sırasında veya görevi sebebiyle ortaya çıkan kişisel kusurları da, Anayasa m.40/2, m.129/5 ve 657 sayılı DMK m.13 çerçevesinde, hizmet kusuru çerçevesinde değerlendirilerek idari yargıda

⁵⁹ Mobbing sebebiyle tam yargı davası, bir idari işlem ya da idari işlemin icrası sebebiyle açılabilceği gibi, temelinde bir işlem olmayan bir eylem sebebiyle de açılabilir. **Aslan, Zehreddin** (Editör) (2019), Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.150 vd.

⁶⁰ **Özay**, s.834-835; **Günday**, s.369; **Tan**, s.465; **Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil** (2019) Türk İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s.448; **Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu** (2022) İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara, Vadi Grafik Tasarım, s.262-263.

⁶¹ Onar’a göre; kişisel kusuru hizmet kusurundan ayıran kriter subjektif bir kriter safhalarından birini oluşturup oluşturmaması önemli değildir. Kamu görevlisinin kötü niyeti ve kastı, kusurunun kişisel kusur sayılması için yeterlidir. Bkz. **Onar, Siddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İstanbul, s.1699-1702; **Düren, Akın** (1979) İdare Hukuku Dersleri, Ankara, s.296-297; **Özay**, s.867-868; **Günday**, s.374-376; **Sancakdar/Önüt/Us Doğan/ Kasapoğlu Turhan/Seyhan**, s.823.

dava konusu edilmektedir⁶². Bu durum son yıllarda ülkemizde klasik hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının, yerini hizmet kusuru-görev kusuru⁶³-(salt) kişisel kusur ayrımına bırakma eğilimi göstermesine neden olmuştur⁶⁴. Bu ayrımı benimseyen yazarlar, görev kusuru kavramını, hizmetle ilgili ortaya çıkan, faili bilinen ve kişiselleştirilebilen, kamu görevlisinin kişisel kusuru olarak tanımlamaktadır⁶⁵. Buna göre, kamu görevlisinin bu kişisel kusurunun hizmetle ilgisi o boyuttadır ki, kusur doğrudan doğruya kamu görevlisine değil, idareye atıf ve izafe edilmektedir⁶⁶. Görev kusurunun özellikle görevin ve hizmetin gereği olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanmasından dolayı ortaya çıkması, hizmetten ayrılamaması özelliklerini taşıması gerektiği belirtilmektedir. Görev kusurundan kaynaklanan zararlardan idare sorumludur⁶⁷.

Belirtmek gerekir ki, “görev kusuru” kavramı doktrinde ve yargı kararlarında etraflıca tartışılıp üzerinde mutabakata varılmış bir kavram değildir. Görev kusuru kavramı, kimi zaman “görevsel kusur” kimi zaman “personelin hizmet kusuru” kimi zaman da “hizmetten ayrılamayan kişisel

⁶² **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.454; **Kaplan, Gürsel** (2020) İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s.304.

⁶³ Görev kusuru kavramı doktrinde ilk kez Duran tarafından kullanılmıştır. Duran, personelin “açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen” eylem ve kusurlarının, onun ancak kişisel sorumluluğuna neden olacağını ve DMK m.13 kapsamında yer almayacağını ifade etmiştir. Duran, DMK m.13’ün uygulama alanının belirlenebilmesi için “görevsel kusur” kavramı ile “salt kişisel kusur” kavramının ayırt edilmesi gerektiğini ifade ederek ilk kez görev kusuru kavramını ortaya atmıştır. Duran’a göre, personelin hizmet dışında işlediği fakat görevinden tamamen ayrılması mümkün olmayan, hizmetle az da olsa ilişkilendirilebilen eylem ve kusurları dahi görev kusuru olarak idari sorumluluğu gerektiren hizmet kusuru sayılmaktadır. **Duran, Lûtfi** (1974) “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, s.105, 110.

⁶⁴ Ancak yine de doktrinin ve yargı mercilerinin “görev kusuru” hususundaki kararsızlığı göz önüne alınarak bu kavramın hukuk düzenimizde yerleşmediğini söyleyebiliriz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.451.

⁶⁵ **Ulusoy, Ali**, (2019) Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s.559; **Sancakdar/Önüt**, s.268.

⁶⁶ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.450.

⁶⁷ **Akyılmaz/ Sezginer/Kaya**, s.473 vd.; **Sancakdar/Önüt/Us Doğan/ Kasapoğlu Turhan/Seyhan**, s.823.

kusur” şeklinde ifade edilmektedir⁶⁸. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında, fakültede dekanın bir öğretim üyesine karşı psikolojik taciz (mobbing) olarak nitelendirilebilecek keyfi tutum ve davranışlarını “kişisel kusur” olarak kabul etmemiş ve “görev kusuru” kapsamında değerlendirmiştir⁶⁹. Yargıtay da bir kararında, öğretim üyesine yapılan ve psikolojik taciz kapsamında değerlendirilebilecek davranışları, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen “kişisel kusur”u olarak değerlendirmeyerek, “hizmet kusuru” olarak kabul etmiş ve davanın husumet yönünden reddine karar vermiştir⁷⁰.

Kamu görevlisinin görevinden yetkilerinden, hizmet araç ve gereçlerinden, resmi sıfatından “tam ve mutlak suretle” ayrılmış olan eylemleri sonucu ortaya çıkan kişisel kusurları ise “salt kişisel kusur”⁷¹ olarak ifade edilmekte ve bu durumda 6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerine göre haksız fiil sorumluluğu kapsamında doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açılabilmektedir⁷².

Günday, her iki kavram arasındaki farkı ifade etmek için, kişisel kusur ile ilgili olarak, hizmet içindeki kişisel kusur-hizmet dışındaki kişisel kusur ayrımını yapmaktadır. Buna göre, kamu görevlisinin hizmetle ilgili kusurlu tutum ve davranışlarını “hizmet içindeki kişisel kusur” olarak ifade edilmekte, buna karşılık kamu görevlilerinin hizmetle ilgisi bulunmayan kusurlu tutum ve davranışları ise “hizmet dışındaki kişisel kusur” olarak ifade edilmektedir. Kamu görevlisinin hizmet dışındaki kişisel kusurları için idare sorumlu tutulmamalıdır⁷³.

⁶⁸ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.476.

⁶⁹ UYM., E:1997/16, K:1997/15, K.T:14.04.1997, (uyusmazlik.gov.tr).

⁷⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E:2010/11459, K:2011/13283, K.T:12.12.2011, (kazanci.com).

⁷¹ Bu tür fiiller, kamu hizmeti veya kamu görevlisinin görevi ile ilgili olmayan fiillerdir. Kamu görevlisi, bu fiilleri sebebiyle özel hukuk hükümlerine göre, haksız fiil sebebiyle sorumlu olacaktır. Burada idari faaliyet ile zarar arasındaki nedensellik bağı kopmuş olduğundan, idarenin hizmet kusurundan söz edilemeyecektir. **Kaplan, Gürsel**, s.303; **Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu** (2022) İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara, Vadi Grafik Tasarım, s.266-267; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.469.

⁷² **Ulusoy**, s.559.

⁷³ **Günday**, s.374.

Kanaatimizce kamu görevlisinin mobbing niteliğindeki davranışları “hizmet içindeki kişisel kusur” olarak kabul edilmelidir. Zira mobbing bir kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisini bezdirmeye yönelik kasıtlı ve sistematik davranışlar ile gerçekleşmektedir. Bu noktada mobbing uygulayan kamu personeli tespit edilebilir durumdadır. Burada, kamu hizmetinin bizzat kuruluş, işleyiş ve teşkilatlanmasındaki aksaklık, bozukluk düzensizlik, eksiklik ve sakatlık şeklinde nedeniyle ortaya çıkan hizmet kusuru söz konusu olmayıp, belirli bir kamu görevlisine izafe edilebilecek bir kişisel kusur söz konusudur. Ancak kamu görevlisinin bu kişisel kusuru, görevinden bağımsız, hizmetle ilişkilendirilemeyen salt kişisel kusur niteliğinde olmayıp hizmet içindeki kişisel kusurdur. Dolayısıyla kamu görevlisinin gerçekleştirdiği mobbing nedeniyle uğranılan zarar, Anayasa m.40/2, m.129/5 ve 657 sayılı DMK m.13 çerçevesinde, ilgili idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açmak suretiyle tazmin edilmelidir.

Danıştay’ın davacının iş yerinde psikolojik taciz nedeniyle manevi tazminat talebini kısmen kabul ettiği bir kararında⁷⁴ manevi tazminatın tanımı ve ne şekilde belirlenmesi gerektiği de açıklanmıştır. Danıştayca “... *manevi zararın, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, ölüm veya uğranılan diğer cismani zarar nedeniyle duyulan acı ve ıstırapı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade ettiği; manevi tazminatın, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen ve yaşama sevinci ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tazmin aracı olduğu; manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışının manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kıldığı; manevi tazminatın, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçladığı; belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği*” ifade edilmiştir.

⁷⁴ Danıştay 2. Dairesi, E:2020/1868, K:2020/3341, T: 11.11.2020 (danistay.gov.tr).

Ancak Danıştay, mobbing olarak nitelendirilen her durumda tazminata hükmetmemekte ve bazı kararlarında mobbing olarak nitelendirilen davranışların “ağır hizmet kusuru” oluşturmadığı gerekçesiyle tazminat taleplerini reddedebilmektedir. Danıştay bir kararında⁷⁵, “Davacının, İzmir Elektrik Dağıtım Müessesesinde şef olarak çalıştığı sırada, hukuk devleti ve idarenin tarafsızlığı ile bağdaşmayacak şekilde ve görevin kötüye kullanılması niteliğinde haksız işlem ve tutumlarla karşı karşıya bırakıldığı, emekli olmaya zorlandığını, belirtilen şekillerde mobbing olarak değerlendirilebilecek haksız eylem ve işlemlere maruz kaldığını ileri sürerek 10.000,00-TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davalı idarece ödenmesine karar verilmesi istemiyle açtığı davada; davacının B düzeyinde düzenlenen sicili mahkemece iptal edilmekle meydana gelen manevi hasar telafi edilmiş olduğu gibi, gerek bu işlemdeki hukuka aykırılık, gerekse davacı tarafından mobbing olarak nitelenen uygulama ve işlemlerin ağır hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmadığı” sonucuna varmıştır. Kanaatimizce mobbing niteliğindeki uygulama ve işlemlerin tespiti yapıldıktan sonra “ağır hizmet kusuru” oluşturma şartının aranmaması gerekmektedir. Nitekim bu yöndeki bir anlayış hem Anayasa’nın 125. maddesi ile bağdaşmayacak hem de idareyi hafif kusurlu davranışları konusunda cesaretlendirecektir. Ayrıca kusurun ağır olması şartını aramak sosyal devlet ilkesine de aykırıdır. Bu sebeple idarenin sorumluluğu hususunda kusurun varlığı yeterli olmalı, ağır kusur şartı aranmamalıdır. Kusurun ağırlığı ancak tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayan bir ölçü olmalıdır⁷⁶.

3. Cumhuriyet Başsavcılığına Şikâyetle Bulunma

İşyerinde psikolojik taciz olarak nitelendirilen davranışlar, aynı zamanda suç teşkil ediyor ise, kamu personelinin başvurabileceği bir başka yargısal yol da bu davranışları uygulayan kişi hakkında Cumhuriyet başsavcılığına şikâyetle bulunmaktır. Genellikle mobbing uygulayan kamu görevlileri hakkında görevi kötüye kullanma suçu sebebiyle şikâyetle bulunulmaktadır⁷⁷. Ancak, psikolojik

⁷⁵ Danıştay 5. Dairesi, E:2010/1383, K:2013/3641, T:03.05.2013, (www.kazanci.com).

⁷⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.455.

⁷⁷ Örneğin, İstanbul Tıp Fakültesine ait kampüs dışı hemşire yatakhaneinde konaklayan kendisine bağlı kat sorumlusu hemşireler üzerinde baskı kurarak, yatakhane personelinin

tacizde bulunan kamu görevlisinin yargılanabilmesi için, bu kişi hakkında idare tarafından soruşturma izni verilmesi usulünün işletilmesi gerekmektedir. 4483 sayılı Kanun'da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili merciler ve izlenecek usul düzenlenmiştir.

4483 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca, *“Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır. (2)Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. (3)Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. (4)Disiplin hükümleri saklıdır.”*

Söz konusu hüküm uyarınca, iş yerinde psikolojik taciz maruz kalan uğrayan kamu görevlisi, eğer konusu suç teşkil eden bir fiil söz konusu ise, öncelikle savcılığa şikayette bulunacak ve savcılık da soruşturmaya başlayabilmek için, idare tarafından soruşturma izni verilmesini bekleyecektir. Savcılık ancak soruşturma izninin verilmesinden sonra, kamu görevlisi hakkında soruşturmaya başlayabilecektir. Örneğin Danıştay, (mobbing) uygulamak suretiyle görevi kötüye kullanmak suçu nedeniyle incelediği lüzum-u muhakeme kararına itiraz hakkında verdiği kararda, *“şikayetçi M. Y.'ın önce 31.1.2018 tarihinde Güzel Sanatlar Fakültesi Sekreterliğinde vekaleten görevlendirildiği, bu görevlendirme işlemine karşı dava açmadığı, daha sonra 13.9.2018 tarihinde Şanlıurfa'ya 150 km. uzaklıkta bulunan Ceylanpınar Tarım Meslek Yüksekokulu Sekreteri olarak vekaleten görevlendirildiği, anılan işlemin*

kendi arasında konuşmasını ve selamlaşmasını yasaklayarak, yatakhane personeli hakkında gerçeğe aykırı tutanak tutulması yolunda telkinde bulunarak hemşirelere ve personele bezdiri (mobbing) uygulamak suretiyle görevi kötüye kullanmak iddiasıyla verilen lüzum-u muhakeme kararı, Danıştay 1. Dairesince, yeterli somut delil olmaması sebebiyle bozulmuştur. Danıştay 1. Dairesi, E: 2019/1674, K:2019/1971, T:18.12.2019, (www.kazanci.com); Danıştay 1. Dairesi, E:2021/894, K:2021/832, T:01.06.2021, (www.kazanci.com); Danıştay 1. Dairesi, E:2013/1286, K:2013/1035, T:17.09.2013, (www.kazanci.com).

iptali istemiyle açılan davanın, Şanlıurfa 2. İdare Mahkemesi'nin 9.4.2019 tarih ve E:2018/900, K:2019/379 Sayılı kararıyla dava konusu işlemin hukuka aykırı olmadığı gerekçesiyle reddedildiği, yargılama sürecinin halen devam ettiği, öte yandan, şikayetçi M. Y. hakkında herhangi bir soruşturma açılmadığı ve disiplin cezası verilmediği, kadro değişikliği yapılmadan söz konusu görevlendirmelerin yapıldığı, bu görevlendirmelerin bezdiri (mobbing) amaçlı olduğunun söylenemeyeceği, söz konusu eylemlerin bezdiri (mobbing) olarak değerlendirilebilmesi için kişiyi yıldıracak ağırlıkta, sistematik olarak devam etmesi, psikolojisini bozacak düzeyde olması gerektiği, İdari ve Mali İşler Başkanı olan şikayetçinin Fakülte Sekreteri ve Yüksekokul Sekreteri olarak görevlendirilmesinden hareketle bezdiriye (mobbing) uğradığı kanaatine varılamayacağı, bu nedenlerle mevcut delillerin, atılı suçtan dolayı R. Taşaltın hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, itirazın kabulüyle Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca oluşturulan ...lüzum-u muhakeme kararının bozulmasına" karar vermiştir⁷⁸.

4. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

Anayasa Mahkemesine iş yerinde psikolojik taciz sebebiyle yapılan başvurular incelendiğinde; başvuruda bulunanların bazıları özel sektörde,

⁷⁸ Danıştay 1. Dairesi, E:2020/1377, K:2020/1093, T:17.09.2020, (www.kazanci.com). Benzer şekilde Danıştay bir başka kararında; "E. Erbay'a atılı suçla ilgili olarak, Kırklareli Üniversitesi Rektörlüğünde dilekçe kabulü prosedürünün; dilekçelerin önce Genel Sekreter E. Erbay tarafından görülmesinin ardından kayda alınması şeklinde olduğu, bu uygulamanın uzun süreden beri uygulandığının E. Erbay tarafından da kabul edildiği, bu durumun Rektörlüğe dilekçe vermek isteyen ilgililere zorluk çıkarılmasının itirafı anlamına geldiği, E. Erbay tarafından, Gülizar Çağlak'a dilekçe hakkını kullanmasında güçlük çıkarmak suretiyle bezdiri (mobbing) uyguladığı ve bununla adı geçeninin mağduriyetine sebep olduğu değerlendirilmeleri yapılmak suretiyle şüphelinin lüzum-u muhakemesine karar verilmiş ise de, söz konusu eylemlerin bezdiri (mobbing) olarak değerlendirilebilmesi için kişiyi yıldıracak ağırlıkta, sistematik olarak devam etmesi, kişinin psikolojisini bozacak düzeyde olması gerektiği, şikayetçinin Rektörlüğe hitaben yazmış olduğu dilekçesinin kayda alınmasında uygulanan usülden hareketle şikayetçiye bezdiri (mobbing) uygulandığı kanaatine varılamayacağı, bu nedenlerle mevcut delillerin, atılı suçtan dolayı E. Erbay hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından" lüzum-u muhakeme kararını bozarak men-i muhakeme kararı vermiştir. Danıştay 1. Dairesi, E:2021/1912, K:2021/2036, T:23.12.2021 (www.kazanci.com); Benzer yönde, Danıştay 1. Dairesi, E:2018/2573, K:2019/92, T:05.02.2019 (www.kazanci.com).

bazıları ise kamu sektöründe çalışmakta olduğu ve genellikle Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı”⁷⁹ ve 36. maddesinde yer alan “adil yargılanma hakkı” kapsamında başvuru yaptıkları görülmektedir.

Mahkemenin ise başvuruların çoğu hakkında kabul edilemezlik kararı verdiği tespit edilmiştir. Mahkeme'nin kabul edilemezlik kararı verme gerekçeleri incelendiğinde; öncelikli sebep olarak başvurusunun kendisine psikolojik baskı yapıldığına yönelik iddialarını, hukuk sisteminde mevcut yetkili yargısal yollarda dile getirmeksizin bireysel başvuruda bulunduğu, bu sebeple *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verildiği⁸⁰ görülmektedir.

İlk inceleme koşulları bakımından kabul edilebilir bulunan başvurulardan ise, Anayasa'nın 36. maddesi bakımından yapılan incelemelerde Mahkemenin “*hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurusunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır (B. No. 2012/917, 16/4/2013, § 21)*”⁸¹. “*Bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, adil yargılanma hakkının koruma*

⁷⁹ Anayasa madde 17/1'de yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, AİHS madde 8'de düzenlenen özel hayatın korunması hakkının karşılığı olarak kabul edilmektedir. AİHS'de vücut bütünlüğünü açıkça koruyan bir hüküm bulunmaması sebebiyle, kişinin kendi bedeni üzerindeki karar hakkının özel hayatın ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmektedir. **Göztepe Çelebi, Ece** (2015) “Anayasa Mahkemesi'nin ‘Mobbing’ Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, S:32, s.338.

⁸⁰ **Zeynep Banu Arslan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2019/23901, K.T.:18.11.2020, § 23, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁸¹ **Mesut Özbezen Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/8175, K.T.: 15.04.2014 §20; **Ümit Yalçın Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2014/12984, K.T.: 26.02.2015 §25, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

alanı dışında kalmaktadır”⁸² ifadelerine yer vererek bu nedenle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle ret kararı verdiği görülmektedir.

Mahkemenin Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında kabul edilebilir bulduğu bir başvuruda ise⁸³; “Somut olayda Mahkemece başvurucunun ileri sürdüğü iddialar yönünden herhangi bir değerlendirme yapılmadan, sadece yasalarda mobbing diye bir davranış tarzının tanımlanmadığından bahisle başvurucunun her bir eylem ve işlem için ayrı ayrı dava dilekçeleriyle dava açması gerektiği belirtilmiştir. Buna karşın yargı organları kararlarında bireylerin çalışma ortamlarında maruz kaldıklarını ileri sürdükleri eylem, işlem ya da ihmallerin süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanması, keyfilik içermesi, sistemli ve kasıtlı olması, yıldırma ve dışlama amacı taşıması durumunda psikolojik tacizden bahsedilebileceği hüküm altına alınmış ve bu husus mobbing olarak da tanımlanmıştır(\$50). Mahkemece başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların mobbing kapsamına girip girmediği, söz konusu eylem ve işlemlerde süreklilik, keyfilik, kasıt ve yıldırma unsurları bulunup bulunmadığı hususlarında herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın, gerekçe gösterilmeksizin ve genel kabulün aksine olacak şekilde başvurucunun mobbing olarak tanımladığı her bir eylem ve işlem için ayrı ayrı dava dilekçeleriyle dava açma yükümlülüğü altında bırakılmasının mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kıldığı sonucuna ulaşılmıştır(\$51). Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir(\$52).” yönünde karar vermiştir.

Mahkeme, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapmış olduğu değerlendirmelerde ise; AİHS'nin 3. maddesi kapsamında düzenlenen aşağılayıcı muamele yasağının, “mağdurlarda korku ve aşağılık duygusu oluşturan, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikte olan muameleleri ifade ettiği”

⁸² **Mesut Özbezen Başvurusu**, AYM Başvuru No: 2013/8175, K.T.: 15.04.2014 §21; **Aslı Kırmızı Demirseren**, AYM, Başvuru No: 2013/5680, K.T.: 15.04.2014 §24, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁸³ **Levent Tütüncü Başvurusu (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/7108, K.T.: 08.09.2020, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

belirtilmekte⁸⁴, Anayasa'nın 17/3. fıkrasında yer alan işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele ya da cezanın varlığı araştırılırken ise, “muamelenin süresi, fiziksel ve manevi etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörlerin önem taşıdığını belirtmektedir. Somut olaydaki veriler ışığında, belirtilen ağırlık eşliğinin altında kalan muamele ve eylemlerin ise, diğer haklar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.”⁸⁵ tespiti yapılmaktadır. Mahkemece ihlal iddiası değerlendirilirken, “mağdurun subjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması” kriteri aranmaktadır⁸⁶.

SONUÇ

Günümüzde, “işyerinde psikolojik taciz (mobbing)” kavramına ilişkin farkındalığın oldukça arttığı gözlemlenmektedir. Bu noktada önemli olan işyerinde psikolojik tacizle karşılaşan kamu personelinin, bununla nasıl mücadele edecekleri ve bu kapsamda hangi hukuki yollara başvurabilecekleri konusunda doğru bilgi sahibi olmalarının sağlanmasıdır.

Hukuk sistemimizde kamu personelinin yargı yoluna gitmeden evvel başvurabileceği idari başvuru yolları çok çeşit ve sayıdadır. Ancak önemli olan psikolojik tacizin durdurulması ve bir daha tekrarlanmamasının sağlanması açısından bu başvuru yollarının etkili olmasıdır. Uygulamada, başvuru idari kurulların kararlarının bağlayıcı olmaması çoğu zaman bireyleri yargı yoluna sevk etmektedir. Ancak her ne kadar etkililiği tartışılır olsa da idari başvuru yollarına gidilmiş olması açılacak davalarda ispat bakımından önem arz etmektedir. Ayrıca mobbing amacıyla yapılan hukuka aykırı idari işlemlerin

⁸⁴ **Aslı Kırmızı Demirseren Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/5680, K.T.: 15.04.2014 § 32, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁸⁵ **Mesut Özbezen Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/8175, K.T.: 15.04.2014 § 30, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

⁸⁶ **Mesut Özbezen Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/8175, K.T.: 15.04.2014 § 32; **Şehnaz Ayhan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/6229, K.T.: 15.04.2014 § 23; **Aslı Kırmızı Demirseren Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/5680, K.T.: 15.04.2014 § 33, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr).

iptal davası açılmak suretiyle iptalinin sağlanması da hem hak kayıplarının önlenmesi hem de mobbingin ispatı bakımından önemlidir. Mobbing amacıyla yapılan işlemlerin iptalinin sağlanması şüphesiz psikolojik tacize uğrayan kamu görevlisinin uğradığı zararı karşılamaya yetmemektedir. Bu durumda psikolojik tacize uğrayan kamu görevlisi idareye karşı, mobbing uygulayan kamu görevlisinin hizmet içindeki kişisel kusuru sebebiyle idari yargıda tam yargı davası açarak zararını tazmin edebilir. Ayrıca konusu suç teşkil eden fiiller için ilgili kamu görevlisi hakkında Cumhuriyet Savcılığına şikâyetle bulunabilir.

Kamu personeline karşı psikolojik taciz konusunda idari yargı yerlerinin içtihatları da günden güne gelişerek şekillenmektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sayısının ve Mahkeme'nin de bu başvurulara karşı başvuran lehine kararlarının son zamanlarda artmış olduğu gözlemlenmektedir. Kanaatimizce, gerek toplumsal farkındalığın artması gerekse yargı kararlarında birliğin sağlanması açısından kamu personeline özgü psikolojik taciz konusunda ayrı bir yasal bir düzenlemenin yapılması ya da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda açık bir tanımlama yapılarak yaptırımların belirlenmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgeyik, Tekin/Güngör Delen, Meltem/Uşen, Şelale** (2013) Çalışma Yaşamında Psikolojik Taciz, Ankara, Özyurt Matbaacılık.
- Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil** (2019) Türk İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Aslan, Zehreddin** (Editör) (2019) Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bilge, Selahattin Samet** (2016) “Mobbing Terimi ve Türk Hukuk Düzeninde İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:65, s.1245-1290.
- Chappell, Duncan/ DiMartino, Vittorio** (2006) “Violence at Work” ILO Report, 3rd edition, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9221108406_en.pdf> s.e.t.01.04.2022.
- Çınarlı, Serkan/Çelik, Selçuk Sinan** (2015) “Disiplin Soruşturmaları Açarak Kamu Görevlilerine “Mobbing” Uygulanması”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, s.49-98.
- Davenport, Noa/Schwartz, RuthDistler/Elliott, GailPursell** (2003) Mobbing Emotional Abuse In The American Workplace, (Çev: Önertoy, Osman Cem), İstanbul Sistem Yayıncılık.
- Duran, Lûtfi** (1974) “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, s.59-120.
- Düren, Akın** (1979) İdare Hukuku Dersleri, Ankara.
- Erdoğan, Gülnur** (2009) “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)”, TBB Dergisi, S:83, s.318-352.
- Erkal, Atilla** (2015) İdare Hukukunda Mobbing, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku, Cilt 1, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.
- Göztepe Çelebi, Ece** (2015) “Anayasa Mahkemesi’nin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, S:32, s.322-342.
- Günday, Metin** (2011) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.
- Işık, Emre** (2007) “İşletmelerde Mobbing Uygulamaları ile İş Stresi İlişkinine Yönelik Bir Araştırma”, (Yüksek Lisans), Yıldız Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kaplan, Gürsel** (2020) İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

- Kasapoğlu Turhan, Mine** (2013) “Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları”, TBB Dergisi, S:105, s.89-128.
- Leymann, Heinz** (1996) “The Content and Development of Mobbing At Work”, European Journal of Work and Organizational Psychology, C:5, S:2, s.165-184.
- Okuyucu Ergün, Güneş** (2017) “Ayrımcı Mobbing”, 5. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Akademik Program Tebliği <<http://www.icapff.com/5-Uluslararası-Suç-ve-Ceza-Film-Festivali-Akademik-Program-Tebliğleri.pdf> s.e.t. 01.04.2022> s.184-187.
- Onar, Sıddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:I, İstanbul.
- Onar, Sıddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:III, İstanbul.
- Özay, İl Han** (2004) Günışığında Yönetim, İstanbul.
- Pınar, İbrahim/ Çalışkan, Öner** (2013) Disiplin Suç ve Cezaları, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Sancakdar, Oğuz/ Önüt, Lale Burcu/ Us Doğan, Eser/ Kasapoğlu Turhan, Mine/ Seyhan, Serkan** (2020) İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Sancakdar, Oğuz/ Önüt, Lale Burcu** (2022) İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara, Vadi Grafik Tasarım.
- Sancakdar, Oğuz/ Altınok Çalışkan, Elif/ Dursun, Gizem/ Seyhan, Serkan/ Yağcı, Pınar/Karaca, Egemen** (2022) Disiplin Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Solmuş, Tarık** (Haziran-2005) “İş Yaşamında Travmalar: Cinsel Taciz ve Duygusal Zorbalık/Taciz /Mobbing”, İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C:7, S:2, s.1-14.
- Tan, Turgut** (2015) İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Tınaz, Pınar** (2006) “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:3, s.11-22.
- Ulusoy, Ali** (2019) Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Ünver, Yener** (2009) “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, Ceza Hukuku Dergisi, C:4, S:11, s.101-127.
- Yıldız, Selver/Kılıks, İlknur** (2010) “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C: 1, S:1, s.71-93.

İDARİ USUL HUKUKUNDA “TEMSİL HAKKI”*

Dr. Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI**

ÖZET

İdari usulün en önemli ilkelerinden biri olan “temsil”, idari bir işlemin yapılış sürecinde, işlemten hukuki durumu etkilenen ilgililerin, kendilerini bir temsilci marifetiyle idare önünde temsil ettirmesi olarak tanımlanabilir. İdari makamlar önünde temsil imkânı, savunma hakkının önem kazandığı disiplin yaptırımlarda olduğu gibi, hukuki durumunu etkileyen idari işlemlerin tesisi sürecinde ilgililerin idari usule katılımını sağlamaya yarar. Bu yönüyle temsil, başta dinlenilme hakkı olmak üzere pek çok idari usul ilkesine hizmet etmekte ve bireylerin idari işlemin yapılış sürecine aktif katılımını sağlamaktadır. Modern hukuk devletlerinin pek çoğunda kabul edilmiş idari usul kanunları kapsamında yasal dayanak bulan idari makamlar önünde temsil, Türk hukukunda genel olarak, avukat ile temsil dışında temel bir yasal dayanağa sahip değildir. Yargı kararlarında ise konu ekseriyetle savunma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Konuya ilişkin uluslararası düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, bireyin hak veya menfaatlerini doğrudan ve olumsuz bir şekilde etkileyebilecek bireysel veya düzenleyici idari bir işlemin yapılış sürecinde temsilci yardımından faydalandırılmaması halinde, işlemin hukuka aykırı hale geleceği kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: İdari Usul, Temsil, Temsil Edilme Hakkı, Savunma Hakkı.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104418 – Geliş Tarihi: 16.04.2022 -Kabul Tarihi: 18.07.2022.

** Dr. Öğretim Üyesi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, melikeozge.cebibugdayci@jsga.edu.tr, ORCID-ID: 0000-0002-7011-5319.

“RIGHT TO REPRESENTATION” IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

ABSTRACT

Representation, which is one of the most important principles of the administrative procedure, can be defined as the representation of persons affected by the administrative procedure before the administration through a representative. The right to be represented before the administrative authorities, as well as the disciplinary sanctions in which the right to defense is important, ensures the participation of relevant parties in the administrative procedure that affects his/her legal situation. In this respect, the representation serves many administrative procedural principles, especially the right to be heard, and ensures the active participation of individuals in the administrative procedure. The representation before the administrative authorities, which finds a legal basis within the scope of the administrative procedure laws accepted in most of the modern states under the rule of law, has no legal basis in Turkish law, except for representation by a lawyer. In judicial decisions, the issue is mostly evaluated within the scope of the right to defense. Considering the international regulations on the subject, it should be accepted that if an individual or regulatory administrative act that may directly and negatively affect the rights or interests of the individual is not benefited from the assistance of a representative during the administrative procedure, the administrative act will become unlawful.

Keywords: Administrative Procedure, Representation, The Right to be Represented, The Right to Defense.

GİRİŞ

İdari usul; çok kısa bir anlatımla “*idari işlemin yapılış usulü*” olarak tanımlanabilir. Bu kapsamda idari usul, “*bir idari faaliyetin hangi idari merci tarafından ne biçimde yapılacağını gösteren kurallardır*”². Bu kurallar idari işlemin hazırlık safhasından başlayıp yapılış safhasına kadarki süreci kapsayarak, idareyi hukuka uygun davranmaya zorlamaktadır.

İdari usulün genel amacı, idari işlemlerin dikkatli bir araştırma ve soruşturmaya dayanması suretiyle bireyin hak ve menfaatlerinin güvence altına alınmasıdır³. İdari usul sayesinde, kamu hizmetinden yararlanan bireylerin idari faaliyete aktif katılımı, görüş ve düşüncelerini beyan edebilmeleri, gerektiğinde idari bir işlem karşısında kendilerini savunabilmeleri ve hatta idareyi denetleyebilmeleri imkânı doğmaktadır⁴. İdari usulün, idarenin faaliyetlerinin yasallığını sağladığı, zira doğru yürütülen idari usul ile doğru kararların zemininin hazırlandığı⁵, bu nedenle de idari usulün hukuk devleti ilkesine doğrudan hizmet ettiği kabul görür.

Ülkemizde idari usul kurallarının kanunlaştırılması yönünde esasen çok ciddi adımlar atılmışsa da, henüz genel idari usulü ele alan temel bir kanun yürürlüğe girmiş değildir⁶. 2020’li yılları yaşadığımız şu dönemde dahi üzerinde

¹ **Akyılmaz, Bahtiyar** (2000) *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 65 vd.

² **Balta, Tahsin Bekir** (1968) *İdare Hukukuna Giriş-I*, Ankara, TODAİE Yayınları, s. 196.

³ **Azrak, Ali Ülkü** (1967) “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 33, S: 1-2, s. 73.

⁴ **Akyılmaz** (2000), s. 73. İdari usullerin kişilerin idari karar alınması öncesi veya alınması sırasında bu kararlara müzakere, oy ve görüşleriyle katılmalarının dolaylı veya doğrudan bir denetimi harekete geçireceği yönünde, **Yayla, Yıldızhan** (2009) *İdare Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Beta, s. 387.

⁵ Jürgen Schwarze’den aktaran, **Bignami, Francesca** (2007) “Hukuk Ve Güncel Sorunlar Avrupa Birliği İdare Hukuku/Önsöz”, (Çev. Saadet Yüksel), İÜHFİM, C: LXV, S: 2, s. 376.

⁶ Bu konuda atılan ilk adım, 1962 yılına uzanmaktadır. Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi (MEHTAP) Raporu, dinlenilme hakkı gibi önemli idari usul ilkelerini dile getirmesi bakımından o dönem için çok ciddi bir adım olarak değerlendirilebilir. Ardından bu konuda yayımlanan önemli çalışmalar olmuş ve 1998 yılında “İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu” düzenlenerek temel bir idari usul kanununun kabulü için önemli

ısrarla durulan bir konu olarak idari usulün kanunlaştırılması ihtiyacı ise, güncelliğini korumaktadır. Bu ihtiyaca vurgu yapmak gerekiyor. Zira günümüz modern hukuk devletlerinde idarenin faaliyetlerinin bir usule bağlanması konusu artık neredeyse tartışılmıyor. Pek çok modern hukuk devletinde idari işlemin yapılış sürecinde idarenin hata yapma ihtimalini azaltarak, idare karşısında bireylere birtakım koruma mekanizmaları getiren temel idari usul kanunları yer almaktadır. Bu kanunlarda idare karşısında bireyin korunmasını sağlamak adına önemli koruma mekanizmaları öngörülmektedir. Bu koruma mekanizmalarından bir tanesi de idari usul sürecinde bireye temsil edilme hakkının tanınmasıdır.

Modern hukuk devletlerinde idarenin, kişilere idari usulün bir parçası olarak hukuki danışmanlık ve yardım sunması gerektiği kabul edilir⁷. Bu yardım pek çok şekilde karşımıza çıkabilir. İdari işlemin yapılış sürecinde ilgililerin idari usul sürecine katılarak, kendilerini bizzat ifade etme fırsatı bulamadığı durumlarda, kendilerini bir temsilci yardımı ile temsil ettirebilmesine imkân tanımak da idarenin bireye idari usul sürecinde yardım etme yükümlülüğünün bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira idarenin birey hakkında tesis edeceği bir işleme, kişinin katılımını sağlamak yeterli değildir. Önemli olan, idari usul sürecine ilgilinin etkili ve aktif bir şekilde katılımını sağlamaktır. İşte ilgilinin, hakkında tesis edilecek bir işlemin yapılış sürecine aktif ve etkili katılım sağlayamayacağı durumlarda, kendisini bir temsilci marifetiyle temsil ettirebilmesi, hukuk devletinin bir gereğidir.

başka bir adım atılmıştır. Ne var ki hazırlanan ve en son 2008 tarihinde “Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı” olarak Başbakanlığa sunulan metin kanunlaşmamıştır.

⁷ **Akyılmaz** (2000), s. 130. Buradaki idarenin doğrudan danışmanlık hizmeti sunmasından, aslında idarenin idari usul sürecinde kişilere yol gösterme veya yardım etme yükümlülüğü bulunduğu anlaşılmalıdır. Keza Alman İdari Usul Kanunu, “Danışmanlık, bilgilendirme ve halkın ön katılımı” başlıklı 25. maddesi ile idareye danışmanlık yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre, “İdari makam, açık hata veya ihmalle eksik bırakılmış hususların kendisine bildirilmesini veya dilekçe verilmesini, dilekçeler yanlış doldurulmuş veya hiç doldurulmamışsa yeni bildirimde bulunulmasını veya dilekçelerin düzeltilmesini katılanlara tavsiye eder. Eğer gerekliyse katılanları idari usul ile ilgili hakları ve görevleri konusunda bilgilendirir.” Aktaran, **Akyılmaz** (2000), s. 130.

Bugüne kadar yapılan çalışmalarda idari usulde temsilin, idari usulün önemli ilkelerinden olduğu vurgusu sıkça yapılmışsa da, konuya ilişkin esasları detaylıca inceleyen bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu nedenle bu konunun gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse Türk hukukunda ne şekilde ele alındığını, özellikle Türk hukuku bakımından ilgililerin idari usulde kendilerini bir temsilci aracılığıyla temsil ettirebilmesinin mümkün olup olmadığını ortaya koymak ihtiyacı hâsıl olmuştur.

Bu nedenle bu çalışma kapsamında, önemli bir idari usul ilkesi olarak kabul edilen ve pek çok idari usul ilkesinin de tamamlayıcısı olarak nitelendirilebileceğimiz idari usulde temsil kavramı tanımlanarak, idari usulde temsilin önemine değinilecektir. Ardından ikinci bölümde idari usulde temsil hakkına ilişkin yol gösterici nitelikteki uluslararası düzenlemeler ve Alman idari usul hukukunda temsil edilme hakkına ilişkin yasal düzenlemeler ele alınmaya çalışılacaktır. Üçüncü bölümde, Türk hukukunda idari usulde temsil edilme hakkının olup olmadığı, mevcut yasal düzenlemeler de göz önünde bulundurularak ele alınmaya çalışılacaktır. Dördüncü bölümde, uluslararası ve yol gösterici nitelikteki kararlar ile hukukumuzda bugüne kadar yapılmış çalışmalar ile mevzuat da göz önünde bulundurularak, Türk idari usul hukukunda temsil hakkının hangi şartların varlığı halinde gündeme gelebileceği belirlenmeye çalışılacaktır. Son bölümde ise, idari usulde temsil hakkına uyulmamasının sonuçları, yargı kararları ekseninde ele alınacaktır.

I. İDARİ USUL HUKUKUNDA TEMSİL KAVRAMI VE ÖNEMİ

İdari usul ilkeleri genel olarak; idari makama yönelen usul ilkeleri, ilgililerin güvenliğine yönelik idari usul ilkeleri, idari işleme yönelik idari usul ilkeleri ve son olarak yargı kararlarının uygulanmasını sağlayacak idari usul ilkeleri olarak farklı gruplarda toplanmaktadır⁸.

Bu sınıflandırmaya göre ilgililerin güvenliğine yönelik idari usul ilkeleri; yönetime katılma hakkı (dinlenilme hakkı), bilgi edinme hakkı, hukuki yardım

⁸ **Özkan, Gürsel** (1998) “İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri”, Banger, Gürol/Özkan, Gürsel (Editör), T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, Başbakanlık, Ankara.

ve temsil ilkesi, idari işlemlerin gerekçeli olması gerekliliği, işleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi, savunma hakkına saygı gösterilmesidir. Bu anlamda idari makamlar önünde temsil edilme hakkı, ilgililerin güvenliğine yönelik bir idari usul ilkesi olarak ön plana çıkmaktadır.

İdari makamlar önünde temsil edilme hakkı hukuksal bir temsil yöntemi⁹ olup, idari usulün önemli ayaklarından biridir. Zira idarenin, disiplin yaptırımlarında olduğu gibi özellikle bireylerin hukuki durumlarını ağırlaştırdığı hallerde, bireylerin idare önünde kendisini gerektiği gibi ifade edebilmesi önem arz etmektedir. Ceza hukuku anlamında uygulanan yaptırım kararlarına pek çok yönden benzeyen disiplin yaptırımları karşısında bireyin korunması bakımından akla ilk gelen ise şüphesiz savunma hakkıdır.

Savunma hakkı, yalnızca yargı mercileri önünde kabul edilen ve yargısal işlere özgülenen bir hak değildir¹⁰. Bu hak, aynı zamanda idari işlemlerden disiplin yaptırımları bakımından da açıkça Anayasa ve mevzuatla tanınmış bir haktır. Buna karşın, disiplin yaptırımları dışındaki idari işlemlerin tesisi bakımından savunma hakkı meselesine temkinli yaklaşılmaktadır. Zira savunma hakkının yalnızca idari işlemlerden disiplin yaptırımları bakımından tanındığı, bu bağlamda savunma hakkı kavramının yalnızca disiplin işleri söz konusu olduğunda kullanılabileceği, yargılamaya özgü pek çok kavramın varlığına bağlı olan savunma hakkı deyiminin disiplin işleri dışındaki idari yöntemler bakımından kullanılmasının uygun olmadığı ifade edilmiştir¹¹. Bu noktada disiplin işleri dışındaki idari işlemler bakımından savunma hakkı kavramı yerine “görüş bildirme hakkı” benzeri bir ifadenin kullanılması tercih edilmiştir¹².

⁹ **Akıncı, Müslüm** (2008) “Günüşiğinde Yönetimin İsveç Anlayışı ve Uygulaması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 2, s. 230.

¹⁰ Savunma hakkı ilkesinin iki boyutu olduğu, bunlardan ilkinin idari işlemin tesisinden önce veya tesisi sırasında; ikincisinin, idari işlemin tesisinden sonra bu işlemin iptali için yargı yoluna başvurulması halinde ilgililere savunma hakkı tanınması olduğu yönünde bkz. **Bereket, Zuhal** (1996) Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 26.

¹¹ Bu yöndeki ayrıntılı açıklama ve görüşler için bkz. **Akıllıoğlu, Tekin** (1983) Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, s. 19 vd.

¹² **Akıllıoğlu** (1983), s. 20, 71 nolu dipnot.

O halde disiplin yaptırımları bakımından kişinin kendini idare önünde ifade etme imkânı bulabilmesi için savunma hakkı ne kadar önemliyse, idarenin disiplin yaptırımları dışındaki ve kişilerin hukuki durumunu özellikle olumsuz etkileyen diğer işlemleri bakımından da ilgililerin kendilerini ifade etme imkânından yararlandırılması; başka bir ifadeyle ‘görüş bildirme hakkı’ tanınması, hukuk devleti için son derece gerekli kabul edilmelidir. İdarenin işlemlerine karşı sadece memurlar veya disiplin yaptırımları uygulanacak muhatapların değil, tüm kişilerin korunması gerekmektedir¹³. Bu anlamda disiplin hukukunda uygulanan ilkelerin, idari kararların alınış usulünde de uygulanması gereklidir¹⁴.

Savunma hakkı veya görüş bildirme hakkı, öncelikle kişiye idari makamlar önünde bizzat dinlenilme hakkı tanınması yolu ile sağlanabileceği gibi, kişinin bizzat dinlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda veya kişiye bir yükümlülük getiren idari işlemlerin tesisi sürecinde bir temsilci aracılığıyla dinlenmesini gerektirir. Bu anlamda çalışmamızın konusunu oluşturan ve ‘hukuki yardım ve temsil’, ‘temsil hakkı’, ‘idare önünde temsil’ gibi farklı şekillerde adlandırılabilen “*idari makamlar önünde temsil*”, bir hak olarak, savunma ve görüş bildirme haklarının etkili biçimde kullanılabilmesi için olmazsa olmazlardan sayılabilir. Bu bağlamda idari usulde temsil ilkesi, en çok dinlenilme hakkı ile savunma hakkına saygı gösterilmesi bağlamında anlam kazanmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması¹⁵” konulu kararının I. ilkesine göre; “*Bireyin haklarını, özgürlüklerini ya da çıkarlarını zedeleyici türdeki bütün idari işlemler hakkında, ilgili kişi, idarenin dikkate almak durumunda olduğu, olay ve delil gösterme ve son aşamada kanıtlayıcı belgeler önerme hakkına sahiptir.*” Bu kapsamda dinlenilme hakkı, “*idari işlemin tesis edilmesinden önce, karar için belirleyici olan önemli vakıalar ile ilgili olarak,*

¹³ Akılhoğlu (1983), s. 169.

¹⁴ Gözübüyük, Şeref (1995) Yönetim Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 247.

¹⁵ Kararın orijinal metni için bkz. <<https://rm.coe.int/16804dec56>> s.e.t. 19.02.2022. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Kuntbay, İhsan (1978) “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması” Amme İdaresi Dergisi, C: 11, S: 4, s. 3-11.

*idari makamın, idari işlemden etkilenecek ilgililere görüşünü açıklama fırsatı vermesi yükümlülüğü*¹⁶” olarak tanımlanabilir. İlgilinin idari usul sürecinde görüşlerini gerektiği gibi açıklayabilmesi için de gerektiğinde temsilci yardımı alması gerekebilir. İlgili, isterse dinlenilme esnasında temsilcisini veya vekilini yanında hazır bulundurabilmelidir¹⁷.

İdari makamlar önünde temsil edilme, özellikle disiplin hukukunda önemini artırmaktaysa da¹⁸, ilgilinin hak veya menfaatini bir şekilde etkileyebilme potansiyeli olan bütün idari işlemlerin yapılış sürecinde ilgilinin etkili bir şekilde katılımını sağlamak önem arz eder. İdari makamların, bireyin talebini reddetmeyi planladığı ya da talebin tümüyle veya kısmen reddedilmesinin muhtemel olduğu hallerde, özellikle de bir idari işlemin bireyin hak veya menfaatlerini doğrudan ve olumsuz bir şekilde etkileyebileceği durumlarda, bireye temsil edilme veya görüşlerini ifade etmede yardım alma imkânı tanınması¹⁹ gerekir. Bu durum aslında yargılama hukukunda avukat ile temsil edilme hakkının, idari usul sürecindeki görünümü olarak değerlendirilebilir. Nasıl ki avukat ile temsil edilme, yargılama hukukunda adil

¹⁶ **Akyılmaz** (2000), s. 143.

¹⁷ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde de idari makamlar önünde temsil hakkı, dinlenilme hakkı ile doğrudan bağlantılı olacak şekilde düzenlenmiştir. KKTC İyi Yönetim Yasası’nın “Birel işlemlerde özel kişilerin dinlenilme hakkı” başlıklı 16. maddesine göre; “*İdare, birel işlem yapmadan önce, yaptığı işlemde hakları etkilenecek olan özel kişilere dinlenilme hakkı tanır. Özel kişiler bu haklarını kullanırken yanlarında avukat bulundurma hakkına sahiptirler.*” Yasa metni için bkz. <<https://www.cm.gov.nc.tr/Yasalarr>> s.e.t. 09.04.2022. Ayrıca KKTC İyi Yönetim Yasası’nın “Katılım İlkesi” başlıklı 11. maddesine göre de; “*İdare, özel kişilere, hak ve çıkarlarını etkileyen idari işlemlerin hazırlığına ve uygulanmasının denetlenmesine uygun araçlarla katılma olanağı tanır. (2) Çevre ve imarla ilgili konularda, ilgili bölgede ikamet eden özel kişilerin tamamına açık danışma toplantıları düzenlenmeden idari işlem yapılamaz.*”

¹⁸ “*Disiplin mevzuatımızın karmaşıklığı, soruşturma sürecinin birtakım katı şekil şartlarına sahip olması ve süreçte esas alınan birçok ilke ve kuralın içtihadî nitelik arz etmesi, hukuki yardım ve temsil ilkesinin disiplin hukuku bakımından önemini artırmaktadır.*” **Usman, Yahya** (2019) “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri”, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 88.

¹⁹ **Avrupa Konseyi** (2020) *İdare ve Siz- Bireyler ve İdari Makamlar Arasındaki İlişkilerle İlgili İdare Hukuku İlkeleri* Avrupa Konseyi Yayınları, s. 39. Online erişim için ayrıca bkz. <<https://rm.coe.int/idare-ve-siz-el-kitab-/16809fec2d>> s.e.t. 21.04.2022.

yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birini oluşturuyorsa; idari makamlar önünde temsil de, idarenin karar alma sürecinde, özellikle de bireyin hak ve menfaatlerinin doğrudan etkileneceği durumlarda kişinin kendisini idare önünde ifade etmesine imkân tanıdığından, idari usulün en önemli ilkelerinden birini oluşturmaktadır.

İdari makamlar önünde temsil hakkı bazen uyuşturucu alışkanlığı olan veya ruh sağlığı bozuk bir çocuk hakkında sosyal rehabilitasyon merkezine alınma kararı verilirken kendisine gerekirse bir hukuki temsilci atanabilmesi²⁰ örneğindeki gibi işlemlerde, bazen yaptırım kararlarının tesisi sürecinde, bazen de birden çok kişiyi ilgilendiren idari işlemlerin tesisi sürecinde önem arz edebilir.

Bu anlamda idari usulde temsil hakkı, *“hak ve menfaatini savunmakta yetersiz kalan bireylere gerekli hukuki yardımın yapılmasını ve temsilci aracılığıyla hak ve menfaatlerinin korunmasını sağlayan bir hak”*²¹ olarak tanımlanabilir. Daha kısa bir ifadeyle, idari usul hukukunda temsil hakkı; ilgilinin önemli usuli güvencelerden bir temsilci aracılığı ile yararlanabilmesidir. Bu sayede ilgililer, idare karşısında hem hakkını arayabilecek hem de kendisini temsil ettirerek, hukuki yardımda bulunanların katkısından yararlanabilecektir²². Bu şekilde idarenin karar alma sürecine ilgisi

²⁰ **Akıncı** (2008), s. 230-231. Hukuki temsil hakkının İsveç’te Adli Yardım Kanunu kapsamında düzenlenen ve idari usul sürecinde tanınan bir hak olduğu ve detayları hakkında ayrıca bkz.

Akıncı, Müslüm (2010) *İsveç İdare Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 117.

²¹ **Dursun, Hasan** (2007) “İdari Usul ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usul Kanunu Ön Tasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Türk İdare Dergisi*, S: 456, s. 222.

²² **Odyakmaz, Zehra** (1999) “Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, *Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S:2, <https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_1.pdf> s.e.t. 18.03.2022. “*Bu hak sayesinde ilgililer, idari usulde kendilerine hukuksal yardımcı tutabilir veya kendisini temsil ettirebilirler.*” **Tan, Turgut** (2013) “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı Daralıyor mu?” Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C:1, Ankara Üniversitesi Yayınları, s.129 <[405](http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/50947/D%C3%B6nüşümün%20idari%20usulundeki%20değişimler%20ve%20bireyin%20kendisini%20temsil%20ettirebilmesi%20için%20hukuki%20yardımın%20sağlanması%20ve%20temsilci%20atanabilmesi%20konularında%20yapılan%20araştırmalar%20ve%20tecrübeler%20aşağıdaki%20gibi%20işlemlerde%20bazen%20yaptırım%20kararlarının%20tesisi%20sürecinde%20bazen%20birden%20çok%20kişiyi%20ilgilendiren%20idari%20işlemlerin%20tesisi%20sürecinde%20önem%20arz%20edebilir.”>http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/50947/D%C3%B6nüşümün%20idari%20usulundeki%20değişimler%20ve%20bireyin%20kendisini%20temsil%20ettirebilmesi%20için%20hukuki%20yardımın%20sağlanması%20ve%20temsilci%20atanabilmesi%20konularında%20yapılan%20araştırmalar%20ve%20tecrübeler%20aşağıdaki%20gibi%20işlemlerde%20bazen%20yaptırım%20kararlarının%20tesisi%20sürecinde%20bazen%20birden%20çok%20kişiyi%20ilgilendiren%20idari%20işlemlerin%20tesisi%20sürecinde%20önem%20arz%20edebilir.> s.e.t. 16.03.2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

bulunan herkesin katılımı sağlanarak, yönetimde demokratikliğe²³ ve hukuk devleti ilkesine de hizmet edilmiş olacaktır.

II. İDARİ USULDE TEMSİL HAKKINA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Çalışmanın bu bölümünde bir idari usul ilkesi olan temsile, uluslararası hukuki düzenlemelerde ne şekilde yer verildiği ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda öncelikle idari usulde temsil hakkına ilişkin Avrupa Konseyi'nin üye ülkeler için yol gösterici nitelikteki tavsiye kararları, ardından da Alman İdari Usul Kanunu kapsamındaki düzenlemeler ortaya konmaya çalışılacaktır.

A. AVRUPA KONSEYİ'NİN ÜYE ÜLKELERE YÖNELİK KARARLARI

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, idari usul ilkelerine yönelik olarak Konsey'e üye ülkelere yol gösterici nitelikte pek çok tavsiye kararı vermiştir. Aşağıda konu ile sınırlı olacak şekilde aktaracağımız Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde kabul edilen tavsiye kararları, Türk hukukunda idari usul sürecinde temsilin şartlarını belirlemede yol gösterici niteliktedir. Bu kararlar, üye devletler bakımından hukuken bağlayıcı olmasa da, tavsiye ve kararların kabulü sırasında çekincelerini ifade eden devletler hariç her üye devletin, bu kararları iç hukukta geniş ölçüde kabul etme ve uygulama konusunda yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmektedir²⁴. Bu yönüyle aslında yol gösterici olmanın da ötesinde, bu kararlar üye devletler için göz önünde bulundurulması gereken ilkeler ortaya koymaktadır.

Bu kararlardan ilki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı "Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması" konulu kararıdır. Bu karar ile bazı önemli idari usul ilkeleri tespit edilmiştir. Bunlar; dinlenilme hakkı, belgelere erişim hakkı, idari usulde temsil ve danışmanlık hakkı, idari işlemde gerekçe yükümlülüğü ve hukuki başvuru yollarının gösterilmesi ilkeleridir.

²³ **Özay, İl Han** (2002) *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul, Alfa, s. 72.

²⁴ **Avrupa Konseyi**, s. 10.

(77) 31 sayılı tavsiye kararında hukuki yardım ve temsil ilkesi, III. ilke kapsamında; “İlgili idari usulde kendisine yardımcı tutabilir veya temsilci kullanabilir” şeklinde yerini bulmuştur. Bu ifadeden, kişinin kendisi hakkındaki idari usulü bizzat takip edebileceği, buna karşın eğer kendisi takip etmek istemiyorsa bir temsilcisine süreci takip ettirebileceği anlaşılmaktadır²⁵. Bu anlamda ilkenin temel amacı ilgilinin idari usulde yardımcı kullanması veya kendisini temsil ettirmesini sağlamak olarak ifade edilebilir²⁶.

Hukuki yardım ve temsil hakkı, bireyin kendi başına da işini takip etmesinde serbest olduğunu öngörmekle birlikte, bazı işlemlerin ilgili tarafından bizzat yapılma zorunluluğu ya da usulün belli aşamalarına bizzat katılma zorunluluğu olmaksızın kendisine temsilci veya yardımcı tutabilmesini düzenlemektedir²⁷.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 20 Haziran 2007 tarihli 999 sayılı Bakan Temsilcileri toplantısında kabul edilen Bakanlar Komitesinin “İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Cm/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı²⁸” da idari işlemin yapılış usulünde temsil bakımından önem arz eden başka bir karardır. CM/Rec (2007) 7 sayılı Tavsiye Kararı’nın “Birel İşlemlerde Özel Kişilerin Dinlenilme Hakkı” başlıklı 14. maddesine göre; “İdare özel kişilerin haklarını doğrudan ve olumsuz etkileyecek bir birel işlem yapmayı tasarladığında ve bu kişilere görüşlerini açıklama imkânı verilmediğinde, bu kişiler, açıkça gereksiz değilse, makul bir sürede ve ulusal hukuk tarafından tanınmış biçimde ve gerektiğinde seçtikleri bir kişinin yardımıyla görüşlerini açıklama imkânına sahiptir.”

Keza yine CM/Rec (2007) 7 sayılı Tavsiye Kararı’nın, “Düzenleyici Olmayan İşlemlere Özel Kişilerin Katılım Hakkı” başlıklı 15. maddesine göre;

²⁵ **Söyler, Yasin** (2008) “İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması”,(Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 20.

²⁶ **Akılhoğlu** (1983), s. 197.

²⁷ **Özkan** (1998), s. 62.

²⁸ **Karahanogulları, Onur** (2007) “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı”, *Danıştay Dergisi*, S: 116, Y:37, <<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>> s.e.t. 20.03.2022.

“(1) İdare belirsiz sayıda kişiyi etkileyebilecek bir düzenleyici olmayan işlem yapmayı tasarladığında, bu kişilerin işlemin yapılması sürecine katılımına olanak sağlayacak inceleme, dinlenme, yetkili idarenin danışsal bir organında temsil, danışılma ve soruşturma gibi yöntemler getirir.

(2) Bu işlemle ilgili olanlar, yapılacak işlemin içeriği hakkında açıkça bilgilendirilir ve görüşlerini tam olarak açıklayabilmeleri için olanak tanınır. Bu süreç makul süre içinde tamamlanır.” Buna göre idarenin; belirsiz sayıda kişiyi etkileyebilecek düzenleyici olmayan bir işlem yapma sürecinde, bu kişilerin işlemin yapılması sürecine katılmasına imkân sağlayacak inceleme, dinlenme, yetkili idari organlar önünde temsil, danışma gibi yöntemler getirmekle yükümlü olduğu anlaşılmaktadır²⁹.

Çok kişiyi etkileyen idari usullere ilişkin R(87) 16 sayılı Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Tavsiye Kararı (*Recommendation of The Committee of Ministers to Member States on Administrative Procedures Affecting a Large Number of Persons*)³⁰ da, temsile ilişkin önemli düzenlemeler öngörmektedir. R(87) 16 sayılı Tavsiye Kararının “İdari Usul ve Denetim” başlıklı 1. bölümünün II. ilkesine göre; “Yetkili makam, yapılması hedeflenen idari işlemin amacı ve etkileri, menfaatler, ilgililerin statüsü veya sayısı ya da etkili yönetimin sağlanması ihtiyacı göz önünde bulundurularak, idari usulün tamamı veya bazı aşamalarında aşağıdakilere karar verir:

- a. Ortak menfaate sahip ikinci kategorideki kişiler bir veya daha fazla ortak temsilci atar.
- b. Üçüncü kategorideki kişiler, dernek veya organizasyonlar tarafından temsil edilir.”

²⁹ Odyakmaz, Zehra/Güzel, Oğuzhan (2017) “İyi İdare Hakkı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 2, s. 23.

³⁰ Orijinal metin için bkz. <<https://rm.coe.int/cmrec-87-16-on-administrative-procedures-affecting-a-large-number-of-p/1680a43b59>> s.e.t. 03.03.2022.

Tavsiye Kararı'nın III. ilkesi ile de; ilk kategorideki kişilerin de talep üzerine, II. ilke kapsamındaki temsile ilişkin hükümlerden uygun düştüğü ölçüde yararlanması esası benimsenmiştir³¹.

Avrupa Konseyi nezdinde kabul edilen bu tavsiye kararları dışında, Avrupa'da kabul edilen diğer bazı düzenlemeler de dikkat çekmektedir. Örneğin, Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen “Avrupa İyi Yönetim Yasası³²” ile kamu görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken uyması gereken prensipleri ortaya konmuştur. Kanun, idari makamlar önünde temsil hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme içermemekteyse de, Kanunun “Dinlenilme ve Görüş Bildirme” başlıklı 16. maddesi uyarınca, “1. *Vatandaşın hak ve menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda, görevli, karar alınma usulünün her aşamasında savunma haklarına saygı gösterilmesini gözetir. 2. Hak ve menfaatlerini etkileyen bir karar alınacak olduğu takdirde, toplumun her üyesi yazılı olarak görüş bildirme hakkına ve gerekiyorsa, karar alınmadan evvel sözlü olarak bildirimde bulunma hakkına sahiptir.*”

³¹ R (87) 16 sayılı Tavsiye Kararının “Kapsam ve tanımlar” başlıklı maddesi uyarınca; “*Mevcut tavsiye, çok sayıda kişiyi ilgilendiren normatif olmayan idari kararlar (idari işlemler) ile ilgili olarak kişilerin haklarının, özgürlüklerinin ve çıkarlarının korunması için uygulanacaktır.*

*a. idari işlemin doğrudan muhatabı olan çok sayıda kişi, bundan sonra **birinci kategorideki kişiler**;*

*b. kendilerini doğrudan muhatap almasa da idari işlemde bireysel hakları, özgürlükleri veya menfaatleri etkilenme olasılığı bulunan çok sayıda kişi, bundan sonra **ikinci kategorideki kişiler**;*

*c. ulusal hukuka göre, idari işlemde etkilenme olasılığı olan belirli bir toplu menfaat talep etme hakkına sahip olan çok sayıda kişi, bundan sonra **üçüncü kategorideki kişiler** olarak anılacaktır.”*

³² Yasanın çevirisi için bkz. **Akyılmaz, Bahtiyar** (2003) “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:2, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789860>> s.e.t. 10.03.2022. Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası (*The European Code of Good Administrative Behaviour*) olarak da çevrilmektedir. İngilizce metin için bkz. <<https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/en/3510>> s.e.t. 10.03.2022. Ombudsman çevirisi için ayrıca bkz. <<https://www.ombudsman.europa.eu/et/publication/tr/3510>> s.e.t. 10.03.2022.

B. ALMAN İDARİ USUL HUKUKUNDA TEMSİL HAKKI

Avrupa ülkelerinin pek çoğunda idarenin işlemlerini belli prosedürlere bağlayan idari usul kanunları kabul edilmiştir. Bunlardan 1976 tarihli Alman İdari Usul Kanunu (*Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG*)³³ konumuz bakımından önemli düzenlemeler öngörmektedir.

VwVfG, idari usule ilişkin ilkeleri ortaya koymadan önce idari usule katılanları belirlemiştir. Ardından katılanların, idarenin işlem tesisi sürecinde hangi idari usul ilkelerinden yararlanabileceği ve idarenin katılanlar ile olan ilişkileri konularında önemli usul kuralları ortaya konmuştur.

VwVfG'nin “Katılanlar” başlıklı § 13'e göre³⁴ idari usul sürecine katılanlar;

“1. Başvuran ve başvuruya cevap verenler,

2. Yetkili makamın idari işlemi yönlendirmeyi düşündüğü veya yönlendirdiği kişiler,

3. Yetkili makamın kamu hukukuna göre sözleşme akdetmeyi düşündüğü veya akdetmiş olduğu kişiler,

4. yetkili makam tarafından idari usule dâhil edilen 2. bentteki kimseler”dir³⁵.

VwVfG, idari işlemin yapılış sürecine katılanları tespit ettikten sonra, katılanların temsilci ve danışman yardımından yararlanmasına ilişkin önemli

³³ VwVfG'nin Almanca metni için bkz. <<https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/VwVfG.pdf>> s.e.t. 04.04.2022.

³⁴ VwVfG'nin yalnızca 13. maddesinin çevirisinde Gemalmaz/Doğru tarafından yapılan çeviriden yararlanılmıştır. Bkz. **Gemalmaz, Mehmet Semih/Doğru, Osman** (1988) “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)” İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C: 9, S:1-3, s.127-146.

³⁵ Maddenin devamında; “(2) İdare, re’sen veya talep üzerine, yasal çıkarları idari usul sürecinden etkilenebilecek olanları katılan olarak dâhil edebilir. İdari usulün üçüncü bir kişi için hukuksal etkiye sahip olması durumunda, talep üzerine bu kişilerin idari usule dâhil edilmesi gerekir. Yetkili makam, bu tür üçüncü şahıslardan haberdarsa, onları usulün başladığı konusunda bilgilendirmelidir. (3) Paragraf 1’in gereklilikleri yerine getirilmeden idari usulde dinlenecek hiç kimse katılan olamaz.” denilerek, idarenin de idari usul sürecinden etkilenecek olan kişileri talep üzerine veya re’sen katılan olarak dâhil edebileceği kabul edilmiştir.

düzenlemeler öngörmüştür. VwVfG'nin “Yetkili temsilciler ve danışmanlar” başlıklı § 14 hükmü;

“(1) Katılan, kendisini bu amaçla yetkilendirilmiş bir kişi tarafından temsil ettirebilir. Bu yetki, kendisine verilen kişiye, içeriğinde aksi belirtilmedikçe, idari usul ile ilgili tüm işlemleri yapma yetkisi verir. Yetkili kişi, talep üzerine yetkilendirilmesine ilişkin yazılı kanıtını sunar. Temsil yetkisinin herhangi bir şekilde geri alınması, yetkili makama ulaştığında etki doğurur.

(2) Yetkilendirme, bu yetkiyi verenin ölümü veya fül ehliyetinde ya da kanuni temsilcisinde herhangi bir değişiklikle sona erdirilemez. Bununla birlikte, yetkilendirilen kişi yasal halef adına idari işlemlerde yer aldığı anda, talep üzerine yetkilendirilmesine ilişkin yazılı kanıtını sunacaktır.

(3) Bir kişi, idari usul sürecinde temsilci olarak görevlendirildiği takdirde, idare, muhatap olarak o kişiyi alacaktır. İdare, işbirliği yapmak zorunda olduğu durumlarda asıl katılana başvurabilir. İdare asıl katılan ile temasa geçerse, yetkili temsilci bilgilendirilmelidir. Bu halde yetkili temsilciye ilişkin hükümler etkilenmeden kalır.

(4) Taraflardan biri, bir danışmanla müzakerelere ve toplantılara katılabilir. Yardımcının sunduğu şey, derhal itiraz edilmedikçe, ilgili kişi tarafından sunulmuş sayılır....³⁶”

VwVfG bunun yanında, bazı durumlarda re'sen temsilci atanabilecek durumları da düzenlemiştir. VwVfG'nin § 16, “Re'sen temsilci atanması” başlığını taşımakta ve temsilcisi bulunmayan kişiler için maddede belirtilen

³⁶ Benzer düzenleme, 1968 tarihli İsviçre Federal İdari Usul Kanunu'nda yer almaktadır. Kanunun “Temsil ve yardım” başlıklı 11. maddesi uyarınca; “(1) İşlemin her safhasında, taraf, şahsen hareket etmesi gereken haller dışında, kendine temsilci veya, resmi bir soruşturma ivediliği bakımından bir sakınca olmadıkça, yardımcı tayin edebilir. temsilcinin veya yardımcının medeni hakları kullanma yeterliğine sahip olması gerekir. (2) İdari merci, vekilden vekaletini yazılı vekaletname ile kanıtlamasını isteyebilir. (3) Taraf, vekaleti geri almadıkça, idari merci muhabereyi vekille yapar.” Aktaran, **Kıratlı, Metin** (1973) “İsviçre’de İdari Usul Kodifikasyonu”, Amme İdaresi Dergisi, C: 6, S: 2, s. 52.

durumların varlığı halinde idarenin talebi üzerine mahkemelerce temsilci atanması gündeme gelmektedir³⁷.

VwVfG, ayrıca özdeş başvurular ve ortak menfaate sahip kişiler tarafından yapılan başvurularda da temsil mekanizmasının işletilmesini öngörmektedir. VwVfG § 17; *“Elliden fazla kişi tarafından imzalanmış veya mükerrer ve aynı metinler şeklinde sunulan başvuru ve dilekçelerde, diğer imzacılar tarafından yetkili temsilci açıkça belirtilmediği sürece, isim, meslek ve adres olarak kimliği belirlenen imza sahibi, yetkili temsilci kabul edilir. Yalnızca gerçek bir kişi temsilci olabilir.”* hükmünü içermektedir. Maddenin son fıkrasında ise, *“Temsilcinin temsil yetkisinin sona ermesi halinde, idari makam, temsil edilmeyenlerden makul bir süre içinde ortak temsilci atamalarını isteyebilir. Temsil edilmeyenlerin sayısı elliyi aşıyorsa idari makam yerel âdete uygun olarak durumu ilan edebilir. Talebin süresi içinde yerine getirilmemesi durumunda, idari makam re'sen ortak temsilci atayabilir.”* şeklindedir.

Keza VwVfG § 18'e göre; *“Bir idari usul sürecinde 50'den fazla kişi aynı menfaate sahipse ve temsil edilmiyorsa ve bu durum da idari usulün uygun şekilde yürütülmesine zarar verecekse, yetkili idari makam onlardan makul bir süre içinde ortak bir temsilci atamasını talep edebilir. Talebi süresinde yerine*

³⁷ VwVfG, § 16 *“(1) Temsilci yoksa, vesayet mahkemesi veya ilgili reşit olmayan bir çocuk için aile mahkemesi, yetkili makamın talebi üzerine uygun bir temsilci tayin etmelidir.*

1. Kimliği bilinmeyen bir katılan;
 2. İkametgâhı bilinmeyen veya işleriyle ilgilenmesi engellenen bir katılan;
 3. Almanya'da ikamet etmeyen ve yetkili makamın belirlenen süre içinde bir temsilci tayin etme talebine uymayan bir katılan;
 4. Akıl hastalığı veya fiziksel, zihinsel veya duygusal engeli, idari işlemlerde şahsen yer almasına izin verilmeyen bir katılan;
 5. İdari usulü ilgilendiren ancak talep edilmemiş durumlar söz konusu olduğunda, bunlarla ilgili ortaya çıkan hak ve yükümlülükleri korumak için.
- (2) 1'inci fıkranın 4'üncü bendinde belirtilen hallerde, temsilcinin atanmasından ilgilinin mutad meskeninin bulunduğu bölge mahkemesi yetkilidir. Diğer hallerde, talepte bulunan idari makamın merkezinin bulunduğu bölge mahkemesi yetkilidir.*
- (3) Temsilci, atanmasını talep eden tüzel kişiden makul bir ücret ve masraflarının iadesini talep etme hakkına sahiptir. İdari makam, temsil edilen kişiden masraflarının iadesini talep edebilir. İdare, ücreti belirleyecek ve harcama ve masrafların miktarını tespit edecektir.”*

getirmezlerse, idare re'sen ortak temsilci atayabilir. Temsilci yalnızca gerçek kişi olabilir.”

Görülüyor ki VwVfG'ye göre yetkili idari makam bazı durumlarda, işlemin ilgililerine temsilci atanması için görevli mahkemelerden talepte bulunabilecekken, bazı durumlarda ise re'sen temsilci ataması yapabilecektir.

III. İDARİ USULDE TEMSİL HAKKININ TÜRK HUKUKUNDAKİ YASAL DAYANAĞI MESELESİ

Türkiye’de idarenin işlem tesis ederken uyacağı ilke ve esasları düzenleyen genel bir idari usul kanunu çıkarılması konusunda uzun yıllar süren çabalar sonuç vermiş değildir. Buna karşın, yıllar önce büyük emekler sonucu oluşturulan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı pek çok önemli usuli ilke ile ilgili olduğu gibi, idari makamlar önünde temsil edilme konusunda da açık bir düzenleme öngörmekteydi. Tasarının “Temsilci seçimi”ni düzenleyen maddesine göre; *“Tesis edilecek bireysel işlemin, sonucu itibariyle ondan fazla kişiyi ilgilendirip hak ve menfaatlerde ortaklık bulunması halinde; idare belirlediği sayıda temsilcinin seçilmesini ilgililerden ister. Bu istek üç gün içinde yerine getirilmediği takdirde idare, süreci en kısa sürede sonuçlandıracağı bir veya birden fazla ilgiliyle yürütür. İdare süreci kimlerle yürüttüğünü ve işlemin sonucunu diğer ilgililere duyurur.”*³⁸

Peki ülkemizde genel idari usul kanunu bulunmayışı, ilgilinin idari usulde temsil edilmemesi için bir engel teşkil eder mi? Bir kere Türk hukukunda da, diğer ülkelerde olduğu gibi, ilgilinin idari usul sürecinde avukat ile temsil edilmesi konusunda hiçbir engel bulunmadığı gibi, Avukatlık Kanunu bu konuda açık bir düzenleme öngörmektedir. Avukatlık Kanunu’nun amacını ortaya koyan 2. maddesinin ilk fıkrası; *“Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.”* hükmünü içermektedir. Bu bağlamda Türk hukukunda aslında Avukatlık Kanunu kapsamında hukuki yardım ve

³⁸ Tasarı, Madde 21.

temsil ilkesi idari makamların eylem ve işlemlerini de içerecek biçimde düzenlenmiştir³⁹.

Bunun yanında Türk hukukunda idari usulde temsil edilme hakkı, kamu görevinden çıkarma cezaları bakımından yasal dayanağı haizdir. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, “Yüksek disiplin kurullarının karar usulü, memurun hakkı” başlıklı 129. maddesinin 2. fıkrasında; *“Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir.”* demektedir. Buna karşın disiplin hukuku bağlamında uygulanacak diğer yaptırım kararları bakımından idare önünde temsil hakkı ile ilgili genellikle açık yasal dayanak bulunmamaktadır⁴⁰.

Bununla birlikte gerek uluslararası düzenlemeler gerekse Anayasa’nın 129. maddesinde yer alan, *“Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”* hükmü uyarınca, memur ve diğer kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Savunma hakkının gerektiği gibi kullanılabilmesi için de kişinin gerektiğinde bir temsilci yardımından faydalanmasına imkân tanımak gerekmektedir. Bu anlamda açık yasal dayanak olmasa da idarenin özellikle de savunma hakkının etkili kullanımını sağlamak adına, ilgilinin bir temsilci marifetiyle kendisini temsil ettirmesine imkân tanınması gerektiği düşünülmektedir.

Anglosakson hukukunun uygulandığı ülkelerden İngiltere’de 1988’de yayımlanan ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 77 (31) sayılı kararına atıfta bulunan JUSTICE Raporunda, idari usulde temsil ve hukuki yardımın

³⁹ Benzer yönde **Usman**, s. 131.

⁴⁰ Gerçekten de ayrıntılı olarak incelendiğinde, disiplin yaptırımı içeren mevzuatın çoğunlukla yalnızca kamu görevinden çıkarma sonucu doğuracak yaptırım kararlarının alınması sürecinde bir idari usul ilkesi olarak kabul edildiği görülmektedir. Yine örneğin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun *“Disiplin soruşturması ve savunma hakkı”* başlıklı 53/A maddesinin 3. fıkrasında yer alan; *“Hakkında üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezası istenenler soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir.”* hükmü benzer niteliktedir.

mutlaka kanunla düzenlenmek zorunda olmadığı, idare tarafından yapılacak düzenleyici işlemler aracılığı ile kapsamının belirlenerek duyurulmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir⁴¹. Kıta Avrupası ülkelerinde de benzer şekilde hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idari usulde ilgilinin sırf yasal dayanak bulunmadığı gerekçesiyle, temsilci aracılığıyla kendini temsil ettirmesine fırsat tanınmaması kabul edilmemelidir. Buna karşın idari makamlar önünde temsil hakkının açıkça yasal dayanağa kavuşturulması, bireyin idare karşısında korunması bakımından daha güvenceli bir koruma mekanizması sağlayacaktır. İdarenin özellikle bireysel nitelikteki idari işlemleri tesis ederken, bireyin mütalaalarına başvurmaya mecbur tutulması, idarenin bilerek ya da bilmeyerek kişileri farklı muameleye tabi tutmasını engellemede son derece önemlidir⁴². Bu konuda Türk hukukunda idareye inisiyatif tanımaktansa, konunun detaylı bir şekilde kanun ile düzenlenmesinin daha yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA İDARİ USULDE TEMSİL HAKKINDAN YARARLANMA KOŞULLARI

Türk hukukunda konuya ilişkin temel yasal bir dayanak bulunmaması nedeniyle, idari usulde temsilci yardımından hangi durumlarda ve nasıl faydalanılacağı konusunun ortaya konması önem arz etmektedir. Türk hukukunda çatı bir düzenleme bulunmaması karşısında, idari makamlar önünde temsilin asgari şartlarını ortaya koyarken, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu tavsiye kararlarını dikkate almak gerekmektedir. Zira daha önce de vurguladığımız gibi aslında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından verilen kararlar üye devletler bakımından bağlayıcı değilse de, bu kararlara uyma konusunda devletlerin yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir.

Bunun yanında şartların tespitinde ayrıca, henüz yürürlüğe girmemiş olsa da Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nın ilgili düzenlemelerinden de yararlanmak icap etmiştir. Zira bu tasarı, yürürlüğe girmesi konusunda fikir

⁴¹ Aktaran, **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat** (2001) "İngiltere ve ABD'nde İdari Usule İlişkin Kısa Notlar" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 3-4, s. 43.

⁴² **Azrak**, s. 76.

birliği bulunan ve idari usulde temsile de açıkça yer veren önemli bir çalışmadır. Bu yönüyle tasarı önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bunların yanında şartların tespitinde ayrıca Türk idari usul hukukunda temsile açıkça yer veren dağınık bazı mevzuattan da yararlanmak icap etmiştir.

Gerek tavsiye kararları gerek tasarı gerekse mevzuat bir arada değerlendirildiğinde, Türk hukukunda idare önünde bireyin temsil hakkından yararlanabilmesi için gereken bazı asgari şartlar olduğu ifade edilebilir. Bu şartlar; tesis edilecek idari işlemin ilgilinin hukuki durumunu etkileyecek nitelikte olması, ilgilinin temsilci yardımından faydalanma niyetinin varlığı, işlemin muhatabı ile temsilci olarak atanacak kişi arasında geçerli bir temsil veya vekâlet ilişkisinin varlığı ve son olarak temsilcinin taşıması gereken şartlardır.

A. İDARİ İŞLEMİN İLGİLİNİN HUKUKİ DURUMUNU ETKİLEYECEK NİTELİKTE OLMASI

Bakanlar Komitesi'nin (2007) 7 sayılı Tavsiye Kararı'nın 14. maddesi uyarınca; idare kişilerin haklarını doğrudan ve olumsuz etkileyecek bir birel işlem yapmayı tasarladığında gerektiğinde seçtikleri bir kişinin yardımıyla görüşlerini açıklama imkânına sahiptir. Bu bağlamda, idari usul sürecinde ilgililerin temsil hakkından yararlanabilmesi için öncelikle, tesis edilecek işlemin ilgilisinin hukuki durumunu etkileyecek nitelikte olması gerekir. Bu bağlamda ilgilinin, kendisini temsil ettirmede hukuki bir menfaatinin bulunması şarttır.

Özellikle idare tarafından re'sen tesis edilen işlemlerde, kişinin savunma hakkını gerektiği gibi kullanamayacağını düşünüyorsa, idari usul sürecinde hukuki temsilci yardımından faydalanmasında menfaati bulunduğu kabul edilmelidir. Bunun yanında idareye yapılan ruhsat, izin başvuruları veya idari bir işlemin idare tarafından geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi talepli başvurular üzerine tesis edilecek işlemler bakımından da, idarenin bireyin talebini tümüyle veya kısmen reddetmesinin muhtemel olması durumunda ilgilinin, hukuki temsil hakkından yararlandırılması gerektiği düşünülmektedir.

Kısaca, ister re'sen ister ilgilinin talebi üzerine olsun, idarenin tesis edeceği birel işlemin bireyin hak veya menfaatlerini doğrudan ve genellikle de olumsuz bir şekilde etkileyebileceği durumlarda, ilgilinin temsil hakkından yararlanabilmesi, idare karşısında bireyin korunmasına hizmet edecektir. Ancak hemen vurgulamak gerekir ki, bu etkinin mutlaka olumsuz olması gerekmez. Bireyin hak veya menfaatini doğrudan etkileme kriteri karşılanıyorsa, bazı durumlarda ilgilinin durumunu olumlu anlamda etkileyebilecek işlemler bakımından da temsil hakkının kullanılması gerekebilir⁴³.

Düzenleyici işlemlerin tesisi sürecinde de düzenleyici işlemten etkilenecek veya etkilenme ihtimali bulunan kişi veya grupların, idari usul sürecine temsilci aracılığı ile katılımı ayrıca önem kazanmaktadır. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda da; yöre halkının ortak yararını ilgilendiren konularda düzenleyici işlemlerin⁴⁴ veya ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerin⁴⁵ tesisi sürecinde temsilcilerin çağrılması esası benimsenmiş idi.

B. İLGİLİNİN TEMSİLCİ YARDIMINDAN FAYDALANMA NİYETİNİN VARLIĞI

Kural olarak ilgilinin hukuki durumunu etkileyen bir işlemin yapılış sürecinde, bireyin temsilci yardımından faydalanması yönünde bir niyeti var ve

⁴³ Bu konuya mevzuattan, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanun kapsamında terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin zararlarının karşılanmasına ilişkin sulhnamenin hazırlanması örnek olarak verilebilir. Kanun'un 12. maddesine göre, zararın karşılanmasına ilişkin sulhnamenin hazırlanması sürecinde, "*Davet yazısında hak sahibinin sulhname tasarısını imzalamak üzere otuz gün içinde gelmesi veya yetkili bir temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulhname tasarısını kabul etmemiş sayılacağı*" açıkça hüküm altına alınmıştır.

⁴⁴ Bayındırlık hizmeti, imar uygulamaları, mülkiyet ve çevre hakları ile kültür ve tabiat varlıklarını doğrudan etkileyen düzenleyici işlemlerin yapılmasından önce kamunun bilgilendirilmesi ve katılımının sağlanması esası benimsenmiş idi. Tasarı, m. 27/(1).

⁴⁵ Ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler için ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından, üniversitelerden, ilgili meslek kuruluşlarının birlik ve federasyonlarından ve sivil toplum kuruluşlarından temsilcilerin çağrılacağı genel görüşme toplantısı düzenlenmesi esası benimsenmiş idi. Tasarı, m. 27/(3).

kişi bu konudaki niyetini idareye bildiriyorsa, idarenin üzerine düşen, ilgilinin bir temsilci yardımından faydalanmasına engel olmamaktır. Bu anlamda kural olarak ilgilinin talebi varsa, idari usulde bir temsilci yardımından faydalanabilir.

Bu konu mevzuatımızda bazı örneklerle somutlaşmıştır. Örneğin, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 'Disiplin amirlerinin ve kurullarının belirlenmesi ve çalışmasına dair esaslar' başlıklı 26. maddesinin 7. fıkrası; "*Disiplin kurullarında, kanuna uygun olarak bir sendikaya üye olan personelin soruşturma dosyasının görüşülmesi sırasında, personelin talebi halinde yetkili sendika temsilcisi de disiplin kuruluna üye olarak katılır.*" şeklindedir.

Buna karşın bazı özel durumlarda idari makamlar önünde temsil kabul edilmemekte; bazı durumlardaysa, idari makamlar önünde temsil zorunlu bir nitelik kazanmaktadır. Bu anlamda kural ihtiyari temsil olmakla birlikte, bu durumun iki istisnası bulunmaktadır.

1. İlgilinin İdari Usule Bizzat Katılmak Zorunda Olduğu Durumlar

77 (31) sayılı Tavsiye Kararı'nda, bazı işlemlerin ilgili tarafından bizzat yapılması veya idari usulün belirli aşamalarına ilgilinin bizzat katılması zorunluluğu bulunan durumlar, temsil ilkesinin kapsamı dışında tutulmuştur⁴⁶. Görülüyor ki, idari işlemin muhatabı, idari makamlar önünde hukuki temsil hakkını kullanmak yönünde bir niyet taşısa dahi, ilgilinin idari usul sürecinde bizzat yer alması gereken bazı durumlarda, temsil imkânından yararlanılamayacağı kabul görmektedir.

Ancak bu durumda dahi, ilgilinin kendisini avukat ile temsil ettirebilmesi gerekmektedir. Hukukumuzda, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi avukatlığın

⁴⁶ Akıllıoğlu (1983), s. 197; Akıllıoğlu, Tekin (1981) "Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", Amme İdaresi Dergisi, C: 14, S: 3, s. 50; Zeyrek, İlker (2021) "Birey-İdare İlişkisi Bağlamında İyi İdare Hakkı ve Türk Pozitif Hukukundaki Görünümü", TBB Dergisi, S: 155, s. 322-323. 77(31) sayılı tavsiye kararında III. ilke olarak düzenlenen yardım ve temsil ilkesine ilişkin gerekçede de ilgilinin idari sürecin bazı işlemlerinin bizzat kendisi tarafından yapılması gerekeceği veya sürecin bazı aşamalarına bizzat katılmasının zorunlu olabileceği sorununa değinilmediği vurgulanmıştır. Bkz. 77(31) sayılı Tavsiye Kararı, III. ilkeye ilişkin ek açıklamalar, prg. 25.

amacını; “her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak” olarak belirlemiştir. Bu anlamda idari makamlar nezdinde avukatla temsil imkânından yararlanmak isteyen ilgilileri bu yardımdan mahrum bırakmak hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyeti ile çelişir⁴⁷.

Hukukumuzda memurlar için yürütülen disiplin soruşturmalarını ele alalım. Ceza hukukunda, ceza vermeye yetkili makam karşısında savunma yapma hakkı ve fırsatı verilme zorunluluğunu anlamına gelen doğrudan doğruyalık (yüze karşılık) ilkesi, disiplin soruşturmalarında da uygulanmaktadır⁴⁸. Ceza hukuku anlamında doğrudan doğruyalık ilkesi, “hükmü verecek mahkeme üyelerinin, sanık, tanık ve olayın diğer tüm delilleriyle doğrudan temas etmelerini⁴⁹” ifade etmektedir. Buna göre kovuşturma evresindeki işlemlerin hâkim tarafından kural olarak taraflar hazır olduğu takdirde yüze karşı yapılması gerekmektedir⁵⁰. Buna karşılık doğrudan doğruyalık ilkesinin de istisnaları bulunmaktadır⁵¹.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi’nin eski tarihli bir kararında da vurgulandığı üzere; “Hak arama veya savunmada başvurulacak meşru yolların ve vasıtaların başında avukatların hukukî bilgi ve tecrübelerinden yararlanabilme gelir. Avukatlığın ereği, 1136 sayılı Kanununun 2. maddesinde belirtildiği üzere, hukukî ilişkilerin düzenlenmesine, her türlü hukukî sorunların ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine, genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organlarına, hâkimlere, resmî ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir. Avukatlar bu erekle hukukî bilgi ve tecrübelerim adalet hizmetinin ve kişilerin yararlanmasına tahsis ederler. Hak arama hürriyetinin gereği gibi işleyebilmesinde avukatlığın yeri öylesine önemlidir ki bu mesleğin gördüğü iş bir kamu hizmeti sayılmıştır.” Anayasa Mahkemesi, E: 1970/19, K: 1971/9, T: 21.01.1971 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1971-9-nrm.pdf>> s.e.t. 01.04.2022.

⁴⁸ **Boz, Selman Sacit** (2017) “Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:25, S:2, s. 36.

⁴⁹ **Centel, Nur/Zafer, Hamide** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta, s. 780.

⁵⁰ **Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, s.706.

⁵¹ Ceza hukukunda da doğrudan doğruyalık ilkesinin mutlak olarak uygulanmadığı, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bu ilkenin istisnalarının yer aldığı belirtilmektedir. Buna göre

Doğrudan doğrualık ilkesi idare hukukunda farklı bir veçhe ile karşımıza çıkmaktadır. Nasıl ki hâkim, hüküm vermeden önce sanıkla doğrudan temas etmeli ise, idare hukukunda da idari makamın ilgiliyi etkileyen bir işlem yapmadan önce, muhatap ile doğrudan temas etmesi gerekebilir. Ancak bu şekilde idarenin işlemi gerçekten hedeflediği sonuca ulaşabilir. Disiplin cezası verme sürecinde de, kural olarak, idari makam önünde bizzat savunma verilmesi gerekir. Buna karşın, doğrudan doğruya savunma vermek, disiplin soruşturması sürecinde tanınmış bir hak olmakla birlikte bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağı konusunda takdir imkânı da yine hakkında soruşturma açılan kişiye aittir. Bu nedenle kişi, disiplin cezası vermeye yetkili makam önünde bizzat savunma yapabileceği gibi, savunmasını baroya kayıtlı bir avukata vekâletname verme suretiyle de yapabilecektir⁵². Buna karşın Türk hukukunda baroya kayıtlı olmayan bir avukat ile veya avukat sıfatını taşımayan herhangi bir kimseye vekâlet veya temsil yetkisi vererek idari makamlar önünde savunma hakkının kullanılabilmesi, mevcut durum karşısında mümkün görünmemektedir.

2. İdari Makamlar Önünde Zorunlu Temsil

İdari makamlar önünde zorunlu temsil istisnai olmakla birlikte daha çok, birden çok kişiyi etkileyen idari işlemler bakımından gündeme gelmektedir. Birden çok kişiyi etkileyen işlemler, bazen bireysel bazen düzenleyici işlem olabilir. Bireysel nitelik taşıyan fakat birden fazla kişiyi ilgilendiren işlemler, genel bireysel işlemler olarak adlandırılmakta ve düzenleyici işlemlerden, somut içerik taşımaları yönünden ayrılmaktadırlar⁵³.

Gerek bireysel işlemlerin gerekse düzenleyici işlemlerin tesisi sürecinde, bu işlemlerden hukuki durumu etkilenecek birden çok kişinin hepsinin ayrı ayrı dinlenmesi idari usul sürecini uzatacağı gibi, hukuki ve fiili pek çok

zorunlu hallerde şüpheli ile tanığın soruşturma evresindeki beyanlarını içeren tutanakların duruşmada okunması, soruşturma evresinde veya kovuşturma evresinin duruşma hazırlığında yapılan keşif tutanaklarının duruşmada anlatılması, duruşma esnasında naip hakim aracılığı veya istinabe yoluyla yapılan işlemlere ait tutanakların duruşmada anlatılması, doğrudan doğrualık ilkesinin istisnaları olarak belirtilmiştir. **Centel/Zafer**, s. 781.

⁵² **Boz**, s. 36.

⁵³ **Gözübüyük**, s. 249.

problemi de beraberinde getirecektir. Böyle durumlarda vatandaşların tamamının idari karar alma sürecine katılması veya idari işlemin tesisi aşamasında herkese tek tek danışılarak katılımlarının sağlanması mümkün bulunmadığından, idarenin karardan etkilenme ihtimali bulunan kişilerin veya grupların temsilcilerine başvurması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁴.

Çok kişiyi etkileyen idari usullere ilişkin R (87) 16 sayılı Tavsiye Kararı'nın II. ilkesi uyarınca; idari işlemin amacını ve etkilerini, söz konusu menfaatleri göz önünde bulundurarak, kendilerini doğrudan muhatap almasa da; idari işlemde bireysel hakları, özgürlükleri veya menfaatleri etkilenme olasılığı bulunan çok sayıda kişinin bir veya daha fazla temsilci ile temsil edilmesi gerekir. Bu durumda idare ortak bir temsilci atayacaktır. Keza ulusal hukuka göre, idari işlemde etkilenme olasılığı bulunan çok sayıda ortak menfaat sahibi kişinin de dernek veya kuruluşlar tarafından temsil edilmesi esası getirilmiştir. İdari işlemin doğrudan muhatabı olan çok sayıda kişinin ise talepleri üzerine, II. ilke kapsamındaki temsil düzenlemelerine tabi tutulabileceği kabul edilmiştir⁵⁵.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı da temsilci seçimine ilişkin olarak; birden çok kişiyi etkileyen idari bir işlemde hak ve menfaatlerinde ortaklık bulunan ilgililerin, bir temsilci marifetiyle temsil ettirilmesi esasını benimsemiş idi. Genellikle katılma hakkı kapsamında, yöre halkının ortak yararını ilgilendiren bayındırlık, imar, mülkiyet ve çevre hakları ile kültür ve tabiat varlıklarını doğrudan etkileyen düzenleyici işlemlerde, ilgililerin temsilcilerinin çağrılacağı görüşme toplantısı düzenleneceğine; yine benzer şekilde ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerde de, ilgili kurum ve kuruluşların yanında, meslek kuruluşlarından da temsilcilerin çağrıldığı görüşme toplantısı

⁵⁴ **Özkan, Gürsel** (2000) "İdari Usul", *Danıştay Dergisi*, S: 101, Y: 30, s. 31. Bu tarz kitlesel kararların alınmasında, ilgili kesimlerin temsilcileri aracılığı ile idareden bilgi edinebileceği ve kararın hazırlanmasına katılabilecekleri yönünde, **Gözübüyük**, s. 251.

⁵⁵ R (87) 16 sayılı Tavsiye Kararı, 1. Bölüm, İlke III.

düzenleneceğine ilişkin hükümler⁵⁶, idare önünde zorunlu temsile işaret eder niteliktedir⁵⁷.

Türk hukukunda zorunlu temsile ilişkin genel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte özellikle çevresel konularda alınacak kararlarda ilgililerin temsilcilerinin bulunması esasının benimsendiğini görüyoruz. Örneğin Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği⁵⁸'nin 'Çevresel etki değerlendirme sürecinin başlatılması ve komisyonun kuruluşu' başlıklı 8. maddesine göre, "*Bakanlık, gerekli gördüğü hallerde, projenin konusu, türü ve proje için belirlenen yerin özelliklerini de dikkate alarak, üniversiteler, enstitüler, araştırma ve uzman kuruluşları, meslek odaları, sendikalar, birlikler, sivil toplum örgütlerinden temsilcileri de Komisyon toplantılarına üye olarak çağırabilir.*" Ancak burada temsilcilerin sürece dâhil edilmesi zorunlu olmayıp, Bakanlığın inisiyatifine bırakılmıştır.

Bununla birlikte mevzuatta temsilcilerin zorunlu katılımına ilişkin dayanaklar da bulunmaktadır. Örneğin 2021 yılında yürürlüğe giren Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği⁵⁹ disiplin kurullarının teşkilinde, memurun üyesi olduğu sendika temsilcisine yer vermektedir⁶⁰. Bu bağlamda hakkında disiplin soruşturması yürütülen memurun üyesi olduğu sendika temsilcisinin disiplin kurullarında yer alması asli bir şekil şartı olarak öngörülmüştür⁶¹. Bu

⁵⁶ Tasarı, m. 27.

⁵⁷ Başbakanlık bünyesinde Prof. Dr. İl Han Özay başkanlığında yürütülen ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından hazırlanan "İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanun Tasarısı-İstanbul Metni" ise, zorunlu temsile ilişkin daha net bir düzenleme öngörmekteydi. Tasarının 7. maddesine göre; "İdari usul sürecinde veya bilgi edinme hakkının kullanılmasında yapılacak muameleler hak ve menfaatleri ortak beşten fazla kişiyi ilgilendiriyorsa, dinlenilme ve savunma hakları saklı kalmak koşuluyla, idare bu kişilerden bir temsilci seçmelerini isteyebilir. Bu istek on gün içerisinde yerine getirilmediği takdirde idare durumu diğer ilgililere bildirerek, muameleyi en kısa sürede sonuçlandırabileceği ilgili ile yürütür." Tasarı için bkz. **Özay**, 811 vd.

⁵⁸ Resmî Gazete: 25.11.2014-29186.

⁵⁹ Resmî Gazete: 30.04.2021-31470.

⁶⁰ Yönetmelik, m. 9, 10,11, 12, 13, 16.

⁶¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nu dayanak alan mülga Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesi ile de hakkında disiplin soruşturması yürütülen

konuda yargı kararlarında da ilgilinin üyesi olduğu sendika temsilcisi yer almaksızın disiplin ve yüksek disiplin kurulunca alınan kararların şekil yönünden hukuka aykırı olacağı kabul edilmektedir⁶².

Bunun yanında Türk hukukunda zorunlu temsile ilişkin dikkat çeken başka örnekler de bulunmaktadır. Örneğin 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında Meclis toplantısına, ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcilerinin katılması zorunlu tutulmuştur. Keza yine 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında da özellikle sivil toplum örgütlerinin zorunlu temsiline ilişkin hükümler yer almaktadır.

C. İŞLEMİN MUHATABI İLE TEMSİLCİ ATANACAK KİŞİ ARASINDA GEÇERLİ BİR VEKÂLET VEYA TEMSİL İLİŞKİSİNİN VARLIĞI

İdari usul sürecinde ihtiyari temsil söz konusu ise, ilgili ile temsilci arasında Borçlar Hukuku anlamında geçerli bir şekilde kurulmuş vekâlet veya temsil ilişkisi bulunmalıdır⁶³.

devlet memurunun üyesi olduğu sendika temsilcisinin, disiplin ve yüksek disiplin kurullarında yer alması açıkça asli bir şekil şartı olarak düzenlenmekteydi.

⁶² “...davacının devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin ...Yüksek Disiplin Kurulunun sayılı dava konusu kararından önce,sayılı işlemiyle davacının memuriyetine son verildiği, dolayısıyla dava konusu işlem tarihi itibarıyla kamu görevlisi olmayan davacının sendika üyeliğinin de mümkün olmayacağı açık olmasına rağmen, temyize konu İdare Mahkemesi kararıyla, yüksek disiplin kurulu toplantısına davacının üyesi bulunduğu sendikadan bir temsilci çağrılmadığı ve temsilci bulunmadan karar verildiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği görülmüştür. Bu itibarla, dava konusu işlem tarihi itibarıyla kamu görevlisi olmayan davacının sendikaya üyeliği bulunamayacağından, dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamakta olup, İdare Mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, şekil unsuru açısından dava konusu işlemin iptali yolunda karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay 12. Daire, E: 2021/680, K: 2021/1707, T: 25.03.2021 (Yayımlanmamış).

⁶³ İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanun Tasarısı- İstanbul Metni'nin “Temsil” başlıklı 6. maddesinde de, idari usul sürecinde Borçlar Kanunu'nun temsil ve vekâlete ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı açıkça ifade edilmiş idi. Buna göre temsilcinin yetkisini

İdari usul sürecinde işlemin ilgisi tarafından atanan temsilci ile arasındaki ilişki, genellikle tipik bir vekâlet ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktaysa da; ortada bir vekâlet sözleşmesi bulunmadığı ve temsilin kanundan da doğmadığı durumlarda, idari makamlar önünde bir kimsenin temsilci sıfatıyla hareket edebilmesi için, bir belgeyle yetkilendirilmiş olması gerekecektir.

Temsilcinin idare tarafından re'sen atanması durumunda da, temsilci ile işlemin muhatabı arasında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun temsile ilişkin hükümleri uygulanmalıdır. Yine temsil yetkisinin doğrudan kanundan doğması halinde de aynı hükümler uygulanmalıdır. Borçlar Kanunu'nun 'Temsil yetkisinin içeriği ve derecesi' başlıklı 41. maddesi uyarınca da; *“Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir.”*

Temsilcinin idari makamlar önündeki vazifesini esasen ceza muhakemesi hukukundaki müdafiliğe benzetmek mümkündür. Ceza muhakemesi hukukunda müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat olarak tanımlanmaktadır⁶⁴. Ceza muhakemesinde müdafinin, savunduğu kişiye karşı dahi bağımsız olduğu, şüpheli veya sanığın temsilcisinden ziyade, ondan bağımsız ayrı bir ceza muhakemesi öznesi olduğu ifade edilmektedir⁶⁵. Müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki ilişki, yalnızca özel hukuk anlamında bir temsil ilişkisi değil, kamunun çıkarını gözeten ve işleyişi kamu hukuku kurallarıyla düzenlenmiş bağımsız bir görev ilişkisi⁶⁶ olarak kabul edilir.

Ceza muhakemesinde müdafinin savunduğu kişiyi temsil etmediği, kamusal bir savunma makamı⁶⁷ olarak kişinin savunmasına destek sağladığı, bu

bir vekâletname ile ispatlaması gerekmekte ve ilgilinin vekâletini geri almadıkça idarenin muamele ve yazışmaları temsilci ile yürüteceği esası düzenlenmekteydi. Tasarı için bkz. **Özay**, 811 vd.

⁶⁴ 5271 sayılı CMK, Madde 2/(1)-c.

⁶⁵ **Dülger, Murat Volkan** (2012) “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 47-48.

⁶⁶ Müdafiliğin hukuki durumu ile ayrıntılı açıklama için bkz. **Centel/Zafer**, s.210-214.

⁶⁷ Bu anlamda müdafinin kamusal bir savunma süjesi olduğu yönünde bkz. **Centel/Zafer**, s. 208 vd.

nedenle de şüpheli/sanık ile müdafî arasındaki ilişkinin temsil kavramıyla açıklanmasının mümkün olmadığı, hatta “*müdafî, savunduğu kişi tarafından seçilmiş ve ondan bir vekâletname almış olsa dahi, aralarındaki ilişkinin salt bir vekâlet ilişkisi olarak açıklanmasının mümkün olmadığı*”⁶⁸ ifade edilmektedir. Bu yönüyle müdafî ile sanık arasındaki ilişkinin esasen iki yönünün bulunduğu, ferdi savunma bakımından kural olarak sanık ve müdafî arasında Borçlar Hukuku anlamında bir vekâlet ilişkisi doğmaktaysa da⁶⁹, toplumsal savunma bakımından ortada kamusal bir hizmetin varlığının söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁷⁰.

İdari usul de, idarenin “*hukuken önceden düzenlenmiş bir prosedür çerçevesinde yargılama organlarının hüküm vermek üzere yaptıkları soruşturmaya benzer bir soruşturma yapması ve ilgililere iddia ve savunmada bulunma imkanı*”⁷¹ tanınması bakımından ceza soruşturmalarına benzetilebilir. Bu anlamda idari işlemin yapılış usulünde yer alan temsilcinin durumu da hem görevin niteliği hem de hukuki ilişki bakımından müdafiliği andırmaktadır. Bu halde temsilci sıfatıyla hareket eden kişi, tıpkı müdafî gibi aslında bireyin yanında kamunun da menfaatlerini göz önünde bulundurarak hareket etmektedir.

⁶⁸ “*Bu vekâletname borçlar hukukundaki vekâlet sözleşmesinden çok, müdafîin şüpheli/sanık adına hareket edebileceğini gösteren, İngilizce’de vekâletname yerine kullanılan “power of attorney” ifadesindeki gibi “avukatın gücü” niteliğinde bir belge*” olduğu yönünde bkz. **Dülger**, s. 48.

⁶⁹ Ceza muhakemesi hukukunda zorunlu müdafilik de gündeme gelebilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, ‘Müdafîin görevlendirilmesi’ Madde 150: “(1) *Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir. (2) Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir. (3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır. (4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*”

⁷⁰ **Yenisey/Nuhoglu**, s. 198.

⁷¹ **Özkan** (2000), s. 17.

D. TEMSİLCİ OLABİLECEK KİŞİLER

İdari usulde temsil hakkının kullanılabilmesi için, temsilcinin avukat olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Hatta idari usul sürecinde temsilci olarak tayin edilen kişinin hukukçu olması da gerekmez. Önemli olan bireyin, kendisini temsilen idari usulde hareket etmeye ehil olabilecek bir başka kişiyi uygun şekilde atamış olmasıdır.

Bu anlamda fiil ehliyetine sahip olmak, temsilci olmak için yeter şart olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada idarenin üzerine düşen ise, temsilcinin birey adına hareket etmek için gerekli yetkiye sahip olup olmadığını doğrulamaktır⁷². Bu nedenle yetkilendirilmeye ilişkin belgenin, idare önünde ibrazı gerekmektedir⁷³.

Temsilci olacak kişi, idari işlemin ilgilisi tarafından yapılabilecek bütün usuli muameleleri yapma yetkisine sahiptir. Buna karşın ilgilinin mevzuata göre yapması yasak olan işlemleri temsilcisinin de yapamayacağı kabul edilmelidir⁷⁴.

⁷² **Avrupa Konseyi**, s. 39.

⁷³ 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ'in (Tebliğ) (2) nolu ekinde yer alan "Kamu İhale Kurumuna Yapılacak İtirazen Şikâyet Başvuru Dilekçe Örneği"nin "Ekler" başlıklı bölümündeki "Başvuranın tüzel kişi olması durumunda: ... 2- Avukat olmayan temsilci aracılığı ile başvurmaları hâlinde: İtirazen şikâyet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğunu gösterir noter onaylı vekâletname ile vekilin imza beyannamesi" sunması gerekirken, "davacı şirket adına başvuru yapan kişi adına düzenlenmiş noter onaylı vekâletname ile imza beyannamesinin itirazden şikâyet başvurusu süresi içinde sunulmaması nedeniyle başvurunun şekil yönünden reddine ilişkinsayılı Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır." Danıştay 13. D, E: 2012/3446, K: 2017/3685, T: 11.12.2017 (Yayımlanmamış).

⁷⁴ "Uyuşmazlık konusu ihalede birim fiyat teklif mektubunu imzalayan şirketin yetkilisihakkında devam eden bir yasaklılık hâli mevcut olup, ihale mevzuatı uyarınca geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların vekil ve kanuni temsilci olarak da hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları açıktır." Danıştay 13. Daire, E: 2019/2622, K: 2021/4518, T:14.12.2021 (Yayımlanmamış).

E. İDARİ USULDE TEMSİL HAKKINA UYULMAMASININ SONUÇLARI

Hukuki yardım ve temsil hakkının Almanya’da olduğu gibi kanunla düzenlendiği ülkelerde, idarenin ilgiliye yol gösterme ve bilgi verme yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması, eğer idari işlem veya kararı etkiliyorsa, işlem veya kararın hukuka aykırı hale geldiği kabul edilmektedir⁷⁵.

Türk hukukunda da özellikle disiplin kararlarının alınması sürecinde temsil hakkının tanınmaması halinde, tesis edilen kararın hukuka aykırı olduğu yargı kararları ile kabul edilmektedir. Danıştay pek çok kararında, kurul toplantılarında ilgilinin üyesi olduğu sendika temsilcisi yer almaksızın karar alınmasını asli şekil sakatlığı olarak nitelendirmekte ve bu şekilde verilen disiplin cezalarını iptal etmektedir⁷⁶.

Hemen vurgulamak gerekir ki yalnızca disiplin yaptırımları değil, mevzuatla açıkça ilgililerin temsilcilerinin katılımı öngörülmesine rağmen, işlemin tesisi sürecine temsilcilerin katılımı sağlanmadan karar alınması halinde de işlemin şekil bakımından hukuka aykırı geldiği kabul edilmektedir⁷⁷. Danıştay kararlarında da, mevzuatla idari usule katılması öngörülen temsilciler

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyılmaz** (2000), s. 131; **Zeyrek**, s. 323.

⁷⁶ “...ilgilinin üyesi olduğu sendika temsilcisi yer almaksızın alınan kararların şekil yönünden hukuka aykırı olacağı açık olduğundan, davacının üyesi bulunduğu sendika temsilcisinin toplantıya davet edildiği halde katılmadığı yönünde bir tespit de bulunmadığından, uyumsuzluğa konu disiplin kurulu kararında sendika temsilcisinin yer almaması sebebiyle davaya konu işlem, şekil yönünden hukuka aykırıdır.” Danıştay 12. Daire, E: 2012/5849, K: 2015/7254, T: 29.12.2015, Aktaran, **Usman**, s. 133. Benzer yönde ayrıca Danıştay 5. Daire, E: 2017/11132, K: 2020/4213, T: 07.12.2015 (Yayımlanmamış), Danıştay12. Daire, E:2016/11041, K: 2019/9114, T: 26.11.2019 (Yayımlanmamış).

⁷⁷ “...Olayda, davaya konu UKOME kararı tesis edilirken yukarıda aktarılan yasal düzenlemeye (5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 9. maddesine) aykırı olarak, ilçe belediye başkanlarının ve bu karar ile ilgili olan kamu kurum ve kuruluş temsilcilerinin UKOME toplantısından haberdar edilmediği, katılımlarının sağlanmadığı anlaşılmaktadır...Bu durumda, yasal zorunluluk bulunmasına karşın, ilçe belediyelerinin katılımı sağlanmaksızın tesis edilen işlemde şekil yönünden hukuka uyarlık bulunmamıştır”. Danıştay 8. Daire, E: 2009/7779, K: 2010/1593, T: 31.03.2010. Aktaran; **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2020) Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s.397.

iştirak ettirilmeden karar alınması halinde, bu kararların asli şekil sakatlığı nedeniyle hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır⁷⁸.

Peki idari makamlar önünde temsilin açık yasal dayanak bulmadığı durumlarda, ilgililerin temsilcisi hazır bulunmaksızın tesis edilen işlemlerin de şekil yönünden hukuka aykırı olduğu kabul edilebilir mi? Bu durumda Yayla, kanunda öngörülmemiş olduğu hallerde idare tarafından aranan veya ilgilinin hak veya hürriyetini sınırlama veya kaldırma sonucu doğuran usul noksanlıklarının da idari işlemi sakatladığını ifade etmektedir⁷⁹. Buna karşın, idarenin işlem yaparken uyması gereken kuralların teamüller şeklinde var olması ve bu teamüllere uyulmadan karar alınması halinde, alınan kararların sakatlanmayacağı da ifade edilmektedir⁸⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, idari makamlar nezdinde kişi veya grupların yetkili makamlar nezdinde yetkili bir temsilci yardımıyla hukuka uygun şekilde temsil edilmemesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin ihlal edildiğine karar vermektedir. Örneğin, AİHM, *Chahal/Birleşik Krallık*⁸¹ davasında, milli güvenlik gerekçesiyle Hindistan'a sınır dışı edilmek istenen başvuru sahibinin, sınır dışı etme kararına itirazını inceleyen idari makam nezdinde hukuka uygun şekilde temsil edilmediğini dikkate alarak, AİHS'in 5. maddesi kapsamında ihlal kararı vermiştir.

AİHM, AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesindeki hakların, özellikle disiplin yaptırımlarının uygulanması bakımından da dikkate alınması gerektiği kanaatindedir. AİHM, "*suç isnadına*" maruz kalmış kişilere uygulanacak 6. maddenin (2) ve (3) numaralı fıkrası hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde "*kıyasen*" disiplin soruşturmaları için de uygulanabilir olduğunu⁸²" açıkça kabul etmektedir. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de, AİHM kararlarına atıfta bulunarak, disiplin yaptırımlarının uygulanması sürecinde, ilgililerin

⁷⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 402.

⁷⁹ Yayla, s. 126.

⁸⁰ Özay, s. 2.

⁸¹ *Chahal v. Birleşik Krallık Başvurusu*, AİHM, Başvuru No: 22424/93, K.T. 15.11.1996, Aktaran, *Avrupa Konseyi*, s. 39.

⁸² *Albert ve Le Compte v. Belçika Başvurusu*, AİHM, Başvuru No: 7299/75, 7496/76, K.T. 10.02.1983.

temsilci yardımından faydalanmalarının engellenmesini, Sözleşme'nin 6. maddesi ve Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği 38. maddesi bağlamında değerlendirmektedir. Mahkeme, “*Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tâbi olduğu*”nu kabul etmektedir⁸³.

Anayasa Mahkemesi, cezaevinde hükümlü olarak kaldığı süreçte, disiplin kurulu tarafından kendisine verilen disiplin cezalarına karşı yaptığı itirazda, avukatı huzurunda savunma yapmak için kendisine makul süre verilmemesinin ve avukatı ile görüşmesinin kısıtlanmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yönündeki iddiaları değerlendirdiği bir kararında⁸⁴, idari makamlar önünde temsile değinmektedir. Mahkeme, anılan kararında Avrupa Konseyi'nin hükümlü ve tutuklulara ilişkin cezaevi kurallarını belirlediği REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararları'nı⁸⁵ ve disiplin cezasına karşı yapılan itirazlarda uygun düştüğü ölçüde “*kıyasen*” AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının tanıdığı usuli güvenceleri de göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmıştır. Buna karşın somut olayın koşulları içinde başvuranın avukat yardımından yararlandırılmamasının, Anayasa'nın adil yargılanma hakkına ilişkin 36. maddesinin ihlali anlamına gelmediği sonucuna ulaşmıştır⁸⁶.

⁸³ Anayasa Mahkemesi, E:2010/28, K:2011/139, T:20.10.2011.

⁸⁴ **Cihan Yeşil Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/8635, K.T. 06.05.2015.

⁸⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararlarında hükümlü ve tutukluların disiplin ve cezalandırılmalarına ilişkin kısmına göre:

“*Disiplin suçu işlediği öne sürülen mahpuslar:*

....b. *Savunmalarını hazırlayabilmeleri için yeterli zaman ve imkanlara sahip olmalıdırlar;*

c. *Savunmalarını bizzat kendilerinin yapmasına ya da adaletin yararı bunu gerektiriyorsa hukuki bir yardım alarak yapmalarına izin verilmelidir;*

d. *Tanık dinlenmesini istemelerine ve onları dinlemelerine, ya da kendileri adına dinlenmelerine izin verilmelidir;....”*

⁸⁶ Kararın karşı oyunda; “*Cezaevinde bulunan başvurunun hakkında uygulanan disiplin cezası sonrasında iki ayrı cezaevine nakledildiği gözetildiğinde avukatına ulaşamaması makul görülebilir.... Bununla birlikte başvurucuya yapılan tebligatta savunma yapmaması halinde savunma yapmaktan vazgeçmiş sayılacağı bildirilmemiştir....İnfaz Hâkimliğinin Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca başvurunun savunmasını*

Görülüyor ki gerek ulusal gerek uluslararası yargı kararları bağlamında temsil hakkı, ekseriyetle disiplin yaptırımlarının uygulanması sürecinde hukuki dinlenilme hakkının ayrılmaz bir parçası olarak ele alınmaktadır.

SONUÇ

İdari usulün en önemli ayaklarından biri olarak kabul edilen temsil hakkı; idari işlemin yapılış sürecinde işlemin muhatabının, kendisini bir temsilci yardımıyla temsil ettirerek sürece katılımı anlamını taşımaktadır. Bu sayede kişi, idari usule bizzat katılmadığı veya temsilci vasıtası ile katılmak istediği durumlarda, temsilci marifetiyle sürece dâhil olarak, menfaatini etkileyen işlemler karşısında görüşlerini ifade etme imkânı bulabilmektedir.

İdarenin işlem tesis ederken uyması gereken kuralları düzenleyen pek çok uluslararası düzenleme ve ilke mevcuttur. Bu düzenlemelerin neredeyse tamamında, idare önünde temsil edilme, bir hak olarak açıkça vurgulanmakta ve detayları düzenlenmektedir. Hukukumuzda ise, her ne kadar pek çok mevzuat hükmünde, idare önünde temsile ve diğer idari usul ilkelerine ilişkin dağınık düzenlemeler bulunmaktaysa da, uygulamada birlik ve belirliliği sağlayabilmek adına genel bir idari usul kanununun kabulü halen “*acil ve zorunlu*⁸⁷” bir ihtiyaç olarak beklemektedir.

Buna karşın, hiçbir yasal dayanak olmasa da hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, ilgilinin hukuki durumunu etkileyen işlemler yapması halinde idarenin, işlemin muhatabına kendini bizzat ifade etme imkânı tanıması gerekir. İlgilinin sürece bizzat katılmasının mümkün olmadığı durumlarda veya işlemin muhatabının kendini bir başkası ile temsil ettirme yönünde bir

*hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıkları sağladığını söylemek mümkün değildir. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde belirtilen “yeterli kolaylıklar” kavramı ...gerekli olduğu ölçüde avukata erişim hakkı da dahil olmak üzere gerekli bilgi ve belgelere ulaşmak gibi “silahların eşitliğini” sağlamayı amaçlamaktadır..... “denilerek, başvurunun savunma hakkının ihlal edilmediğine yönelik çoğunluk görüşüne katılmamıştır. **Cihan Yeşil Başvurusu**, Karşı Oy.*

⁸⁷ Yücel Oğurlu'dan aktarılmıştır. Bkz. **Oğurlu, Yücel** (2005) “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: IX, S: 1-2, s. 73-88.

niyetinin varlığı halinde, bir temsilci yardımı ile sürece katılmasına imkân tanınması gerekir.

Ekseriyetle savunma hakkı ve dinlenilme hakkı bağlamında önem kazanan temsil edilme hakkından ilgilinin yararlandırılması gerektiği halde, idarenin bu durumu dikkate almadan tesis ettiği işlemlerin hukuka aykırı olacağı kabul edilmelidir. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek ulusal yargı mercilerimiz tarafından verilen kararlar, özellikle de disiplin yaptırımlarının uygulanması bakımından idari makamlar önünde temsilin önemine uluslararası düzenlemeleri de işaret ederek vurgu yapmaktadır.

Bu bağlamda, gerek uluslararası düzenlemeler gerek yargı kararları dikkate alındığında, hukukumuzda yazılı olarak kabul edilmiş genel bir ilke olmasa da, idari makamlar önünde temsil, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmeli ve idare karşısında bireyin korunmasına doğrudan hizmet eden bu ilkenin hayata geçirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin** (1981) “Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, Amme İdaresi Dergisi, C: 14, S: 3, s. 37-56.
- Akıllıoğlu, Tekin** (1983) Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü.
- Akıncı, Müslüm** (2008) “Günüşiğinde Yönetimin İsveç Anlayışı ve Uygulaması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 2, s. 223-237.
- Akıncı, Müslüm** (2010) İsveç İdare Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Akılmaz, Bahtiyar** (2000) İdari Usul İlkeleri İşığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Akılmaz, Bahtiyar** (2003) “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:2, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789860>>
- Akılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat** (2001) “İngiltere ve ABD’nde İdari Usule İlişkin Kısa Notlar” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 3-4, s. 42-51.
- Akılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2020) Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Avrupa Konseyi** (2020) İdare ve Siz- Bireyler ve İdari Makamlar Arasındaki İlişkilerle İlgili İdare Hukuku İlkeleri Avrupa Konseyi Yayınları s. 39 <<https://rm.coe.int/idare-ve-siz-el-kitab-/16809fec2d>>
- Azrak, Ali Ülkü** (1967) “Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 33, S: 1-2, s. 66-82.
- Balta, Tahsin Bekir** (1968) İdare Hukukuna Giriş-I, Ankara, TODAİE Yayınları.
- Bereket, Zuhul** (1996) Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Bigname, Francesca** (2007) “Hukuk Ve Güncel Sorunlar Avrupa Birliği İdare Hukuku/Önsöz”, (Çev. Saadet Yüksel), İÜHFİM, C: LXV, S: 2, s. 365-380.
- Boz, Selman Sacit** (2017) “Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:25, S:2, s.15-41.

- Centel, Nur/Zafer, Hamide** (2020), Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta.
- Dursun, Hasan** (2007) “İdari Usul ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usul Kanunu Ön Tasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım”, Türk İdare Dergisi, S: 456, s. 219-244.
- Dülger, Murat Volkan** (2012) “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 39-76.
- Gemalmaz, Mehmet Semih/Doğru, Osman** (1988) “Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)” İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C: 9, S:1-3, s.127-146.
- Gözübüyük, Şeref** (1995) Yönetim Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kalabalık, Halil** (2014) İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 5. Baskı, Konya, Sayram.
- Karahanogulları, Onur** (2007) “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı”, Danıştay Dergisi, S: 116, Y:37, <<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/iyiidare.htm>>
- Kıratlı, Metin** (1973) “İsviçre’de İdari Usul Kodifikasyonu”, Amme İdaresi Dergisi, C: 6, S: 2, s. 47-60.
- Kuntbay, İhsan** (1978) “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması” Amme İdaresi Dergisi, C: 11, S: 4, s. 3-11.
- Odyakmaz, Zehra** (1999) “Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S: 2, s. 1-21 <https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_1.pdf>
- Odyakmaz, Zehra/Güzel, Oğuzhan** (2017) ”İyi İdare Hakkı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 2, s. 13-37.
- Oğurlu, Yücel** (2005) “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: IX, S: 1-2, s. 73-88.
- Özay, İl Han** (2002) Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa.

- Özkan, Gürsel** (1998) “İdarî Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri”, Banger, Gürol/Özkan, Gürsel (Editör), T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, Başbakanlık, Ankara.
- Özkan, Gürsel** (2000) “İdari Usul”, Danıştay Dergisi, S: 101, Y: 30, s. 13-40.
- Söyler, Yasin** (2008) “İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması” (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tan, Turgut** (2013) “Dönüşüm Geçiren İdare Hukukunun Uygulama Alanı Daralıyor mu?” Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C:1, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 121-142.
- Usman, Yahya** (2019) “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri” (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yayla, Yıldızhan** (2009) İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta.
- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Zeyrek, İlker** (2021) “Birey-İdare İlişkisi Bağlamında İyi İdare Hakkı ve Türk Pozitif Hukukundaki Görünümü”, TBB Dergisi, S: 155, s. 295-329.
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>
<https://rm.coe.int/16804dec56>
<https://rm.coe.int/cmrec-87-16-on-administrative-procedures-affecting-a-large-number-of-p/1680a43b59>
<https://www.cm.gov.nc.tr/Yasalarr>
<https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/VwVfG.pdf>
<https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/en/3510>
<https://www.ombudsman.europa.eu/et/publication/tr/3510>

ANAYASA MAHKEMESİNİN KADIN HAKLARINA DAİR KARARLARINDAKİ DEĞİŞİMİN PIERRE BOURDIEU'NUN HUKUK TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENCİ**

ÖZET

Bu çalışmanın amacı Anayasa Mahkemesinin kadın haklarına dair bazı içtihatlarında yaşanan değişimi açıklamaktır. Pierre Bourdieu'nun yargıya bakışı, Anayasa Mahkemesinin kadın haklarına dair kararlarındaki değişimin anlaşılmasında yol göstericidir. Anayasa Mahkemesi, 1990'lı yıllarda Medeni Kanun ve Ceza Kanunu'nda yer alan kadın erkek eşitliliğine aykırı düzenlemeleri iptal etmiştir. İptal kararlarında kadın erkek eşitliğinin sağlanması için uluslararası insan hakları sözleşmelerine atıfla hak temelli yorumlar yapılmıştır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesi ile çatışan durumlarda kadın haklarını genişleten yorum yönteminden sapmıştır. Diğer kararlarında uluslararası normlara oldukça geniş yer veren Mahkeme, kadın haklarına ilişkin bazı kararlarında katı bir laiklik tanımı yaparak hakları daraltıcı şekilde içtihatlar geliştirmiştir. Bu daraltıcı yorum metodu, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasında önemli bir eşik olan kadının soyadına ilişkin kararlarında da görülmektedir. Ancak bu daraltıcı içtihatlar 2010'lu yıllardan itibaren mahkeme üyelerinin insan hakları temelli yorumları esas almaları ile değişmiştir. İchtihatların değişiminde kurumsal gelişimin yanında Anayasa Mahkemesi üyelerinin farklı siyasi ve sosyal yapılardan gelmeleri önemli rol oynamıştır. Bourdieu'nun yargısal alandaki mücadelelerde hukukçuların rolüne dair çıkarımlarından, kadın haklarına dair kararların değişim dinamiklerinin izahını sağlamada yararlanılabilir.

Anahtar Kelimeler: Kadın hakları, Anayasa Mahkemesi, Pierre Bourdieu, yargısal alan, habitus.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1098987- Geliş Tarihi: 15.04.2022 – 22.06.2022.

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, ridvan.degirmenci@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8408-1033.

THE EVALUATION OF THE CHANGE IN THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS ON WOMEN'S RIGHTS WITHIN THE FRAMEWORK OF PIERRE BOURDIEU'S THEORY OF LAW

ABSTRACT

The aim of this study is to explain the change in the decisions of the Constitutional Court on women's rights. Pierre Bourdieu's view of the judiciary is a guide in understanding the change in the decisions of the Constitutional Court on women's rights. In the 1990s, the Constitutional Court annulled the regulations in the Civil Code and Penal Code that were contrary to the equality of men and women. In order to ensure equality between men and women in the annulment decisions, rights-based interpretations were made with reference to international human rights conventions. However, the Constitutional Court has deviated from the method of interpretation that expands women's rights in situations that conflict with the principle of secularism. The Court, which gives wide coverage to international norms in its other decisions, made a strict definition of secularism in its decisions restricting women's rights and developed jurisprudence that constricting rights. This restricting method of interpretation is also seen in the decisions regarding the surname of women, which is an important threshold in ensuring equality between men and women. However, these restricting decisions have changed since the 2010s, with the members of the court taking human rights-based interpretations as a basis. In addition to institutional development, the members of the Constitutional Court from different political and social structures played an important role in the change of jurisprudence. Bourdieu's inferences about the role of lawyers in the struggles in the judicial field can be used to provide an explanation for the change in decisions on women's rights.

Keywords: women's rights, constitutional court, Pierre Bourdieu, juridical field, habitus.

GİRİŞ

Türkiye’de kadın haklarının gelişiminin anlaşılmasında siyasi ve sosyal olguların izlenmesi kadar konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarının incelenmesi de gereklidir. Zira, Anayasa Mahkemesinin kadın haklarına dair kararları kadınların aile ve toplum içerisindeki statülerini önemli ölçüde etkilemiştir. Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan itibaren siyasi ve sosyolojik olana dair değerlendirmeleri onun Türk sosyolojisinin dönüşümünde önemli bir merkezde yer edinmesini sağlamıştır. Hem ailede hem toplumda kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına dair kararları, Mahkemenin sosyolojik etkisinin boyutu hakkında önemli izler taşımaktadır. Kadın haklarına dair mevzuat hükümlerini, kurucu değerlerin etkisi ile değerlendirdiği kararların gerekçelerindeki gelişim, içtihatlarda gözlemlenen keskin değişiklikler Bourdieu’nun “yargısal alan” kavramı ile açıkladığı üzere Anayasa Mahkemesi üyelerinin değişiminin kararlarda ve toplumsal olanın belirlenmesindeki etkisini gözlemlenir kılma hususunda anlamlı bir perspektif sunmaktadır.

Kadın haklarının Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin (CEDAW) Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından kabul edilmesi, Türk hukukunda bu sözleşmeye aykırılık teşkil eden hususlarda mahkemenin iptal kararları vermesinde etkili olmuştur. Bununla birlikte, Türk toplumunda kadının temel hakları ile laiklik ilkesinin çatıştığı durumlarda 2010’lu yıllara dek mahkeme üyelerinin yetiştiği kültürel iklimin etkisi ile kadın haklarının gelişimine katkı sağlayacak yargılama pratiğini terk ettiği, laiklik ilkesinin korunmasını amaç edindiği görülmektedir. Makalede, bu değişimin izleri Bourdieu’nun yargı uygulamasına getirdiği bakış açısı ile anlamlandırılmaya çalışılmıştır.

Hukukun sosyoloji ilmine konu olması ile normatif olanın toplumsal izdüşümüne dair izlenimler, hukuk uygulayıcılarının özgeçmişleri, dünya görüşleri ve karar gerekçelerinde üzerine kurguladıkları anlam dünyası, hukukun salt formel yöntemlerle izah edilemeyecek karmaşık bir örüntü olduğunu göstermiştir. Yirminci yüzyılın velut yazarlarından Pierre Bourdieu, hukukun sosyolojik dönüşüme dair gücünü normatif alanı oluşturan ve onu uygulayan hukukçuları “alan” (field) bağlamında incelemiştir. Bourdieu’nun çalışması, hukuk alanının oluşumunda ana etken olan hukuki iş bölümünün

ayrılığı, tek bir kurum olarak hukuk, adlandırma gücü, biçim gücü ve eş mantıklılık etkisi başlıklarından müteşekkildir. Bourdieu, yargısal alanda kamu gücünü elinde tutan yargı görevlilerinin yetiştiği kültürel alanın hukuk uygulamasında doğrudan etkisi olduğunu ileri sürmektedir. Kişinin yetiştiği kültürel iklimi “habitus” olarak kavramsallaştıran düşünür, yargı alanında faaliyet yürüten aktörlerin kararlarında bu durumun etkisini ortaya koymaktadır.

Kadın hakları konusunda Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinde politik alandaki mücadelelerin yargı kararlarına etkisi tespit edilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi kadın hakları hususunda birbiri ile çelişir içtihatlarda bulunmuştur. İchtihatların karar kısmında yer alan çelişkiler kadar kararların gerekçelerindeki yöntemlerin de farklılık içerdiği görülmektedir.

Çalışmada öncelikle Bourdieu'nun yargıya bakışında yargısal alan içerisinde görev üstlenen hukukçuların durumuna dair açıklamaları incelenmiştir. Ardından kadın haklarının politik alanda yer ettiği konuma değinilmiş ve Anayasa Mahkemesinin kadın haklarına dair kararlarında bu politik etkinin izleri takip edilmiştir. Mahkemenin içtihatlarında yaşanan değişimin anlamı bu politik mücadelelerin mahkeme üye kompozisyonuna yansması arasındaki ilişki ortaya konulmuştur.

I. PIERRE BOURDIEU DÜŞÜNCESİNDE HUKUK

A. PIERRE BOURDIEU DÜŞÜNCESİNDE HUKUKUN ANLAMI

Bourdieu, modern devleti Weber'den ilhamla “devlet meşru ve simgesel şiddettir.” ifadesi ile tanımlar¹. Sosyolojik olana dair sorgulamasını bireyler arası çatışmanın kökenlerini araştırarak anlamlandırmaya çalışan düşünür, bu çatışmaların etkisi çerçevesinde açıklama yapar. Bourdieu, sosyolojiyi rahatsız edici bir bilim olarak niteler. Örneğin okul başarısını ele alındığında pek çok kişi bunu zeka ile özdeşleştirerek açıklar. Oysa sosyoloji okul başarısını konu edindiğinde, onun toplumsal kökenle, aileden miras alınan kültürle ilişkisini

¹ Bourdieu, Pierre (1981) Questions de Sociologie, Les Editions de Minuit, Paris (Çeviren: Öztürk Filiz ve diğerleri, (2016) Sosyoloji Meseleleri, 2. Baskı, Ankara, Heretik), s.18.

ortaya koyar. Eğitim profesyonelleri ise bu açıklamaları duymaktan hoşlanmaz. Bourdieu, sosyolojinin rahatsız ediciliğine ilişkin bir diğer örneği bilimden verir. Bilim pek çoklarının ekonomik çıkarlara indirgenemeyecek, menfaat içermez bir yapı olarak görülür. Oysa yine bilim sosyolojisi, bilimsel uğraşının belirli çıkarlara hizmet ettiğini açıkladığında bilimle uğraşan insanları bir sorgulamaya ittiğini belirtir².

Bourdieu, özel bir sosyoloji dili kullanır. “Ayrım: Beğeni Yargısının Toplumsal Eleştirisi” adlı eserinde beğeni yargısının kökeni ve işleyişi sorununa sınıfsal bir incelemeyle, tarihsel verileri kullanarak bir açıklama getirmektedir³. Bourdieu’nun rahatsız edici sosyolojik bakışı onun hukuka dair tespitlerinde de görülebilir. “Hukukun Gücü: Hukuk Alanının Sosyolojisine Doğru” adlı makalesinde sosyolog, kendi oluşturduğu sosyoloji kuramının kavramları ile hukukun izahını yapmaktadır⁴. Modern hukukun kullandığı teknik ve soyut kavramların ancak konunun uzmanları aracılığı ile anlamlandırılabilir nitelikte olduğunu belirten Bourdieu, hukuku açıklayan diğer teorilerin sorgulamalarının temelinde yatan düşüncelerden farklılığını ortaya koyar⁵. İlk olarak, hukuku otonom ve kapalı bir sistem olarak görerek onu yalnızca kendi iç dinamikleri ile anlatmaya çalışan saf hukuk kuramını ele alır. Kelsen’in saf hukuk kuramında hukuku diğer sosyal dinamiklerden arı, onların etkisini yok sayarak hukuk düşüncesini ve uygulamasını kendine özgü bir düşünce metoduyla açıklar. Bourdieu, bu açıklamayı hukuk araştırmacılarının formalist

² Bourdieu (2016), s.25.

³ Bourdieu, Pierre (1979) *La Distinction, Critique Sociale du Jugement*, Les Editions de Minuit, Paris (Çeviren: Fırat Derya ve Günce Berkut, (2015) *Ayrım: Beğeni Yargısının Toplumsal Eleştirisi*, 2. Baskı, Ankara, Heretik.)

⁴ Bourdieu, Pierre (1987) “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, *Hastings Law Journal*, S: 38, s.814- 853.

⁵ Bourdieu’nun hukuk düşüncesini inceleyen çalışmalar: Gürler, Sercan (2017) *Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi*, Ankara, On İki Levha Yayınları. Madsen, Mikael R./ Dezalay, Yves (2002) “The Power of the Legal Field: Pierre Bourdieu and the Law”, *An Introduction to Law and Social Theory*, Reza Banakar and Max Travers (eds.), Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, s.189-204. Madsen, Mikael R./Dezalay, Yves (2012) “The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law”, *e Annual Review of Law and Social Science*, Ökten, Nazlı (2014) “Devlet Üzerine: Son Bir Hesaplaşma”, *Cogito (Pierre Bourdieu Özel Sayısı*, S:76, Bahar, s.79-88.

ideolojisi olarak nitelendirir ve katılaşımiş bir doktrin haline geldiğini ifade eder⁶.

İkinci olarak, Althusser'in hukuku devletin ideolojik aygıtı olarak gören teorisine değinir. Kelsen'in teorisinden farklı olarak araçsallık argümanı hukuku ve hukuk bilimini sosyal güç ilişkilerinin doğrudan etkisi çerçevesinde ele alır. Bu sosyal güç ilişkilerinin temelinde ise ekonomik belirlemeler, özellikle baskı gruplarının ekonomik çıkarları yer almaktadır. Hukuk bu çıkarların korunması için gerekli olan baskı araçlarından birisidir. Ona göre Althusser'in ve diğer yapısalcı Marksistlerin temel sorunu, ideolojilerin toplumdaki fonksiyonları açıklamakta yeterli olduğu kanısıdır. Paradoksal olarak bu düşünürlerin sembolik sistemlerin yapısını ve konu özelinde yargılama söyleminin kendi belirli formunu inkar ettiklerine dikkat çeker⁷.

Araçsalcı ve formalist teorilerden başka, hukuku sistem teorisi ile açıklayan Niklas Luhmann'ın görüşlerinden ayrıştığı noktaları vurgular. Sistem teorisi hukuk yapılarının kendi öz referanslarını oluşturduklarını belirtir. Ancak bu açıklamanın yasanın gerçek manası olan simgesel yapıyı karıştırdığını ileri sürer. Sistem teorisi yargısal sistemin kendi kurallarına göre dönüştüğünü açıklayan eski formalist teoriyi yeni bir ad altında sunar. Bu ölçüde sistem teorisinin hukukun formel ve soyut temsili için ideal bir çerçeve sunduğunu belirtir. Bununla birlikte, Bourdieu, normlar ve doktrinlerin sembolik gücün gelişimi hatta değişimi için objektif imkanlar içerdiğini kabul etmekle birlikte, kendi dinamikleri için prensipler içermediğini ileri sürer. Bourdieu, teorisinde bu simgesel düzeni, hukuku belirleme hakkının kontrolü hususunda birbirleri ile rekabet halinde olan aktör ve kurumlar arasındaki nesnel ilişkilerden ayırmayı önermektedir. Hukuk alanı kendi dilini üretirken, dönüşüme dair ilkeler söz konusu aktör ve kurumlar arasındaki çıkar mücadelelerinde oluşmaktadır⁸.

Bourdieu, hukuku ve hukuk profesyonellerinin birbirinden bağımsız olduğu iddiasında olan formalist ideoloji ve tam tersi görüşte olan araçsalcı teorilerin, hukuku biri içerden diğeri dışarıdan açıklamaya çalışan bu iki karşıt

⁶ Bourdieu (1987), s.814.

⁷ Bourdieu (1987), s.815.

⁸ Bourdieu (1987), s.816-817.

perspektifin sosyal evrenin tümünü göz ardı ettiğine vurgu yapar. Hukukun sosyal etkisi anlaşılacak isteniyorsa hukuk gücünün ortaya çıktığı ve işlediği bu alanın göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bourdieu, hukukun sosyolojik yönünü incelediği kavrama yargısal alan adını vermektedir. Yargısal alanın mantığının iki faktör tarafından belirlendiğini ifade eder. Birincisi onun yapısını oluşturan ve onun içerisinde meydana gelen yarışmacı mücadelelerine yol açan özel güç ilişkileridir. İkincisi ise olası eylemlerin aralığını kısıtlayan ve özellikle hukuki çözümlerin sahasını sınırlandıran yargılama fonksiyonunun iç mantığıdır. Bu sebeple Bourdieu, hukuku alan olarak tanımlar ve hukukun dil aracılığıyla kendi dönüşümünü sağlayabildiği, hukuk alanı içerisinde ortaya çıkan mücadelelerin hukukun dilini belirlediği, sembolik gücün meşruiyet aracı olduğunu ifade eder⁹. Hukuk, hukukçular tarafından tarihi ve sosyal bir yapı olarak inşa edilen bir alan olduğundan söylem olarak devletin meşruiyetini güç söylemi ile sağlamaktadır. Dolayısıyla Bourdieu'nun hukuk sosyolojisi hukukun, hukuk gücünün, hukukçuların ve hukuk kültürünün sosyolojisidir¹⁰.

B. PIERRE BOURDIEU DÜŞÜNÇESİNDE HUKUKÇULAR

Bourdieu'nun hukukla ilgilenmesinin esas sebebi, devletin sembolik şiddetini sürekli olarak meşrulaştırma işlevini yerine getirmesidir. Bourdieu, hukukçuları resmi kurgular yaratmak üzere görevlendirilen bir profesyonel olarak tanımlar. Devlet, resmi olanın (officiel) ifade edildiği yerdir. Resmi olanı tanımlamak için ise resmi olanı kuran devletin doğuşuna dair düşünmek gerekmektedir. Ona göre, Devleti hukukçuların ve kilise hukukçularının kurduğu tam olarak söylenemese de bunların payı çok büyüktür. Hukuk kurgusunu fiction juris'i¹¹ ortaya çıkarma yetkisine sahip Roma hukukundan

⁹ Gürler'e göre, Bourdieu, devlet, simgesel iktidar ve sembolik şiddet gibi kavramları bir arada kullanarak onu farklı grupların mücadele alanı olarak görür. **Gürler**, s.51.

¹⁰ **Madsen/Dezalay** (2002), s.189. **Madsen/Dezalay** (2012), s.435.

¹¹ Ortaçağ'da hukuk sermayesini elinde tutanların esasında kelime ve kavramlardan ibaret bir toplumsal kaynağı elinde tuttuğunu belirtir. Devlet bir hukukçu kurgusudur. Hukukçular bugün de bir devlet inşası faaliyetinde özellikle kelime sermayesinin meydana getirdiği kaynak sayesinde müşretereken olağanüstü katkılar yapmaktadır. Kelimeler yalnızca gerçekliği betimlemez onu inşa da eder. **Bourdieu, Pierre** (2012) Sur L'État. Cours au Collège

beslenmiş hukukçularının rolünü ortaya koymadan Batı devletinin soy biliminin yapılmasının mümkün olmadığını belirtir. En nihayetinde devleti hukukçuların ürettiği bir hukuk kurgusu olarak tanımlamaktadır¹². Devleti anlamak için onun sembolik bir işlevi olduğunu vurgulayan düşünür, sembolik boyutunun anlaşılması için ise devlet söylemini oluşturan yasa koyucular ile hukukçuların işleyişini, başkalarının karşısında hangi genel çıkarlara, mücadele sahalarının içerisinde işgal ettikleri konuma göre hangi özgül çıkarlara sahip olduklarının anlaşılması gerektiğini ileri sürer¹³. Hukukçular kendi konumlarını meşrulaştıran söylemle bir ideoloji oluşturmakta, bu sayede devleti, devlet düşüncesini, kamusal düşünme şeklini inşa etmektedir¹⁴.

“Hukukun Gücü” makalesinde detaylı biçimde, hukuka dair görüşlerini dile getiren Bourdieu, hukukun anlamlandırma gücünü anlattığı bölümü ile çalışmanın temel sorusuna dair bakış açısı sunmaktadır. Bourdieu’nun bu bölümde, anlamlandırma gücünün sahibi olarak hukuku değil hukuk uygulayıcılarını işaret ettiği değerlendirilebilir¹⁵.

Bourdieu’ya göre yargılama bilişsel ve değerlendirici yönleri birbirinden tümüyle ayrılamayan iki tarafın bireysel bakış açıları arasındaki çatışmadır. Bu çatışma sosyal olarak imtiyaz verilmiş bir otoritenin yargısı tarafından çözülmektedir. Bu sebeple yargılama, farklı bakış açılarına sahip tarafların karşı karşıya geldiği, sosyal olanın içinde var olan sembolik mücadelenin bir başka vechesi olarak görülebilir. Yargılamada tarafların her biri genel sosyal irade tarafından tanınmayı ve iddiasının gerçek hayatta uygulanabilir olmasını sağlamayı amaçlar. Yargı burada meşrulaştırılmış dağıtım ilkesini dayatma tekeli elinde bulundurur, devletin yaptırım gücünü oluşturan sembolik şiddetin meşrulaştırıcısı görevini yürütür¹⁶. Bourdieu, makalesinde hukuk düşüncesinin ve hukuk dilinin sosyal gerçekliği hukuki gerçekliğe

de France (1989-1992), Seuille, Paris (Çeviren: Sümer Aslı (2016) Devlet Üzerine College de France Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, İletişim), s.392.

¹² Bourdieu (2016), s.78.

¹³ Bourdieu (2016), s.213.

¹⁴ Bourdieu (2016), s.214; Gürler (2017), s. VII.

¹⁵ Gürler’in ifade ettiği üzere, makalede, hukukun yahut yargının gücünün işlendiği hususunda bazı muğlaklıklar söz konudur. Gürler (2017), s.157.

¹⁶ Bourdieu (1987), s.837.

dönüştürmedeki gücünü ve bu gücü elinde tutan meslek olan kurumsallaşmış hukuk mesleğinin devletin yönetiminde ve evriminde nasıl kilit bir rol oynadıklarını üzerinde durmaktadır¹⁷.

Yargı gücünün adlandırma faaliyeti, bir kişinin bir mesele hakkında görüş serdetmesinden oldukça farklıdır. Bir kimsenin bir mesele hakkında görüş beyan etmesi sadece onu bağlar ve oldukça küçük bir etki uyandırır. Oysa bir hukuki mesele üzerine karar verme yetkisinde olan yargı makamı, adlandırma faaliyeti veya kurgulama yetkisini elinde bulunduran bir sınıfın parçasıdır. Yargı makamı, herkes adına konuşan bir otoritenin temsilcisidir. Herkes adına eyleme ve söylem yetkisine sahip olan görevlilerce oluşturulan yargı kararları büyümlü bir gücü elinde bulundurmaktadır. Zira yargı kararları yetki alanı içerisinde kabul edilmek durumundadır. Bu etkinin sonucu olarak hiç kimse yargı kararlarının ifade ettiklerini görmezden gelemeyebilir veya reddedemez.

Hukuk, özellikle şeyleri isimlendirme ve sosyal gruplar yaratmasıyla sembolik gücün mükemmel bir biçimini teşkil eder. Hukuk etkileri oluşturma konusunda var olan kapasitesi ile “aktif” söylemin mükemmel bir örneğidir¹⁸. Sosyal dünyanın hukuku yarattığını yedeğimizde tutarak söylersek sosyal hayatı inşa eder. Hukukun bu yarı büyümlü yanının sosyal şartlarının farkında olmak oldukça önemlidir. Gerçekte sosyal dünyayı oluşturan yapının başlangıcında bulunan algı şemaları ve yargılama, kolektif tarihsel iş bölümü ile oluşturulmaktadır. Bunlar tarihsel olarak oluşturulmuş yapılandırılmış yapılarıdır¹⁹.

Sembolik gücün isimlendirme işlevinin büyümlü gücünün en görülebilir hali yargısal onaylamada karşımıza çıkar. Yargısal onam ancak yasamanın sembolik gücü pekiştiren veya güçlendiren adlandırma yetkisi ve yetkilendiricisinin içkin ve tarihsel gücü yeniden üretip yükseltmesiyle yararlı

¹⁷ Madsen/Dezalay (2012), s.437-438.

¹⁸ Bourdieu (1987), s.839.

¹⁹ Bourdieu (1987), s.839.

olarak faaliyet gösterebilir. Bourdieu tıp ve teoloji²⁰ gibi hukukun da açıkça sosyopolitik uygulamaları olan bir bilim dalı olduğunu vurgular²¹.

Bourdieu'ya göre bu tür bir analiz yargılamanın gerçekliğiyle çok uzak görünebilir. Fakat sembolik gücün açıkça anlaşılabilmesi için bu açıklama vazgeçilmezdir. Sosyolojinin sorumluluğu, Montesquie'nun belirttiği gibi, toplumun kararname ile dönüştürülemeyeceğine işaret etse de; yargılama faaliyetlerinin altında yatan sosyal koşullar hakkındaki farkındalık, kuralların, düzenlemelerin ve hukukun kendisinin belirli etkisi göz ardı edilemez. Ona göre, hukukun, özellikle sembolik çalışmadaki tüm profesyonellerin kendi yasalarına göre ürettikleri kodlama, formüle etme ve resmileştirme, tarafsızlaştırma ve sistemleştirme çalışmalarına atfedilebilen belirli bir etkinliğe sahip olduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte, hem saf ve basit acizliğe hem de yalnızca çıplak kuvvete dayalı etkinliğe karşıtlığıyla tanımlanan bu etkililik, yalnızca yasanın toplumsal olarak tanındığı ve zımnî ve kısmî de olsa üstüne anlaşma sağlandığı ölçüde uygulanır, zira en azından görünüşte gerçek ihtiyaçlara ve çıkarlara karşılık gelir²².

Hukukun adlandırıcı gücünü sembolik iktidarın görünür kılınması ve yeniden inşası için önemli bir yerde tutan Bourdieu, hukuk mesleğinin icra edildiği hukuk alanını oluşturan kişilerin arasındaki bağı çözümler. Bourdieu'nun sosyolojik tahayyülünde temel kavramlardan birisi olan habitus, hukukçuların yapıp etmelerinin anlaşılmasında temel kavramdır. Hukuksal alanda habitus farklı eyleyicilerin eylemlerinin anlaşılmasında kullanılan bir

²⁰ "...Bu çok basmakalıp ama hukuku böyle düşünmek adetten değildir: Hukukçular toplumsal formüller önerirler. Dini tören yapılmayan cenazelere katılanlarımız olmuştur belki; ne yapacağını bilmeyen grup bir tür kargaşa içerisinde, biri çiçek koyacağız der (bir icat yapar); öteki herkes birinin bir çözüm bulmasından memnun onu taklit eder. Kurumsal bir çözüm hiçbir şeydir ve çok fazladır. "Bunun için papaz var." Papaz belli başlı şeyleri söyleyecektir; ...örgütsel bir işlev yerine getirerek hazır, sınanmış, kaideleştirilmiş, evrensel olarak kabul edilmiş çözümler sunar ve kimse "Bu papaz deli" demez. Hukukçunun da kritik hallerdeki tüm ihtilaf risklerinde doğaçlama ekonomisine müsaade etmek suretiyle, aynı rolü oynadığımı düşünüyorum." **Bourdieu** (2015), s.394.

²¹ **Madsen/Dezalay** (2012), s.438.

²² **Bourdieu** (1987), s.840.

kavramdır²³. Zira hukuk alanında faaliyet gösteren profesyonellerin eylemlerini yapılandırıcı bir mekanizma olarak işlev görmektedir²⁴. “Ayrım” adlı başyapıtında şu şekilde ifade etmiştir:

“Habitus, aslında hem nesnel olarak sınıflandırılabilir pratikleri üretici ilkesi hem de bu pratikleri sınıflama sistemi (principium divisions) dir. Temsil edilen toplumsal dünya, yani yaşam tarzları uzamı, habitusu belirleyen bu iki kabiliyet arasında, yani sınıflandırılabilir pratikler ve yapıtlar üretme kabiliyetleri ile bu pratikler ve ürünleri ayırt edip değerlendirme kabiliyeti (beğeni) arasındaki ilişkide oluşur”²⁵.

Yargılama pratiği, faaliyeti oluşturan kişilerin büyüüp yaşadığı sosyal ve kültürel iklimden bağımsız olarak değerlendirilemez. O halde, yargı alanı ve gücün daha büyük alanları ile ilişki içerisinde olan hukuk uygulayıcılarını analiz etmek gerekmektedir. İlgilendikleri alanlardaki ortaklık, habitusun paralellığı, benzer ailelerden ve eğitim süreçlerinden gelmek yargıçların arasındaki bağı güçlendirmektedir. Aralarındaki bu bağlar, yargıçların görüşlerinin genel gücü elinde bulunduranların aleyhine işlemlerini güçlendirmektedir. Bu seçimlerin orjininde yer alan hukukçuların ahlakı ve onları belirlemekten ziyade haklı çıkarmak için başvuru hukuk metinlerinde yer alan mantık bu egemen güçlerin çıkarları, değerleri ve dünya görüşleri ile uyum içerisinde²⁶.

Bu yakınlığa Bourdieu, tarihsel örnekler vermektedir. Ortaçağ İtalyası’ndaki küçük devletlerde veya Fransa’nın eski rejiminde iktidarla yargı arasında sıkı bir ilişki olduğunu hatırlatır. Hatta 1959 öncesi yargıç profiline bakıldığında pek çoğunun hukuk mesleğini yapan ailelerden veya burjuva sınıftan geldiğini belirtmektedir. Fakat kriz anlarında bu bağların farklı sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkündür²⁷.

²³ **Demir, Murat Cem/Aka, Asiye** (2008) Bourdieu’nun Diliyle Hukuk Alanını Okumak, HFSA 18. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s.239.

²⁴ **Bourdieu, P./ Wacquant, L.** (2001) Réponses. Pour Une Anthropologie Réflexive, Seuil, Paris (Çeviren: Ökten Nazlı, Düşünsel Bir Antropoloji İçin Cevaplar, 8. Baskı, İstanbul, İletişim) s.27.

²⁵ **Bourdieu** (2015), s.254.

²⁶ **Bourdieu** (1987), s. 842.

²⁷ **Bourdieu** (1987), s.843.

Bourdieu'ya göre, hukukun doğuşu, bir grup tarafından hazırlanan emrin toplumun tümünün o emre yargısal formülün kazandırdığı evrensel değer sebebiyle uymasının sağlanması noktasında belirir. İsimlendirme vasıtasıyla hukuk sembolik iktidarın önemli bir parçası olarak iş görmektedir. Kelimeler ve usuller hukukçulara devlet ve toplumda giderek daha özerk bir alanı ele geçirmelerine ve böylece devleti kendi imajlarında rasyonelleştirmelerine yardımcı olur²⁸.

Hukuk bu noktada neyin pratik evrenselleştirme olarak adlandırılacağını göstermede bize yardım eder. Karmaşık bir toplumda, hukukun evrenselleştirme etkisi sembolik tahakkümün üretilmesinde etkili ve güçlüdür. Normalleştirme etkisi olarak da adlandırılabilir evrenselleştirme etkisi, meşru kültür ve onu kontrol edenler tarafından halihazırda uygulanan sosyal otoritenin etkisini artırma işlevi görür. Böylelikle yasal kısıtlamanın pratik gücünü tamamlar²⁹.

Hukuk, sembolik iktidarın sürdürülmesinde kendi araçları ve dış etkilere uzak olan alanını korumakla önemli işlevler görmektedir. Biçimin profesyonellik gerektirmesi onların bir sınıf olarak kabul edilmesini gerekli kılar³⁰. Yasanın uygulanması düşünüldüğünde bunun sadece bir yargıcın değil tüm hukuk temsilcilerinin uygulamaları olarak anlamak gerekir. Dolayısıyla yasanın gerçek oluşturucusu yasa koyucu değil tüm sosyal aktörlerdir. Bu sosyal aktörler kendi çıkarlarını sosyal problemler gibi adlandırarak onları gösteriler, heyetler, dilekçelerle dışa vurur. Hukuk bu dışa vurumu kendine özgü tekniklerle (genelleştirme ve evrenselleştirme) onaylar³¹.

²⁸ Madsen/Dezalay (2012), s.438. Bourdieu (2015), s.446.

²⁹ Bourdieu (1987), s.846.

³⁰ Gürler, Bourdieu teorisinde hukukçuların iktidarla girdiği mücadelelerden başarıyla çıkmasının yanında hukukçuların kendi aralarında mücadele içinde olmalarına da dikkat çeker. Bu mücadelelerle modern devlet hanedan devletinden bürokratik devlete, ardından hukuk devletine dönüşen bir merkezileşme süreci yaşanmıştır. Son aşamada ise artık devlet ile hukuk, devlet görevlileri ile hukukçular neredeyse yekvücut haline gelmiştir. Gürler (2017), s.153.

³¹ "Hukuk sermayesinin yoğunlaşmasının aşamalarından birini oluşturduğu ve mesela soylular kastının statü kaynaklı payelerinin yerine merkezi iktidarın tevdi ettiği payeleri geçirme eğilimindeki sembolik sermaye yoğunlaşması vasıtasıyla, devlet kendini ağır ağır

Gürler, Bourdieu'nun teknik anlamda bir hukuk sosyoloğu olmadığını belirtir. Bu açıdan ona çalışmalarında hukuku dışardan bir bakış açısıyla nesnel olarak analiz etmesi anlamında avantaj sağladığını dile getirir. Diğer yandan hukuka özgü kavramları bağlamı dışında kullanması sebebiyle bazı yanlış anlamalara sebebiyet verdiğine dikkat çeker. Örnek olarak hukuk alanının asli failleri arasında açık ve net bir ayırım olmamasından ötürü hakim, savcı, avukat veya akademisyenden bahsettiği alanların belirlenmesi güçtür. Keza hukuk alanı derken yargılama faaliyetini veya genel olarak hukuk sistemini kastettiği hususunda muğlaklıklar söz konusudur³².

Gürler, Bourdieu'nun hukuka dair bakış açısının Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukuk ve Toplum Hareketi ile benzerliğine dikkat çekmektedir. Evrenselleştirme, biçimselleştirme, nesnelleştirme kavramlarını kullanımı ve hukukun ideolojik yönüne yaptığı vurgu onun teorisini bu iki hukuk akımına yaklaştırır niteliktedir. Ancak Gürler, bu yakınlığa rağmen eserlerinde bu akımlara dair atıf yapılmamasını şaşkıncı bulmaktadır³³. Bu eksikliklere dikkat çeken Gürler, yine de Bourdieu'nun hukuka bakışının toplumu ve hukuku anlamada önemli bir perspektif sunabileceğini, bu sebeple Türkiye'nin kendi toplumsal meselelerini anlamada kuramsal araçları ve yöntemleri ile anlama çabasının önemine vurgu yapmaktadır³⁴. Villegas ise Bourdieu'nun eleştirel teorisini, hukuka dair önemli izahlar yapmasına rağmen, haklar kuramının hukuk üzerindeki etkisini açıklamada yetersiz kalması ve Fransa'nın milli tarihinin etkisi ile yaptığı çıkarımları tüm hukuk teorisini açıklamakta kullanmasını onun eleştirel teorisinin eksikliği olarak dile getirmektedir³⁵.

Bu çalışmada, Bourdieu'nun hukuka bakışı çerçevesinde anayasa yargısının kadın haklarına ilişkin kararlarındaki değişim incelenecektir. Yargı gücünün adlandırma işleviyle kamusal alanı dönüştürmesi Türk Anayasa

adlandırma/atama erkiyle donanmış olan sembolik sermayenin merkez bankası olarak tesis etmektedir: Blackstone'un sözleriyle fountain of honour, of Office and of privilege (paye, makam ve imtiyaz çeşmesi) olarak..." **Bourdieu** (2015), s.445.

³² **Gürler**, s.157.

³³ **Gürler**, s.158.

³⁴ **Gürler**, s.160.

³⁵ **Villegas, Mauricio Garcia** (2004) "On Pierre Bourdieu' Legal Thought", *Droit et Société Cilt*, 56-57, s.66-67.

Mahkemesinin kapladığı yerin sürekli olarak tartışılmasını gerekli kılmıştır. Bourdieu'nun yargıyı bir alan olarak tanımlaması ve hukuk profesyonellerinin yetiştikleri sosyal ve kültürel iklimden (habitus) getirdikleri mirası kararlara işlediğine dair düşüncesi Türk Anayasa Mahkemesinin kararlarının dönüşümünün okunmasına yol gösterecektir. Özellikle kadının aile ve toplum içerisindeki statüsüne dair kararları Mahkemenin kadın hakları odağında tanımladığı kavramları yargı alanı içerisinde var olan mücadelenin etkileri ile zihniyetlerinin iz düşümünü taşımaktadır.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN KADINLARIN HAKLARINA İLİŞKİN KARARLARI

A. POLİTİK BİR ALAN OLARAK KADIN HAKLARI

Türk modernleşmesinin başlangıcından itibaren kadının toplum ve ailedeki rolünün güçlendirilmesine dair fikirler serdedilmiştir³⁶. Esasında bu husus Türkiye'ye özgü de değildir. Zira kadının kamusal alanda görünürlüğünün artmasıyla toplum hayatında haklara ve borçlara sahip olması, kamu görevi almasının gerekip gerekmediği, seçme hakkına sahip olup olmayacağı meseleleri 19'uncu ve 20'nci yüzyıl boyunca tüm ülkelerin hukukçuları ve entelektüellerince tartışılmıştır³⁷.

19'uncu yüzyıl ile tarihin hiçbir döneminde olmayan egemenlik yetkilerini kullanabilen modern devlet, kanun koyucu yetkisini kullanarak ülkelerin ictimai, ekonomik durumunu hukuk yoluyla etkileyebilmektedir. Geleneksel aile yapılarının çözülmesi, üretim ilişkilerinin değişimi ile kadının statüsüne dair düzenleme yapılmasına dair gereksinimin artması, modern hukukta kadının haklarının özel hukuk ilişkilerinde ve kamu görevini yerine getirmede genişlemesini sağlamıştır.

³⁶ Özel olanın politik bir nitelik taşıdığı, kadının tüm özel ve kamusal hayatının güç ilişkileri etrafında şekillendiği feminist teorilerin odağında tartışılan konuların başında gelmektedir. **Özkan, İrem Burcu** (2017) "Feminist Kuramlarda Özel Alan Kamusal Alan Ayrımı: "Özel Olan Politikdir", Kadın Kamusal Alan ve Hukuk: Yükselbaba, Ülker (Editör), İstanbul, Tekin Yayınevi, s.85.

³⁷ **Toprak, Zafer** (2014) Türkiye'de Kadın Hakları ve Feminizm, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s.155 v.d.

Meşrutiyet döneminden itibaren kadının toplumsal statüsüne dair tartışmalar ülkemizde yoğunlaşmış, buna ilişkin düzenleme talepleri hem kadın örgütlerinden hem de entelektüellerden gelmiştir. 1926 tarihli Medeni Kanun ile birlikte yeni bir aile modeli benimsenmiş, kadına o ailenin bir parçası olmakla yeni haklar verilmiştir. Medeni Kanunu, kadının rolünü belirlerken cumhuriyetin beklediği nitelikleri haiz bireylerin yetişmesinde önemli görevler üstlenmesi saikiyle hareket etmiştir. Hukukun yeni ailede kadına yüklediği rol cumhuriyet ailesinin kurucu anası olma, kocasını ve çocuklarını cumhuriyet ilkeleri doğrultusunda hayat sürmelerini sağlamaktır³⁸. Üzerinde çok fazla tartışma bulunan 1926 tarihli Medeni Kanun 2001 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

1982 Anayasası'nda ailenin önemi Danışma meclisinin gerekçesinde vurgulanmıştır. Uluslararası insan hakları metinlerden ilhamla çocukların korunması ilkesinde evlilik içi ve dışı doğan çocuk ayrımının yapılmadığı gerekçede ayrıca belirtilmiştir³⁹. Diğer yandan Milli Birlik Komitesi düzenlemeye kendi tasarrufunu eklemeyi ihmal etmemiş, aile planlamasının anayasada yer alması gerektiğini belirterek “aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak” ifadesiyle aile planlamasının öğretim ve uygulaması anayasal düzeyde devlete ödev olarak yüklenmiştir⁴⁰.

Kadın ve erkeğin aile içinde eşit konuma sahip olduklarına dair kabul 2004 değişiklikleri ile anayasada ifadesini bulmuştur. “...Eşler arası eşitliğe dayanır...” lafzı ile Türk ailesinin kadın ve erkek arasındaki eşitliğin hukuki

³⁸ “1920 veya 1924 anayasalarında tanımlanan yeni devlet rejim i içinde kadınların katılımlarının gerekip gerekmediğinin tartışılmadığını ve ilk dönem kabine ve bakanlık yönetimlerinde hiç kadına yer verilmemesine bakarak Cumhuriyet’in kadın devriminin kadınlara eşit siyasal haklar verilmesini ve kadınların devletin yönetiminde yer almasını içermediğini anlıyoruz. Bunun yerine, “Cumhuriyet’in kadın devrimi” olarak tanımlanmasına yol açan şeyin 1926’da Medeni Kanun kabul edilerek yeniden düzenlenen modern aile yaşamı ile ilgili hakların kadınlara getirdiği özgürlükler ve kamusal görünürlikle ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Cumhuriyet’in önde gelen kadın ya da erkek elitlerinin Medeni Kanun’un kabulü ile Türk kadınına gerekli bütün hakların verildiğini ve bundan böyle kadın hakları için mücadele etmenin gereğinin kalmadığını savunduklarını görüyoruz” **Sancar, Serpil** (2014) *Türk Modernleşmesinin Zihniyeti*, İstanbul, İletişim Yayınları, s.162.

³⁹ Türkiye Cumhuriyet Anayasası (Gerekçeli) (2019), *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, s.236.

⁴⁰ *Anayasa (Gerekçeli)*, s.236.

karşılığı ifade edilmiş,⁴¹ 2001 yılında kabul edilen yeni Medeni Kanun'da bu anlayış işlenmiştir⁴². Bu değişim, sadece anayasa değişikliği üzerinden okunduğunda metinlere eklenen birkaç kelimeden ibaret görülebilir. Ancak; aile meselesi cumhuriyetin kuruluşundan itibaren yeni insan tipi, Türk toplumunun sosyolojik değişimi, medeni dünyanın araçlarının gelişimi ile ortaya çıkan ailede kadına ve erkeğe biçilen rollerde anlayış farklılıkları, anayasa yargısının kararlarında eşitlik vurgusunun yapılmasında başlıca sebepler olarak gösterilebilir. Kadının aile içindeki statüsüne dair düzenlemelerin yanı sıra anayasa yargısının kararları da bu statüye bir müdahale teşkil etmiştir. Anayasa yargısının kadın haklarına bakışının diğer pek çok konuda olduğu gibi kararlarının tarihine bakıldığında büyük değişim gösterdiği fark edilecektir.

Bununla beraber, kadın hakları Türk anayasa ve kanun koyucusu tarafından bir özel alan olarak görülmemiştir. Kadın haklarına ilişkin anayasa yargısının kararları, kadının statüsünün değişiminde ve gelişiminde önemli etkiler meydana getirmiştir. Anayasa yargısı kararları ile Türk demokrasi hayatında önemli bir yerde durmaktadır. Özellikle parti kapatma, siyasetten yasaklama gibi anayasa yargısında görev alan üyelerin korumakla mükellef hissettikleri değerleri yansıtan kararların yanında, kadının statüsünün aile ve toplumdaki yerine dair kararlarında anayasa mahkemesi üyelerinin, Bourdieu'cu anlamda ifade edilirse, yetiştirdiği sosyal ve kültürel iklimin (habitus) değerlerini görmek mümkündür. Bu değerler topluluğunda öncelenen kavramlar 2010'lu yıllardan itibaren anayasa mahkemesine seçilen üyelerin yetiştirdiği habitusun çeşitlenmesi ile farklılaşmıştır. Bu farklılığın izlerini anayasa yargısının kadının aile ve toplumdaki statüsüne dair kararları ile izlenmesi Bourdie'nun hukukun adlandırma gücünün etkisini göstermek bakımından önemli olduğu düşünülmektedir.

⁴¹ **Acar, Feride** (2010) "Türkiye'de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum", Kadın Hakları ve Uluslararası Hukuk ve Uygulama: Gökçeçiçek Ayata, Gökçeçiçek/ Eryılmaz Dilek, Sevinç/ Emrah Oder, Bertil (Editörler), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.17

⁴² **Acar**, s. 18.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KADINLARIN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNİ GENİŞLETEN KARARLARI

1926 tarihli Medeni Kanun'un, eşitlik ilkesinin günümüzde taşıdığı anlama göre ayrımcılık olarak ifade edilebilecek hükümler içerdiği görülmektedir. Kanunda, evlilik dışında doğan çocukların miras hakkı ile bu çocukların babaları tarafından tanınmasına dair hükümler bu çocuklar yönünden bir takım hak kayıplarına sebebiyet vermekteydi. Kadınlar açısından ise kadının çalışabilmesi için kocasından izin alması gerektiğine dair hüküm ayrımcı bir nitelik taşımaktaydı. Medeni Kanun'un bu hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bu iptal kararlarında mahkemenin uluslararası normları anayasanın yorumlanmasında ölçü norm olarak kullandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 743 sayılı Medeni Kanun'un 310. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialeh evli ise, hâkim, babalığa hükmedemez."⁴³, 443'üncü maddesinde yer alan "...Bunların, baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakıftır. Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut fûruu, babasının nesebi sahih fûruları ile içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yarısını alırlar..."⁴⁴ ve 292'nci maddesinde düzenlenen "Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz." hükümlerini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir⁴⁵.

Nesebi gayri sahih çocuklara yönelik ayrımcı hükümlerin anayasa mahkemesi kararlarında iptal gerekçelerinde özellikle eşitlik ilkesinin ihlaline yönelik vurgular dikkat çekmektedir. Baba veya annelerinin eylemleri neticesinde evlilik birliği içerisinde doğmayan çocukların nesebi sahih çocuklarla ayrı muameleye tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırılığına dikkat çeken Mahkemenin Birleşmiş Milletler Teşkilâtına üye olan devletlerce, bütün insanlara tanınan temel hakları belirten ve bildiren, 10/12/1948 tarihinde kabul edilmiş İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25. maddesinin ikinci

⁴³ Anayasa Mahkemesi, E: 1980/29, K: 1981/22, T: 21/5/1981.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, E:1987/1, K:1987/18, T: 11/09/1987.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E:1990/15, K: 1991/5, T: 28.2.1991.

fikrasında; "Analık ve çocukluk, özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar aynı sosyal korunmadan faydalanırlar.", 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, Birleşmiş Milletler Teşkilâtı Ekonomik ve Sosyal Kurulunun, 18/5/1973 tarihli kararında, sahih ve sahih olmayan nesepli çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmaları ilke olarak kabulüne atıfla, söz konusu ayrımcı hükümleri iptal ettiği görülmektedir. Ayrıca iptaline karar verilen maddelerin mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda da artık yer almadığı belirtilerek modern bir toplumda bu ayrımların yapılmasının gerekli olmadığına vurgu yapılmıştır⁴⁶.

Bununla birlikte, karşı oylarda söz konusu hükümlerin Atatürk devriminin önemli bir parçası olan Medeni Kanun'da yer aldığına dikkat çekilmiş, bu hükümlerin getirilmesinde tek eşliliğin sağlanmasındaki yararın gözden kaçırılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Babaların hukuken tanınmayan diğer evliliklerinden veya zina eylemlerinden doğan çocuklarını tanıyamayacakları, onların gelecekte mirastan eşit pay alamayacaklarına dair düzenlemelerin kanunda yer almasının caydırıcı nitelikte olduğu vurgulanmaktadır⁴⁷.

1991 tarihli evli erkeğin zinasından doğan çocukların tanınamayacağına dair iptal kararında ise bir karşı oy bulunmaktadır⁴⁸. Diğer kararlardan farklı olarak bu karardaki karşı oyda Atatürk döneminde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devrimlerinden bahsedilmemektedir. Anayasa Mahkemesinin davada uygulanacak kural olarak evli erkeğin zinasından doğan çocukların tanınamayacağına dair hükmün anayasaya aykırılığını incelemesini Anayasa Mahkemesi Üyesi Erol Cansel yetersiz bulmuştur. Yalnızca bu hükmün iptaliyle kadının zinasından doğan çocukların tanınamayacağına dair hükmün yürürlükte kaldığını, bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Mahkemenin evli kadının zinasından doğan çocukların tanınmayacağına dair

⁴⁶ Her üç kararın gerekçesinde ortak olarak insan hakları metinlerine yer verilirken mehz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nda söz konusu hükümlerin kaldırıldığı ifade edilmiştir.

⁴⁷ 1981 ve 1987 tarihli kararlarda karşı oylarda özetlemeye çalıştığımız şekli ile Türk Hukuk Devrimi'nin altında yatan nedenlerle hükümlerin iptal edilmemesi gerekçelerine yer verilmektedir.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, E:1990/15, K: 1991/5, T: 28.2.1991. Karşıoy Yazısı.

hükmü de iptal etmesi gerektiğine dair karşı oy yazmıştır. Mahkemenin nesebi gayri sahih çocukların hak kayıplarını düzenleyen hükümlerdeki istikrarlı yorumu üye kompozisyonunun değişimi ile Mahkemenin üyelerinin tamamının uluslararası normlara atıfla ayrımcı düzenlemelerin iptal edilmesine karar vermiştir.

Bu iptal kararlarının önemi, Türk hukukunda inkılap düzenlemelerinin önemli bir parçası olan Türk Medeni Kanunu'ndaki bazı düzenlemelerin modern bir toplumda ayrımcılığa sebebiyet verdiği gerekçesi ile Atatürkçü düşünceye bağlı anayasa mahkemesi üyeleri tarafından iptal edilmesidir. Toplumda bireylerin ayrımcılığına sebebiyet veren hükümler Atatürk'ün mirası olarak görülen kanunlarda yer alsada uluslararası hukukun geldiği nokta, modern Türk toplumunun ihtiyaçları dikkate alınarak, bireyin hak ve özgürlüklerinin korunması odağında iptal kararı verilmiştir.

Çocuklar arasında nesebi sahih nesebi gayri sahih şeklinde ayırım yapan 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda kadınlarla erkekler arasında eşitsizliğe sebebiyet verecek hükümler de mevcuttu. Kanunun “karının meslek veya sanatı” kenar başlıklı 159'uncu maddesinde “Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanatla iştigal edebilir. Kocanın izinden imtina halinde karı, kendisinin bir iş veya bir sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin, hâkim tarafından verilebilir. Koca, karısının bir iş veya sanat ile iştigalden men ettiği takdirde keyfiyet kâtibiâdil marifetiyle ilân edilmedikçe, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez.” hükmü yer almaktaydı.

Kadının çalışma hayatına katılması için eşinden izin almasını gerektiren hüküm, modern bir toplum hukuk düzeninde kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasında önemli engellerden biri olarak görülmekte idi⁴⁹. Ayrıca kadının anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden olan çalışma hakkını ihlal etmekteydi. Bu gerekçelerle, İzmir'de görülen bir boşanma davasında ses sanatçısı olarak çalışan kadına evlilik içerisinde izin veren eşin, kadının

⁴⁹ 159'uncu maddenin Anayasa Mahkemesi'nde görüşüldüğü sırada kadın haklarını savunan sivil toplum örgütleri tarafından “159'a Hayır” başlıklı imza kampanyası başlatılmıştır. Sosyal Feminist Kaktüs (1990), K Yayınları, S:12, s.54.

boşanma davası açmasıyla kadını zor durumda bırakmak için izni geri almasını sağlayan Medeni Kanun'un 159'uncu maddesinin Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla norm denetimi için ilk derece mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, davayı esastan görüşmüş, son derece titiz bir değerlendirme ile Türk kadınının statüsünün tarihi yorumunu yapmış, uluslararası düzenlemelerde kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına dair ilkeleri sıralamış, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle maddenin iptali gerektiğine kanaat getirmiştir. Mahkeme ayrıca hükmü çalışma özgürlüğü bakımından değerlendirmiş, kadının sebepsizce çalışma hakkından yoksun bırakılmasının anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir⁵⁰.

Mahkeme bu kararında kadının çalışma hayatına katılmasını erkeğin rızasına bağlayan hükmü medeni bir toplum olma yolunda ilerleyen Türk toplumunun anayasada korunan haklarına aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin kadınların aile içindeki statülerinin güçlendirilmesine dair bu kararında karşılaştırmalı hukuk bağlamında Fransız ve Alman Medeni Kanunları'ndaki değişimi incelediği ve kadın haklarının güçlendirildiğine dair gözlemine kararında yer verdiği görülmektedir. Buna ek olarak nesebi gayri sahih çocuklara dair ayrımcı hükümleri iptal ettiğinde izlediği usule benzer şekilde uluslararası normlara atıf yaptığı görülmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi eşitlik ilkesinin yorumunda dikkate aldığı uluslararası düzenlemelerdir. Bununla birlikte Mahkemenin 1985 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nin katıldığı Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne (CEDAW) ayrıca değinmiştir. Mahkemenin kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına dair bakış açısında bu sözleşmenin önemli bir etkisi olduğu görülmektedir.

Mahkemenin eşitlik ilkesini uluslararası sözleşmelere dayanarak kadın ve erkek arasında kanun koyucu tarafından sağlanmasını gerektirdiğine dair diğer içtihatları, zina suçu hakkında verdiği kararlarda görülebilir. 1996 yılında ilk olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 441'nci maddesinde yer alan

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1990/30, K: 1990/31, T: 29/11/1990.

kocanın zinasına ilişkin düzenlemede “Karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur. Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir” hükmü yer almaktaydı. Bu hükümde kocanın zina suçundan cezalandırılabilmesi için gerekli şartlardan birisi zina fiilini karısı ile birlikte ikamet ettiği evde gerçekleştirmesidir. Cezalandırılan diğer eylem ise herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmak eylemidir.

Bununla birlikte 440’ncı maddede evli kadının zina suçunu düzenleyen madde hükmünde “Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur.” ifadesiyle kadının cezalandırılması için zina fiilini işlemesi yeterli görülmekteydi. Anayasa Mahkemesi iki cinsin aynı fiilinin farklı şartlara tabi tutulmakla cezalandırılmasının anayasada düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ifade ederek erkeğin zina suçunu düzenleyen maddeyi iptal etmiştir⁵¹. Ayrıca, Mahkeme tarafından yasama organının oluşan boşluğu doldurması için süre verilmiştir.

Yasama organı, oluşan boşluğu bir düzenleme ile doldurmamıştır. Böylelikle Türk Ceza Kanunu’nda kadının zina eyleminin suç olduğuna dair bir düzenleme mevcutken erkeğin zina eylemine karşı yaptırım öngören madde hükmü yürürlükten kalkmıştır. 1998 yılında Anayasa Mahkemesinin önüne yalnızca kadının zina eyleminin cezalandırmaya tabi tutulmasının eşitliğe aykırı

⁵¹ “Kocanın eyleminin zina suçu sayılabilmesi için kadının zinasında aranmayan kimi koşul ve öğelerin aranması, karı karşısında kocaya yasal üstünlük tanınması anlamına gelir. Evlilik birliği içinde kocaya bu tür üstünlük tanımak için haklı bir neden yoktur. Çünkü, karşılıklı sadakat yükümlülüğü bakımından karı ile koca arasında fark bulunmamaktadır. Bunun için kocanın basit zinasının cezalandırılmaması, ona kadına karşı çağdaş anlayışa uymayan bir ayrıcalık tanınmasına yol açarak cinsiyet ayırımını reddeden kadın erkek eşitliğini bozar. Yasa koyucu kuşkusuz, toplumsal gelişme ve özellikleri göz önünde bulundurarak zinayı suç olmaktan çıkarılabileceği gibi onun gerçekleşmesini belli koşullara da bağlayabilir. Ancak, bunu yaparken evlilik birliğinin tarafları olarak aynı konumda bulunan karı, koca arasında ayırım yaratacak bir düzenlemeyi gerçekleştiremez.” Anayasa Mahkemesi, E:1996/15, K:1996/34, T: 23/09/1996.

olduğu iddiası ile mahkemece norm denetimine başvurulmuş, mahkeme bu durumu da eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir⁵².

Bu içtihatları veren mahkemenin kompozisyonuna bakıldığında, karar gerekçelerinde görüleceği üzere Türk toplumunun Cumhuriyetin temel değerlerini koruyarak ilerlemesini amaçlayan üyelerden oluştuğu tespiti yapılabilir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin imzalanmış olmasının modern Türk toplumunda kadınların statülerinin yükseltilmesi için norm denetiminde gerekçelerde vurgulanmıştır. 1990'lardan itibaren devlet kurumları nezdinde kadının toplumsal statüsünün güçlendirilmesine katkı yapılması için belirli adımlar atıldığı dikkate alındığında Anayasa Mahkemesinin de bu politikaya kararları ile destek verdiği görülmektedir. Bürokratik feminizm⁵³ olarak adlandırılan bu dönemde

⁵² "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin ilk bölümünde de, Birleşmiş Milletler Yasası ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin temel hak ve özgürlükler ile bunların cinsiyete dayalı olanlar dahil hiçbir ayrıma bağlı tutulmaksızın kullanılmasını öngören hükümlerine göndermede bulunulmuştur. Uluslararası belgelerin cinsiyete dayalı ayırımı reddeden bu kuralları ile Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesi arasında temelde bir farklılık bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 440. maddesinde, karının zinasının suç oluşturacağı öngörülmüş, kocanın zinasını suç sayan 441. maddesi ise Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Böylece, kocanın zinası suç olmaktan çıkmıştır. Evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Maddenin iptali gerekir. " Anayasa Mahkemesi, E:1998/3, K:1998/28, T: 23/06/1998.

⁵³ "1990'da Kadının Sorunları ve Statüsü Genel Müdürlüğü'nün kurulması, bürokratik feminizmin miladı sayılabilir. Müdürlüğün görev tanımı, cinsiyet eşitsizliklerini gidermeye dönük kanun çalışmaları yapmak ve bürokrasi içi müdahalelerde bulunmaktı. BM'nin 1981'de yürürlüğe giren, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin (CEDAW) 1985'te onaylanması etkili bir adımdı -bu süreçte siyasetbilimci Feride Acar (doğ. 1948) önemli bir rol oynadı. 1997'de bir durum raporu hazırlayan müdürlük, bu çalışmada kadın örgütleriyle işbirliği yaptı. Bürokratik feminizm, feminist söylemin meşrulaşmasıyla ehlileştirilmesi arasında bir gerilim hattı üzerinde yürümektedir. Bürokratik feminizmin piyasacı-sivil sahasında "projecilik" yer alır. Bu sahanın açılmasıyla, uluslararası kuruluşlarla ve devletle ortak yürütülen -genellikle 'iyi' finansmanlı- araştırma ve yardım projeleri etrafında bir profesyonel-feminist elit ve söylem oluştu. Sadece mesleklaşmasıyla değil, bir tür feminist uzmanlık ve protokol dili inşa etmesiyle de

Anayasa Mahkemesinin kadının aile içinde konumunu yükseltecek kararlar alırken, kadınları ilgilendiren diğer alanlarda laiklik ilkesini tehdit gördüğü anda korumacı bir refleksle hareket ettiği hatırdadır tutulmalıdır.

C. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KADIN HAKLARINA DAİR TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİ DARALTAN KARARLARI VE BU KARARLARIN DEĞİŞİMİ

1. Başörtüsü, Resmi Nikah Öncesi Dini Nikah Kıymanın Suç Olarak Düzenlenmesi ve Evli Kadının Soyadına İlişkin Kararlar

Kadının aile ve toplumdaki konumunun yükseltilmesi amacıyla uluslararası hukuk düzenlemeleri, kadın erkek eşitliğinin azami ölçüde sağlanması bakış açısı laiklik hassasiyetinin yoğun olarak hissedildiği davalarda yerini katı yorumlara, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına imkan veren düzenlemelerin önünün açılmasına yönelik içtihatlarla bırakmaktadır.

Kadının yükseköğrenim hakkından baş örtüsü takma vecibesini yerine getirerek yararlanmasının önüne geçen Anayasa Mahkemesi kararları mahkemenin uluslararası hukuka ve diğer ilkelere atıf yapma usulünü bir kenara bırakarak Türkiye'ye özgü katı laiklik yorumunun odağında bir gerekçelendirme oluşturduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, kadınların temel haklarından olan eğitim hakkından baş örtülü şekilde yararlanabilmesine dair düzenlemeyi laiklik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir⁵⁴. Mahkeme, başörtüsü yasağını

profesyonelleşmeden söz ediyoruz.” **Bora, Tanıl** (2017) Cereyanlar, İstanbul, İletişim Yayınları, s.786.

⁵⁴ “Türkiye için yalnız sözlük anlamıyla değil, tarihsel evrimi bakımından da değeri olan lâiklik, Anayasa'nın "Diyaret İşleri Başkanlığı" başlıklı 136. maddesinde de vurgulanmıştır. Anılan başkanlığın, lâiklik ilkesi doğrultusunda, tüm siyasal görüş ve düşüncülerin, dışında kalarak, ulusça dayanışmayı ve bütünlüşmeyi amaç edinerek görevlerini yerine getireceğini öngören maddenin bu içeriği bir anlamda yükseköğretim kurumlarındaki ortamın özelliklerini de belirlemektedir. Eğitim ve öğretimde, dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez. Lâiklik bir bütündür. Özellikle eğitim-öğretim alanında lâikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından da üzerinde önemle durulacak bir konudur. Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim alanında da din buyrukla-ıyla ilişki kurulamaz. Demokrasinin

sonlandırmak üzere 9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi; 2. maddesi ile de Anayasa'nın 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir." biçiminde eklenen fıkraları iptal etmiştir⁵⁵. Yukarıda değinildiği üzere kadınlara karşı

güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir. Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılmaz."... İdeolojik söylemin ayrımcı bir dil oluşturmasına örnek olarak kararın son fıkrası gösterilebilir "Çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayırım atacı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır. Demokrasiden yararlanarak lâikliğe karşı çıkışlar din özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır. Dinin birleştiriciliğine, hoşgörüsüne, inandırarak benimsetme özenine aykırı yanlış yorum ve değerlendirmelere dayalı bölücülükler, dinden soğutmaya neden olacak tutumlar din saygısıyla da bağdaşmaz. Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıyırılmasına olanak tanımamıştır.174. maddede korunan lâiklik ilkesiyle bu madde kapsamındaki devrim yasalarının amaç, erek ve içeriklerinin öngördüğü nitelikleri gözardı ederek dinsel inanç gereğine dayalı bir düzenleme getiren dava konusu kural, Anayasa'nın 174. maddesine de aykırıdır..." Anayasa Mahkemesi, E:1989/1, K:1989/12, T: 07/03/1989.

⁵⁵ "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.

ayrımcı düzenlemeler içeren Medeni Kanun ve Ceza Kanunu hükümlerinde uluslararası normlara atıf yapan mahkeme konu laiklik ile bağlantılı olduğunda cumhuriyetin temel niteliklerinden sayılan ilkeyi temel hak ve hürriyetlerin önünde yorumlamıştır.

Başörtüsü ile ilgili kararlarında Mahkeme, yukarıda yer verildiği üzere kadın haklarını geliştirici perspektifini terk etmektedir. Mahkemenin söz konusu kararlarında uluslararası normatif düzenlemelere bir atıf bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararları ile laikliğin Türkiye'ye özgü yorumlanışını esas almış, kadınların dini vecibelerini temel hak ve hürriyetler kapsamında değerlendirmeyerek Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucu değerlerinden olduğunu ifade ettiği laiklik ilkesine tehdit olarak yorumlamıştır. Bu anlayışın özünde ise, Kemalizm'in devlet doktrini olarak benimsenmesi, her türlü hak ve hukukun üzerinde konumlandırılarak, siyasi ve sosyal alanın aktörlerinin denetiminde araç olarak kullanılması yer almaktadır⁵⁶. Başörtüsü yasağı kadının temel haklarını ihlal ettiği gibi, Kemalist iktidar elitlerinin kadınların kamusal alanda görünümünü denetlediği bir imkan da sağlamaktadır⁵⁷.

Mahkemenin 1990'lı yıllardaki laiklik hassasiyetinin hissedildiği diğer bir içtihadı ise 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 237'nci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dini merasimini yaptıran erkek ve kadınlar iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar." hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiası ile ilgili kararıdır. Mahkeme, hükmün iptali için yapılan başvuruyu laik, demokratik, hukuk devleti açısından mahzurlu görmemiş, devletin aileyi korumak amacıyla sadece dini nikâhla kurulan evliliklerin aile, toplum ve kamu düzeni açısından olumsuz sonuçlar doğuracağından bahisle davanın reddine karar vermiştir⁵⁸.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir." Anayasa Mahkemesi, E:2008/16, K:2008/116, T: 5/6/2008.

⁵⁶ **Köker, Levent** (2009) "Kemalizm/Atatürkçülük: Modernleşme, Devlet ve Demokrasi", Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce, Cilt 2 Kemalizm, İstanbul, İletişim Yayınları, s.108.

⁵⁷ **Erdoğan, Necmi** (2009) "Neo Kemalizm, Organik Bunalım ve Hegemonya", Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce, Cilt 2 Kemalizm, İstanbul, İletişim Yayınları, s.587.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 1999/27, K: 1999/42, T: 24/11/1999.

Mahkemenin sunduğu gerekçelerde 1926 tarihli Medeni Kanun'un Türk hukuk devriminin önemli bir parçası olduğuna vurgu yapılmaktadır. Mahkeme, "1926 yılında kabul edilen Türk Medeni Kanunu'nun amacı, kabul edilen resmî nikâh müessesesi ile kadının sosyal konumunu güçlendirmek, aileyi, ana ve çocukları korumaktır. Dini nikâha dayalı evlenmelerin, kadın ve çocuklar yönünden doğurduğu sakıncalar gözetilerek resmî nikâh yapılmadan dini tören yapılmasının ceza yaptırımına bağlanmasının kamu düzenini ve kamu yararını sağlama amacına yönelik olduğu tartışmasızdır...Medeni Kanun, Türkiye Cumhuriyeti'nin modern, çağdaş ve lâik hukuk sistemine geçişinin temel yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. Medeni Kanun'un özellikle resmî nikâh akdine ilişkin hükümlerinin gerektiği şekilde uygulanmasının Türk toplum ve aile hayatı açısından taşıdığı önem ve bu hükümlere uyulmadan dini nikâha dayalı olarak oluşturulan birlikteliklerin özellikle kadın ve çocuklar yönünden doğuracağı olumsuzluklar dikkate alınarak Anayasa'nın 174. maddesiyle resmî nikâh kurumu özel olarak korumaya alınmıştır." gerekçeleri ile anayasaya aykırılığı iddialarını reddetmiştir. Mahkemenin daha önceki başlıkta belirtilen kararlarla, Medeni Kanun ve Ceza Kanunu'nda ayrımcı hükümlerini iptal ettiği bakış açısının terk edildiği görülmektedir. Resmi nikahın önemine değinilmesinin yanında laiklik ilkesinin kararda ayrıca vurgulanması bu anlayışın bir tezahürü olarak değerlendirilebilir⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi, kadının toplumsal statüsüne dair kararlarında laiklik ilkesinin yanında erkek ve kadın arasında tam hukuki eşitliği sağlamanın önünde engel olarak görülen soyadı düzenlemesini değerlendirirken özgürlükler yanında aldığı tutumu değiştirmiştir. 743 sayılı Medeni Kanun'un 153'üncü maddesi hükmünün anayasaya aykırılığı ile yapılan başvuruyu 1997 yılında reddetmiştir⁶⁰. Karar gerekçesinde "Kullanılan

⁵⁹ "...Anayasa'nın bu kurallarında belirtilen lâiklik, inanç özgürlüğüne saygıdan kaynaklanan ve dini bu özgürlüğün enginliğine bırakan bir kavram olduğundan din düşmanlığı dinsizlik ya da din karşıtlığı olarak algılanamaz. Devletin farklı inançlardaki kişilere aynı yakınlıkta ya da uzaklıkta olması bunlar arasında hiç bir ayırım yapmaması lâiklik ilkesinin gereğidir.

Dini nikâhın, Medeni Kanun'da öngörülen evlenme akdinden önce yapılmasının yasaklanması bu akiddan sonra yapılmasını engellemediğinden lâiklik ilkesine aykırı değildir..." Anayasa Mahkemesi, E: 1999/27, K: 1999/42, T: 24/11/1999.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1997/61, K: 1998/59, T: 29/09/1998.

aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kural da aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez.” ifadeleri ile kadınların evlendikten sonra soyadlarının kullanamamalarını ayrımcılık kapsamında değerlendirmedini belirtmiştir⁶¹. Muhafazakar görüşe karşı oy yazan üyeler bu hükmün varlığının kadın ve erkek arasındaki eşitliğe aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir Ece Göztepe'nin soyadı kanunundaki düzenleme ile ortaya çıkan eşitsizliğe dikkat çeken çalışmasına da atıf yapıldığı görülmektedir⁶².

2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı Medeni Kanun'da kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı hükmü korunmuştur. Bununla birlikte kadının isterse kocasının soyadı önünde kendi soyadını kullanabileceği düzenlenmiştir⁶³. Bu hükmün anayasaya aykırılığı ile somut norm denetimi

⁶¹ Mahkeme, soyadının kişinin kimliğine ilişkin en önemli unsur olduğunu belirtse de kişiyi ailesi bakımından değerlendirmektedir; bireysel kimliğin önüne aileyi koyarak soyadı kullanmayı yalnızca bir kişi hakkı olarak değil kişinin ailesine karşı bir yükümlülüğü olarak da değerlendirmiştir.” **Evran Topuzkanamış, Şafak** (2009) “1982 Anayasası'nda ve Türk Anayasalarında “Kadın””, İzmir Barosu Dergisi, S:1, s.64.

⁶² Kararın karşı oyuna atıf yap. Göztepe, makalesinde eşlerin soyadı ile ilgili üç öneri getirmektedir. Eşlerin ortak soyadı seçebilmeleri, her iki eşin de soyadlarını ortak soyadı seçme hakkını olmasını ve bu seçimin sadece kocanın soyadıyla sınırlandırılmamasını, ikili soyadının kullanılması önerilerini sıralamaktadır. **Göztepe, Ece** (1999) “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: 54, S: 2, s.129.

⁶³ Medeni Kanun 187'nci madde: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.” Özdemir, Medeni Kanun'da kadının kendi soyadını da

yoluyla başvuru yapılmıştır. Mahkeme, yasa koyucunun takdir hakkını aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmadığı gerekçesiyle, başvuru konusu kuralın hukuk devleti, eşitlik ilkelerine ve ailenin korunması hakkının ihlal edilmediğine karar vermiş ve davayı yine reddetmiştir⁶⁴. Ayrıca Mahkeme Anayasanın 90'ıncı maddesinin dava ilgili olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme kararı oy çokluğu ile almış olup; karşı oylarda soyadına ilişkin düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine dair görüşlere ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Bu karardan yaklaşık dokuz ay sonra⁶⁵ Anayasa Mahkemesi Soyadı Kanunu'nun 4'ncü maddesinde yer alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." hükmünü iptal etmiştir⁶⁶. Bu kararını mahkeme oy birliği ile almış, ayrıca kadın haklarını iyileştiren kararlarında olduğu gibi CEDAW, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıfta bulunmuştur.

Soyadına ilişkin norm denetimi kararlarında, Mahkemenin kadın erkek eşitliğini kadınların temel hak ve hürriyetlerini genişleten bir anlayışla yaklaşmadığı görülmektedir. Gerekçelerde, kanun koyucunun takdir alanını değerlendiren mahkeme çoğunluğunun bu hakkın hukuka uygun olarak kullanıldığına kanaat getirdiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Mahkemenin üye yapısının temel hak ve özgürlükleri geniş yorumlayan kişilerden oluşması, uluslararası insan hakları belgelerindeki esasların Türk hukukunun değerlendirilmesinde dikkate alınmasının istikrar kazanması ile kadınların temel hak ve özgürlüklerini daraltan içtihatlar değişecektir.

kullanabilmesine ilişkin düzenlemenin CEADW'a dayandığını ifade etmektedir. **Özdemir, Hayrunnisa** (2008) "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak Ve Korunması" AÜHFD, C:57, S: 3, s.573.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, E: 2009/85, K: 2011/49, T: 10.3.2011.

⁶⁵ **Erbek Odabaşı, Özge** (2017) "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:1, s.79.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E: 2010/119, K:2011/165, T: 08/12/2011.

Hirschl'in anayasa yargısını açıklarken kullanmış olduğu hegemonik koruma tezi, Türk Anayasa Mahkemesinin açıklanmasında teorisyenler tarafından başvurulan bir kavram olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesinin merkezde bulunan elitlerin konumlarını koruma refleksiyle hareket ettiği, norm denetiminde hak eksenli yorum yapmaktansa ideoloji eksenli yorum yaptığına dair eleştiriler sıralanmıştır⁶⁷. Yukarıda ifade edildiği üzere, Mahkeme kadın hakları özelinde hakları genişleten kararlar almıştır. Bu kararlara bakıldığında uluslararası insan hakları belgeleri ile kadın haklarına dair düzenlemeler rehber edinilerek ulusal mevzuatta bulunan ayrımcı hükümler iptal edilmiştir. Bununla birlikte, laiklik hassasiyeti ile çatışan kadın haklarına ilişkin düzenlemeler ile kadın ve erkek arasında mutlak eşitliğin sağlanmasına yönelik kararlarında uluslararası düzenlemelere değinmeksizin kendi kavramsallaştırması ile iptal kararı vermiştir. Barın'ın ifade ettiği üzere 2010 sonrası anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi bu açıklamalarla izah edilecek kararlardan uzaklaşmış, ideolojik tarafgirlikle karar alma yerine hak eksenli yorumlarını öne almıştır. Barın, yeni ekonomik ve siyasi elitleri memnun etmeyen kararlara imza atmaya çekinmeyen Mahkemenin hegemonik koruma teziyle açıklanamayacağını ifade etmektedir⁶⁸.

⁶⁷ **Ergül, Ozan** (2007) Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Yargısı ve Demokrasi, Ankara, Adalet Yayınları, s.209-219. **Barın, Taylan** (2016) Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, Ankara, Oniki Levha Yayıncılık, s.114-115. 2007 yılı cumhurbaşkanlığı seçiminde "367 Krizi" olarak tarihe geçen kararının ardından Kemal Gözler şu satırlara yer vererek Anayasa Mahkemesinin hegemonik tavrını eleştirmekteydi "Ülkemizde eskiden beri devam eden anti-demokratik bir gelenek var: Siyasal iktidarı sandıkta kaybedenler, iktidarı ele geçirmenin başka yollarını arıyorlar. Bir demokraside siyasal iktidarı ele geçirmenin yolu sadece ve sadece sandıktır. Sandıkta kaybedenlerin yapması gereken şey, halkı ikna ederek gelecek seçimleri kazanmaktan ibarettir. Ancak Türkiye'de bir siyasal akım bunu yapmamakta, halkın teveccühünü kazanarak iktidar olmaya çalışmak yerine, halkın temel eğilimlerine saldırmakta ve iktidarı halkın oylarıyla değil, başka yollarla ele geçirmeye çalışmaktadır. Bu başka yolların arasına son zamanlarda yargı ve özellikle de Anayasa Mahkemesi de dahil edilmiştir. "**Gözler, Kemal** (2007) "Hukukun Siyasetle İmtihani: Kim Sınıfta Kaldı?", Türkiye Günlüğü, S:89, Yaz 2007, s.5, <Kemal Gözler, Hukukun Siyasetle İmtihani (anayasa.gen.tr)>s.e.t. 18/3/2022.

⁶⁸ **Barın**, s.120.

2. Başörtüsü, Resmi Nikah Öncesi Dini Nikah Kıymanın Suç Olarak Düzenlenmesi ve Evli Kadının Soyadına İlişkin Kararların Değişimi

Mahkeme, kadınlara yönelik daraltıcı yorumlar içeren üç içtihadını ilerleyen yıllarda değiştirmiştir. Kadınların dini vecibesi olan başörtüsünü takarak eğitim ve diğer kamu haklarından yararlanmalarının engellenmesine dair düzenlemelerin bireysel haklarını ihlal ettiğini değerlendiren mahkeme kuralın kendiliğinden kaldırıldığını belirterek sadece bireysel olarak hakları kısıtlanan kişiler hakkında ihlal kararı vermekle yetinmiştir⁶⁹. Yukarıda ifade edilen norm denetimine konu olduğu şekliyle bir düzenleme Anayasa Mahkemesi önüne 2008 yılından itibaren gelmemiştir. Bireysel başvuru kararlarından anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, kadınların dini vecibelerini yerine getirirken kamu görevi icra etmesini ve eğitim hakkı almasını laiklik ilkesine aykırı görmemiştir.

Kararda imzası bulunan üyelerden Zühtü Arslan'ın 2009 yılında mahkemenin başörtüsüne ilişkin verdiği kararları değerlendiren raporda Anayasa Mahkemesinin laiklik konusunda katı yorumunu eleştirdiği görülmektedir⁷⁰. Mahkemenin “söz konusu laiklikse gerisi teferruattır” yaklaşımı sergilediğini belirten⁷¹ Arslan, Mahkemenin başörtüsü kararlarının arkasında otoriter ve pozitivist bir laiklik anlayışının yer aldığını ifade etmektedir. Bu anlayışın değişmesi gerektiğini ifade eden Arslan, laik devletin bireylerin inanç ve ibadetlerine saygı gösteren, bu tercihlerin yaşama geçmesi için her türlü kolaylığı sağlayan bir anlayışın geliştirilmesi gerektiğini, otoriter laiklik anlayışının yerini demokratik ve özgürlükçü laiklik anlayışına bırakması gerektiğini ifade etmektedir⁷². Arslan'ın anlayışının Mahkemenin laiklik

⁶⁹ **Tuğba Arslan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2014/256, K.T.25/6/2014. **Sara Akgül Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2015/269, K.T.22/11/2018.

⁷⁰ “Anayasa Mahkemesi istikrarlı bir şekilde, laikliğin “bize has” bir yorumunu yapmakta, bu ilkenin bir “yaşam biçimi”ni ifade ettiğini ve Anayasanın imtiyazlı ilkesi olarak “özgürlüklere kıyırılmayacağını” bildirmektedir. **Arslan, Zühtü** (2009) Başörtüsü, Ak Parti, Laiklik: Anayasa Mahkemesi'nden İki Karar Bir Gerekçe, Ankara SETA Yayınları, s.21.

⁷¹ **Arslan**, s.21.

⁷² **Arslan**, s.23.

odağında ele aldığı konuların yanında diğer hak ve özgürlüklere ilişkin kararlarının değişiminde etkisinin olduğu gözlemlenmektedir⁷³.

Laiklik hassasiyeti sebebiyle iptal başvurusu reddedilen Türk Ceza Kanunu'nun dini nikaha ilişkin hükmü 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da korunmuştur. Bu hükmün anayasaya aykırılığı iddiası ile 2014 yılında Mahkemece yapılan somut norm denetimince başvuruda ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 230'uncu maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarını bir başka perspektiften değerlendirmiştir. Mahkeme, söz konusu kurallarla resmi evlilikten önce dini nikâh töreni yapanlar ile bu töreni yapan kişilerin cezalandırılmasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur⁷⁴. Evlenmeden önce yapılan dini nikâh merasiminin evliliğe resmi bir boyut kazandırmadığını, bu cezalandırmanın özel ve aile hayatına saygı hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü arasındaki dengeyi korumadığını ifade etmiştir⁷⁵. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 22 Nolu Genelgesinin “‘Dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü, 'gerek alenen gerekse özel alanda bireysel olarak veya topluluk halinde' kullanılabilir. Dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulama ve öğretme gibi çok geniş bir davranış yelpazesini kapsar. İbadet kavramı, bir inancın doğrudan ifade edilmesini sağlayan törensel ve ayinsel eylemleri kapsadığı gibi, bu uygulamalara özgü olan ibadet yerlerinin inşası, ayinsel ifade/duaların ve nesnelere kullanılması, sembollerin sergilenmesi ve bayram ya da dinlenme günlerine uyulmasını da

⁷³ Mahkemenin ilk yılları ile son zamanlarda verdiği kararlar incelendiğinde benzer kanuni düzenlemeler için yapılan başvuruları değişik şekilde sonuçlandığı görülmektedir. Birincisi bazı kamu görevlilerinin evlenmeden önce çalıştığı kuruma evleneceği kişiler önceden bildirmesini, yapılan tahkikat sonucu kurumun izin vermesi ile evliliğin gerçekleşmesi, eğer bu kurala riayet edilmez ise kamu görevlisinin istifa etmiş sayılacağını öngören düzenlemedir. İlk olarak Mahkeme 1965 yılında verdiği kararla Jandarma Erat Kanunu'nda düzenlenen bu hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, E: 1965/2, K: 1965/24, T: 5/4/1965. Benzer düzenleme 6004 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinin dördüncü fıkrasında memurun izin almadan istifa etmiş sayılacağına dair bir hüküm getirilmiştir. Mahkeme söz konusu kuralın iptali için yapılan başvuruyu, sağlanmak istenilen amaç ile uygulanan tedbir arasında aşırı bir oransızlık olması hasebiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, E: 2013/158, K: 2014/68, T: 27/03/2014.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, E:2014/36, K:2015/51, T: 27/05/2015.

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, E: 2014/36, K: 2015/51, T: 27.5.2015.

kapsar." ifadeleriyle Mahkeme, kararın devamında AİHM kararlarında din özgürlüğüne de vurgu yapmıştır. Kararın sonunda ise "Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırımlarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır." ifadeleri ile kuralın cezalandırma ile ortaya çıkardığı ölçüsüzlüğe dikkat çekmiştir. Kararın karşı oylarına bakıldığında ise yine Türk Medeni Kanunu'nun laik demokratik cumhuriyetin temeli olduğu, bu temelin ceza kanunları ile korunması gerektiği 1990'lardaki mahkeme kararları ile benzer gerekçelerle izah edilmiştir.

Bu içtihadı ile resmi nikah yapılmadan evvel dini nikah kıyılmasının suç olarak düzenlenmesini iptal eden mahkeme, 1999 tarihli içtihadını değiştirmiştir. Ergül, söz konusu içtihat değişikliğini anayasa yargısının içtihat istikrarsızlığını incelediği eserinde yer vermiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararında önceki içtihadını tümüyle görmezden gelmesinin hukuki bütünlük, istikrar ve güvenlik ilkelerini ihlal ettiğini, ayrıca hukuk ve adalete olan güveni sarsıcı bir tutum olduğunu belirtmektedir⁷⁶. Mahkemenin içtihat değişikliğinin sebeplerini anlamak için her iki kararın gerekçelerine göz atmak gerekmektedir. 1999 tarihli kararda laiklik hassasiyetinin yüksek olduğu bir konuda dönemin anayasa yargısının katı laiklik yorumu ile davayı karara bağlamıştır. Ancak daha sonra değişen üye yapısı ve işleyişiyle mahkeme karar gerekçelerinde insan hakları odaklı bir değerlendirme yapmaktadır. Dini nikahın resmi nikahtan evvel yapılmasında cezalandırılmasını ölçüsüz bulmuştur. Mahkeme din ve vicdan özgürlüğüne müdahaleleri laiklik ilke nazarından değerlendirmemekte, özgürlüklere müdahalelerin ölçülülüğünü esas almaktadır. Yargısal alanda görev üstlenen hukuk profesyonellerinin laiklik anlayışı yüksek kişilerin azlık oyuyla Mahkeme, söz konusu yasa hükmünün anayasa aykırı olduğu kanaatine vararak hükmü iptal etmiştir. Yargısal adlandırmanın gücüyle laiklik anlayışındaki katı yorumu özgürlükler lehine çevirmiştir. Ayrıca, Mahkeme,

⁷⁶ Ergül, Ozan (2016) Anayasa Yargısında Stare Indecisis Türk anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.259.

nikah kıyma yetkisinin bir kamu görevlisi olan müftülere de verilmesinin anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiş, anayasaya aykırılık iddiası oy birliği ile reddetmiştir⁷⁷.

Mahkemenin kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin anayasaya aykırı olmadığına dair içtihatlarını değiştirmiştir⁷⁸. Mahkeme, bireysel başvuru kapsamında vermiş olduğu kararla Medeni Kanun'un 187'nci maddesinin Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereğince dikkate alınan uluslararası sözleşmelerle çatıştığını, bu itibarla başvurunun değerlendirilmesinde 187'nci maddenin ihmal edilerek uluslararası sözleşmelerin uygulandığını ifade etmiş, başvurucunun evlenmeden önceki soyadını kullanmada kocası ile eşit haklara sahip olmadığından Anayasa'nın 17'nci maddenin ihlal edildiğini ifade etmiştir⁷⁹. Bunun yanı sıra çocukların evliliğin boşanma yahut fesih ile sonuçlanması durumunda dahi babalarının soyadlarını alacağına dair Kanunu Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığı Önlenmesi Sözleşmesi'nin 1'inci maddesi, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi'nin ailenin korunması başlığını taşıyan 23. maddesi ve AİHM'in ayrımcılık yasağına ilişkin içtihatları kapsamında değerlendirerek Anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir⁸⁰. Karar gerekçesinde Mahkemenin Anayasa'nın 90'ncı maddesinin son fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, E:2017/180, K:2018/109, T: 06/12/2018.

⁷⁸ "AYM içtihatlarının özellikle AİHM ile uyumlu olmasına dikkat etmektedir. Ancak bunun istisnaları da mevcuttur. Örneğin, siyasi parti kapatma davalarında ve evli kadınların soyadlarıyla ilgili davalarda AYM, AİHM içtihadına uymayan kararlar verebilmektedir. Evli kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması konusunu itiraz başvurusunda inceleyen Mahkeme AİHM'nin açık ve yerleşik içtihadına rağmen söz konusu kuralı az bir çoğunlukla da olsa anayasaya uygun bulmuşturç Aynı konu bireysel başvuru şeklinde Mahkemenin önüne geldiğine bu sefer evli kadınların kocalarının soyadını almaya zorlanmasının hak ihlaline neden olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme bu kararında ulusal kanunlarla uluslararası insan hakları hukukunun çelişmesi durumunda ikincisinin öncelik kazanacağını vurgulamıştır." **Yıldırım, Engin/Güleler, Serdar** (2018) "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası Ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz", AÜHFD, C:67, S:1, s.121.

⁷⁹ **Sevim Akat Ekşi Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/2187, K.T.19/12/2013.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 2010/119, K: 2011/165, T: 8.12.2011.

hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” hükmünün bir zımni ilga kuralı olduğunu ifade etmesi, doktrinde bu madde hükmünün niteliğine ilişkin yeni tartışmalara sebebiyet vermiştir⁸¹. Diğer bir husus ise ihlal kararına rağmen Medeni Kanun’un 187’nci maddesinin halen yürürlükte olmasıdır. Erdoğan, mahkemenin Medeni Kanun’un 187’nci maddesi yürürlükteyken Anayasa Mahkemesinin sürekli olarak ihlal kararı vererek bu iş yükünün artmasına sebep olacağına dikkat çekmektedir⁸². Havutcu ve Kalkancı, Medeni Kanun’un 187’nci maddesinde bir değişiklik olmaması sebebiyle kadınların evlilikte kendi soyadlarını kullanmaları için bireysel başvuru yolunu kullanmaları gerektiğini, bununla birlikte Hukuk Genel Kurulu’nun kararı⁸³ ile kadınların evlilikte sadece kendi soyadlarını kullanmalarını Aile Mahkemelerinde dava açarak kullanabileceği yönünde karar verdiğini belirtmiştir⁸⁴.

Bir başka kararında ise Mahkeme evlendikten sonra soyadını kocasının soyadı ile birlikte kullanmak durumunda kalan kişinin, evlilik sonrası soyadını kullanmasıyla evlilik öncesi soyadı ile yaptığı işlemler sebebiyle sorun çektiğini, bu itibarla sadece evlilik öncesi soyadını kullanma talebiyle yaptığı başvuruyu değerlendirmiştir. Bu değerlendirme neticesinde Mahkeme Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde kadınların ayrımcı muameleye tabi tutulmasının yasaklandığını ifade etmiş,⁸⁵ söz konusu mevzuat hükümleri

⁸¹ **Acar, Ali** (2017) Anayasa Mahkemesinin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti Ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim, Anayasa Yargısı Dergisi, C:6, S:11, s.150-151.

⁸² **Erdoğan, Murat** (2019) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Doktora Tezi), s.79.

⁸³ Yargıtay HGK, E: 2014/2-889, K:2015/2011, T.30.09.2015.

⁸⁴ **Havutcu, Ayşe/Kalkancı, Yasemin** (2020) “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 6, S:2, s.157.

⁸⁵ **Sevim Akat Ekşi Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/2187, K.T.19/12/2013, par. 41, 42, 43. Anayasa’nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural

gereğince kadınların evlilik sonrası soyadlarını eşlerinin soyadları ile birlikte kullanma zorunluluğunu ayrımcılık yasağına aykırı bularak söz konusu uygulamayı Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırı bulmuştur⁸⁶. Mahkeme boşanma sonucunda ilgili derece mahkemesinin çocuğun soyadının eski eşinin soyadını kullanmasına karar vermesi sebebiyle yaşadığı zorlukların giderilmesi talebiyle yapılan başvuruyu, aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak kabul etmiştir⁸⁷.

Esasında bu kararların gerekçelerindeki anlayış 2011 yılında soyadına ilişkin Medeni Kanun düzenlemesinin iptal başvurusuna ilişkin verilen kararının karşı oylarında görülmektedir. Kararda karşı oy yazan Mahkeme üyeleri çoğunluğun aksine uluslararası hukuka atıfta bulunarak kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması yönünde düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyesi Prof. Dr. Engin Yıldırım, münhasır bir gerekçe kaleme alarak soyadı düzenlemesinin anayasa aykırılığını değerlendirmiştir. Kadınların soyadlarına ilişkin hak mücadeleleri tarihsel örneklerle açıklayan Yıldırım, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin gerekçelerini hatırlatmıştır. Ayrıca aile kurumunda cinsiyetler arası eşitliğin sağlanmasının demokrasinin ve demokratik değerlerin yerleşmesine imkan tanıyacağını vurgulamıştır⁸⁸.

SONUÇ

Türkiye'de kadın haklarının geldiği noktada Anayasa Mahkemesinin oldukça önemli kararlara imza attığı muhakkaktır. Kadın erkek eşitliğine aykırı Medeni Kanun ve Ceza Kanunu'nda yer alan hükümler, TBMM'de kanun

bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır." Par. 44.

⁸⁶ **Sevim Akat Ekşi Başvurusu**, par. 17. Aynı hususta Mahkemenin verdiği bir diğer karar için bkz. **Gülsüm Genç Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/4439, K.T.06/03/2014. **Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2014/5836, K.T.16/04/2015.

⁸⁷ **Hayriye Özdemir Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/2424, K.T.25/06/2015, par. 70. Aynı hususta Genel Kurul kararı için bkz. **Nurcan Yolcu Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/9880, K.T.11/11/2015. **Gülbu Özgüler Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/7979, K.T.11/11/2015.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 2009/85, K: 2011/49, K.T. 10.3.2011. Karşı oylar.

değişikliği yapılmadan Anayasa Mahkemesi kararları ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin görüşleri Türkiye’de yasama organının bu alandaki düzenlemelerinden evvel kadın erkek eşitliği konusunda önemli ilerlemeler kaydedilmesini sağlamıştır.

Mahkeme, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin bir dil oluşturmuştur. Kadın haklarını genişleten kararların gerekçelerine bakıldığında bu dilin şekillenmesinde uluslararası normların önemli bir konumunun olduğu görülmektedir. Gerek başta CEDAW olmak üzere Birleşmiş Milletler’in kapsamında imzalanan sözleşmeler, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan kadın erkek eşitliğinin sağlanması perspektifinin Anayasa Mahkemesi üyelerince benimsenerek iptal gerekçelerinde bu düzenlemelerin önemle vurgulandığı görülmektedir.

Türk kadınının hakları, Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devrimlerinin en önemli parçasını oluşturmuştur. Bununla birlikte gelişen toplumsal ilişkilerde kadına yönelik hükümlerinin bulunduğu dile getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu özgürlükçü yorumun izlerini 1980’lerden itibaren görmek mümkündür. Ancak aynı Mahkeme üyelerinin yetiştiği sosyal ve kültürel iklimin kendilerine yüklediği misyon ile sosyal alanda etkisini artıran dinî söylemin politik alanda söz sahibi olmalarını önlemek amacını taşıdığı ifade edilebilir. Dinî söylemin toplumsal görünümüyle laiklik ilkesinin katı yorumunu kullanarak mücadele etmeye çalışması Mahkemenin özgürlükçü yorumdan sapmasına yol açmıştır. Bourdieu’nun terminolojisi ile ifade edilecek olursa, Türk toplumunda var olan mücadelenin yansıması sebebiyle yargı bir mücadele alanıdır ve Anayasa Mahkemesinin kararları, siyasi ve sosyal mücadelelerin izlerini taşımıştır. O halde yargı alanını oluşturan hakimlerin kararlara bakışı, bu alanda verilen mücadeleler ve kendilerinin yetişip mesleklerini sürdürdüğü sosyal ve siyasi iklim çerçevesinde açıklanabilir.

Mahkeme, 1980 sonrasında Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin uluslararası anlaşmalara taraf olmasıyla Türk Medeni Kanunu’nda yer alan ayrımcı düzenlemeleri iptal etmiştir. Bu iptal kararlarının Türk hukuk devriminin temeli olan Medeni Kanun’da yapılmış olması yargısal alanın Anayasa Mahkemesinin yetkisi dahilinde olan kısmında bir çatışma doğurduğu

gerekçelerden görülmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin bir kısmı söz konusu ayrımcı hükümlerin Türk toplumunun yapısını dönüştürmeyi amaç edinen Medeni Kanun'un hedefine ulaşması için gereklilik olduğu görüşündedir. Bununla birlikte, yine aynı sosyal ve kültürel geçmişe mensup diğer hakimler modern Türk toplumunda bu düzenlemelerin ayrımcılık yaşağına ve eşitlik ilkesine aykırı olduğunu uluslararası normlara atıfla gerekçelendirmişlerdir. 1980'li yıllardan başlayan düşüncenin hakimiyeti, 1990'larda kadının çalışma hayatına katılmakta kocasından izin alması, zina suçunda kadına ayrımcı düzenlemelerin iptali konularında doyurucu gerekçelerle iptal kararı vermesine imkan sağlamıştır.

Bu özgürlük halesi laiklik hassasiyeti ile ilgili düzenlemeler mevzu bahis olduğunda kaybolmaktadır. Kadınlara dair laiklik ilkesi vurgulanarak verilen kararlara bakıldığında diğer kararlarda olduğu gibi uluslararası normlara atıfların yapılmadığı görülmektedir. Mahkeme üyeleri laiklik ilkesinin katı yorumunu benimsemeleriyle kadınların özgürlüklerini daraltıcı kararlara imza atılmıştır. Mahkemenin kadın haklarının genişletilmesine dair tutum ve gerekçelendirme biçiminin, laiklik hassasiyeti hissedildiği düzenlemelere ilişkin kararlarda kaybolması, 1980 darbesi sonrasında katı Kemalist çizginin devletin stratejik kurumlarının temel ideolojisi haline gelmesinin tesirinden kaynaklandığı düşünülmektedir.

2010'lu yılların başından itibaren üye kompozisyonunun değişimi ile birlikte kararlarda meydana gelen içtihat farklılıkları aslında Bourdieu'nun yargının adlandırma gücüyle sembolik şiddeti meşrulaştırma fonksiyonuna dikkat çekmesini haklılaştırır niteliktedir. Anayasa'da ve yasalarda içtihat değişikliğine meydan verecek bir değişim olmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin yeni üyelerinin kaynağının çeşitlenmesi ile birlikte içtihatlarda değişim gözlenmektedir. Yargısal alanda aktör olarak bulunan hukuk profesyonellerinin farklı sosyal ve kültürel iklimden gelmesi, Mahkemenin içtihatlarında daha fazla insan hakları vurgusunu getirmiştir. Yukarıda değinildiği üzere kadın haklarının genişletilmesinde mahkeme 1980'li yıllardan itibaren uluslararası normlara atıfla eşitlik ilkesini yorumlamıştır. Ancak laiklik hassasiyetinde terk edilen bu anlayış, farklı sosyal ve kültürel iklimden gelen üyelerin laiklik kavramı, Türk hukuk devrimlerinin niteliği gibi konularda

insan hakları perspektifinden ayrılamayarak gerekçelerini oluşturması ile değişmiştir. Laiklik ilkesinin yanında kadın erkek eşitliğinin sağlanması için soyadına ilişkin içtihatlar, temel hak ve özgürlükleri genişleten yorumlar yapılmak suretiyle, uluslararası insan hakları koruma belgelerinde bulunan hükümler hatırlatılarak değiştirilmiştir.

Anayasa yargısının içtihat değişikliklerini anlamak ve yorumlamak hukukun formalist yapısı ile izlenmekle tam olarak anlaşılmaktan uzaktır. Bourdieu'nun tabiri ile mücadele alanı olan yargı erkindeki profesyonellerin ilişkileri, dünya görüşleri, devlete ve bireye bakışı gibi konuların çalışmalara dahil edilmesiyle anlamlı sonuçlar çıkarılabileceği düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesinin politik olaylar kadar sosyolojik olayları dönüştürme kapasitesi göz önüne alındığında kadın haklarına dair meselelerde Mahkeme üyelerinin hak tasavvurlarının temel etki güçlerinden birisi olmaya devam edeceği ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

- Acar, Ali** (2017) Anayasa Mahkemesinin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımnî İlga Tespiti Ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C:6, S:11, s.137-190.
- Acar, Feride** (2010) “Türkiye’de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum”, *Kadın Hakları ve Uluslararası Hukuk ve Uygulama: Ayata, Gökçeçiçek/ Eryılmaz Dilek, Sevinç/ Emrah Oder, Bertil (Editörler), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları*, s. 13-23.
- Arslan, Zühtü** (2009) Başörtüsü, Ak Parti, Laiklik: Anayasa Mahkemesi’nden İki Karar Bir Gerekçe, Ankara, SETA Yayınları.
- Barın, Taylan** (2016) Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti, Ankara, Oniki Levha Yayıncılık.
- Bora, Tanıl** (2017) *Cereyanlar*, İstanbul, İletişim Yayınları.
- Bourdieu, P./Wacquant, L.** (2001) *Réponses. Pour Une Anthropologie Réflexive*, Seuil, Paris (Çeviren: Ökten Nazlı, Düşünümsel Bir Antropoloji İçin Cevaplar, 8. Baskı, İstanbul, İletişim).
- Bourdieu, Pierre** (1981) *Questions de Sociologie*, Les Editions de Minuit, Paris (Çeviren: Öztürk Filiz ve diğerleri, (2016) *Sosyoloji Meseleleri*, 2. Baskı, Ankara, Heretik).
- Bourdieu, Pierre** (1979) *La Distinction, Critique Sociale du Jugement*, Les Editions de Minuit, Paris (Çeviren: Fırat Derya ve Günce Berkut, (2015) *Ayrım: Beğeni Yargısının Toplumsal Eleştirisi*, 2. Baskı, Ankara, Heretik.).
- Bourdieu, Pierre** (2012) *Sur L’État. Cours au Collège de France (1989-1992)*, Seuil, Paris, (Çeviren: Sümer Aslı (2016) *Devlet Üzerine Collège de France Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul, İletişim).

- Bourdieu, Pierre** (1987) “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field” (Çeviren: Richard Terdiman), *Hastings Law Journal*, S: 38, s.814-853.
- Demir, Murat Cem/Aka, Asiye** (2010) Bourdieu’nun Diliyle Hukuk Alanını Okumak, HFSA 18. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s.238-242.
- Erbek Odabaşı, Özge** (2017) “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:19, S:1. s.44-109.
- Erdoğan, Murat** (2019) Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Doktora Tezi), Ankara.
- Erdoğan, Necmi** (2009) Neo Kemalizm, Organik Bunalım ve Hegemonya, Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce, Cilt 2 Kemalizm, İstanbul, İletişim, s.584-591.
- Ergül, Ozan** (2007) Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Yargısı ve Demokrasi, Ankara, Adalet Yayınları.
- Ergül, Ozan** (2016) Anayasa Yargısında Stare Decisis Türk anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Evrans Topuzkanamış, Şafak** (2009) “1982 Anayasası’nda ve Türk Anayasalarında “Kadın””, *İzmir Barosu Dergisi*, S:1, s.47-83.
- Gözler, Kemal**, (2007) “Hukukun Siyasetle İmtihanı: Kim Sınıfta Kaldı?”, *Türkiye Günlüğü*, S:89, Yaz 2007, s.5-16., s. 5, <Kemal Gözler, Hukukun Siyasetle İmtihanı (anayasa.gen.tr)> s.e.t. 18/3/2022.
- Göztepe, Ece** (1999) “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C: 54, S: 2, s. 101-132.
- Gürler, Sercan** (2017) Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi, Ankara, On İki Levha Yayınları.

- Havutcu, Ayşe/Kalkancı, Yasemin** (2020) “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 6, S:2, s.135-180.
- Köker, Levent** (2009) *Kemalizm/Atatürkçülük: Modernleşme, Devlet ve Demokrasi, Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce, Cilt 2 Kemalizm, İstanbul, İletişim, s.97-112.*
- Madsen, Mikael R. / Dezalay, Yves** (2012) “The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law”, e Annual Review of Law and Social Science.
- Madsen, Mikael R. / Dezalay, Yves** (2002) “The Power of the Legal Field: Pierre Bourdieu and the Law”, An Introduction to Law and Social Theory, Reza Banakar and Max Travers (eds.), Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, s.189-204.
- Ökten, Nazlı** (2014) “Devlet Üzerine: Son Bir Hesaplaşma”, Cogito (Pierre Bourdieu Özel Sayısı, S:76, Bahar, s.79-88.
- Özdemir, Hayrunnisa** (2008) “Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak Ve Korunması” AÜHFD, C:57, S:3, s.561-598.
- Özkan, İrem Burcu** (2017) “Feminist Kuramlarda Özel Alan Kamusal Alan Ayrımı: “Özel Olan Politikdir”, Kadın Kamusal Alan ve Hukuk: Yükselbaba, Ülker (Editör), Tekin Yayınevi, İstanbul, s.83-113.
- Sancar, Serpil** (2014) *Türk Modernleşmesinin Zihniyeti, İstanbul, İletişim Yayınları.*
- Sosyal Feminist Kaktüs** (1990) K Yayınları, S:12.
- Toprak, Zafer** (2014) *Türkiye’de Kadın Hakları ve Feminizm, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları.*
- Türkiye Cumhuriyet Anayasası (Gerekçeli) (2019), *Anayasa Mahkemesi Yayınları.*
- Villegas, Mauricio Garcia** (2004) “On Pierre Bourdieu’ Legal Thought”, *Droit et Société* Cilt, 56-57, s.58-71.

Yıldırım, Engin/Güleler, Serdar (2018) “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası Ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz”, AÜHFD, C:67, S:1, s.105-144.

ANAYASA MAHKEMESİ NORM DENETİMİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, E: 1965/2, K: 1965/24, T: 5/4/1965

Anayasa Mahkemesi, E: 1980/29, K: 1981/22, T: 21/5/1981.

Anayasa Mahkemesi, E:1987/1, K:1987/18, T: 11/09/1987.

Anayasa Mahkemesi, E:1989/1, K:1989/12, T: 07/03/1989.

Anayasa Mahkemesi, E: 1990/30, K: 1990/31, T: 29/11/1990.

Anayasa Mahkemesi, E:1990/15, K: 1991/5 T: 28.2.1991.

Anayasa Mahkemesi, E:1996/15, K:1996/34, T: 23/09/1996.

Anayasa Mahkemesi, E: 1997/61, K: 1998/59, T: 29/09/1998.

Anayasa Mahkemesi, E: 1999/27, K: 1999/42, T: 24/11/1999.

Anayasa Mahkemesi, E:2008/16, K:2008/116, T: 5/6/2008

Anayasa Mahkemesi, E: 2009/85, K: 2011/49, T: 10.3.2011

Anayasa Mahkemesi, E: 2009/85, K: 2011/49, K.T. 10.3.2011.

Anayasa Mahkemesi, E: 2010/119, K:2011/165, T: 08/12/2011

Anayasa Mahkemesi, E: 2010/119, K: 2011/165, T: 8.12.2011.

Anayasa Mahkemesi, E: 2013/158, K: 2014/68, T: 27/03/2014.

Anayasa Mahkemesi, E:2014/36, K:2015/51, T: 27/05/2015.

Anayasa Mahkemesi, E:2017/180, K:2018/109, T: 06/12/2018.

ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI

Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, Başvuru No: 2014/5836, K.T. 16/04/2015.

Hayriye Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/2424, K.T. 25/06/2015.

Sevim Akat Ekşi Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, K.T. 19/12/2013.

Gülsüm Genç Başvurusu, Başvuru No: 2013/4439, K.T. 06/03/2014.

Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, K.T. 25/6/2014.

Nurcan Yolcu Başvurusu, Başvuru No: 2013/9880, K.T. 11/11/2015.

Gülbu Özgüler Başvurusu, Başvuru No: 2013/7979, K.T. 11/11/2015.

Sara Akgül Başvurusu, Başvuru No: 2015/269, K.T. 22/11/2018.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHA TLARI DOĞRULTUSUNDA TANIK SORGULAMA HAKKI*

Arş. Gör. Kübra DEMİR ARSLAN**

ÖZET

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için ceza muhakemesi hukukunda başvurulmuş en önemli delillerden biri de tanıktır. Tanık, somut olayı beş duyusu ile algılayarak belli bir izlenim elde etmiş bireylerdir. Bu sebeple tanıkların beş duyusu ile algılamış oldukları somut olay hakkında beyanları alınmaktadır. Tanık beyanları sonucunda sanık hakkında hüküm verilmesi sebebiyle vermiş oldukları beyanların güvenilirliğinin belli şekillerde sağlanması gerekmektedir. Tanık sorgulama hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre sanık, iddia ve müdafaa tanıklarının sorguya çekmek yahut çektirmek hakkına sahiptir. İddia ve müdafaa tanıklarının sorguya çekilmesi kural olarak mahkeme önünde yapılmaktadır. Ancak bazı istisnai durumlarda tanıklar mahkeme önüne getirilememekte yahut gelmemektedir. Böyle durumlarda sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi gündeme gelebilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) tanıkların mahkeme önünde sorgulanmaması hallerinde sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine dair birtakım ölçütler belirlemiştir. Bu çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar bağlamında ve belirlediği ölçütler doğrultusunda tanık sorgulama hakkı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Tanık Sorgulama Hakkı, Gizli Tanık, Çapraz Sorgu, Doğrudan Soru Yönelme.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1001841 – Geliş Tarihi: 29.09.2021 – Kabul Tarihi: 23.02.2022.

** İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, kdarslan@ticaret.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2349-5144.

THE RIGHT TO INTERROGATE A WITNESS IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS AND TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

One of the most important types of evidence used in criminal procedure law to reveal the material truth is the witness. Witnesses are individuals who have acquired a certain impression by perceiving the concrete event with their five senses. For this reason, the statements of the witnesses about the concrete event that they perceived with their five senses are taken. Due to the verdict of the accused as a result of the witness statements, the reliability of the statements they have given must be ensured in certain ways. The right to question witnesses is regulated in subparagraph d of paragraph 3 of article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). According to this regulation, the accused has the right to examine or have examined witnesses against him. As a rule, the interrogation of allegation and defence witnesses is done before the court. However, in some exceptional cases, witnesses cannot or do not appear before the court. In such cases, the right of the accused to a fair trial may be violated.

The European Court of Human Rights and the Constitutional Court have set certain criteria as to whether the defendant's right to a fair trial is violated if the witnesses are not interrogated before the court. In this study, the right to interrogate a witness is discussed in the context of the decisions given by the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court and in line with the criteria determined.

Keywords: European Convention on Human Rights, the Right to Interrogate a Witness, Confidential Witness, Cross-examination, Direct Questioning.

GİRİŞ

Tanık beyanı ceza muhakemesi hukukunun somut olayın maddi gerçeğinin açığa çıkarılmasında en büyük kaynaklarından biri olmuştur. Bu sebeple tanık beyanının elde ediliş biçimi ve güvenilir olması yargılamanın adil şekilde sonuçlandırılmasının bir gereğidir. Ceza muhakemesinde tarih boyunca maddi gerçeğin açığa çıkarılmasında farklı sistemler ortaya çıkmış ve tanık sorgulamanın şekli de bu sistemlere göre farklılık arz etmiştir. Bu sistemler itham ve tahkik adı verilen iki ana sistemden ve bu iki sistemin de olumlu yönlerinin birleştirilmesiyle ortaya çıkan karma sistemden oluşmaktadır. İtham sisteminde doğrudanlık ve sözlülük ilkesi öne çıktığından çapraz sorgu gündeme gelmektedir. Doğrudan soru yöneltme tekniğinin ise ceza muhakemesi sùjeleri tarafından hâkim aracılığı olmadan yapılan soru sorma işlemi olduğu görölmektedir. Günümüzde de tanık sorgulama işlemi ùlkelerin benimsediğı sisteme ve düzenlemelere göre değişkenlik göstermektedir. Bu kapsamda tanık sorgulama hakkının kapsamı ve istisnalarının açıklanması gerekir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendinde de tanık sorgulama hakkı düzenlenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile de hakkın kapsamı ve istisnaları belirlenmiştir. Türkiye'de ceza muhakemesi sisteminde düzenlendiğı üzere doğrudan soru yöneltme kurumu çapraz sorgu olarak yorumlanmaktadır. AİHM kararları ile bağlı olan Türkiye de AİHM içtihatlarına paralel olarak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru hakkında vermiş olduğu kararlarıyla hakkın kapsamını ve istisnalarını belirlemiştir.

Bu çalışmada ceza sistemleri ve buna bağlı olarak değişkenlik gösteren tanık sorgulama hakkı bağlamında çapraz sorgu ve doğrudan soru yöneltme kavramları açıklandıktan sonra tanığın sorgulanması hakkının yorumlanması AİHM içtihatları ve AYM'nin bireysel başvuru kararları bağlamında ele alınacaktır.

I. ÇAPRAZ SORGU VE DOĞRUDAN SORU YÖNELTME

A. CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMLERİ

Ceza muhakemesinin tarihi gelişimi süresince mahkeme sùjeleri ile taraflar arasındaki ilişkilere göre farklı sistemler ortaya çıkmıştır¹. Ceza muhakemesi sistemlerinin öncelikle itham ve tahkik adı verilen iki sistem ana sistemlerden oluşmuş daha sonrasında ise bu iki sistemin olumlu yönleri birleştirilerek üçüncü bir sistem olan karma (iş birliği) sistem oluşturulmuştur².

İtham sistemi en eski ceza muhakemesi sistemidir³. Eski Doğu Uygarlıklarından itibaren görülen bu sistem sözlülük, açıklık ve yüz yüze yargılamayı temel alan bir sistemdir⁴. Bu sistem, yalnızca tanık delilinin yer aldığı ve hükme esas olarak alındığı yargılamaların bulunduğu döneme aittir⁵. Ancak son dönemde açıklık ve yüz yüze yargılama özelliklerinin yeniden ön plana çıkması sebebiyle bu sisteme dönüş gözlemlenmektedir⁶.

İtham sistemi hem medeni hem de ceza yargılamasında kullanılmakta, iki yargılama türü açısından da herhangi bir farklılık teşkil etmemektedir⁷. İtham sisteminde yargılama yapılırken, itham eden elindeki tüm delilleri sunarak, itham edilen ise kuvvetli bir savunma yaparak aktif şekilde rol oynamakta, bunların karşısında da daha önce olay hakkında bilgisi olmayan ve tarafların sunmuş olduğu delillere göre değerlendirme yapan bir mekanizma

¹ **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.41; **Dönmez, Burcu** (2019) Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu (Doğrudan Soru Yönelme), 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.83.

² **Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer** (2016) Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 6; **Taner, Fahri Gökçen** (2021) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 157; **Dönmez** (2019), s.84; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.41.

³ **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar**, s. 41; **Toroslu, Nevzat/FeYZioğlu, Metin** (2017) Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 41; **Yenidünya/İçer**, s.6; **Temiz, Yağmur** (2015) "Türk Hukukunda Çapraz Sorgu Tartışmaları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, s.308; **Taner**, s.150; **Dönmez** (2019), s.84.

⁴ **Dönmez** (2019), s.84; **Taner**, s.151.

⁵ **Taner**, s.151.

⁶ **Toroslu/FeYZioğlu**, s.41.

⁷ **Dönmez** (2019), s.84; **Taner**, s.151.

bulunmaktadır⁸. Bu mekanizma yargılama işini bir hakem gibi yapar ve itham edenden de itham edilenden de daha alt konumdadır⁹. İtham eden ve itham edilen de neredeyse eşit konumda bulunmaktadır¹⁰.

Sistem, değerlendirme mekanizmasının önünde tarafların sözlü olarak yapacağı savunmanın önemi ve gerçekliği üzerine kurulmuş, taraflar sunulan delillere rahatça erişebilmiştir¹¹. Her ne kadar delillere kolay erişilebilse de itham sisteminde yalnızca itham edenin beyanı doğrultusunda yargılama yapılmasının bir sonucu olarak maddi gerçeğin ortaya çıkmaması veya suçun gizlenmesi gibi sebeplerle suçun cezasız kalması da mümkündür¹². Ancak zamanla itham eden tarafın kamusallaşmaya başlaması sonucu itham eden ile itham edilen arasındaki denge kaybolmuş ve sonrasında da eski hale getirilemediği için tahkik sisteminin temelleri atılmıştır¹³. İtham sisteminin günümüzde Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Kanada gibi ülkelerde uygulanmasına devam edilmektedir¹⁴.

Tahkik sistemi, engizisyon mahkemelerinde görülmeye başlanmışsa da yalnızca kilise yargulamalarıyla sınırlı kalmamış laik mahkemeler tarafından da kullanılmıştır¹⁵. Bu sistemde gizlilik esas alınmış ve aleniyetin terk edilmesi ile yargılama süreci birkaç güne indirgenmiştir¹⁶. Gizli yargılamanın yanı sıra yazılı yargılama yapılmış, savunma ve delillerin tartışılmasına izin verilmemiş ve hâkimin resen hareket edebilmesi benimsenmiştir¹⁷. İtham sistemindeki vicdani delil anlayışından vazgeçilmiş, her suç için daha önceden belirlenen

⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.41; Taner, s.151; Dönmez (2019), s.85; Toroslu/Fezyioğlu, s.42.

⁹ Yenidünya/İçer, s.7; Toroslu/Fezyioğlu, s.42.

¹⁰ Taner, s.151; k.g. için bkz. Temiz, s. 308 (Yazar itham edenin yani iddia makamının daha üstün olduğunu belirtmiştir.)

¹¹ Taner, s.151.

¹² Özbek/Doğan/Bacaksız s.41; Yenidünya/İçer, s.7; Toroslu/Fezyioğlu, s.43.

¹³ Taner, s.152.

¹⁴ Dönmez (2019), s.84; Taner, s.152(İki yazar da itham sisteminin belirtilen ülkelerde saf halde uygulanmadığını, ihtiyaçlara göre reformlar yapıldığını belirtmiştir.)

¹⁵ Dönmez (2019), s.87; Taner, s.152.

¹⁶ Taner, s.152.

¹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.42; Dönmez (2019), s.87; Yenidünya/İçer, s.8; Taner, s.152; Temiz, s.309.

delillerin arandığı kanuni delil kriteri kabul edilmiştir¹⁸. Toplumun çıkarları bireylerin çıkarlarından daha öncelikli olarak gözetilmiştir¹⁹.

Sistem her ne kadar birkaç günde yargılamanın bitirilmesine fırsat tanısa da kanuni delillerin toplanması noktasında bazı problemler meydana gelmiş ve bu problemlerin aşılması için de sanığın suçunu ikrar etmesi gerektiğinden işkencenin yolu açılmıştır²⁰. Yargılama makamı bu sistemde tarafların sunmuş olduğu delillere göre değerlendirme yapan mekanizma olmayı bırakmış, aynı zamanda resen hareket edebilmesi sebebiyle itham eden sıfatını taşıyan ve delilleri kendi eliyle delilleri toplar bir kuruma evrilmiş, iddia ve savunma makamından daha üstün bir konuma gelmiştir²¹. Sanığın güvencesi kaldırılmış olduğundan ve sanık muhakkak suçlu kabul edildiğinden ancak suçsuzluğunu ispatlamaya yönelik olarak kendini savunabilmektedir²².

Karma (İş birliği) sistemin ise Rönesans ve Reform hareketleri ile birlikte insan haklarının önem kazanmaya başlamasıyla itham sisteminin tekrar gündeme gelmesi sonucu temelleri atılmıştır²³. Bu sistemde hem itham hem de tahkik sisteminin iyi yönlerinin alınarak yeni bir sistemin ortaya çıkarılması amaçlanmıştır²⁴. Soruşturma aşamasında tahkik sisteminin, kovuşturma aşamasında ise itham sisteminin esasları benimsenmiştir²⁵. Soruşturma aşamasında gizlilik ve yazılılık, kovuşturma aşamasında sözlülük ve alenilik esastır²⁶. Hâkim yalnızca tarafların getirmiş olduğu deliller ile bağlı olmayıp aynı zamanda resen delil toplama yetkisi ile donatılmıştır²⁷. Sanık yargılamanın nesnesi iken öznesi haline getirilmiş ve güvence sağlanmıştır²⁸. Bu sistemde

¹⁸ Temiz, s.309.

¹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.42; Yenidünya/İçer, s.7; Toroslu/FeYZioğlu, s.44.

²⁰ Dönmez (2019), s.87; Taner, s.153.

²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.42; Yenidünya/İçer, s.7; Temiz, s.309; Toroslu/FeYZioğlu, s.43.

²² Özbek/Doğan/Bacaksız, s.42; Taner, s.153; Yenidünya/İçer, s.7; Toroslu/FeYZioğlu, s.44.

²³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.42; Taner, s.158; Dönmez (2019), s.87.

²⁴ Toroslu/FeYZioğlu, s.44.

²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.42; Dönmez (2019), s.88.

²⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.43; Temiz, s.310; Yenidünya/İçer, s.8.

²⁷ Temiz, s.310.

²⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.43; Yenidünya/İçer, s.8.

yargılamanın başlaması için itham şart olsa da itham eden mağdur değil, bunun için özel olarak kurulmuş mekanizmadır²⁹.

Türkiye’de mülga Ceza Muhakemesi Usul Kanunu’nda (CMUK) karma (iş birliği) sistem kabul edilirken yerine getirilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile bazı değişiklikler yapılarak karma (iş birliği) sistem devam ettirilmiştir³⁰.

B. ÇAPRAZ SORGU

Çapraz sorgu maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için uygulanan, bireysel ve özgürlükçü sistemlerde benimsenen itham sistemi içerisinde yer alan bir sorgulama tekniğidir³¹. Anglo-Sakson sistemde çapraz sorgu, adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliğini sağlayan bir muhakeme aracı olarak görülmektedir³². Zira çapraz sorgu delil niteliği taşıyan beyanlardaki eksikliklerin tamamlanmasında oldukça etkili olduğundan savunmada önemli bir yer tutmaktadır³³.

Tanık, çapraz sorgunun ana süjesidir³⁴. Çapraz sorguda tanık olarak nitelendirilen kişiler yalnızca dar anlamda tanığı değil bilirkişiyi ve hatta sanığı da kapsamaktadır³⁵. Çünkü Anglo-Sakson sistemde sanığın kendi aleyhine tanıklık yapması yasak olduğundan sanık beyanda bulunmayı kabul ettiği andan itibaren artık tanık sıfatı almaktadır³⁶. Çapraz sorguda itham sisteminin

²⁹ **Temiz**, s.310.

³⁰ **Dönmez** (2019), s.88; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.650. (Yazarlar doğrudan soru yöneltmenin ceza muhakemesi sistemine eklenmesi ile karma sistemin güçlendirildiği kanaatindedir.)

³¹ **Tezcan, Durmuş** (2001) “Ceza Davalarında Çapraz Sorgu”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.637; **Dönmez** (2019), s.27-88; **Temiz**, s.311; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.651.

³² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.651; **Dönmez** (2019), s.28.

³³ **Dönmez** (2019), s.28.

³⁴ **Gemalmaz, Haydar Burak** (2004) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu”: Ünver, Yener (Editör), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.398; **Dönmez** (2019), s.28; **Temiz**, s. 314.

³⁵ **Hancı, İ. Hamit/Çetin, Cem Mehmet/Hancı, Özlem** (2002) “Çapraz Sorgu”, Adli Bilimler Dergisi, C:1, S:2, s.27.

³⁶ **Taner**, s.408.

de özelliği olan sözlülük esası oldukça etkin biçimde kullanılmaktadır³⁷. Tanığın yargılamaya konu olay üzerinde bildiklerinin açığa çıkarılması ve iddiaların kesinliğe kavuşturulması çapraz sorgunun temel amacıdır³⁸. Çapraz sorgu ilke olarak mahkeme önünde yani duruşma sırasında yapılmaktadır³⁹.

Çapraz sorgunun dar ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır⁴⁰. Dar anlamda çapraz sorgu asıl çapraz sorguyu niteleyen yani karşı tarafın tanıklarının hâkim aracılığı olmadan sanık veya müdafii tarafından, doğrudan sorgulanması anlamına gelmektedir⁴¹. Geniş anlamda çapraz sorgu ise dört aşamadan oluşan bir sistemde tanık ve bilirkişilerin sorgulanması işlemidir. Geniş anlamda çapraz sorgu; doğrudan sorgu, çapraz sorgu, yeniden sorgu ve yeniden çapraz sorgu olmak üzere dört aşamadan oluşmaktadır⁴². Bu dört aşama sıra ile uygulanmakta olup biri aşılarak doğrudan diğer bir aşamaya geçilememektedir⁴³.

İlk aşamada öncelikle tanığı çağıran taraf kendi tanığına anlattırıcı sorular sorarak “doğrudan sorgu” aşamasını gerçekleştirir⁴⁴. Anlattırıcı sorular tanığın yönlendirme olmadan beş duyu organı ile olay hakkında algıladıklarının anlattırılması amacıyla sorulan sorulardır⁴⁵. İkinci aşamada ise karşı tarafın tanığına doğrudan, hâkimi aracı kılmaksızın sorular yöneltilir. Bu aşama “çapraz sorgu” -dar anlamda- aşamasıdır⁴⁶. Çapraz sorgu aşamasında, doğrudan sorgu aşamasından farklı olarak yönlendirici sorular sorulabilmektedir⁴⁷. Yönlendirici sorular, cevabı sorunun içerisine gizlenmiş

³⁷ **Temiz**, s.314.

³⁸ **Read, Frank Tom** (2015) Ceza Muhakemesinde Anlattırıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri, 2. Baskı, Ankara, İstanbul Barosu Yayınları, s.8; **Temiz**, s.310.

³⁹ **Gemalmaz**, s.401.

⁴⁰ **Taner**, s.409.

⁴¹ **Dönmez** (2019), s.28; **Taner**, s.409.

⁴² **Dönmez** (2019), s.33; Çapraz sorgunun üç aşamalı olduğuna dair farklı yaklaşımlar için bkz. **Temiz**, s.310; **Hancı/Çetin/Hancı**, s.27; **Taner**, s.409.

⁴³ **Temiz**, s.310.

⁴⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.651; **Read**, s.8; **Dönmez** (2019), s.29.

⁴⁵ **Read**, s.7.

⁴⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.651; **Dönmez** (2019), s.32.

⁴⁷ **Dönmez** (2019), s.32.

sorular olup tanığın “evet” ya da “hayır” cevabı verebileceği, anlattırıcı olmayan tuzak sorulardır⁴⁸. Üçüncü aşamada tanığı çağırın taraf kendi tanığına, çapraz sorgu sırasında oluşın şüpheleri bertaraf etmek amaçlı yeniden doğrudan ve anlattırıcı sorular sorar⁴⁹. Bu aşamaya “yeniden sorgu” denir⁵⁰. Dördüncü ve son aşama olan “yeniden çapraz sorgu” ikinci aşamada açıklanan karşı tarafın tanığına yönlendirici sorular sorularak çapraz sorgunun tekrar uygulanmasıdır. Son çapraz sorgu aşaması zorunlu değilse de savunma ile iddia makamı arasındaki eşitliğinin sağlanması amacıyla getirilmiştir⁵¹.

C. DOĞRUDAN SORU YÖNELTME

AİHS’in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasının d bendinde tanık sorgulama hakkı düzenlenmiştir. Bu düzenlemede; “*İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek...*” şeklinde belirtildiği üzere herhangi bir suçlama ile karşı karşıya kalan herkes iddia ve müdafaa tanıklarını dinletebilecektir⁵². AİHS’de düzenlenen bu hüküm ile adil yargılanma hakkı çerçevesinde iddia ve savunma arasındaki denge sağlanarak silahların eşitliği ilkesi güçlendirilmiştir⁵³. Bu düzenleme ile tanıkların yalnızca dinlenmesi değil aynı zamanda tanıklara soru sorma ve sorguya çekme usulü de getirilmiştir⁵⁴.

Gemalmaz’a göre hüküm, çapraz sorgu⁵⁵ hakkı bakımından AİHS’e taraf devletlere negatif yükümlülüğün yanı sıra pozitif yükümlülük de

⁴⁸ Read, s.9; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.652.

⁴⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.652; Dönmez (2019), s.32.

⁵⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.652.

⁵¹ Dönmez (2019), s.33.

⁵² AİHS madde 6/3-d. İngilizce orijinal metin; “*toexamineorhaveexaminedwitnessesag ainsthimandtoobtaintheattendanceandexaminationofwitnesses on his behalfunderthesame conditions as witnessesagainsthim.*”

⁵³ Tezcan, s.638; Dönmez (2019), s.104.

⁵⁴ Taner, s.410.

⁵⁵ Yazar çapraz sorgu ifadesinin kullanımını doğru olarak kabul ettiği için çalışmamızda da istisna olarak çapraz sorgu ifadesini kullanmış bulunmaktayız. Ancak metnin geri kalanında

yüklemektedir⁵⁶. Böylece taraf devletler çapraz sorgu hakkını yalnızca iç hukuklarında düzenlemek ile kalmayacak aynı zamanda da sanığa, tanığı etkili biçimde sorgulamak için fırsat verecek uygulamalar gerçekleştirecektir⁵⁷. Ancak öğretilerde diğer yazarlara göre hüküm ile aslında iddia ve savunma tanıklarının dinletilmesi hakkı düzenlendiğinden taraf devletlere bir uygulama yükümlülüğü getirilmediği yalnızca tanık sorgulama hakkının teminat altına alındığı belirtilmektedir⁵⁸. Zira bu yöndeki görüşe göre; hükümde de doğrudan bir çapraz sorgu ifadesi geçmemiş, AİHS'deki düzenleme ile, taraf devletlere tanıkların sorgulanması hususunda, iç hukukta çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesini teminat altına alacak hükümler getirilmesi konusunda bir yükümlülük getirilmiştir⁵⁹.

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen; *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* şeklindeki hüküm ile hak arama hürriyeti güvence altına alınmıştır. AİHS'in 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının hukukumuzdaki görünümü niteliğinde olan hak arama hürriyeti, AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendinde yer alan tanık sorgulama hakkını da ihtiva etmektedir. Mülga CMUK'ta duruşmanın salahiyeti, sanıklara ve tanıklara soru sorma hakkı mahkeme başkanına verilmiş, itham sistemi yerine tahkik sistemi uygulanmıştır⁶⁰. Ancak yapılan kanun değişikliği ile daha önce düzenlemesi bulunmayan doğrudan soru yöneltme, CMK'nın 201'inci maddesinde düzenlenmiş ve hukukumuzda girmiştir⁶¹. Ceza muhakemesi sistemimizde -

AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendinde düzenlenen haktan tanık sorgulama hakkı olarak bahsedilecektir.

⁵⁶ **Gemalmaz**, s.406.

⁵⁷ **Gemalmaz**, s.406; aynı yönde bkz. **Hancı/Çetin/Hancı**, s.28; **Menengiç**, s.21.

⁵⁸ **Tezcan**, s.638; **Taner**, s.407.

⁵⁹ **Akyazan, Ahmet Emrah** (2009) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yöneltme, 1. Baskı, Ankara, s.367.

⁶⁰ **Tezcan**, s.639.

⁶¹ **Taner**, s.410 vd. (Yazar CMK'nın 201'inci maddesini tanıkları sorgulama hakkı olarak tanımlamış ve yargılamanın gidişatını değiştirme konusunda ve adil yargılanma hakkının sağlanması amacıyla sanığa verilen bir hak olarak açıklamıştır.); Çapraz sorgunun CMUK'ta da olduğuna dair karşıt görüş için bkz. **Kara, Zeynel/Aksöz, Erkan** (2010) “Ceza

AİHS’de düzenlenen tanık sorgulama hakkı- doğrudan soru yöneltme başlığı altında ve daha önce anlatılan geniş anlamda çapraz sorgudan farklı olarak düzenlenmiştir⁶². Doğrudan soru yöneltme, CMK’da açık bir tanıma sahip olmamakla birlikte öğretilerde hakim aracılığı olmaksızın yapılan soru sorma işlemi olarak tanımlanmaktadır⁶³. CMK’nın 201’inci maddesinde düzenlenen doğrudan soru yöneltme gerektiği gibi uygulandığı takdirde AİHS’in 6’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasının d bendinde düzenlenen iddia ve savunma tanıklarının dinlenmesi hükmü ile uyumludur⁶⁴.

CMK’nın 201’inci maddesinin 1’inci fıkrasında doğrudan soru yöneltebilecek sùjeler olarak; savcı, müdafı veya vekil olarak duruşmaya katılmış avukat, 2’nci fıkrasında; heyet halinde görevli bulunan mahkemelerde heyetteki hakimlerden her biri gösterilmiştir⁶⁵. Ayrıca 1’inci fıkraya göre sanık ve katılan da hakim aracılığıyla soru yöneltebilmektedir. Sanık, katılan, tanık, bilirkişiler ve duruşmaya katılan diğer kişiler⁶⁶ ise doğrudan soru yöneltebilecek sùjeler olarak sayılmıştır.

Doğrudan soru yöneltme CMK’nın 52’nci maddesinde düzenlenen “*tanıkların dinlenmesi*”nden farklıdır. Zira tanıklara doğrudan soru yöneltme,

Muhakemesi’nde Çapraz Sorgu Hakkında Alman Ceza Usul Kanunu ile Kısa Bir Karşılaştırma”, Fasikül Dergisi, S:9, s.33 (Yazarlara göre CMUK’da çapraz sorgu 232’nci maddede düzenlenmişti ancak uygulaması bulunmamaktaydı.)

⁶² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.651.

⁶³ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.651; **Yılmaz, Zehra** (2020) “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Doğrudan Soru Yöneltme”, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.8.

⁶⁴ **Taner**, s.408.

⁶⁵ Madde 201 – (1) Cumhuriyet savcısı, müdafı veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir.

(2) Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.

⁶⁶ **Dönmez** (2019), s.348. (Yazar duruşmaya katılan diğer kişiler olarak davaya katılan sıfatıyla dahil olmamış mağdur, şikayetçi, malen sorumlu olan kişilerin yanı sıra maddi gerçeği ortaya çıkaracak muhbir vb. kişilerin de olduğunu belirtmiştir.)

tarafın kendi tanığına soru sorması hali hariç bir tanık sınama biçimidir⁶⁷. Doğrudan soru yöneltme Türk hukukunda olduğu gibi karma sistemin benimsendiği bazı ülkelerde de uygulanmaktadır⁶⁸.

D. ÇAPRAZ SORU İLE DOĞRUDAN SORU YÖNELTME KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

5271 sayılı CMK'nın 201'inci maddesinde doğrudan soru yöneltmenin düzenlenmesi ile hukukumuza çapraz sorgunun dahil olduğuna dair bazı görüşler ortaya çıkmış ve çapraz soru ile doğrudan soru yöneltme arasındaki farkların neler olduğunun belirlenmesi hususu önem kazanmıştır.

Çapraz soru itham sistemini benimseyen Anglo-Sakson ülkelerde uygulanırken, doğrudan soru yöneltme daha çok karma sistemi benimseyen Kıta Avrupası'nda uygulanmaktadır⁶⁹. Anglo-Sakson sistemde gerçeğin ortaya çıkarılması yönünden çapraz sorguya büyük bir önem atfedilirken Kıta Avrupası sisteminde tanıklara doğrudan soru yöneltme yoluyla yalnızca beyan delili elde edilmektedir⁷⁰. Doğrudan soru yöneltme daha önce de açıklandığı üzere çapraz sorgunun bir aşaması olan doğrudan soru aşamasında yer almaktadır⁷¹. Çapraz soru ile doğrudan soru yöneltme kurumunun arasındaki diğer bir farklılık süjeler yönündendir. Çapraz sorgunun ana süjesi tanıkta da benimsenen tanık kavramı dar anlamda bir tanığı değil aynı zamanda bilirkişi ve sanığın kendisini de kapsamaktadır. Anglo-Sakson sistemi ile Kıta Avrupası sistemi arasındaki farklılıklardan olan bu durumda sanık, beyanda bulunmak istediğinde tanık statüsünü kazanarak dinlenmekte ve çapraz soru yapılmaktadır. Ancak Kıta Avrupası sisteminde sanığın tanık statüsünü kazanması gibi bir durum söz konusu olmaması ile birlikte sanığa susma hakkı

⁶⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.652; Taner, s.410.

⁶⁸ Tezcan, s.638; "Doğrudan soru yöneltme Belçika, Fransa, Almanya gibi ülkelerde de uygulanmaktadır."

⁶⁹ Taner, s.408; Tezcan, s.638; Yılmaz, s.56;

⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.652; Taner, s.408.

⁷¹ Temiz, s.317.

hatırlatılarak ancak bunu kullanmak istemediğinde sorgulanarak beyan deliline ulaşılmaktadır⁷².

Görülmektedir ki doğrudan soru yöneltme her ne kadar çapraz sorguya benzetilse de çapraz sorgu ile arasında farklar bulunmaktadır. Bu hususlara bakılarak hukukumuzda çapraz sorgunun olduğunu kabul etmek mümkün değildir⁷³.

II. TANIK

A. GENEL OLARAK

Tanık, somut olay hakkında beş duyusu ile algıladıklarını yetkili mercie aktaran ve davaya taraf olmayan kişilerdir⁷⁴. Tanıklar ilke olarak mahkeme önünde dinlenir⁷⁵. Bu ilke duruşmanın doğrudan doğruyalığı ilkesinin doğal sonucudur⁷⁶. Kural olarak herkes; çocuk, hasta, yaşlı ya da akrabalar da tanık olabilir⁷⁷. Tanıklar usulüne uygun şekilde, yetkili mercii tarafından çağırıldığında olay hakkında bildiklerini anlatmakla yükümlüdürler⁷⁸. Ancak bazı hallerde tanıklardan çekinme hakkı verilmiştir⁷⁹. CMK'nın 45'inci maddesinde sanık ile yakınlıklarından dolayı, 46'ncı maddesinde meslek veya sürekli uğraşlarından dolayı ve 48'inci maddesinde kendisi veya yakını aleyhine tanıklıktan dolayı tanıkların tanıklıktan çekinme sebepleri düzenlenmiştir. Bazı kişilere tanıklıktan çekinme hakkı verilmesinin sebebi olarak bu kişilerin doğaları gereği doğruları söyleyeceğine dair şüphe oluşması ve yalan beyanda

⁷² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.586; **Taner**, s.408; **Temiz**, s.319.

⁷³ **Temiz**, s.319; **Taner**, s.408.

⁷⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.585; **İnce Tunçer, Asuman** (2020) *Yalan Tanıklık*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.19; **Dönmez, Burcu** (2016) "AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması", *TBB Dergisi*, S:127, s.122; **Haydar, Nuran** (2019) *Susma Hakkı*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.71.

⁷⁵ **Şen, Ersan** (2014) "Gizli Tanıklık", *Nevşehir Barosu Dergisi*, S:1, s.273; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.601; **Dönmez** (2016), s.123.

⁷⁶ **Dönmez** (2016), s.123.

⁷⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.585.

⁷⁸ **Dönmez** (2016), s.122; **Haydar**, s.71; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.601.

⁷⁹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.587.

bulunmaya zorlamanın sanık ile bu kişiler arasındaki güveni zedelemenin önlenmesi gösterilmektedir⁸⁰.

Tanıkların olayla ilgili bildiklerini açıklamasına da tanık beyanı adı verilmektedir⁸¹. Ceza muhakemesi sisteminde tanık beyanının üç unsuru bulunmaktadır. Birinci unsur tanık olacak kişinin davanın tarafı olmamasıdır. Nitekim yargılama sırasında davaya taraf olanların da sorgulaması yapılmaktaysa da bunlar tanık ifadesi olarak değerlendirilmemektedir. Anglo-Sakson sistemde sanıkların tanık olarak dinlenmesi mümkün ise de doğrudan soru yöneltme kurumunun bulunduğu sistemlerde sanığın tanık olarak dinlenmesine rastlanmamıştır⁸². Ancak CMK'nın 50'nci maddesinin 1'inci fıkrasının c bendinde sanıkların da yemin verilmeden dinlenecek tanıklar içinde sayıldığı görülmektedir⁸³.

İkinci unsur; tanık olarak kabul edilen kişinin beş duyusunun herhangi biri yahut birkaçı ile olay hakkında bilgi edindiğine dair bir varsayımın bulunmasıdır. Üçüncü ve son unsur ise tanığın bildiklerini yetkili mercie aktarmasıdır. Tanığın yetkili mercii hariç başka bir yerde bildiklerini anlatması halinde bunun tanık ifadesi olarak tanımlanması mümkün değildir⁸⁴.

Tanık aslında delilin kendisi değil delilin kaynağıdır ve vermiş olduğu ifade somut olayın maddi gerçekliğe ulaşmasında büyük önem arz etmektedir⁸⁵. Bu sebeple de muhakkak doğruluğu ve gerçekliği sorgulanmalıdır⁸⁶. Tanığın bildiklerini doğrudan yetkili mercii önünde sözlü şekilde aktarması gerekmekte, aksi halde tanığın vermiş olduğu beyan tanık ifadesi olarak sayılamamakta ve hükme esas alınmamaktadır⁸⁷.

⁸⁰ Haydar, s.72; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.603.

⁸¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.585.

⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız, s.586; Taner, s.408; Temiz, s.319.

⁸³ **Madde 50** – (1) *Aşağıdaki kimseler yeminsiz dinlenir... c) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar.*

⁸⁴ Tunçer, s.19 vd; Dönmez (2016), s.122; Haydar, s.71; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.601.

⁸⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.585.

⁸⁶ Dönmez (2016), s.122.

⁸⁷ Tunçer, s.21; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.601.

B. GİZLİ TANIK

Gizli tanık, suç konusu olay hakkında görgü ve bilgisine başvuru, ancak güvenliği nedeniyle kimliği saklı tutulan kimsedir. Bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, tanığın korkmadan gerçeği anlatması, böylece suçun tüm unsurlarıyla ortaya çıkartılması amaçlanmıştır⁸⁸. Gizli tanığın varlığı, onun korunmasını da zorunlu kılmaktadır.

Tanık koruma; tanıklık görevi sebebiyle, tanığın veya yakınlarının yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne veya kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik muhtemel bir tehlikeye karşı korunmasına ilişkin imkânlardır⁸⁹. Tanık koruma, CMK'nın 58'inci maddesinin 5'inci fıkrasına göre örgütlü suçlarda, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının a bendine göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve alt sınırı on yıl ve daha fazla hapis cezası olan suçlarda ve b bendine göre kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda gündeme gelmektedir⁹⁰. Böyle hallerde tanıkların duruşmada dinlenmesi ile ilgili olarak Tanık Koruma Kanunu'nun 9'uncu maddesinde CMK'nın 58'inci maddesine atıf yapılmıştır⁹¹. CMK'nın 58'inci maddesinde gizli tanıklık⁹² ve huzurda

⁸⁸ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.608.

⁸⁹ **Taner**, s.445; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.608.

⁹⁰ **Madde 3** – (1) Bu Kanun hükümleri, aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar.

b) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar.

⁹¹ **Madde 9** – (1) Bu Kanun hükümlerine göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır.

⁹² **Ünker, Pelin**, DeutscheWelle, “Adaletin Kör Noktası: Delil Yoksa Gizli Tanık Var!”, <<https://www.dw.com/tr/adaletin-k%C3%B6r-noktas%C4%B1-delil-yoksa-gizli-tan%C4%B1k-var/a-52783892>> s.e.t. 05.06.2021. (2008 yılında Türkiye’de ceza muhakemesi sistemine Tanık Koruma Kanunu’nda yapılan değişiklik ile dahil edilen gizli tanıklık kurumu

bulunması gerekenler olmadan gizli tanığın dinlenmesi olmak üzere iki şekilde koruma tedbiri düzenlenmiştir⁹³.

Gizli tanıklık halinde tanığın kimliğinin nasıl gizleneceği CMK'da açıkça sayılmamaktaysa⁹⁴ da Tanık Koruma Kanunu'nda hâkim tarafından hangi tür tedbirlerin alınabileceği detaylı şekilde düzenlenmiştir⁹⁵. Diğer halde ise tanığın

fiili olarak ilk kez adı "Ergenekon Davaları" olarak geçen yargılamalarda kullanılmaya başlanmıştır.)

⁹³ **Madde 58** – ... (2) Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

(3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.

⁹⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.609.

⁹⁵ **Madde 5** – (1) Bu Kanun kapsamında bulunanlar hakkında uygulanabilecek tanık koruma tedbirleri şunlardır:

- a) Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi.
- b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.
- c) Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi.
- ç) Fiziki koruma sağlanması.
- d) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:
 - 1) Adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
 - 2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
 - 3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.
- e) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunulması.
- f) Çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi.
- g) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması.

duruşma sırasında ses ve görüntü aktarımı yapılarak ifadesinin alınması sağlanmaktadır. Bu şekilde korunan tanıklara da sorular sorulabilmekte ve tanık ifadeleri sorgulanabilmektedir⁹⁶. Ancak Tanık Koruma Kanunu'nun 9'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında da belirtildiği üzere bu soruların amacına uygun ve tanığın haklarını zedeleyici olmaması gerekmektedir. Sorulan soruların tanığın kimliğini ortaya çıkartacak şekilde sorulması halinde hâkim soruların sorulmamasına karar verebilmektedir.

Gizli tanıklık halinde tanığın hakları ile sanığın adil yargılanma hakkı arasında bir denge kurulması gerektiğinden gizli tanıklığın kabul edilebilmesi için tanığın veya yakınlarının haklarına yönelmiş gerçek bir tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin gerekçeli şekilde açıklanması aranmaktadır⁹⁷.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI BAĞLAMINDA İNCELEME

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

1. AİHM Madde 6/3-d'nin Yorumlanması Bağlamında

AİHM, AİHM'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasındaki hakların, 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasında yer alan "adil" kavramının sağlanması amacıyla asgari düzeyde sağlanması gereken haklar olduğunu belirtmiştir⁹⁸. Somut olay adaletine önem verilerek doğrudan "adil" kavramı açıklanmamış, başvurular sonucunda verilen kararlarda bu iki fıkra birlikte ele alınmıştır. Tanığın

ğ) Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması.

h) Fizyolojik görünümün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.

(2) Bu maddede yazılı olan tedbirlerden biri veya birkaçı aynı anda uygulanabilir. Bununla birlikte aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyor ise bu durum da göz önünde tutulur.

(3) Bu madde hükümlerine göre uygulanacak koruma tedbirlerinin esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir.

⁹⁶ Dönmez (2016), s.163.

⁹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.612; Dönmez (2016), s.164.

⁹⁸ Gemalmaz, s.395.

sorgulanması hakkında da bu durum aynı şekilde geçerli kabul edilmiştir⁹⁹. AİHM tanığın sorgulanması hakkının tanığın sorgulandığı esnada sanığın tanık ifadelerini sorgulayabileceği veya sorgulatabileceği ve sonrasında itirazda bulunabileceği şeklinde anlaşılması ve bunlar için sanığa yeterli imkânın verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁰.

AİHM, tanık kavramını taraf devletlerin iç hukuklarından farklı ve bağımsız bir şekilde tanımlamış ve tanıklara ilişkin hak ve güvencelerin tanıkların yanı sıra bilirkişiler için de geçerli olduğunu belirtmiştir¹⁰¹. Nitekim vermiş olduğu kararlarda bilirkişi raporlarının ve uzman görüşlerinin teknik ya da hukuki olması önem arz etmeksizin AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendindeki düzenlemeye dahil olduğunu belirtmiştir¹⁰². AİHM'in sanığın bilirkişi raporlarına ve uzman görüşlerine karşı tamamen savunmasız kalmalarının önünü kapatmak amacıyla böyle bir kabule vardığı görülmektedir¹⁰³. Ayrıca AİHM *Ürek ve Ürek v. Türkiye* başvurusunda polislerin tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceğine ilişkin içtihadını sürdürmüş ve başvuruçuları olay mahallinde yakalayan ve buna ilişkin tanıklık yapan polislerin tanıklık vasfının bulunduğunu belirtmiştir¹⁰⁴.

⁹⁹ **Delta v. France**, AİHM, Başvuru No: 11444/85, K.T. 19.12.1990, para.37.

¹⁰⁰ **Kostovski v. the Netherlands**, AİHM, Başvuru No: 11454/85, K.T. 20.01.1989, para.41; **Delta v. France**, AİHM, para.36; **Süleyman v. Turkey**, AİHM, Başvuru No: 59453/10, K.T. 17.11.2020, para.61.

¹⁰¹ **Taner**, s.422; **Arslan, Mehmet** (2019) "Sanığın İddia Tanığını Sınama Hakkı Özellikle Tehlike Altındaki Gizli Tanık Meselesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C:21, Özel Sayı, s. 819; **Gemalmaz**, s.399 (Yazar AİHM'in tanık kavramını taraf devletlerin iç hukukları bağlamında tanımladığını ancak durumun bilirkişiler söz konusu olduğunda iç hukuklardan ayrıldığını belirtmiştir.)

¹⁰² **Bönisch v. Austria**, AİHM, Başvuru No: 8658/79, K.T. 06.05.1985, para.32; **Brandstetter v. Austria**, AİHM, Başvuru No: 11170/84, 12876/87, 13468/87, K.T. 28.08.1991, para.46.

¹⁰³ **Gemalmaz**, s.400 (Yazar bilirkişilerin hükme dahil olarak sayılmasının yerinde olmadığını belirtmişse de bilirkişilerin de sorgulanmasının AİHS'in 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasındaki genel hükme dahil olduğu düşünüldüğünde makul olduğu kanaatindedir.)

¹⁰⁴ **Ürek and Ürek v. Turkey**, AİHM, Başvuru No: 74845/12, K.T. 30.07.2019, para.50.

Düzenleme ile tanıklar ikiye ayrılmıştır. Bunlar iddia tanıkları ve savunma tanıklarıdır¹⁰⁵. Böylece iddia ve savunma makamı arasında tanıkların sorgulanması hakkı bakımından eşitlik sağlanmış, silahların eşitliği ilkesi güvence altına alınmıştır¹⁰⁶.

AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendinin uygulanabilmesi için sanık veya müdafî tarafından bir talepte bulunulması gerekmektedir¹⁰⁷. Bu bağlamda sanık, sorgulanmasını talep ettiği tanıkların neden sorgulanması gerektiğini açıklamak ve sorgulanmalarını sağlamak için gayret göstermelidir¹⁰⁸. Sanık, tanığı sorgulama hakkını kullanmak istediğini bildirecek bir durumda değilse bile muhakkak buna ilişkin niyetini tanık ifadelerine itiraz ederek belirtmelidir¹⁰⁹. Nitekim sanığın tanık ifadelerine yönelik itiraz etmek için uygun bir durumda olmasına rağmen itiraz etmemesi halinde tanığı sorgulama hakkından feragat ettiği kabul edilmektedir¹¹⁰. AİHM, sorgulanması talep edilen tanıkların hangisinin çağırılıp çağırılmayacağına karar verme yetkisinin, somut olayda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında etkili olup olmayacağı kriterine göre ulusal mahkemelerde olduğunu belirtmiştir¹¹¹. AİHM tarafından bu konu değerlendirilirken ulusal mahkemenin delillerin elde etme biçiminden delillerin değerlendirilmesine kadar yargılamayı bir bütün olarak adil şekilde yürütüp yürütmediği incelenmektedir¹¹².

¹⁰⁵ **Gemalmaz**, s.398 (Yazar çapraz sorgunun iddia tanıklarının sorgulanması ve sorgulanması açısından geçerli olduğunu ve bu tanıklar için gündeme geldiğini belirtmiştir.)

¹⁰⁶ **Taner**, s.400; **Hancı/Çetin/Hancı**, s.28.

¹⁰⁷ **Gemalmaz**, s.407.

¹⁰⁸ **Albert and Le Compte v. Belgium**, AİHM, Başvuru No: 7299/75, 7496/76, K.T. 10.02.1983, para.41.

¹⁰⁹ **Gemalmaz**, s.407 (Yazar *Kostovski* başvurusunun açıkça bir niyet ifadesi açıklanması gerektiği şeklinde yorumlansa da mahkemenin, sanığın tanık sorgulama hakkını kullanmak istediğine dair bir kanı edinmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir.)

¹¹⁰ **Gemalmaz**, s.407.

¹¹¹ **Huseyn and others v. Azerbaijan**, AİHM, Başvuru No: 35485/05, 45553/05, 35680/05, 36085/05, K.T. 26.07.2011, para.196; **Campbell and Fell v. the United Kingdom**, AİHM, Başvuru No: 7819/77, 7878/77, K.T. 28.06.1984, para.101; **Bricmont v. Belgium**, AİHM, Başvuru No: 10857/84, K.T. 07.07.1989, para.89.

¹¹² **Saidi v. France**, AİHM, Başvuru No: 55/1996/674/861-864, K.T. 20.09.1993, para.43.

Sanık veya müdafinin tanığa hangi soruları sorabileceğine dair her ne kadar AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendinde ayrıca bir düzenleme bulunmasa da yargılama yetkisinin ulusal mahkemelere ait olduğu dikkate alındığında hangi soruların sorulabileceği hususunda takdir yetkisinin de yine ulusal mahkemelerde olduğu ve ulusal mahkemelerin de AİHM denetimine tabi olması sebebiyle AİHM'in kararları doğrultusunda şekillendiği üzere maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile ilgili soruların tanıklara sorulabileceği kabul edilmektedir¹¹³. Ayrıca AİHS'in 17'nci maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi de aynı zamanda bireyleri de kapsamı açısından tanığa sorulan soruların konusunun belirlenmesinde bir diğer kriterdir¹¹⁴.

2. AİHS Madde6/3-d'nin İhlali Bağlamında

İlke olarak diğer deliller gibi tanığın da mahkeme önünde ve aleni şekilde sorgulanması gerekmektedir. Ancak her durumda tanığın mahkeme önünde sorgulanmadığı bir yargılamada doğrudan sanığın tanık sorgulama hakkının ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda tanığın mahkeme önünde sorgulanmasının istisnaları bulunmaktadır¹¹⁵. Tanığın mahkeme önünde sorgulanmadığı istisnai durumlarda yargılamanın sonraki aşamalarında sanığa, aleyhine tanıklık yapan kişiyi sorgulayabilmesi için gerekli imkân ve itiraz hakkının verilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendinin ihlali bağlamında iki durum söz konusudur. Bu durumlar; gizli tanıklık ve mahkeme önünde tanıklıktan imtina edilmesi veya tanıklık yapacak durumda olmayan tanıklardır.

¹¹³ Gemalmaz, s.402.

¹¹⁴ Gemalmaz, s.402.

¹¹⁵ Kostovski v. the Netherlands, AİHM, para.41.

¹¹⁶ Van Mechelen v. the Netherlands, AİHM, Başvuru No: 21363/93, 21364/93, 21427793, 22056/93, K.T. 23.04.1997, para.51; Delta v. France, AİHM, para.36; Kostovski v. the Netherlands, AİHM, para.41; Hümmel v. Germany, AİHM, Başvuru No: 26171/07, K.T. 19.07.2012, para.38.

a. Gizli Tanıklar Bakımından

AİHM, AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendi kapsamında sanığın aleyhindeki tanık ifadeleri sorgulanırken veya sonrasında sanığa en az bir kez itiraz hakkının kullanılması gerektiğini aksi halde tanık ifadesinin hükme esas teşkil etmeyeceğini kabul etmektedir¹¹⁷. Ancak bu ilke sanığın, tanığın kimliği hakkında bilgi edinmesini gerektirmemekte, yalnızca sanığa aleyhine tanıklık yapan kişinin vermiş olduğu tanık ifadesine itiraz etme hakkını sağlamaktadır¹¹⁸. Çalışmanın ikinci bölümünde anlatıldığı üzere tanığın, tanıklık sıfatından dolayı kendisinin veya yakınlarının yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında sanık veya yakınlarından dolayı ortaya çıkacak bir tehlike altında olduğu durumlarda kimliğinin gizlenmesi yoluna gidilerek gizli tanık olarak ifadesi alınmaktadır¹¹⁹. Ancak gizli tanıklık halinde sanığın mahkeme önünde tanığı sorgulama veya sorgulatma imkânı bulunmamaktadır. Sorgulanmayan tanık ifadelerinin hükme esas alınması AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendi bağlamında ihlal oluşturabilmektedir. Bu hallerde sanığın adil yargılanma hakkının korunması için tanınan güvence ile tanıkların yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının korunması arasında bir denge kurulmaya çalışılmalıdır¹²⁰. AİHM, gizli tanık ifadelerinin hükme esas alınabilmesi için iki şart aramaktadır¹²¹.

Birinci şart; tanığın gizli tanık olarak ifade verebilmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığının ulusal mahkeme tarafından incelenmesidir. Ulusal mahkeme tarafından yapılan incelemenin sonucunda tanığın kendisinin veya yakınlarının yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik ciddi ve gerçek bir tehlikenin olup olmadığı somut delillerle gerekçeli şekilde açıklanmalıdır¹²². Ancak ciddi ve gerçek bir tehlikenin

¹¹⁷ **Van Mechelen v. The Netherlands**, AİHM, para.51-58.

¹¹⁸ **Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom**, AİHM, Başvuru No: 26766/05, 222228/06, K.T. 15.12.2011, para.127; **Süleyman v. Turkey**, AİHM, para.61.

¹¹⁹ **Doorson v. the Netherlands**, AİHM, Başvuru No: 20524/92, K.T. 26.03.1996, para.70.

¹²⁰ **Dönmez** (2016), s.129.

¹²¹ **Dönmez** (2016), s.129.

¹²² **Balta and Demir v. Turkey**, AİHM, Başvuru No: 48628/12, K.T. 23.06.2015, para.44; **Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom**, AİHM, para.122-124.

varlığının ispatlandığı hallerde tanık mahkeme önünde sorgulanmaktan bağışık tutulabilmekte aksi halde sanığın tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir¹²³. Sanığın, tanığı sorgulama hakkının sınırlandırılması ile tanığın korunması arasında bir denge bulunmalıdır. Tanığın haklarının korunması sonucunu en kolay biçimde gerçekleştirecek ve sanığın tanığı sorgulama hakkına en az müdahaleyi gerektirecek hangi yöntem var ise öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Şayet gizli tanıklık haricinde başka bir tedbir ile tanığın hakları korunabilecek ise bu tedbir alınarak sanığın tanığı sorgulaması sağlanmalıdır¹²⁴.

İkinci şart ise; birinci şartta belirtilen tehlikenin ciddi ve gerçek olduğu mahkeme tarafından gerekçelendirildikten sonra kimliğinin gizlenmesine karar verilen tanığın duruşmaya katılan diğer kişiler bulunmadan yetkili ve görevli mahkemenin önünde sorgulanmasıdır. Nitekim ihlal kararı verilen *Kostovski v. Hollanda* başvurusunda kimliği gizlenen tanıklar hem mahkeme önünde dinlenmemiş hem de soruşturma aşamasında da başvuru ve avukatının olmadığı zamanlarda ifade vermiş olduğundan sanığın tanıkları sorgulama veya sorgulatma imkânı hiç bulunmamıştır¹²⁵.

Balta ve Demir v. Türkiye başvurusunda da istinabe yolu ile kapalı duruşmada dinlenen gizli tanığın asıl yetkili ve görevli ulusal mahkemede dinlenmemesi sebebiyle tanığın ifadesinin alınması sırasında yeterince gözlem yapılamadığından güvenilirliği ispatlanamayan gizli tanık ifadesinin hükme esas alınması halinde de ulusal mahkeme tarafından yeterince özen gösterilmediği gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir¹²⁶.

AİHM, gizli tanıkların ifadelerinin hükme esas alınabilmesi bakımından yukarıda açıklanan iki şartı inceledikten sonra mahkeme önünde sorgulanmayan veya sorgulanamayan tanıklar bakımından yapmış olduğu incelemede tam anlamıyla gizli tanıkların ifadelerinin hükme esas alınmasının

¹²³ *Süleyman v. Turkey*, AİHM, para.75.

¹²⁴ *Balta and Demir v. Turkey*, AİHM, para.58-59; *Van Mechelen v. the Netherlands*, AİHM, para.58.

¹²⁵ *Kostovski v. the Netherlands*, AİHM, para.42.

¹²⁶ *Balta and Demir v. Turkey*, AİHM, para.56-57.

ihlal oluşturup oluşturmadığını değerlendirmektedir. Bu değerlendirme bir sonraki başlıkta ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Gizli tanıklık açısından gündeme gelen bir diğer husus ise, olay hakkında polislerin tanık ifadelerinin alınması esnasında kimliklerinin gizlenmesi ve bu sebeple tanık sorgulama hakkının sanık tarafından kullanılamamasıdır. AİHM polislerin gizli tanık olarak dinlenebilmesi açısından *Lüdi v. İsviçre* başvurusunda esasları ortaya koymuştur. AİHM'in içtihadına göre polisler hem mağdurdan hem de tanıktan itaat ettikleri kurum ve makamlar sebebiyle farklı olup tamamıyla bağımsız olarak değerlendirilmediğinden gizli tanıklıklarına başvurulması ancak istisnai durumlarda mümkündür¹²⁷. Bu kapsamda AİHM iki şartın sağlanması sonucu tanık polisin kimliğinin gizlenmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. İlk şart polislerin daha sonra görev alacakları soruşturmalarda kendilerinin ve ailelerinin güvenliklerinin sağlanması amacıyla kimliklerinin gizli tutulmasıdır¹²⁸. İkinci şart ise, gizli tanık polisin vermiş olduğu tanık ifadesinin sanık hakkında yeterli delil oluşturmasıdır¹²⁹. AİHM ancak bu iki şartın bulunduğu ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında demokratik bir toplum düzeninde savunma hakkını daha az sınırlayıcı başka bir tedbirin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı hallerde polislerin kimliklerinin gizli tutularak tanıklık yapabileceklerini belirtmiştir¹³⁰. AİHM yapmış olduğu bu değerlendirmenin yanı sıra gizli tanık polislerin soruşturma sırasındaki görevlerinin içeriğine de bakarak değerlendirmeyi genişletmektedir. Bu kapsamda *Sepil v. Türkiye* başvurusunda sanığı suça azmettirerek suç işlemesine sebep olan gizli polisin tanıklığı dışında suç işlediğine dair başka da bir delil bulunmayan başvuru hakkında ihlal kararı verilmiştir¹³¹.

¹²⁷ **Van Mechelen v. the Netherlands**, AİHM, para.56.

¹²⁸ **Lüdi v. Switzerland**, AİHM, Başvuru No:12433/86, K.T. 15.06.1992,para.49; **Van Mechelen v. the Netherlands**, AİHM, para.57.

¹²⁹ **Van Mechelen v. the Netherlands**, AİHM, para.57.

¹³⁰ **Van Mechelen v. the Netherlands**, AİHM, para.58.

¹³¹ **Sepil v. Turkey**, AİHM, Başvuru No: 17711/07, K.T. 12.11.2013, para.34; *Burak Hun v. Turkey*, AİHM, Başvuru No: 17570/04, K.T. 15.12.2009, para. 44.

b. Mahkeme Önünde Sorgulanmayan veya Sorgulanamayan Tanıklar Bakımından

Bazı hallerde tanıklar soruşturma aşamasında polis ya da savcı önünde ifade vermiş oldukları halde kovuşturma aşamasında mahkeme önünde tanıklık yapmaktan herhangi bir sebeple imtina edebilmekte ya da bazı hallerde ellerinde olmayan sebeplerle tanıklık edemeyecek durumda olabilmektedirler. Böyle durumlarda AİHM mahkeme önünde sorgulanmamış tanıkların daha önce vermiş oldukları beyanlara dayanılarak hüküm kurulmasını son çare olarak görmektedir¹³². Nitekim *Al-Khawaja ve Tahery v. Birleşik Krallık* başvurusunda; doktor olan Al- Khawaja hakkında muayene sırasında iki ayrı hastasına tecavüz ettiği gerekçesiyle açılan davada daha önce polise ifade veren ve tek tanık olan mağdurun ölmesi ve olayda başka tanık bulunamaması sebebiyle mağdurun olayı anlatmış olduğu iki arkadaşının olay hakkındaki tanıklıklarının, kendilerinin mahkeme önünde sorgulanabilmesi ve ölen mağdurun daha önceki ifadesinin, bu iki tanığın ifadesi ile örtüşmesi sebebiyle hükme esas alınmasının AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendini ihlal etmediğine karar verilmiştir. Ancak ikinci başvuru olan Tahery bakımından; mahkemede, sanığın kendisine zarar vermesinden korktuğu için farklı ifade veren ancak olay ile ilgili gördüklerini polis ifadesinde açıklayan tanığın ifadesinin hükme esas alınmasının AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır¹³³.

AİHM üç aşamalı bir değerlendirme ile mahkeme önünde sorgulanmayan tanıkların daha önce, soruşturma aşamasında polis veya savcı önünde vermiş oldukları ifadelerin hükme esas alınıp alınamayacağı hakkında karar vermektedir.

İlk aşamada; ulusal mahkeme tarafından tanığın, mahkeme önünde sorgulanamaması haline hangi nedenin yol açtığı irdelenmektedir. Bu açıdan tanığın ölümü sebebiyle mahkeme önüne getirilememesi, tanığın mahkeme önünde sorgulanamaması yönünden makul bir sebep olarak kabul edilmiştir¹³⁴. Ayrıca bu kapsamda *S.N. v. İsveç* başvurusunda cinsel istismar suçu mağduru

¹³² *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, AİHM, para.125.

¹³³ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, AİHM, para.165.

¹³⁴ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, AİHM, para.121.

olan çocuğun tanıklık yapması sırasında sanık ile yüz yüze gelmesi özel hayata saygı hakkı bağlamında uygun görülmediğinden ve çocuğun daha önce polise vermiş olduğu tanık ifadesinin görüntülü ve sesli olarak mahkemede izlenebildiğinden bahisle sanığın tanıkları sorgulama hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir¹³⁵. Ancak aksi yönde bir örnek olarak *Ürek ve Ürek v. Türkiye* başvurusunda mesleki faaliyetlerini öne sürerek kendilerine tebliğ edilen duruşmaya katılarak tanıklık yapamayacaklarını belirten tanıkların sundukları sebepleri makul olarak değerlendirilmemiştir¹³⁶.

Bir diğer makul sebep sayılabilecek durum olarak tanığın korku sebebiyle duruşmaya katılamaması ise iki seçenekli olarak incelenmiştir. İlk seçenekte tanığın korkusu, sanık veya onun adına hareket eden kişilerden kaynaklı ise; tanığın duruşmaya katılmaması makul olarak görülmekte, sanığın kendisi aleyhine tanıklık yapan tanıklara soru sorma hakkından feragat ettiği kabul edilerek tanığın daha önce vermiş olduğu tanık ifadesi hükme esas alınabilmektedir. İkinci seçenekte tanığın korkusu sanık veya onun adına hareket eden kişilerden kaynaklı değil ve genel bir tanıklık yapmak üzerine ise; mahkeme tanığın korkusunun gerçekliğini araştırdıktan ve yeterli delil elde ettikten sonra tanığın mahkeme önünde sorgulanıp sorgulanmayacağına karar vermektedir¹³⁷.

İkinci aşamada; tanığın daha önce vermiş olduğu ve mahkeme önünde sorgulanmamış olan ifadenin “*tek ve belirleyici*” delil olması kuralına uyup uymadığı değerlendirilmektedir. Hükme esas alınan ve mahkeme önünde sorgulanmamış ifadenin diğer delillerle de desteklenmesi ve doğrulanması gerekmektedir¹³⁸. Zira mahkeme önünde sorgulanmayan tanığın ifadesinin kuvveti düşük olmalıdır¹³⁹. Şayet tanık delili tek ve belirleyici bir delil ise

¹³⁵ *S.N. v. Sweden*, AİHM, Başvuru No: 34209/96, K.T. 02.07.2002, para.15-47-52.

¹³⁶ *Ürek and Ürek v. Turkey*, AİHM, para.54.

¹³⁷ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, AİHM, para.120-125.

¹³⁸ *Artner v. Austria*, AİHM, Başvuru No: 39/1991/291/362, K.T. 28.08.1992, para.23-24; *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, AİHM, para.161.

¹³⁹ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, AİHM, para.157.

muhakkak mahkeme önünde sorgulaması yapılmalı ve sanığa itiraz hakkı etkili biçimde kullanılmalıdır¹⁴⁰.

Seton v. Birleşik Krallık başvurusunda mahkeme önünde ifade vermektan imtina eden tanığın dolaylı yoldan vermiş olduğu ifade (oğlu ile yaptığı telefon görüşmelerinin dosya kapsamına alınarak tanık ifadesi sayılması) ve başka diğer deliller dikkate alınarak başvurucu hakkında mahkumiyet hükmü verilmesi açısından AİHM, tanığın ifadesi hariç tutulduğunda bile diğer delillerin çok güçlü şekilde başvurucuyu mahkum edecek nitelikte bulunması ve yalnızca tanığın ifadesinin mahkeme önünde alınmamasının doğrudan bir ihlal yaratmayacağı gerekçesiyle başvuruda ihlal olmadığına hükmetmiştir¹⁴¹. Görülmektedir ki mahkeme önünde sorgulanmayan tanık ifadesi diğer delillerle birlikte ancak yan delil olarak hükme esas teşkil edebilir¹⁴².

Delta v. Fransa başvurusunda AİHM, duruşmaya usulüne göre çağırılan tanıkların hiçbir sebep göstermeksizin mahkeme önüne gelmemeleri halinde daha önce polise vermiş oldukları ifadelerin olayı aydınlatma hususunda tek ve belirleyici delil olmasına rağmen hükme esas alınması sebebiyle ihlal kararı vermiştir¹⁴³.

Üçüncü ve son aşamada ise; tanığın mahkeme önünde sorgulanamaması sebebiyle sanığın adil yargılanma hakkının kısıtlanmasına ilişkin denge oluşturulması için her türlü çarenin değerlendirilmiş olup olmadığına bakılmaktadır¹⁴⁴. Nitekim AİHM, *Schatschaschwili v. Almanya* başvurusunda üçüncü aşamada mahkeme önünde sorgulanmamış tanığın daha önce vermiş olduğu ifadeye yönelik olarak, tanık ifadesi hariç diğer delillerin değerlendirilmesini ve yargılamanın bir bütün halinde adil şekilde yapılıp yapılmadığını değerlendirmiştir¹⁴⁵.

¹⁴⁰ **Hulki Güneş v. Turkey**, AİHM, Başvuru No: 28490/95, K.T. 19.09.2003, para.86.

¹⁴¹ **Seton v. the United Kingdom**, AİHM, Başvuru No: 55287/10, K.T. 31.03.2016, para.59.

¹⁴² **Dönmez** (2016), s.132.

¹⁴³ **Delta v. France**, AİHM, para.18-37.

¹⁴⁴ **Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom**, AİHM, para.120-125.

¹⁴⁵ **Schatschaschwili v. Germany**, AİHM, Başvuru No: 9154/10, 15.12.2015, para.46.

AİHM, bu üç aşamanın herhangi birinin diğerlerine göre daha belirleyici olduğu durumlarda sırasının değişebileceğini ancak genellikle bu sıralama ile uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁶.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

1. Anayasa'nın 36'ncı Maddesi'nin Yorumlanması Bağlamında

AYM, AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendi kapsamında düzenlenen sanığın iddia ve savunma tanıklarını sorgulayabilmesi hakkının, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine dahil olduğunu¹⁴⁷ ve silahların eşitliğinin sağlanması ilkesinin bir sonucu olduğunu belirtmiştir¹⁴⁸. Böylece Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile tanıkların sorgulanması ve sorgulanması hakkı sanığa tanınmış, her delil gibi tanığın sorgusunun da aleni ve sanığın huzurunda olması gerektiği kabul edilmiş, sanığın yalnızca aleyhine değil lehine olan tanıkların da aynı koşullarda dinlenilmesi koruma altına alınmıştır¹⁴⁹. Hukukumuzda tanık kavramı AİHS'e paralel şekilde tanımlanmakta ve tanıklık hakkındaki düzenlemeler bilirkişilere de kıyasen uygulanmaktadır¹⁵⁰. Sanık tarafından gösterilen tüm tanıklardan hangilerinin çağırılarak mahkeme önünde dinleneceği hususu yetkili mahkemenin takdirindedir¹⁵¹. Sanığın sorgulamak ve sorgulatmak istediği tanıkların mahkemece dinlenmesinin reddedilmesi halinde; tanık ifadelerinin maddi olayın açığa çıkarılmasındaki önemini yeterli sebep ve argüman ile gerekçelendirmesi gerekmektedir¹⁵².

AYM ayrıca Anayasa'nın 36'ncı maddesinin, AİHS'nin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendi ile paralel olarak sanığın, tanığın sorgusu sırasında ve

¹⁴⁶ **Schatschaschwili v. Germany**, AİHM, para.16.

¹⁴⁷ **Nurcan Gülabi Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2015/15355, K.T. 23.05.2018, para.31.

¹⁴⁸ **Atıla Oğuz Boyalı Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/99, K.T. 20.03.2014, para.47.

¹⁴⁹ **Atıla Oğuz Boyalı Başvurusu**, AYM, para.46-47.

¹⁵⁰ **Taner**, s.423.

¹⁵¹ **Sencer Başat ve diğerleri Başvurusu**, [GK], AYM, Başvuru No: 2013/7800, K.T. 18.06.2014, para.77.

¹⁵² **Atıla Oğuz Boyalı Başvurusu**, AYM, para.47; **Sencer Başat ve diğerleri** [GK], AYM, para.77; **Zekeriya Sevim Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2018/18989, K.T. 16.06.2021, para. 44.

daha sonra tanık ifadelerine itiraz etme hakkını da kapsadığını belirtmektedir¹⁵³.

2. Anayasa'nın 36'ncı Maddesi'nin İhlali Bağlamında

a. Gizli Tanıklar Bakımından

AYM gizli tanığın mahkemece sorgulanması hakkındaki genel esasları *Baran Karadağ* başvurusunda açıklamıştır¹⁵⁴. AYM vermiş olduğu bu kararda AİHM'in yapmış olduğu değerlendirmeden yola çıkarak bir tespitte bulunmuştur. Buna göre değerlendirmenin ilk aşamasında yerel mahkeme tarafından tanığın kimliğinin gizlenmesinde yeterli ve makul bir gerekçenin varlığına dair bir araştırma yapıp yapılmadığı incelenmiştir¹⁵⁵. Bu bağlamda gizli tanıklık ve huzurda bulunmaya hakkı olanlar hariç tutularak hâkim tarafından tanığın dinlenmesi olmak üzere iki şekilde tanık koruma tedbiri bulunmaktadır¹⁵⁶. Bu tedbirlerden birine başvurulması için tanığın haklarına yönelik ciddi bir tehlikenin bulunması şarttır¹⁵⁷. AYM, *Sebahat Tuncel 2* başvurusunda gizli tanıklık sebebiyle sanığın tanığı sorguya çekme hakkının ihlali konusunda; kollukta ifade veren gizli tanığın duruşmaya getirilerek özel odaya alınması ve sanık ile yüz yüze getirilmemesinin sağlanmasını başvuruya konu olayın terör suçu olması gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur¹⁵⁸.

İkinci aşamada gizli tanık ifadelerinin tek ve belirleyici delil olup olmadığı ve tek ve belirleyici delil ise buna rağmen hükme esas alınıp alınmadığı incelenmiştir¹⁵⁹. Gizli tanık delilinin mahkeme tarafından belirleyici bir delil olarak kabul edildiği durumlarda sanığa, tanığın ifadesine itiraz hakkının etkili bir biçimde kullanılarak kullanılmadığı incelenmiştir¹⁶⁰. AYM başvuruya konu olayda her ne kadar sanığa gizli tanık ifadesinin okunarak itiraz hakkı

¹⁵³ *Atıla Oğuz Boyalı Başvurusu*, AYM, para.48.

¹⁵⁴ *Baran Karadağ Başvurusu*, AYM, Başvuru No: 2014/12906, K.T. 07.05.2015.

¹⁵⁵ *Emsan Öner*, AYM, Başvuru No: 2013/1504, K.T. 03.02.2016, para.74; *Baran Karadağ Başvurusu*, AYM, para.68-69.

¹⁵⁶ *Baran Karadağ Başvurusu*, AYM, para.61.

¹⁵⁷ *Baran Karadağ Başvurusu*, AYM, para.62.

¹⁵⁸ *Sebahat Tuncel Başvurusu(2)*, AYM, Başvuru No: 2014/1440, K.T. 26.02.2015, para.91.

¹⁵⁹ *Baran Karadağ Başvurusu*, AYM, para.71.

¹⁶⁰ *Baran Karadağ Başvurusu*, AYM, para.72.

kullanılmışsa da sanığın tanık ifadesi alınırken çelişkili yerler ile ilgili tanığı doğrudan sorgulayamaması sebebiyle yalnızca ifadenin okunması ile yapılan bir itirazın etkili bir itiraz olarak kabul edilemeyeceğini tespit etmiştir¹⁶¹. Nitekim yine *Sebahat Tuncel 2* başvurusunda AYM sanığın, duruşma salonundan farklı ve görünmez bir odadan duruşmaya katılan gizli tanığı duruşma sırasında sorgulayabilmesi sebebiyle tanık sorgulama hakkının ihlal edilmediğinden bahsetmişse de tanık beyanlarına itiraz etme hakkının usuli bir güvencenin yanı sıra “gerçek ve etkili” bir yol olması gerektiğini de belirtmiştir¹⁶². Bu sebeple gizli tanık ifadelerine karşı sanığın yapmış olduğu itirazların mahkeme tarafından yeterli şekilde incelenmeden, doğrudan gizli tanığın ifadesi esas alınarak hüküm kurulması ile sanığın tanığı sorguya çekme hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir¹⁶³.

AYM üçüncü ve son aşamada ise gizli tanığın ifadesinin hükme esas alındığı hallerde sanığın tanığı sorguya çekme hakkının sınırlandırılması ile tanığın hakları arasında bir dengenin kurulup kurulmadığını ve yargılamanın bir bütün halinde adil şekilde yapılıp yapılmadığını incelemiştir¹⁶⁴. Nitekim AYM’nin somut norm denetimi kapsamında vermiş olduğu kararda gizli tanığın ifadesine dayalı olarak hüküm verilemeyeceğini ve sanığın adil yargılanma hakkının korunarak tanığın hakları ile bir denge oluşturulması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁵.

b. Mahkeme Önünde Sorgulanmayan veya Sorgulanamayan Tanıklar Bakımından

AYM, tanıkların daha önce vermiş olduğu ifadelerin mahkeme önünde sorgulaması yapılmaksızın hükme esas alınması hususuna dair gizli tanıklığa ilişkin uygulamış olduğu üç aşamalı değerlendirmeye benzer şekilde iki aşamalı şekilde bir uygulama geliştirmiştir.

¹⁶¹ **Baran Karadağ Başvurusu**, AYM, para.73-74.

¹⁶² **Sebahat Tuncel Başvurusu(2)**, AYM, para.96.

¹⁶³ **Sebahat Tuncel Başvurusu (2)**, AYM, para.99.

¹⁶⁴ **Onur Urbay Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2014/6222, 06.03.2019, para.40; **Baran Karadağ Başvurusu**, AYM, para.72-73.

¹⁶⁵ AYM, E: 2008/12, K: 2011/104, K.T: 16.06.2011.

İlk aşamada sorgusu yapılacak olan tanığın mahkeme önüne getirilmemesine sebep olan geçerli bir nedenin olup olmadığı ve ikinci aşamada da tanığın, mahkeme önünde sorgulanmayan tek ve belirleyici ifadesinin hükme esas alındığı hallerde sanığın adil yargılanma hakkının sınırlanması ile tanığın hakları arasındaki dengenin korunup korunmadığı değerlendirilmektedir¹⁶⁶. Bu değerlendirme yapılırken geçerli bir neden olup olmadığının tespiti öncelikli olarak yapılmaktadır. Zira mahkeme önünde sorgulanmayan, hükme esas alınacak ifadenin tek ve belirleyici delil olmaması halinde bile sanığın adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olabilmektedir¹⁶⁷. Bu sebeple ifadesi hükme esas alınacak tanığın mahkeme önüne getirilmesi için gerekli çabanın sarf edilmesi yetkili adli makamlara yüklenen bir yükümlülüktür¹⁶⁸.

Tanık delilinin hükme esas alınacak tek delil olması halinde CMK'nın 210'uncu maddesinde de düzenlendiği üzere tanığın mahkeme önünde sorgulanması zorunludur. İfade tutanaklarının daha önceden sanık tarafından elde edilebilmesi ve bu delillere karşı sanığın itiraz hakkını kullanabilmesi imkânı olsa dahi tanığın mahkeme önünde sorgulanması ve sorgulanmasının yerine geçmemektedir¹⁶⁹. Nitekim AYM, tanığın tek delil olarak yer aldığı başvurularda; başka dosyada sanık yahut tanık olarak ifade vermiş tanıkların beyanlarının, mahkeme önünde sorgulanmadan yalnızca okunması ile hükme esas alınmasını adil yargılanma hakkını ihlal ettiği şeklinde kararlar vermiştir¹⁷⁰. Bu hususun istisnaları CMK'nın 211'inci maddesinde düzenlenmiştir. Ancak AYM kanunda sayılan bu istisnai hallerin yanı sıra sanığın açık şekilde muvafakatinin olduğunu belirttiği hallerde tek delil olarak yer alan tanık

¹⁶⁶ **Zekeriya Sevim Başvurusu**, AYM, para. 44; **Abdurrahim Balur Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/5467, K.T. 07.01.2016, para.80.

¹⁶⁷ **Abdurrahim Balur Başvurusu**, AYM, para.81.

¹⁶⁸ **H.T. Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2017/32857, K.T. 17/6/2020, para.42; **Nurcan Gülabi Başvurusu**, AYM, para.33.

¹⁶⁹ **Nurcan Gülabi Başvurusu**, AYM, para.33.

¹⁷⁰ **Az. M. Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/560, K.T. 16.04.2015, para.46-67; **Ali Rıza Telek Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/2630, K.T. 30.12.2014, para.45-54; **Nurcan Gülabi Başvurusu**, AYM, para.41-42; **Mesut Çeki Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/6944, K.T. 24.03.2016, para.49-50.

ifadesinin mahkeme önünde yalnızca okunmasını hükme esas alınması için yeterli saymaktadır¹⁷¹.

SONUÇ

Ceza muhakemesi sistemlerine göre gelişen tanık sorgulama biçimi Anglo-Sakson sistemlerde çapraz sorgu, Kıta Avrupası sisteminde ise doğrudan soru yöneltme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar bu iki kavram genellikle birbirleri yerine kullanılsa da tam olarak birbirini karşılamamaktadır. Nitekim doğrudan soru yöneltme kurumu Anglo-Sakson sistemdeki çapraz sorgunun alt aşamalarından birini oluşturmakta ve çapraz sorgu doğrudan soru yöneltmeye göre daha geniş ve farklı sonuçlar doğurmaktadır. Böylece CMK'da açıkça doğrudan soru yöneltmenin de düzenlenmesi sebebiyle ceza muhakemesi sistemimizde çapraz sorgu olduğunu kabul etmek gerçekçi değildir. Ancak kanımızca her ne kadar tüm bu anlatılanlar ışığında çapraz sorgunun ceza hukuku sistemimizde yer aldığı kabul edilemese de mülga CMUK yerine getirilen ve CMK'nın 201'inci maddesinde düzenlenen doğrudan soru yöneltme kurumunun ceza muhakemesi sistemimiz için adil yargılanma hakkı bağlamında tanık sorgulama hakkının güvenceye alınması ve silahların eşitliği ilkesi bağlamında gerekli ve yenilikçi bir adım olmuştur.

Tanığın sorgulanması sonucu alınan tanık ifadesi maddi gerçeğin ortaya çıkması için çok önemli bir delil oluşturmaktadır. Tanığın mahkeme önünde ve aleni biçimde sorgulanması temel ilkedir. Ancak bazı sebeplerle tanık mahkeme önünde dinlenmekten imtina edebilmekte yahut tanığın veya yakınlarının yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ağır bir tehlike altında olması sebebiyle tanık mahkeme önünde ifade verememektedir. Bu gibi durumlarda tanığın muhtemel ve ciddi zarardan korunması gündeme gelmekte ve duruşma haricinde çeşitli şekillerde tanığın ifadesinin alınması yoluna gidilmektedir. Bu yollar tanığın kimliğinin gizlenerek ve tanığın huzurda bulunanlar hariç tutularak dinlenmesidir. Ancak söz konusu iki durum da sanığın tanık sorgulama hakkına müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahalenin ölçülülüğüne dair AİHM ve AYM'nin paralel bir değerlendirme

¹⁷¹ Ali Rıza Telek Başvurusu, AYM, para.50.

yaptığı görülmektedir. Yapılan değerlendirme bağlamında tanığın huzurda bulunması gerekenler hariç olarak yahut kimliğinin gizlenerek dinlenmesinde ulusal/yerel mahkemenin tanığın zarara uğrayacağına dair makul, muhtemel ve ciddi bir gerekçe olup olmadığına dair inceleme yapmış olması, sanığın tanık sorgulama hakkı ile tanığın muhtemel ve ciddi tehlike altında bulunan hakları arasında bir dengenin kurulup kurulmaması ve bu şekilde dinlenen tanık ifadesinin ulusal/yerel mahkeme tarafından hüküm kurulurken dayanılan tek ve belirleyici delil olup olmaması dikkate alınmaktadır.

Adil yargılanma hakkının etkili biçimde sağlanması bir hukuk devletinin başlıca yükümlülüklerinden biridir. Bu yükümlülük hukuk devletine yalnızca negatif yükümlülük şeklinde değil aynı zamanda pozitif yükümlülük olarak da yüklenmektedir. Böylece kanun vb. gibi genel düzenlemelerin yanı sıra somut olay adaleti sağlanırken de bu düzenlemelere uyulmasının etkili biçimde yerine getirilmesi gerekmektedir. Nitekim AİHM de tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine dair vermiş olduğu kararlarda ulusal mahkemenin yapmış olduğu yargılamanın bütününe dikkate alınarak AİHS'in 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Tanık koruma tedbirleri kanunda da düzenlendiği üzere diğer suçlara görece daha ağır itham ve cezaları gerektiren suçlarda gündeme gelmektedir. Ancak söz konusu suçların bu denli ağırlığına rağmen AYM'ye yapılan bireysel başvurularda çoğunlukla yerel mahkemelerin AİHM ve buna paralel olarak AYM'nin yapmış olduğu değerlendirme doğrultusunda tanık koruma hususunda gerçek ve ciddi bir gerekçe araştırması yapmadan, doğrudan, gizli tanıklık veya huzurda hazır bulunması gerekenler hariç tutulmak üzere görüntü, ses, istinabe vb. yollarla tanık sorgulamaya devam ettiği görülmektedir. Ergenekon davası adıyla da bilinen süreçte gizli tanık beyanlarına dayalı olarak birçok mahkûmiyet kararına hükmedilmiş ve çalışmada da yer verildiği üzere daha yakın tarihli davalarda da benzer şekilde mahkûmiyet kararları verildiği ve bu davalardan kaynaklı olarak AYM'ye tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine dair halihazırda da birçok başvuru yapılmaya devam edilmektedir. Bu veriler ışığında AYM'nin tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine dair vermiş olduğu kararlar ve bu bağlamda yapmış olduğu değerlendirmeler yerel mahkemeler tarafından dikkate alınmamakta ve

sanığın tanık sorgulama hakkının tam anlamıyla yerine getirilmediği için adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Ayrıca tüm bunlara ek olarak AYM yapmış olduğu değerlendirmelerde sanığın tanık ifadelerine itiraz hakkının da tanığı sorgulama hakkına dahil olması gerekçesiyle etkili şekilde uygulanıp uygulanmadığı değerlendirmesini yapmaktadır. Bu açıdan sanığa tanık ifadesine karşı yalnızca itiraz hakkının kullanılmasını değil aynı zamanda sanığın yapmış olduğu itirazın sonucunda yerel mahkemenin itiraza ilişkin gerçek ve etkili bir araştırma yapıp yapmadığı da tanık sorgulama hakkının ihlal edilip edilmediğinin incelenmesinde dikkate alınmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akyazan, Ahmet Emrah** (2009) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yönelme, 1. Baskı, Ankara.
- Arslan, Mehmet** (2019) “Sanığın İddia Tanığını Sınama Hakkı Özellikle Tehlike Altındaki Gizli Tanık Meselesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C:21, Özel Sayı, s.813-860.
- Dönmez, Burcu** (2019) Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Soru (Doğrudan Soru Yönelme), 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Dönmez, Burcu** (2016) “AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması”, TBB Dergisi, S:127, s.121-156.
- Gemalmaz, Haydar Burak** (2004) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Soru”: Ünver, Yener (Editör), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Hancı, İ. Hamit/Çetin, Cem Mehmet/Hancı, Özlem** (2002) “Çapraz Soru”, Adli Bilimler Dergisi, C:1, S:2, s.27-35.
- Haydar, Nuran** (2019) Susma Hakkı, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- İnce Tunçer, Asuman** (2020) Yalan Tanıklık, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kara, Zeynel/Aksöz, Erkan** (2010) “Ceza Muhakemesi’nde Çapraz Soru Hakkında Alman Ceza Usul Kanunu ile Kısa Bir Karşılaştırma”, Fasikül Dergisi, S:9, s.33-35.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- Read, Frank Tom** (2015) Ceza Muhakemesinde Anlattırıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri, 2. Baskı, Ankara, İstanbul Barosu Yayınları.
- Şen, Ersan** (2014) “Gizli Tanıklık”, Nevşehir Barosu Dergisi, S:1, s.273-283.
- Taner, Fahri Gökçen** (2021) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Temiz, Yağmur** (2015) “Türk Hukukunda Çapraz Sorgu Tartışmaları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, s.299-332.
- Tezcan, Durmuş** (2001) “Ceza Davalarında Çapraz Sorgu”: Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.637-642.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin** (2017) Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Ünker, Pelin**, DeutscheWelle, “Adaletin Kör Noktası: Delil Yoksa Gizli Tanık Var!”, <<https://www.dw.com/tr/adaletin-k%C3%B6r-noktas%C4%B1-delil-yoksa-gizli-tan%C4%B1k-var/a-52783892>> s.e.t. 05.06.2021.
- Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer** (2016) Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yılmaz, Zehra** (2020) “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Doğrudan Soru Yönelme”, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

KARARLAR DİZİNİ**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

Al-Khawaja ve Tahery v. the United Kingdom, AİHM, Başvuru No: 26766/05, 222228/06, K.T. 15.12.2011.

Seton v. the United Kingdom, AİHM, Başvuru No: 55287/10, K.T. 31.03.2016.

Schatschaschwili v. Germany, AİHM, Başvuru No: 9154/10, K.T. 15.12.2015.

Hulki Güneş v. Turkey, AİHM, Başvuru No: 28490/95, K.T. 19.9.2003.

Huseyn ve diğerleri v. Azerbaijan, AİHM, Başvuru No: 35485/05, 45553/05, 35680/05, 36085/05, K.T. 26.07.2011.

Hümmer v. Germany, AİHM, Başvuru No: 26171/07, K.T. 19.07.2012.

Van Mechelen v. the Netherlands, AİHM, Başvuru No: 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, K.T. 23.04.1997.

Lüdi v. Switzerland, AİHM, Başvuru No: 12433/86, K.T. 15.06.1992.

Delta v. France, AİHM, Başvuru No: 11444/85, K.T. 19.12.1990.

Balta ve Demir v. Turkey, AİHM, Başvuru No: 48628/12, K.T. 23.06.2015.

Albert ve Le Compte v. Belgium, AİHM, Başvuru No: 7299/75, 7496/76, K.T. 10.02.1983.

Campbell ve Fell v. the United Kingdom, AİHM, Başvuru No: 7819/77, 7878/77, K.T. 28.06.1984.

Bricmont v. Belgium, AİHM, Başvuru No: 10857/84, K.T. 07.07.1989.

Kostovski v. the Netherlands, AİHM, Başvuru No: 11454/85, K.T. 20.01.1989.

Saidi v. France, AİHM, Başvuru No: 55/1996/674/861-864, K.T. 20.09.1993.

Artner v. Austria, AİHM, Başvuru No: 39/1991/291/362, K.T. 28.08.1992.

Bönisch v. Austria, AİHM, Başvuru No: 8658/79, K.T. 06.05.1985.

Brandstetter v. Austria, AİHM, Başvuru No: 11170/84, 12876/87, 13468/87,
K.T. 28.08.1991.

Doorson v. the Netherlands, AİHM, Başvuru No: 20524/92, K.T. 26.03.1996.

S.N. v. Sweden, AİHM, Başvuru No: 34209/96, K.T. 02.07.2002.

Süleyman v. Turkey, AİHM, Başvuru No: 59453/10, K.T. 17.11.2020.

Ürek and Ürek v. Turkey, AİHM, Başvuru No: 74845/12, K.T. 30.07.2019.

Sepil v. Turkey, AİHM, Başvuru No: 17711/07, K.T. 12.11.2013.

Burak Hun v. Turkey, AİHM, Başvuru No: 17570/04, K.T. 15.12.2009.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Bireysel Başvuru

Nurcan Gülabi Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2015/15355, K.T. 23.05.2018.

Abdurrahim Balur Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/5467, K.T. 07.01.2016.

Az. M. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/560, K.T. 16.04.2015.

Ali Rıza Telek Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/2630, K.T. 30.12.2014.

Atila Oğuz Boyalı Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/99, K.T. 20.03.2014.

H.T. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2017/32857, K.T. 17.06.2020.

Mesut Çeki Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/6944, K.T. 24.03.2016.

Sebahat Tuncel Başvurusu (2), AYM, Başvuru No: 2014/1440, K.T. 26.02.2015.

Sencer Başat ve diğerleri Başvurusu [GK], AYM, Başvuru No: 2013/7800, K.T. 18.06.2014.

Emsan Öner Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/1504, K.T. 03.02.2016.

Baran Karadağ Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/12906, K.T. 07.05.2015.

Zekeriya Sevim Başvurusu, Başvuru No: 2018/18989, K.T.16.06.2021.

Onur Urbay Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/6222, K.T. 06.03.2019.

Somut Norm Denetimi

AYM, E: 2008/12, K: 2011/104, K.T: 16.06.2011.

İDARE VE MÜKELLEF BAĞLAMINDA BELÇİKA VERGİ HUKUKUNDA VERGİ DENETİMİ*

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ**

ÖZET

Vergi, devletlerin kamu gereksinimlerini karşılamak amacıyla egemenlik gücünü kullanmak suretiyle gerçek ve tüzel kişilerden karşılıksız ve kanunlara dayalı olarak aldığı ekonomik değerler olarak tanımlanmaktadır. Çağdaş vergi sistemlerinin temelini beyan esaslı oluşturmakta ve mükellefler vergiye tabi gelirlerini beyan etmektedirler. Ancak vergilerin karşılıksız olması nedeniyle bazı mükelleflerin gelirlerinin beyanında dürüst olmama eğiliminde olabildiği gözlemlenmektedir. Bu noktada vergi tahsilatının tam ve zamanında yapılabilmesi için mükellef beyanlarının denetlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Vergi denetimi mükelleflerin vergi ödevlerini tam olarak yerine getirip getirmediğini tespit etmek amacıyla devlet tarafından düzenli olarak yapılan faaliyetleri içermektedir. Bu bağlamda, çalışmamızda Belçika'daki vergi denetimi uygulamaları hakkındaki genel bilgilere değinilerek, konu idare ve mükellef ilişkisi çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmanın amacını ülkemizde fazlası ile incelenen vergi denetimi müessesesini Belçika mevzuatı ve yüksek mahkeme kararları ile değerlendirerek vergi denetimi uygulamaları hakkında bilgi vermek oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Denetimi, Mükellef, Belçika'da Vergi Denetimi, Bilgi Toplama, İdareyle İş Birliği.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1124605 – Geliş Tarihi: 01.06.2022 – Kabul Tarihi: 29.07.2022.

** T.C. Brüksel Büyükelçiliği Eğitim Müşaviri/ Turkish Embassy in Brussels Education Counselor, neslihankaratas@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-2277-5881.

TAX AUDIT IN BELGIUM IN THE CONTEXT OF THE TAX ADMINISTRATION AND TAXPAYERS

ABSTRACT

Tax can be defined as the unrequited and legal economic values which the state collects from the natural and legal persons, on the basis of the sovereign right of the state, with an aim to meet the public expenditures. According to the principle of statement, which forms the basis of modern tax systems, the taxpayers declare their taxable incomes themselves. However, it is observed that some taxpayers may tend not to be honest in the declaration of their income due to the fact that the taxes are unrequited. At this point, it is necessary to supervise the taxpayers' declarations so that the tax collection can be done in full and timely manner. Tax audit involves the activities regularly carried out by the state in order to identify whether the taxpayers fully perform their tax duties. In this context, in the study, general information about the tax audit practices in Belgium is discussed and the subject was examined within the framework of the relationship between the management and taxpayer. The aim of the study is to provide information about the tax inspection practices by examining the tax inspection institution examined in our country with the Belgian legislation and the Supreme Court Decisions.

Keywords: Tax Auditing, Taxpayer, Tax Auditing in Belgium, Information Collection, Cooperation with the Administration.

GİRİŞ

Vergi, devletin faaliyetlerini gerçekleştirirken ihtiyaç duyduğu finansmanı elde edebilmek için kullandığı başlıca enstrümandır. Verginin zamanında ve eksiksiz olarak tahsil edilmesi için idare gerekli düzenlemeleri yapmak, mükellefler de bunlara uymakla yükümlüdür. Vergilendirme ilişkisinde idare her ne kadar kamu gücünü kullanabilmesi ile baskın olan taraf olarak ifade edilse de hukuk devleti içerisinde idarenin de uymakla mükellef olduğu bazı temel kurallar bulunmaktadır. Bu kapsamda, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler bunların başında yer almakta ve hukukun her dalının kendine özgü yapısı gereği birtakım özel durumlar da karşımıza çıkabilmektedir. Vergi hukuku da bu özellikli durumlar arasında yer almaktadır. Vergi hukuku, kamu yararı ile bireysel haklar arasında, devletin düzgün işleyişinin sağlanması için, vergi tahsilatının adil bir şekilde güvence altına alınarak kamu politikalarının gerçekleştirilmesi zorunluluğu ve hukukun üstünlüğü, vatandaşların mülkiyet, özel hayatın gizliliği yahut adil yargılanma hakkı gibi temel haklarına saygı gösterme yükümlülüğü arasında var olan denge üzerine inşa edilmiştir¹.

Vergi denetimi, verginin usulüne uygun olarak tahsil edilmesinde önemli bir role sahiptir. Vergilendirme sürecinde devletin diğer bir ifadeyle idarenin uyması gerekli olduğu kurallar bulunmaktadır. Verginin usulüne uygun tahsilinin sağlanmasında ve mükelleflerin beyanları ile tahsil edilen verginin birbiriyle uyumunun kontrolü olan vergi denetiminde temel prensip niteliğindeki vergi hukukunun ilkelerine uyulması gerekir. Vergi denetiminin kendinden beklenen mali, hukuki ve sosyal amaçlarını² yerine getirebilmesi idarenin ve mükelleflerin üzerlerine düşen yükümlülüklere uymaları ile mümkündür. İlgili kurallara riayet edilmemesi durumunda yapılan idari

¹ **Traversa, Edoardo/ Franssen, Christophe** (2015) “Contrôle et pouvoirs d’investigation en matiere d’impôts sur les revenu” Delveaux, Gérard (Editör) Le Contrôle Fiscal, Aspects pratiques et actualites, 1. Baskı, Limal, Louvain-la-Neuve, Anthemis, s.9.

² Vergi denetiminin amaçları ile ilgili olarak bkz. **Karataş Durmuş Neslihan& Arıtı Erdem, İmran** (2020) “Tax Edit Reform in Turkey” Akdemir Tekin/ Kural Halis “Public Financial Management Reforms in Turkey: Progress and Challenges”, Volume 1, Springer, Singapore, s.40-41.

işlemin geçersiz sayılması söz konusu olabildiği gibi yapılan ihlalin niteliğine göre çeşitli yaptırımlar da gündeme gelebilir.

Çalışmamızda Belçika vergi hukuku kapsamında vergi idaresi ile mükellef ilişkisi çerçevesinde vergi denetimi konusu incelenecektir. Karşılaştırmalı bir çalışma olmaması sebebiyle açıklamalarımızda Türk vergi hukukunda geçerli olan vergi denetim yöntemleri³ ile özellikle vergi incelemelerinde uyulması gerekli usul ve esaslara⁴ değinilmeyecektir. Buna karşılık Belçika sisteminde geçerli olan denetim yöntemleri açıklanırken Türk vergi hukukunda geçerli olan denetim yöntemlerinden hangisinin karşılığı olduğu başlık olarak belirtilecektir. Buna göre öncelikle Belçika vergi hukukunda uygulanmakta olan vergi denetim yöntemlerinde geçerli olan kurallar anlatılacak ardından da her bir denetim yöntemi çerçevesinde mükelleflerin ve idarenin hak ve yükümlülüklerinden bahsedilecektir. Mükellef haklarının ihlali ile idarenin yetki aşımında bulunmaması tüm açıklamalarımızın hareket noktası olacaktır.

I. İŞ BİRLİĞİ KURALI VE DENETİM YETKİSİNİN SINIRI

Denetim Latince “*audit*”⁵ olarak ifade edilmekte olup, genel olarak bir işin ya da görevin usulüne uygun yürütülüp yürütülmediğini anlamak için yapılan araştırma, teftiş, murakabe ve kontrol olarak da ifade edilmektedir.

Türk vergi hukukunda olduğu gibi Belçika vergi kanunlarında da vergi denetiminin bir tanımı yapılmamış olup, 1992 tarihli Gelir Vergileri Kanununun

³ Vergi Usul Kanununun 127 ila 152/A maddelerinde vergi denetim yöntemleri düzenlenmiştir. Maddelerin içeriğinde hangi yöntemin ne zaman ve ne şekilde uygulanacağı ile ilgili düzenlemeler her denetim yöntemine göre tek tek açıklanmıştır. Ancak bu yöntemlerin uygulama usul ve esaslarıyla ilgili idare tarafından yapılmış ikincil düzenlemeler de mevcut olup denetim elemanlarının ve mükelleflerin hak ve yükümlülükleri buralarda da belirtilmiştir.

⁴ Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, <www.mevzuat.gov.tr> s.e.t. 15.07.2022.

⁵ Latince *audire* "dinlemek" fiilinden üretilmiştir. <<https://www.etimolojiturkce.com/arama/audit>> s.e.t. 09.04.2022.

(*Code des Impôts sur les Revenus- CIR 92*⁶) 315 ila 338 quarter maddeleri arasında vergi denetimi süreçleriyle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Kanunun ilgili kısmında⁷ yasa koyucunun kullandığı dile bakıldığında bölüm başlığının inceleme ve denetim (*Investigation et contrôle*) şeklinde yazıldığı görülmektedir. Alt başlıklarda ise konu öncelikle yükümlülükler ekseninde açıklanmış olup daha sonrasında idarenin uyması gerekli usul kuralları ve uluslararası vergi denetimi hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre vergi incelemesi ve vergi denetimi bölümünde sırasıyla mükelleflerin yükümlülükleri, üçüncü kişilerin yükümlülükleri, kamu kurumları ile diğer kurum ve kuruluşların yükümlükleri, tüm vergilere yönelik genel düzenlemeler⁸, vergi mahremiyeti⁹ ve uluslararası bilgi değişimi şeklinde alt başlıklara göre maddeler düzenlenmiştir.

Gelişmiş birçok ülkede kabul edilmiş olan, mükellefe güvene dayalı¹⁰ olan beyan esasında mükellefler elde ettikleri gelirleri kanun ve ikincil düzenlemelere uygun olarak idareye bildirmek zorundadırlar. Mükellef kendi

⁶ Belçika 1992 tarihli Gelir Vergileri Kanunu çalışmamızda bundan sonra CIR 92 olarak kullanılacaktır.

⁷ Belçika Gelir Vergisi Kanunu on (10) ana başlık olarak sınıflandırılmıştır. Vergi Denetimi ile ilgili kısım yedinci bölümde “Vergi İdaresi ve Verginin Tahsili” başlığının üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Belçika’nın federal yapıda olması ve bölgelerin özellikleri gereğince bazı maddelerdeki düzenlemelerde bölgesel olarak değişik uygulamalar olabilmektedir. Bu kapsamda herhangi bir madde ile ilgili düzenlemeye bakarken mükellefin tabi olduğu bölgeye göre farklı bir hüküm olup olmadığına göre işlem yapılması gerekebilmektedir. Buna göre 1992 tarihli Gelir Vergileri Kanunu (CIR 92) kapsamında Brüksel Başkent Bölgesi, Flaman Bölgesi, Valon Bölgesi şeklinde farklı madde düzenlemeleri bulunmaktadır. Ancak bir maddenin alt kısmında bölgesel olarak başka bir düzenleme yer almıyorsa bu durumda madde hükmü tüm ülke genelinde aynı şekilde uygulanacak olarak değerlendirilir. Şayet maddede bir hüküm yer almakla birlikte alt kısmında bir bölge için özel düzenlemeler var ise bu durumda madde hükmü diğer bölgeler için geçerlidir.

⁸ Vergi denetimi yapmaya yetkili personellerin denetim yapabileceği vergiler hakkında hükümler içermektedir.

⁹ Vergi denetim elemanlarının denetimler esnasında sahip oldukları bilgileri saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir.

¹⁰ **Akdoğan, Abdurrahman** (2017) Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 13. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 107.

durumunu en iyi bilendir düşüncesinden¹¹ hareketle getirilmiş olan bu sisteme göre, Belçika'da geçerli olan ilk görünüş karinesi gereğince mükellefin beyan etmiş olduğu bilgiler aksi idarece kanıtlanıncaya kadar (CIR 92, m. 339) doğru kabul edilir.

Her ne kadar bu karineden mükellefler yararlanıyor olsa da mükellefin beyanının aksini idare elde etmiş olduğu bilgiler ve yapmış olduğu denetimler vasıtasıyla ispatlayabilmektedir. Bunun bilincinde olan mükellefler de beyanlarını gerçeğe uygun olacak şekilde yapmak yükümlüğünün farkında olarak hareket etmektedirler. Fakat bu farkındalığın tüm mükelleflerde olabilmesi için vergi denetimlerinin etkin olarak yapılıyor olması gerekir. Etkin ve yaygın şekilde yapılan vergi denetimleri sayesinde mükelleflerin kayıt dışına çıkardıkları gelirleri tespit edilebilmektedir¹².

Mükelleflerin beyanlarının ve bildirimlerinin doğruluğunu kontrol etme şekli olan vergi denetimi belirli bir süreci kapsar ve bu esnada da idarenin ve mükelleflerin uymaları gerekli bazı usul kuralları vardır. Vergilendirme sürecinde mükellef ile idare arasında idare güçlü taraf olup genel kural olarak da denetim ile ilgili olarak da çok geniş yetkilerle¹³ donatılmıştır. Bunun en başında idarenin denetim yetkisinin varlığı ve bu yetkinin sınırları yer almaktadır. Denetimin kim veya kimler tarafından yapılacağı, denetimlerin hangi zaman aralığında, nerelerde ve nasıl gerçekleştirileceği gibi kurallar idarenin yapacağı iş ve işlemlerdeki yetkisinin sınırını çizmektedir.

Bununla birlikte mükellefin denetim sürecine katkısının nasıl olacağı, idarenin taleplerine karşı nasıl davranması gerektiği, ve istisnaları olmakla birlikte, idare ile iş birliği içerisinde hareket etme zorunluluğu¹⁴ denetim sürecinin en hassas konularındandır. Belçika vergi hukukunda idare ile mükellefin yapıcı bir iletişim ve iş birliği içinde olması temel prensibi kabul edilmiştir. Böylece ikili iş birliği sayesinde idarenin yetki aşımının veya karşılıklı

¹¹ **Önen, Z. Sacit** (2017) Genel Vergi Hukuku, Ankara, Detay Yayıncılık, s.101.

¹² **Karataş Durmuş/Arıtı Erdem**, s. 40.

¹³ **Afschrift, Thierry** (2006) "Le role du fisc dans la procédure fiscale" Revue Générale du Contentieux Fiscal, 2006/5, s.300.

¹⁴ **Bours, Jean-Pierre** (2013) "Le droit du contribuable à l'information", Alabaster-IFA1938-2013, Limal, Louvain-la-Neuve, Anthemis s. 300.

yanlış anlaşılmanın da önüne geçilmiş olmaktadır. Böylece her iki taraf için de risk oluşturan bazı davranışların yapılması engellenebilmektedir.

Birçok ülkede olduğu gibi Belçika vergi hukukunda da elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde beyan esaslı geçerli olup, mükelleflerin verdikleri bilgilere ve idare ile yaptıkları iş birlikleri temelinde vergilendirme işlemleri yapılmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak CIR 92, m.305 ve devamındaki düzenlemeler gereğince mükelleflerin gelirlerini yıllık olarak doldurdukları beyannameler ile vergi idaresine bildirmeleri gerekir. Böylece mükellefler beyannamelerinde kendileriyle ilgili özel bilgileri¹⁵, gelirlerini, gelirlerinin kaynağını, medeni hallerini, mal varlığını, yurt içi ve yurt dışındaki banka hesaplarını, yurt içi veya yurt dışındaki şirketlerdeki hayat sigortalarının var olup olmadığı gibi bilgileri idareye bildirmektedirler. Bu bilgiler de CIR 92, m.339 hükmü gereğince aksi idarece ispat edilene kadar doğru kabul edilmektedir.

Belçika vergi hukukuna göre, denetim sürecinde mükelleflerin idare ile iş birliği çerçevesinde hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Mükellefler, kendileriyle ilgili verginin hesaplanabilmesi için idarenin istemiş olduğu defter ve belgeleri (CIR 92, m.315), elektronik defterleri (CIR 92, m.315bis) sunmak zorunda oldukları gibi idarenin sorularını cevaplandırmak, yeri geldiğinde iş yerini gezmelerine de imkân tanımak (CIR 92, m.319) zorundadırlar. Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen mükellefler hakkında idari ve cezai yaptırımlar uygulanabildiği gibi re'sen vergilendirme (CIR 92, m.351) işlemleri de yapılabilmektedir. Belçika vergi hukukunda idari yaptırımlardan kastedilen mükelleflerin birtakım yükümlükleri yerine getirmemeleri veya geç getirmeleri sebebiyle idarenin uygulamış olduğu yaptırımlardır. CIR 92, m.344 ve 345'teki düzenlemeler bu kapsamdadır. CIR 92, m.444'te verginin artırılması şeklinde uygulanan yaptırımda mükelleflerin beyannamelerini vermemeleri, geç

¹⁵ Maliye Bakanlığı mükelleflerle ilgili elde etmiş olduğu verileri nasıl koruduğunu, bunlarla ilgili olarak kişilerin başvuru haklarının neler olduğunu ve elde edilen verilerin hangi amaçlarla kullanılacağını kendi internet sitesinde mükelleflere duyurmaktadır. Bu konuda Bakanlığın hazırladığı detaylı bilgi için bkz. "Déclaration en matière de protection de la vie privée" <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 15.02.2022.

vermeleri¹⁶, eksik vermeleri veya yanlış vermeleri durumunda ödenmesi gereken verginin tutarında artırım yapılmasını düzenlemektedir. Kral tarafından daha önceden belirlenmiş olan listedeki fillere göre artırılacak olan tutar %10 ile %200 arasında değişebilmektedir. Mükellefin kötü niyetli olmaması durumunda hakkında uygulanacak olan artırım %10 oranında indirilir. Bununla birlikte 445. maddede ise mükelleflerin CIR 92’de düzenlemiş olan yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaları durumunda idarenin idari para cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Bu para cezalarının tutarları da aynı şekilde Kral tarafından daha önceden belirlenmiş listedeki fiillere göre değişebilmekte olup bu tutar 50 euro’dan 1250 euro’ya kadar çıkabilmektedir. Cezai yaptırımlar için de CIR 92, m. 349’ta belirtilmiş olan fiillerin gerçekleştirilmesi neticesinde ortaya çıkan vergi suçlarına karşılık verilen hapis ve para cezaları örnek olarak gösterilebilir. Bu maddeye göre mükelleflerin yapmış oldukları fiillere¹⁷ göre sekiz günden beş yıla kadar hapis cezaları verilebileceği gibi 250 euro’dan 500.000 euro’ya kadar para cezaları da uygulanabilmektedir.

Bu yaptırımlar mevcut olmakla birlikte mükellefler her zaman iş birliğine yanaşmayabilmektedir. Bu durumda idare farklı yöntemlerle bilgi toplama yetkisine de sahiptir¹⁸.

Mükellefin idare ile iş birliği içinde olması yükümlülüğü sadece idari işlemler esnasında değil cezai işlemler diğer bir ifadeyle vergisel anlamda yapılan soruşturmalar kapsamında da bulunmaktadır. Vergi kaçakçılığı ile ilgili bir soruşturma esnasında idare ile iş birliğine yanaşmayan mükellef hakkında re’sen vergilendirme yapılabileceği gibi bu konuda aksini ispat külfeti de

¹⁶ Tribunal de Première Instance de Bruges, 03.01.2022, n° 20/2348/A. İlgili kararda Bruges Sulh mahkemesi 31 Ekim 2018 Tarihine kadar verilmesi gerekli olan vergi beyannamesinin 22 Kasım 2018 tarihinde verilmiş olması durumunda zamanında verilmiş bir beyanname olmadığından hareketle beyannamenin verilmemiş gibi değerlendirileceği ve 444. maddeye göre işlem yapılması gerektiği şeklinde karar vermiştir. Konuyla ilgili olarak Belçika Yargıtay’ının benzer görüşü için bkz. Cour de Cassation, 03.12.2021, n° F.21.0059.F.

¹⁷ Hileli işlemler yapma veya vergi ödemeyerek veya az ödeyerek zarar verme niyeti, ağır vergi kaçakçılığı fiillerine göre verilecek olan hapis cezası değişebilmektedir. Yapılan fiillerin organize şekilde olup olmasının bazı durumlarda herhangi bir farkı olmayabilmektedir.

¹⁸ Finansal kurum ve kuruluşlardan veya yabancı ülke vergi dairelerinden bilgi talep edilmesi mümkün olabileceği gibi yeri geldiğinde mükellefle iş ilişkisi içinde olan üçüncü kişilerden de bilgi talep etmesi söz konusu olabilir.

mükellefe aittir (CIR 92, m. 351). Bu durumdaki mükellefler hakkında idari cezalar (CIR 92, m.445) uygulanması da gündeme gelebilmektedir. Brüksel Sulh Mahkemesi¹⁹ konuyla ilgili vermiş olduğu kararında idarenin vergilendirilecek gelirin tespiti açısından vergi beyannamesinde belirtilen durumlarla ilgili olarak ilave bilgi talebine istinaden idareyle iş birliğine yanaşmayan mükellef hakkında idarenin re'sen vergilendirme yapılabileceği²⁰, aynı şekilde bu tür davranışlar içine giren mükellefe idari ceza uygulanabileceği²¹ yönünde karar vermiştir.

Mükellefe, idare ile iş birliği içinde hareket etme yükümlülüğü getirilmiş olmasına rağmen uygulamada her zaman karşılığını bulamamaktadır. Mükellefin cezalandırılma riski karşısında susma hakkını kullanması, özel hayatına saygı duyulmasını isteme hakkını ileri sürmesi bir anlamda denetim yetkisinin ve mükellefe müdahale edememe durumunun sınırını oluşturmaktadır. Fakat bu sınır her zaman sarih olarak belirlenememekte, idare zaman zaman yargı kararları vasıtasıyla kendine bir yol bulmaya çalışmaktadır²². Ancak bu konuda doktrinde işbirlikçi vergi mükelleflerinin bilgi talebinin tamamına veya bir kısmına yanıt vermemek için sessiz kalma hakkı (susma hakkı) gibi bir savunmaya çok nadiren eğilim göstereceğini savunan görüşler²³ de bulunmaktadır. Konu bu açıdan değerlendirildiğinde idare ile iş birliği içerisinde olmak ile susma hakkını kullanmak arasındaki sınırın her olay bazında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü her ne kadar mükellefe idare ile iş birliği içinde hareket etme yükümlülüğü

¹⁹ “Tribunal de première instance” Türkçe karşılığı olarak sulh mahkemeleri olarak ifade edilmektedir. Belçika'nın Fransız bölgesinde 12 ayrı bölgede kurulmuş toplam 13 sulh mahkemesi bulunmaktadır. Hukuk, ceza, aile, gençlik(çocuk) ve cezaların uygulanmasıyla ilgili mahkemeler olarak farklı yetkileri bulunmaktadır. Vergi ile ilgili davalar hukuk mahkemelerinin yetkisine girmektedir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. <<https://www.tribunaux-rechtbanken.be/fr>> s.e.t. 15.01.2022.

²⁰ Tribunal de première instance de Bruxelles, 16.12.2019, n°: 2017/3213/A, Le Courrier Fiscal 2020/121-123, Wolters Kluwer.

²¹ Tribunal de première instance de Bruxelles, 29.06.2017, n°: 03/4738/A <www.fisconet.be>.

²² **D'Otreppe de Bouvette, Tristan** (2016-2017) “ Le droit au respect de la vie privée lors d'un contrôle de l'administration fiscale” (Yüksek Lisans Tezi), Katolik Louvain Üniversitesi (UCL), s. 12.

²³ **Traversa/ Franssen**, s. 27.

getirilmişse de idarenin de kendisine tanınan vergi denetim yetkisinin dışına çıkmaması gerekir.

İdareye tanınan vergi denetim yetkisi sanılanın aksine sınırsız değildir. İdare öncelikle vergi hukukunun temeli olan kanunilik ilkesine riayet etmek zorundadır. Kanunun açıkça belirtmiş ve sınırlarını çizmiş olduğu yetki kapsamında idare vergi denetimi yapabilir. Yapılan denetimlerde kamu yararı olduğu iddiası ileri sürülse dahi, idare kendisine tanınan yetkinin dışına çıkarak vergi denetimi yaparsa bu durumda yapılan işlem yetki aşımı (*excès de pouvoir*) olarak nitelendirilir.

Vergi denetimi yapılırken bilgi toplanması ve mükelleflerle iletişime geçerek bir takım bilgi ve belgeler talep edilmesi idarenin kendisine tanınan yetkinin kapsamındadır. Ancak bu yetkinin sınırları da kanunla ve sair mevzuat ile çizilmiş olup idarenin bunlara uygun hareket ederek usulüne göre denetimleri yapması gereklidir.

İdarenin usulü açıdan ilk olarak dikkat etmesi gereken husus, CIR 92, m.354'te belirtilen denetimlerin yasal süresi içerisinde yapılıp yapılmadığıdır. Buna göre temel kural, vergi denetimi gelirin elde edildiği takvim yılını takip eden üç vergilendirme yılı²⁴ içerisinde yapılmalıdır. Ancak mükellefin vergi kaçakçılığı yaptığına dair emareler olduğu durumlarda denetim yedi vergilendirme yılı içerisinde de yapılabilir. Örneğin, 2022 yılı gelirleriyle ilgili olarak kural olarak vergi idaresi 31.12.2025 tarihine kadar denetim yapabilecekken, kaçakçılık yapıldığına dair emareler olduğunda 31.12.2029 tarihine kadar denetim yapılabilir. Bu süreler idare açısından zaman aşımı süresi diğer bir ifade ile hak düşürücü süreler niteliğinde olduğu için sürenin sona ermesi halinde mükellef hakları açısından ciddi anlamda bir koruma sağlamaktadır. Süreler geçtikten sonra idarenin herhangi bir tarhiyat işlemi yapması mümkün değildir. Aksi halde yapılan işlem geçersiz olur.

²⁴ Belçika vergi hukukunda “vergilendirme yılı” olarak kullanılan ifade gelirin elde edildiği yılı takip eden yıl için kullanılan bir terimdir. Örneğin 2022 vergilendirme yılından kastedilen 2021 yılı gelirlerinin verilebileceği yıl olup 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren başlamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <www.finances.belgium.be/fr> s.e.t. 10.01.2022.

Süre²⁵ ile ilgili kısıtlamanın yanında idarenin denetim esnasında uyması gerekli başka usul kuralları da aynı şekilde denetim yetkisinin sınırsız şekilde uygulanamayacağını göstergesidir. Herhangi bir belge alınması için tutanak düzenlenmesi gerektiği durumlarda ilgili tutanağın usulüne uygun şekilde düzenlenmesi, iş yerini belirli zaman aralıklarında ziyaret edebilecek olması, mükellef ile ilgili olarak üçüncü kişilerden belirli şekilde bilgi alabilmesi²⁶ gibi kurallar bunlardan bazılarıdır. Bu kurallara riayet edilmemesi halinde idarenin yapmış olduğu işlemlerde yetki aşımı sebebiyle işlemlerin sakat/geçersiz olması gibi durumlarla karşı karşıya kalınabilir.

İdareye getirilmiş olan bu yükümlülükler idarenin keyfi davranmasının önüne geçebildiği gibi verginin tahsilinde kamu yararı ile mükellef haklarının dengeli olmasına da katkı sağlamaktadır.

II. VERGİ DENETİM YÖNTEMLERİNİN UYGULANMASI AŞAMASINDA İDARE VE MÜKELLEFLERİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Belçika vergi hukukunda mükellefler çeşitli yöntemler kullanılarak vergi denetimine tabi tutulmaktadır. İdare mükellefin beyanlarının gerçeği yansıtmadığını kontrol etmek için mükelleften veya üçüncü kişilerden bilgi talebinde bulunabilir, mükelleflerden defter ve belgelerini ibraz etmesini isteyebilir veya mükelleflerin iş yerlerine giderek yerinde denetim yapabilir. Bu yollardan hepsine tek bir mükellef nezdindeki denetimde başvurabileceği gibi herhangi bir yolu kullanarak da sonuca ulaşması söz konusu olabilir. İdare mükellefin beyannamesi üzerinde kontrol yaparken mükellefin yapmış olduğu birtakım maddi hataları, örneğin hesap hatasını, mükellefe sormaksızın re'sen düzeltebilir. Ancak bunun dışındaki durumlarda mükelleflerin vergisel durumlarını net olarak ortaya çıkarabilmek için ek bilgi talebinde bulunabilir. Bu bilgi talepleri telefonla iletişime geçerek yapılabileceği gibi yazılı şekilde de gerçekleştirilebilir. Bazı durumlarda da idare mükellefin bazı belgeleri

²⁵ CIR 92, m.358'de Kanun Koyucu bazı özel durumlara yönelik olarak sürenin uzatıldığı haller düzenlenmiştir.

²⁶ Bu sınırlamaların bir kısmı çalışmanın ikinci bölümünde yer alan denetim yöntemleri kapsamında açıklanacaktır.

hazırlayarak vergi dairesine gelmesini de talep edebilmektedir. Zaman zaman da mükellefin iş yerine gelerek birtakım denetim faaliyetlerinde bulunabilir. Buna göre Belçika vergi hukukunda vergi denetiminin üç yöntem kullanılarak yapıldığını belirtmek gerekir. Bunları Türk vergi sistemindeki vergi denetim yöntemlerine benzer şekilde şu şekilde sıralamamız mümkündür:

- Mükelleflerden veya üçüncü kişilerden bilgi talep edilmesi (Bilgi toplama)
- Mükellefin iş yerine yapılan ziyaret (Yoklama)
- Defter ve belgelerin incelenmek üzere talep edilmesi (İnceleme)

İdare her olayın durumuna göre, şayet mükellefin beyanlarında eksiklik veya hata olması halinde, mükelleften ek bilgi isteyebilir. Elde ettiği verilerden sonra mükelleften defter ve belgelerini sunmasını talep edebilir. Bu inceleme işlemi kural olarak defterlerin olduğu yerde yapılacak olmakla birlikte uygulamada idarede de yapıldığı bilinmektedir. Mükellefin durumuna göre denetim elemanlarının mükelleflerin iş yerlerine gitmesi her zaman mümkün olup bazı verileri iş yerinde görerek de denetleme diğer bir ifadeyle yoklama yapılabilmektedirler. Ancak olayın niteliğine göre idarenin defter ve belgeleri istemeksizin doğrudan mükellefin iş yerine gitmesi de mümkündür. Özellikle vergi kaçakçılığı yapıldığına dair güçlü emarelerin olması durumunda veya ihbar halinde idare mükellefin işyerinde doğrudan habersiz giderek de denetim işlemlerini yerine getirebilmektedir.

Çalışmamızda bu üç denetim yönteminin uygulanması esnasındaki usul kuralları mükellefler ve idarenin hak ve yükümlülükleri çerçevesinde açıklanacaktır.

A. MÜKELLEFTEN VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEN BİLGİ TALEP EDİLMESİ (BİLGİ TOPLAMA)

Mükellefler CIR 92'nin 316. maddesi gereğince idarenin bilgi taleplerine cevap vermek zorundadırlar. İdare bilgi talebini yazılı veya sözlü olarak iletebilir. Uygulamada idare daha çok talebini yazılı olarak yapmakta olup, sözlü talepler yazılı taleplere verilen cevaplarla ilgili birtakım aydınlatıcı ilave bilgilere ihtiyaç duyulduğunda başvuru bir yöntemdir.

Talep edilen bilgiler mükelleflerin mali durumlarına ilişkin olabileceği gibi elde etmiş oldukları her kategorideki gelirlerle ilgili de olabilir²⁷. İdare yazılı talepte bulunduğu mükelleften hangi bilgileri istediğine dair hazırladığı belgeyi üç nüsha olarak düzenlemek durumundadır. Belgenin orijinal nüshasının ve bir örneğinin mükellefte kalması ve üzerinde “*mükellefte kalacak örnektir*” ibaresinin olması gerekir. Bir nüshası da idarede kalır. Şayet idare bilgi talebinde bulunurken bu usul kuralına uymazsa yapılan işlemler geçersiz olur²⁸.

Yukarıda da değinildiği üzere, mükellef kendisinden istenilen bilgileri, bilgi talebinin gönderildiği tarihi takip eden üçüncü iş gününden itibaren bir ay içinde yazılı olarak cevaplandırmak zorundadır²⁹. Her olayın durumuna göre mükellef gerekçesini sunmak şartıyla sürenin uzatılması talebinde bulunabilir ama sürenin uzatılması konusunda idarenin takdir yetkisi vardır. Uygulamada, idare süre uzatma talebi gerekçelerini yorumlarken esnek davranmaktadır. Örneğin, mükellefin ağır hastalığı, talep edilen bilginin karmaşık olması veya üçüncü kişilerden de bir takım belge alınması gibi durumlarda süre uzatımı kararı verebilmektedir.

Bilgi talepleri öncelikle mükelleflerin yapmış oldukları vergi beyannameleri ve bunların ekleriyle ilişkili olmaktadır. İdare bunların incelenmesinden sonra hala bir takım belge ve bilgiye ihtiyaç duyarsa o zaman CIR 92, m. 315 ve 315bis’deki usul kurallarına uygun olarak defter ve belgelerin verilmesini talep edebilir. İdarenin vergi beyannameleri kapsamında mükelleften istemiş olduğu bilgilere zamanında cevap verilmesi gerekir. Mükellefin beyanları ilgili olarak istenilen ilave bilgileri vermeyip susma hakkını kullanması olayın niteliğine göre farklı değerlendirilebilecek olmakla birlikte, yargıda her zaman olumlu karşılık bulmayabilmektedir. Konuyla ilgili olarak Brüksel Sulh Mahkemesine intikal eden olayda mükellefin Lüksemburg’daki banka hesap bilgileri ile ilgili olarak bilgi talep edilmiş olmasına karşı mükellefin susma hakkını kullanma savunmasında

²⁷ Commentaire de l’article 316 du CIR 92, n°316/2. <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 11.01.2022.

²⁸ Commentaire de l’article 316 du CIR 92, n°316/8. <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 11.01.2022.

²⁹ **Traversa/ Franssen**, s. 22.

bulunmasında haklı olmadığı; idarenin vergi beyannamesindeki bilgilerle ilgili ilave bilgi talebinde bulunabileceği, istenilen bilgilerin verilmemesi durumunda da idari ceza uygulanabileceği sonucuna varılmıştır³⁰.

İdarenin mükelleften istediği bilgilerin vergilendirme işlemi ile ilgili olması gerekmektedir. Her ne kadar vergi beyannamelerinde özel hayatla ilgili birçok veri idareye bildirilse dahi, idarenin istediği bilgilerin vergilendirilecek gelirin tespiti ile ilişkili olması genel olarak kabul edilmektedir. Ancak bunun aksine, konuyla ilgili olarak doktrinde mükellefin kendisinden istenilen bilgi taleplerinin özel hayatına müdahale niteliğinde olduğunu değerlendirmesi halinde idareye cevap vermek zorunda olmadığını; böyle bir durumda CIR 92, m.351 gereğince resen vergi tarhı ile karşı karşıya kalabildiğini, fakat resen vergilendirme yapıldığında ispat külfetinin idarede olduğunu³¹, mükellefin de ispat külfeti ile ilgili kuralın ihlal edildiğini tespit ederse ve bunu da belgeleriyle ortaya koyabilirse yapılan işlemi iptal ettirebileceğini savunan görüş³² de bulunmaktadır. Bu görüşün bir kısmı idarenin yapmış olduğu yorum (*commentaire administratif*)³³ ile teyit edilmiş olmakla birlikte idarenin vergilendirme veya gelirin elde edilmesiyle herhangi bir ilişkisi olmayan sadece

³⁰ Tribunal de première instance de Bruxelles, 29.01.2015, F.J.F. 2016/1 ve Le Courrier Fiscal 2015/941 -942, Wolters Kluwer.

³¹ Bu madde kapsamında ispat külfeti kural olarak mükellefe aittir.

³² **Moris, Marielle** (2009) «La Convention européenne des droits de l'homme et le droit fiscal : perspectives et évolution », Revue Générale du Contentieux Fiscal (R.G.C.F.), 2009/6, s. 500.

³³ Belçika 1992 tarihli Genel Vergiler Kanunu maddelerinin neyi ifade ettiği ve maddenin kapsamı ile ilgili açıklamaların yapıldığı “Commentaire Administratif” olarak ifade edilen idari yorum uygulama açısından yol gösterici niteliktedir. Federal Maliye Bakanlığı tarafından yapılan bu yorumlara Bakanlığın yapmış olduğu internet sitesi üzerinden ulaşılabilir. Türk vergi hukukundaki genel tebliğ benzeri bir uygulama olan idari yorumlarla (*commentaire administratif*) ilgili olarak Federal Maliye Bakanlığının internet sitesine girildiğinde incelenmek istenilen maddeye tıklanıldığında maddenin içeriğine göre ayrı ayrı başlıklar altında yapılan idari yorumlara ve maddeyle ilgili çıkartılan sirkülerlere de ulaşmak mümkündür. İlgili sitede kanun metninde herhangi bir değişiklik oldu ise bu durumda metnin eski hali ile yeni halini inceleyebilme imkânı olabildiği gibi ileri bir tarihte yürürlüğe girecek metinleri de görebilmeye olanak tanınmaktadır. İlgili siteye ulaşmak için <<https://eservices.minfin.fgov.be>> s.e.t 11.01.2022.

özel hayata ilişkin belgeleri isteyemeyeceği düzenlenmiştir³⁴. Örneğin, vergi idaresinin yeni evlenen bir çiftte göndermiş olduğu bilgi talebine ilişkin yazıda, düğün organizasyonu ile ilgili yemek şirketinin, şoförün ve fotoğrafçının ismini talep etmesiyle ilgili olayda söz konusu talep Belçika Maliye Bakanlığı tarafından hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir³⁵. Bununla birlikte, idare vergi denetimi yapmış olduğu bir mükelleften profesyonel faaliyeti ile ilgili hiçbir gelir veya gider ilişkisinin olmadığı şahsi banka hesabı bilgilerini vermesini isterse, mükellefin bu konuda idareye olumsuz cevap vermesi mümkündür. Çünkü idare sadece profesyonel anlamda kullanılan hesaplarla ilgili bilgi talebinde bulunabilir, profesyonel faaliyeti ile hiçbir ilişkisi olmayan şahsi hesap bilgilerini isteyemez³⁶. Bunu karşılık mükellefin de kendisinden istenen bilgileri vermemek için özel hayatın gizliliği kuralının da arkasına saklanmaması gerektiği de Yargıtay³⁷ kararlarında altı çizilen konulardan olmuştur.

Mükelleflerin re'sen vergi tarhı ile karşı karşıya kalmamaları için idarenin talep etmiş olduğu bilgi taleplerine süresinde cevap vermeleri önem arz etmektedir. Verilen bilgilerin de birtakım özelliklere sahip olması zorunludur. Buna göre verilen bilgi net, yeterli, tamamlayıcı ve uyumlu olmalıdır. Fakat şunu da düşünmemek gerekir. Mükellef bu niteliklere sahip şekilde bilgi vermediği için veya yanlış bilgi verdiği için cezalandırılmamaktadır. Önemli olan süresinde cevap vermektir. Verilen cevap idare tarafından yeterli görülmezse tekrar bilgi talebinde bulunulabilir veya iş yerine gidilerek yerinde inceleme de yapılabilir.

İdare basit, yetkisini aşmayacak şekilde ve genel nitelikte olmayan bilgileri mükelleften talep etmelidir. Diğer bir ifade ile idarenin rahatlıkla

³⁴ Commentaire de l'article 315 du CIR 92, n°315/5. <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 15.01.2022.

³⁵ **Bours, Jean-Pierre** (2009) "Etendue et limites, tant en Belgique qu'à étranger, des pouvoir d'investigation du fisc belge": Bours, Jean-Pierre ve Marc, Bourgeois: Actualités en droit fiscal. Les effets de la crise bancaire et dix ans de réforme de la procédure, Athemis, Liege, s.96.

³⁶ Steenackers, Johan (2014) "Quand le fisc contrôle vos comptes privés et professionnels", <<https://trends.levif.be>> s.e.t. 06.04.2022.

³⁷ Cour de Cassation, 19.11.1981, Hardy- Spirlet davası.

ulaşabileceği genel nitelikteki bilgiler ile detaylı inceleme ve uzmanlık gerektiren nitelikteki bilgileri mükelleften talep etmemesi gerekir. Bununla birlikte talep edilen bilgiler vergilendirme işleminin muhatabı olan mükellefle ilgili olmalıdır.

CIR 92, m.317’de bu vergilendirme ile ilgili beyanların kontrolü veya bilgi talebi mükellefin taraf olduğu tüm işlemlerle ilgili olarak yapılabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte buradan elde edilen bilgilerin üçüncü kişilerin vergilendirilmesi işlemlerinde de kullanılabilmesi açıkça belirtilmiştir. Burada önemli olan talep edilen bilginin kapsamıdır. Mükellefin taraf olmadığı bir konuda bilgi istenilmesi idarenin yetki aşımı kapsamında değerlendirilir.

Zaman zaman idareye verilen yetkinin kapsamı geniş olarak yorumlansa da bu sınırsız bir yetki değildir. Konuyla ilgili olarak Anvers İstinaf Mahkemesi, idarenin yapmış olduğu işlemin “istihbarat avcılığı” niteliğinde olmamasına diğer bir ifadeyle istediği zaman, istediği kişiden ve istediği kapsamda bilgi talep edilmemesine³⁸ karar vermiştir. İdare bilgi talep etmiş olduğu iş ve işlemlerle ilgili olarak öncesinde belirli bir bilgi birikimine sahip olmalıdır³⁹.

Bu konuda Yargıtay vermiş olduğu prensip niteliğindeki kararında⁴⁰ idarenin CIR 92, m.315 ve 316’daki yetkilerini kullanarak bazı emarelere bakıp vergilendirme işlemlerini yapması bilgi toplamadaki usulü değiştirmek olarak kullanılamayacağı gibi ispat külfetini⁴¹ de değiştirmez, demiştir. Bu konuda doktrinde idarenin bazı emarelere⁴² göre vergilendirme işlemi yapmasının daha

³⁸ Cour d’Appel d’Anvers 20.05.2008, Fiscologue, 2008, n°1128, s.1. Cour d’Appel d’Anvers 03.11.2015, Fiscologue 2016, n°1466, 15. <www.fiscologue.be> s.e.t. 15.01.2022.

³⁹ **Tiberghien, Xavier** (2020) “Manuel de Droit Fiscal” Wolter Kluwer Waterloo, Yayın n°1706, s. 980-981.

⁴⁰ Cour de Cassation 04.01.2007, F050077F <www.lex.be/fr> s.e.t. 12.01.2022. Uyuşmazlık konusu olayda

⁴¹ CIR 92, m.341’e göre, aksi ispat edilene kadar, bazı göstergelere veya emarelere bakarak idarenin vergilendirme işlemi (re’sen vergilendirme) yapabileceği düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında idarenin yaptığı işlemin aksini ispat külfeti mükellefe ait olup, idarenin yapmış olduğu işlemin aksini kontrol edilebilir ve kendi lehine sonuçlar doğuracak belgelerle ispatlayabilir (Cour de Cassation 11.02.2002, F.00.0016.F ve Commentaire de l’article 341 du CIR 92, n°341/26.)

⁴² İdarenin vergilendirme işleminin dayanağı olarak kullandığı bazı emareler veya göstergelerin vergilendirme işleminin muhatabı olan mükellefle ilişkili olmalıdır, mükellefin kendisine

önceden bazı bilgilere sahip olması, diğer bir ifadeyle mükellefin beyan etmediği gelirin varlığı durumunda mümkün olduğunu savunan görüşler⁴³ mevcuttur.

İdarenin belirsiz, karışık veya kötü niyetli şekilde yapmış olduğu bilgi taleplerine karşı mükellef cevap verme süresi içerisinde idareye itiraz edebilir. İdareden kendisine sorulmuş olan sorularla ilgili açıklama isteyebilir, ek süre talep edebilir, dosyasının incelemesi talebinde bulunabilir, neden bu soruya cevap vermesi gerektiğinin açıklamasını da isteyebilir.

Son olarak bir mükellef hakkında vergi incelemesi kararı verildikten sonra idare tarafından CIR 92, m. 322 gereğince ihtiyaç halinde üçüncü kişilerden de bilgi alınabileceğini de belirtmek gerekir. Böyle bir durumda idarenin hangi mükellef hakkında bilgi almak istediğini açık ve net şekilde üçüncü kişiye bildirmesi gerekir. İdare bu yönetime daha çok mükellefin idare ile iş birliği yapmadığı, verdiği bilgilerin yeterli olmadığı zamanlar ile vergi kaçakçılığı yapıldığına dair güçlü emareler olduğunda başvurmaktadır⁴⁴. Vergi idaresi üçüncü kişilerin yazılı ya da sözlü ifadesine başvurabilmektedir. Bununla birlikte, üçüncü kişilerden bilgi ve/veya belge talep eden kişinin vergi incelemesini yapan denetim elemanından daha üst makamda bir personel olması gerekir (CIR 92, m.322, 2. fıkra).

B. MÜKELLEFİN İŞ YERİNE YAPILAN ZİYARET (YOKLAMA)

Türk vergi hukukundaki karşılığı “Yoklama” olarak nitelendirilebilecek olan bu uygulamada denetim elemanları mükellefin iş yerine giderek yapılan faaliyetin ne olduğunu, önemini ve büyüklüğünü, iş yerindeki malzemelerin miktarını ve faaliyete yönelik beyan edilmiş olan tüm bilgilerin varlığını kontrol etmektedir.

yabancı olan verilere dayanarak yapılmış olan vergilendirme işlemi CIR 92, m.341’in ihlali anlamına gelir. (Cour de Cassation, 06.10.2009, F.08.0005.F)

⁴³ Traversa/ Franssen, s. 26.

⁴⁴ Commentaire de l'article 322 du CIR 92, n°322/4. <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 15.01.2022.

CIR 92, m.319'un 1.fikrasına göre vergi denetimi yapmaya yetkili olduğunu belgeleyen vergi idaresi personelleri mükellefin iş yerine her zaman, mesai saatleri dışında dahi, gitme hakkında sahiptir. Vergi idaresinden gelen denetim elamanının yetkili olduğunu gösteren belge yanında profesyonel kimlik kartını da mükellefe ibraz etmesi gerekir. (CIR 92, m.319)

Burada iş yerinden kastedilen mükellefin faaliyetini gerçekleştirdiği yerlerdir. Buna karşılık, ilgili madde idareye mükellefin ikametne tahsis edilmiş olan binaya ya da binanın bir kısmına girme hakkını vermez⁴⁵. Buna karşılık, mükellefin ikametne girme ile ilgili durum gümrük ve tüketim vergisi⁴⁶ alanına giren vergi denetimlerinde mümkündür. Fakat Belçika Anayasa Mahkemesi⁴⁷ ve Yargıtay'ının⁴⁸ da verdiği kararlarda açıkça belirttiği üzere, ikametgâha girerek denetim yapılabilmesi için polis mahkemesi⁴⁹ kararı almak gerekir. Mahkeme idarenin ikametgâha girme ile ilgili gerekçelerinin haklı olup olmadığını değerlendirerek giriş izni verebilir. Verilen izinde mahkemenin kararın gerekçesini açıkça belirtmiş olması beklenilmektedir. Aksi halde bu izinle yapılan evdeki ziyaretler ve elde edilen bilgiler hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğundan geçersizlik iddiasıyla istinaf mahkemesine başvurulabilir ve mahkeme de kararı bozulabilir. Mons İstinaf Mahkemesi gümrük memurlarının mükellefin evine girmesi ile gerekçenin mahkeme hâkimi tarafından yeterince açıklanmadığı ve ilgili polis mahkemesi kararıyla evde yapılan incelemeler neticesinde toplanan verilerin de usulsüz ve

⁴⁵ Commentaire de l'article 319 du CIR 92, n°319/2. <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 11.01.2022.

⁴⁶ Vergi denetimi kapsamında mükellefin ikametne girmenin sadece gümrük ve tüketim vergileriyle ilgili değil katma değer vergisi ile ilgili denetimlerde de girilmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. **Traversa/ Franssen**, s. 31-32.

⁴⁷ Cours Constitutionnel 27.01.2011, n°10/2011.

⁴⁸ Cours de Cassation, 27.03.2012, F.J.F. 2013/204.

⁴⁹ Belçika hukuk sisteminde "Tribunal de Police" olarak ifade edilen Polis Mahkemesi 1 Aralık 2013 tarihinde yapılan yargı reformundan sonra Belçika genelinde 15 ayrı yargı bölgesinde kurulmuş olup trafik cezalarıyla ilgili konulara baktığı gibi kanunların açıkça düzenlediği konularda da yetkilidir. Diğer bir ifadeyle polis mahkemelerinde özel hukuk uyumsuzlukları da görülebilmektedir. Tek hâkimli bir mahkemedir. <<https://www.tribunaux-rechtbanken.be>> s.e.t. 14.03.2022.

hukuka aykırı olarak toplandığından hareketle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁵⁰.

Şayet mükellef faaliyetini gerçekleştirdiği binada aynı zamanda ikamet de ediyorsa diğer bir ifadeyle bina hem iş yeri hem de ikamet olarak kullanılıyorsa, CIR 92, m.319'un 2. fıkrasına göre, bu durumda vergi denetim elemanları mükellefin ikametinin olduğu binaya da girme yetkisine sahiptir. Ancak buradaki yetkide bir takım usulü kısıtlamalar getirilmiştir. Buna göre ziyaret sadece sabah beş ile akşam dokuz saatleri arasında mümkün olup bu alanlara girebilmeye ilişkin polis mahkemesi kararı gereklidir.

İş yerini ziyaret ile ilgili diğer bir kısıtlama mükellefin meslek sırrının korunması kapsamındadır. Farklı bir şekilde ifade edecek olursak, vergi denetimine yetkili olan personel mükellefin mesleki sırrını ihlal edecek şekilde iş yerini ziyaret edemez. Mükellefin müşterileri ile görüştüğü esnada iş yerinin ziyaret edilememesi buna örnek gösterilebilir. Mesleki sırrın korunması durumu kanunun hazırlık aşamasındaki meclis görüşmelerinde ve daha sonraki mahkeme kararlarında altı çizilen bir husus olmuştur. Aksi bir durumda denetim elemanları hakkında disiplin yaptırımının uygulanacağı da idarenin yaptığı yorumlarda⁵¹ açıkça belirtilmiştir.

İş yerinin ziyaret edilmesi durumunda vergi denetim elemanları mükellefe ait materyaller üzerinde kontrol yapabilir. CIR 92, m. 319'un son fıkrasında ise mükelleflerin defter ve belgelerinin dijital ortamda tutulması durumunda bunların denetlenmesi esnasında mükellefin denetim elemanlarına yardımcı olması gerektiği düzenlenmiştir. Dijital ortamda tutulan belgelerin anlaşılır ve okunaklı şekilde sunulması mükelleflere getirilmiş bir yükümlülüktür.

Vergi idaresinde çalışan her personelin mükellefin iş yerini ziyaret etmesi söz konusu değildir. İş yerini ziyaret edecek olan personelin vergi denetimi yapmaya veya gelir vergisinin uygulanmasıyla ilgili bir konuda bilgi toplamaya komisyon tarafından açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir. Bununla birlikte

⁵⁰ Cour d'Appel de Mons 25.07.2013, F.J.F. 2014/177

⁵¹ Commentaire de l'article 319 du CIR 92, n°319/4. <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 11.01.2022.

ziyarete gittiğinde yetkili personelin şahsi profesyonel kimliğini de mükellefe ibraz etmesi zorunludur. Şayet mükellefin denetim elemanın yetkili olup olmadığı ile ilgili olarak şüphesi varsa her zaman konuyla ilgili üst makamla iletişime geçmesi mümkündür. Bununla ilgili olarak Liège İstinaf Mahkemesi yetkili olmayan bir personelin iş yerini ziyaret etmesi durumunda yapılan işlemin yasadışı olduğu⁵² şeklinde karar vermiştir. Ancak bu karar Yargıtay tarafından bozulmuş⁵³ ve iş yerini ziyaret etme konusunda vergi dairesi personeli ile mükellef arasında resmi olarak yapılmış olan mutabakat zaptı veya tutanağının varlığının iş yerine girme konusunda yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay'a göre karşılıklı olarak tarafların anlaşmış olduğu dosyadan tespit ediliyorsa komisyonun yetkilendirdiğine dair belgenin varlığı aranmayacaktır. Yargıtay bu konuda görüşünü daha sonra verdiği kararlarında⁵⁴ da korumuştur. İlgili kararlarda Yargıtay yapılan işlemin usul kurallarına uymadığından dolayı geçersiz olduğu iddiasını ispat külfetini mükellefe yüklemiştir. Bu konuda daha sonra Anvers Sulh Mahkemesi de aynı yönde karar vermiş ve idarenin usule aykırı şekilde denetim yaptığının ispatı külfetini mükellefe yüklemiştir⁵⁵. Ancak doktrindeki, bizim de katıldığımız, görüşe göre⁵⁶, denetim yetkisinin usulüne uygun olarak kullanıldığının ispatı idareye aittir. Çünkü asıl olan komisyonun denetim elemanını yetkili kılmasıdır. Yetkili kılındığına dair belgesi olmayan bir vergi denetim elemanının da mükellefle karşılıklı anlaşma ile iş yerini ziyaret etmesi durumunda bu mutabakatı kayıt altına alıp bir tutanak düzenlemesi kendisinden beklenilmektedir. Bu tutanağının düzenlenmesi yapılan işlemin usule aykırı olmasının önüne geçmesi açısından çok önemlidir. Buradan da anlaşılacağı üzere iş yerini usule uygun şekilde ziyaret ettiğini ispatlayacak olan da idarenin kendisi olmaktadır.

Buna karşılık bu uygulama mükellefin aynı binayı hem iş yeri hem de ikametgâh olarak kullanması durumunda geçerli değildir. Çünkü ikametgâhın

⁵² Cour d'Appel de Liege 29.10.2003, F.J.F n°2004/77.

⁵³ Cour de Cassation 17.12.2005, F.J.F n°2005/136.

⁵⁴ Cour de Cassation 12.09. 2008, F.07.0013.N, F.J.F. 2009/49. Bkz. Commentaire de l'article 319 du CIR 92, n°319/5.2.

⁵⁵ Tribunal de premiere instance d'Anvers, 4.12.2012, F.J.F. 2013/173.

⁵⁶ **Traversa/ Franssen**, s. 29.

ziyaret edilebilmesi için mahkeme kararı gereklidir ve mükellef ile vergi denetim personelinin karşılıklı mutabakatı mahkeme kararı yerine geçecek şekilde yorumlanamaz.

C. DEFTER VE BELGELERİN İNCELENMEK ÜZERE TALEP EDİLMESİ (VERGİ İNCELEMESİ)

Türk vergi hukukunda uygulanmakta olan “İnceleme”nin karşılığı olarak nitelendirilebilecek olan vergi denetim yöntemidir. Mükellefin tüm muhasebe kayıt ve defterleri üzerinde gerçekleştirilen verilendirilecek gelirin doğru yapılıp yapılmadığına yönelik olan denetim işlemidir. Bu uygulamada defter ve belgelerdeki verilerle ilgili olarak yeri geldiğinde üçüncü kişilerden de bilgiler alınarak incelemeler yapılmaktadır. Mükellefin usulü yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesinin dışında bu uygulamada mükelleflerin vergisini tam, zamanında ve eksiksiz ödeyip ödemediği de ortaya çıkartılmaktadır. Vergi kaçakçılığının yapılıp yapılmadığının tespiti ve/veya kaçakçılığa teşebbüs durumunun varlığı da vergi incelemesi olarak nitelendirilecek olan bu aşamada ortaya çıkarılabilmektedir.

Gelir vergisine tabi olan mükellefler CIR 92, m. 315 ve 315bis gereğince vergilendirilecek gelirlerinin tespiti açısından idarenin talep etmiş olduğu tüm defter ve belgeleri idareye iletmekle yükümlüdür. Ancak buradaki yükümlülüğün sınırı konusuna dikkat çekmek gerekir. İdarenin defter ve belgeleri istemesi, vergi inceleme süreci başlatılmış olan mükellefler için söz konusu olmaktadır. Yoksa idarenin henüz bilgi toplama aşamasında iken veya sadece bir konuda ilave bilgiye ihtiyacı varken tüm defter ve belgeleri idareye getirilmesini istemesi gibi bir durum değildir.

Özellikle Covid-19 virüsü salgınının olduğu dönemlerde idarenin herhangi bir vergi incelemesine başlamaksızın sadece bilgi toplama kapsamında mükelleften defter ve belgeleri idareye göndermesini talep etmesi ve hatta buna zorlaması birçok yazar tarafından eleştirilmiştir⁵⁷. Çünkü salgın

⁵⁷ **Coppens, Pierre-François** “De nouvelles pratiques inacceptables de la part de l’administration fiscale” <www.lecho.be> s.e.t. 19.01.2022. **Ridole Mathilde** (2020)

sürecinde uzaktan çalışılıyor olmanın getirdiği bazı uygulamalar sebebiyle henüz hakkında vergi incelemesi başlatılmamış mükellefler hakkında bilgi toplama esnasında defter ve belgelerini belirli bir sürede idareye getirmeleri, getirmemeleri halinde haklarında cezai işlem uygulanacağı şeklinde bildirimlerin yapıldığı gündeme gelmiştir. İdarenin salgın sürecini de kullanarak mükelleflere bu şekilde bildirimlerde bulunması yetki aşımı olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda yapılan eleştiriler, talebin kanunilik ilkesine ters olduğu⁵⁸ salgın süresince dahi olursa kanunların aynı şekilde yürürlükte olduğu, bu konuda bir değişikliğin yapılmadığı, uzaktan vergi denetimi şeklinde bir uygulamanın olmadığı⁵⁹ şeklinde olmuştur.

Mükelleflerden istenilen defter ve belgeler mükellefin gerçek kişi veya tüzel kişi olmasına göre değişkenlik göstermektedir. CIR 92, m. 307'nin 3. fıkrasına göre vergi beyannamesindeki verilerle ilgili belgelerin mükelleflerin yapmış oldukları yıllık beyannamenin ekinde idareye sunulması gerekir. Buna karşılık gerçek kişi mükelleflerin yurt dışındaki banka hesap bilgilerine ilişkin belgeleriyle hayat sigortasına yönelik belgeleri de idare tarafından istenebilecektir. Tüzel kişi mükelleflerde ise sunulan belgeler hisse senedi kayıtları, kayıtlı tahviller, genel kurul tutanakları şeklinde olabilmektedir.

Vergi incelemesinin normal süresi de göz önüne alınarak CIR 92 m.315'in son fıkrasında defter ve belgelerin 7 yıl⁶⁰ süresince saklanması yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sebeple mükellefler yasal süresi içerisinde idareye iletmesi istenilen tüm defter ve belgeleri saklamak zorunda olup, herhangi bir şekilde talep edilen defter ve belgeleri sunmadığı durumlarda re'sen tarhiyat ile karşı karşıya kalabilirler.

CIR 92, 315bis maddesinde ise elektronik belgelerin okunabilir formda ve istenilen formatta bir örneğinin alınabileceğinden bahsedilmektedir. Burada

“Contrôles fiscaux abusifs: quels sont les droits du contribuable?”, <www.lecho.be> s.e.t. 10.01.2022.

⁵⁸ Afschrift Thierry'ni görüşü için bkz. “Contrôle fiscal abusif: quels sont vos droits?” <www.fiscalteams.be> s.e.t. 25.01.2022.

⁵⁹ **Litannie Thierry** (2021) “COVID et contrôle fiscal: une derive inquiétante...”, <www.lawtax.be> s.e.t. 18.01.2022.

⁶⁰ Vergi kaçakçılığına dair emareler olduğunda vergi denetimi yedi yıl süresince de yapılabilir.

dijital formatta tutulan tüm alt yapıların (veri tabanlarının) ve bilgilerin idareye incelemesi için sunulması hüküm altına alınmıştır. Bu tür durumlarda idare ilgili belgelerin örneğini alırken bir tutanak düzenlemek zorundadır. Hazırlanan tutanağın bir adedi de idare tarafından belgelerin alındığı günü takip eden günden başlamak üzere beş gün içerisinde mükellefe verilmelidir.

Burada şu soruyu sormak mümkündür: İdare mükellefin tüm belgelerini alabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü CIR 92, m. 315'in 1.fıkrasında "*vergilendirilecek gelirin tespitinde ihtiyaç duyulan*" ifadesi bulunmaktadır. Buna göre matrah tespiti için gerekli olmayan belgelerin idare tarafından talep edilmesi söz konusu değildir. Talep edilse dahi mükellef bunları vermezse CIR 92, m.315 hükmünü ihlal etmiş olmaz.

CIR 92, m.316'ya göre mükellefler idare tarafından kendisinden talep edilen bilgiye, talebin kendisine gönderildiği günü takip eden üç iş günden itibaren bir ay içerisinde yazılı olarak cevap vermek zorundadır. Bu konuyla ilgili Anvers İstinaf Mahkemesine intikal eden olayda Mahkeme verdiği kararda mükellefi haksız bulmuştur. Olayda, idare mükellefin beyan etmiş olduğu yüksek tutardaki mesleki giderlerin doğruluğunu tespit edebilmek için mükelleften bilgi talebinde bulunmuştur. Bu talebi mükellef reddetmiş ve vergi denetimi kapsamında idarenin iş yerine gelerek yerinde ilgili belgeleri incelemesini talep etmiştir. İdare bu talebi reddetmiş mükellefe bir aylık daha süre vererek kendisinden istenilen bilgilerin verilmesini istemiştir. Buna karşılık mükellef CIR 92, m.316'nın ihlal edildiğinden hareketle Anvers İstinaf Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme de mükellefin talebini reddetmiş idarenin talebinin 315, 315 bis, 316 ve 346. maddeleri ihlal etmediği sonucuna varmıştır⁶¹.

Bununla birlikte idarenin incelemek için isteyebileceği belgeler nelerdir diye konu incelendiğinde şunları saymak mümkündür: CIR 92, m. 320 ve 321 de belirtildiği üzere, mükelleflerin faaliyetleri kapsamında kullanması zorunlu belgeler (fatura, makbuz, vs), muhasebe kayıtlarının olduğu tüm belgeler (bilançolar, inverter kayıtları, gelir ve giderleri ispatlayıcı belgeler, vs) ile

⁶¹ **Masset, Emile** "Demande renaissance versus contrôle fiscal" <<https://www.pardoen.be>> s.e.t. 11.04.2022.

vergilendirilebilir gelirin tespit edilmesi için gerekli olduğunu kanıtlayacak nitelikteki sipariş kayıtları, sevk irsaliyeleri, personel kayıtları, personelin çalışma gün ve saatlerine ilişkin belgeler, randevu kayıtlarını gösteren belge ve dokümanlar, fiyat tekliflerini gösteren belgeler, her türlü sözleşmeler (iş sözleşmeleri, iş birliği veya partnerlik sözleşmeleri) bu kapsamdadır.

Bu madde hükümlerinden de görüleceği üzere, gelirin elde edilmesiyle ilgili olma kriteri belgenin istenip istenemeyeceğini belirlemede önemli bir kıstastır. Bu konuda CIR 92, 315. maddenin uygulanmasına yönelik olarak idarenin yaptığı yorumda gelirin elde edilmesiyle alakası olmayan, tamamen özel nitelikte olan belgelerin vergi idaresi tarafından mükelleften istenemeyeceği açıkça belirtilmiştir⁶².

Her ne kadar idare CIR 92, m.315'i uygularken belirli bir sınır çizerek dar şekilde yorumlama yapmış olsa da Yargıtay bu konuda maddeyi geniş yorumlamış ve prensip niteliğinde bir karara⁶³ imza atmıştır. Kararda Yargıtay, CIR 92, m.315 ve 316'ya dayanarak vergi idaresinin mükellefin özel hayatı ile ilişkili olsa dahi her türlü bilginin verilmesini talep edebileceğini belirtmiştir. Karar metninde Yargıtay, 315 ve 316. maddelerde talep edilecek belgelerin niteliği konusunda bir düzenleme yapılmamış olduğunu, vergilendirilecek gelirin tespitine yönelik "gerekli" olma şeklinde bir sınır çizildiğini, bu tür belgelerin de yeri geldiğinde özel hayata ilişkin dahi olabileceği düşüncesinden hareketle kanun hükmünü geniş yorumlamış ve özel hayatla ilgili belgelerin de istenebileceğini belirtmiştir. Her ne kadar Yargıtay bu şekilde bir yorumlama yapmış olsa da idarenin yetki aşımı yapmaması ve mükellef haklarının da korunması açısından bu kararda belirtilen gerekçenin her olay bazında ayrı ayrı değerlendirilerek yorumlanmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Aksi halde uygulamada idarenin yetki aşımı yapacak şekilde talepte bulunması ile karşı karşıya kalınabilir. Bu da Belçika Anayasasının 15. ve 22. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesiyle garanti altına alınmış olan özel hayatın korunmasını talep etme hakkının ihlali sonucunu doğurur.

⁶² Commentaire de l'article 315 du CIR 92, n°315/5 <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 11.01.2022.

⁶³ Cour de Cassation, 04.01.2007, F.J.F. 2007/140.

CIR 92, 315 ve 315bis maddelerinde önem arz eden diğer bir husus da incelemenin nerede yapılacağıdır. CIR 92, m.315'e defter ve belgelerin orijinallerinin iş yerinde idareye sunulması düzenlenmiştir. Türk vergi hukukunun aksine Belçika vergi hukukunda, genel kural olarak, incelemelerin iş yerinde yapılması gereklidir⁶⁴. Bu durum Kanun metninde yer alan "gönderilmeksizin" ifadesinin bir gereğidir. Burada "gönderilmeksizin" ifadesinden kastedilen incelenmek istenilen belgelerin yerlerinden ayrılmadan incelenmesi gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle herhangi bir vergi denetimi anında defter ve belgeler buldukları yerde incelenmelidir, bu da uygulamada iş yeri olarak karşılığını bulmaktadır. İdare bu konuda yaptığı yorumda⁶⁵ defter ve belgelerin vergi idaresine getirilmesinin kural olarak istenemeyeceğini, vergi denetim elemanlarının ilgili defter ve belgeleri incelemek için iş yerine ve/veya muhasebecinin ofisine gitmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak uygulamada bunun tam aksi ile de karşılaşılabilir. İdare vergi denetimi öncesinde veya denetim esnasında defter ve belgelerin idareye getirilmesini isteyebilmekte ve incelemeleri vergi dairesinde yapabilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak farklı yargı kararlarında⁶⁶ mükellefin kabul etmesi şartıyla vergi dairesine defter ve belgelerin getirilebileceği şeklinde ifadeler verilmiş olsa da herhangi bir uyuşmazlık anında mükellefin bu durumu kabul ettiğine dair iddianın ispatı idareye aittir.

Uygulamada bu konuda çıkan sorunlara bir nebze çözüm üretebilmek adına Kanun Koyucu 21.12.2013 tarihli Kanununun 24. maddesiyle bir değişiklik yapmış ve 315ter du CIR 92 hükmü 10.01.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe

⁶⁴ 7338 sayılı Kanununun 17. maddesiyle yapılan değişikliğe kadar Türk vergi hukukunda da iş yerinde denetimin yapılması kuralı geçerliydi. Uygulamada ise denetimin daha çok vergi dairesinde yapılıyor olmasının da etkisiyle olsa gerek, 7338 sayılı Kanunla Vergi Usul Kanununun 139. maddesinde yapılan değişiklikle 01.07.2022 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemede vergi denetimlerinin idarede yapılması, talep edilmesi ve iş yerinin uygun olması durumunda iş yerinde denetimin yapılabilmesi belirtilmiştir. Ancak burada şu hususu gözden kaçırmamak gerekir. Vergi denetim elemanları dairede incelemeleri yapıyor olsa da ihtiyaç halinde her zaman mükellefin iş yerine gidilebilir.

⁶⁵ Commentaire de l'article 315 du CIR 92, n°315/9 <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t 11.01.2022.

⁶⁶ Cour de Cassation 21.11.2014, n° F.13.0159.N <www.fisconetplus.be> s.e.t. 12.01.2022; Cours de Cassation 11.09.2012, F.J.F. 2013/108.

girmiştir. Buna göre idarenin vergi incelemesini yapmaya yetkilendirdiği personeli CIR 92, m.315'e uygun şekilde mükelleften incelenmek için talep ettiği defter ve belgelerini gerekli gördüğü takdirde alma hakkına sahiptir. Ancak bu hak henüz kapatılmamış olan defter ve belgeleri kapsamaz. Diğer bir ifadeyle içinde bulunulan cari yıla ilişkin defter ve belgeler vergi inceleme elemanları tarafından alınıp vergi dairesine götürülemez. Vergi inceleme elemanları almış oldukları defter ve belgelerle ilgili olarak tutanak düzenlemek ve ilgili tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren beş gün içerisinde nezdinde inceleme yapılan mükellefe vermek zorundadırlar. Bu düzenlemenin uygulanmasıyla ilgili olarak idare 27 Haziran 2014 tarihinde bir sirküler⁶⁷ yayınlarak idareye tanınan belgeleri alma yetkisinin altında yatan temel prensipleri açıklamıştır.

Bununla birlikte, teknolojik gelişmelerin son yıllarda artması ve dijitalleşme karşısında kanun koyucu işbu kanun maddesinde belgelerin alınmasına ilişkin tutanakların gönderilmesiyle ilgili olarak 2021 yılında değişikliğe gitmiş ve 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülen bir düzenleme yapmıştır. Buna göre dijital olarak tutulan defter ve belgelerin idare tarafından talep edilmesi halinde düzenlenen tutanak CIR 92, m. 304ter' in 2. fıkrasında belirtilen güvenli elektronik platformlar aracılığıyla gönderilir. Ancak mükellef CIR 92, m.304quater, § 2'nin 1. fıkrasına göre, CIR 92, m. 304ter'in 2. fıkrasında belirtilen güvenli elektronik platform kullanma yükümlülüğünden muaf ise bu durumda tutanak, tutanağın tutulduğu günü takip eden beş gün içinde kapalı zarf içerisinde mükellefe gönderilmek zorundadır.

SONUÇ

Vergilendirme sürecinde güçlü taraf olan idarenin vergi denetimiyle ilgili iş ve işlemleri yaparken de geniş yetkileri bulunmaktadır. Her ne kadar idare güçlü ve geniş yetkilere sahip olsa da anayasa, kanun ve sair mevzuat hükümleri çerçevesinde idarenin yetkileri sınırsız değildir. Mükellef haklarının korunması bir anlamda idarenin yetkisinin sınırını da oluşturmaktadır.

⁶⁷ Circ. AGFisc n°26/2014, 27 Haziran 2014.

Birçok gelişmiş vergi sisteminde geçerli olduğu gibi Belçika vergi sisteminde de haklar ve yükümlülükler idare ve mükellefler için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Her iki tarafın da bunlara uygun hareket etmesi gerekir. Mükellefe idare ile iş birliği içinde olmak zorunluluğu yüklenirken idarenin de yetki aşımı yapmaması gerektiğinin altını çizmek gerekir.

Mükelleflerin idareyle iş birliği içinde olması bilgi toplama esnasında olduğu gibi defterlerin idarenin incelemesi için sunulmasında da söz konusudur. Bununla birlikte, idarenin iş yerine denetim için geldiğinde vergi denetim elemanlarına uygun ortam hazırlamak, idareye dijital belgeleri inceleme konusunda yardımcı olmak gibi yükümlülükler de mükelleflerin yapmaları gereken iş birliği çerçevesinde değerlendirilebilir. Bunlar mükellefin uyması gerekli olan genel kurallar olmakla birlikte, yapılan idari işlemin niteliğine göre farklı usul kurallarına uymak da gerekebilir.

Mükelleflerin, bu yükümlülükleri yanında idarenin şeffaflığı prensibi gereğince, hakkında düzenlenen vergi denetim raporlarını⁶⁸ ve sair belgeleri görme hakkının olduğunu da belirtmek gerekir. Bununla birlikte adil yargılanma hakkı, susma hakkı, özel hayata saygı hakkı gibi birçok mükellef hakkının korunmasıyla ilgili uygulamaları yargı kararlarında görmekteyiz.

Diğer taraftan idarenin de vergi denetimi sürecini yürütürken keyfi davranıştan uzak, iyi yönetim ilkesine uygun şekilde hareket etmesi beklenilmektedir. Denetimlerin süresinde, usule uygun şekilde ve sadece vergi denetimiyle ilgili iş ve işlemleri kapsayacak şekilde hareket etmesi idarenin yapması gereken temel kurallardandır. Bunun yanında denetim elemanlarının denetim esnasında belirli hallerde tutanak tutması, iş yerini ziyaret ederken mükellefe yetkili olduğuna dair belgeyi göstermesi ve mükellefin özel hayatına müdahale etmeksizin süreci yönetmesi de gerekmektedir. Bu açıdan Belçika vergi hukuku incelendiğinde idare ile mükellef ilişkilerinde her iki taraf açısından da denge sağlanarak hareket edilmesi gerekliliği kural olarak belirlenmiştir. Fakat yukarıda da bahsedildiği gibi uygulamada zaman zaman idare tarafından zaman zaman da yargı kararlarında olması gerekenin dışına

⁶⁸ Mükellefler MyMinFin internet sitesi üzerinden hakkında düzenlenen vergi denetim raporlarına ulaşma imkânına sahiptir. <<https://finances.belgium.be/fr>> s.e.t. 14.02.2022.

çıkıldığı da görülebilmektedir. Özellikle korona virüs salgını sürecinde yapılan denetimlerde idarenin mükellef haklarını ihlal ettiği, özellikle mükelleflerin defter ve belgelerini sunmaya zorlanması, idarenin öncelikle yapması gereken iş ve işlemleri yapmadan doğrudan mükellefe bazı külfetler yükleyerek süreci yönetmeye çalışması gibi durumlar sebebiyle eleştiriler yapılmıştır. Buna karşılık tüm dünyada olduğu gibi Belçika'da da salgın sürecinin getirdiği birtakım kısıtlamalar ve sınırlamalar sebebiyle ve idarenin bazı iş ve işlemleri uzaktan yapmak istemesinin de bir sonucu olarak mükellef- idare ilişkilerinde bazı değişik uygulamalar her iki taraf için de olağan olarak nitelendirilebilmiştir. Belçika Maliye Bakanlığı her yıl olanın aksine 2020 yılında, zorunlu olarak yapılması gerekmeyen, diğer bir ifade ile acil olan durumlar⁶⁹ dışında, vergi denetimlerinin yapılmaması yönünde beyanda bulunmuş ve hangi sektörlerde denetim yapılacağı ile ilgili bir ilan yapmamıştır. Benzer durum 2021 yılı için de geçerli olmuş ve kısıtlı alanlarda denetimler yapılmıştır. İdare bu şekilde karar alırken hem mükellefleri hem de devleti koruma yönünde refleks göstermiştir. Bu dönemde mükellefe getirilen yükümlülüklerle iş yerine gelen denetim elemanları ile ilişkide hijyen ve mesafe kurallarına uyma da eklenmiştir.

Sonuç olarak, mükellef-idare ilişkisinde kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin kurulması önem arz etmektedir. Devletin iyi idaresi ve vergilerin zamanında ve eksiksiz olarak tahsilinin sağlanması yanında mükelleflerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması ve mükellef haklarının da ihlal edilmemesi önem arz etmektedir. Bunun sağlanmasında ise iç mevzuat hükümleri kadar Belçika'nın taraf olduğu uluslararası anlaşmalar da uygulamaya yön vermektedir.

⁶⁹ Zamanaşımı geçme ihtimali olan durumlar ile kaçakçılık olduğu konusunda ciddi bilgilerin olması halleri bu kapsamda nitelendirilerek denetim yapılmıştır.

KAYNAKÇA

- Afschrift, Thierry** (2006) “Le role du fisc dans la procédure fiscal”, *Revue Générale du Contentieux Fiscal*, 2006/5, s. 283-307.
- Akdoğan, Abdurrahman** (2017) *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 13. Baskı, Ankara, Gazi Kitapevi.
- Bours, Jean-Pierre** (2009) “Etendue et limites, tant en Belgique qu’à étranger, des pouvoir d’investigation du fisc belge”: Bours, Jean-Pierre ve Marc, Bourgeois : *Actualités en droit fiscal. Les effets de la crise bancaire et dix ans de réforme de la procédure*, Athemis, Liege, s. 77-116.
- Bours, Jean-Pierre** (2013) “Le droit du contribuable à l’information”, *Alabaster-IFA1938-2013*, Limal, Louvain-la-Neuve, Anthemis s. 299-313.
- Coppens, Pierre-François** (2020) “De nouvelles pratiques inacceptables de la part de l’administration fiscale” <www.lecho.be> s.e.t. 19.01.2022.
- Karataş Durmuş Neslihan/ Arıtı Erdem, İmran** (2020) “Tax Edit Reform in Turkey”: Akdemir Tekin/ Kırıl Halis “Public Financial Management Reforms in Turkey: Progress and Challenges”, Volume 1, Springer, Singapore, s. 39-59.
- Litannie Thierry** (2021) “COVID et contrôle fiscal: une derive inquiétante...” <www.lawtax.be> s.e.t. 18.01.2022.
- Masset, Emile** “Demande renseignements versus contrôle fiscal” <<https://www.pardoen.be>> s.e.t. 11.04.2022.
- Moris, Marielle** (2009) “La Convention européenne des droits de l’homme et le droit fiscal : perspectives et évolution », *Revue Générale du Contentieux Fiscal (R.G.C.F.)* 2009/6, s. 481- 500.
- D’Otreppe de Bouvette, Tristan** (2016-2017) “ Le droit au respect de la vie privée lors d’un contrôle de l’administration fiscale” (Yüksek Lisans), Katolik Louvain Üniversitesi (UCL).
- Önen, Z. Sacit** (2017) *Genel Vergi Hukuku*, Ankara, Detay Yayıncılık.
- “Contrôle fiscal abusif: quels sont vos droits?” (2020) <www.fiscalteams.be> s.e.t. 25.01.2022.

- Ridole Mathilde** (2020) “Contrôles fiscaux abusifs: quels sont les droits du contribuable?” <www.lecho.be> s.e.t. 10.01.2022.
- Steenackers, Johan** (2014) “Quand le fisc contrôle vos comptes privés et professionnels”, <<https://trends.levif.be>> s.e.t. 06.04.2022.
- Tiberghien, Xavier** (2020) “Manuel de Droit Fiscal” Wolter Kluwer Waterloo Yayın n°1706.
- Traversa, Edoardo/ Franssen, Christophe** (2015) “Contrôle et pouvoirs d’investigation en matière d’impôts sur les revenus” Delveaux, Gérard (Editör) Le Contrôle Fiscal, Aspects pratiques et actualités, 1. Baskı, Limal, Louvain-la-Neuve, Anthemis, s. 9-49.

Yararlanılan internet siteleri ve dijital veri tabanları

https://www.belgium.be/fr/services_en_ligne/app_my_minfin
<https://biblio.barreaudeliège.be>
<https://www.cairn.info>
<https://cibleplus.ulb.ac.be>
<https://finances.belgium.be/fr>
www.fiscalteams.be
www.fiscologue.be
www.fisconetplus.be
<https://jura.kluwer.be>
<https://jurisquare.be>
www.lawtax.be
www.lecho.be
<https://monkeyclassic.kluwer.be/>
<https://www.pardoen.be>
<https://stradalex.com>
<https://www.tribunaux.rechtbanken.be>
<https://trends.levif.be>

Yararlanılan Süreli Yayınlar:

La Revue Générale du Contentieux Fiscal (R.G.C.F)
Le Courrier Fiscal
Revue de Jurisprudence Fiscale (F.J.F)

THE INFLUENCE OF THE OTTOMAN STATE ON ISLAMIC LAW*

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ**

ABSTRACT

The last two periods in the history of Islamic law are The Period of Taqlid (Imitation) and The Period of Codification and New Ijtihad (jurisprudence). These periods correspond to the Ottoman State's period. According to the chronological period, Ottoman law has a dual distinction: the classical period and the post-Tanzimat period.

During the taqlid period, which coincided with the classical period of the Ottoman State, many Fiqh books, annotations (haşiye), commentaries (şerh) and fatwa books were published. However, in the period the line of law created by the previous period was not exceeded. The Ottoman State placed emphasis on Shaykh al-Islam, applied "official (madhab) sect" and encouraged the formation of sultan law.

The period of codification and new ijthad coincides with the post-Tanzimat period of the Ottoman State. In this period when both domestic and western laws emerged and the official sect understanding was not carried out for all laws and modern-style laws were enacted. Distinct perspectives were discussed in the field of law, while some thinkers considered it necessary to codify western law/norms through the reception method; other lawyers have argued the codification of domestic legal rules. As a result, both views were reflected in practice, and this reflection created a dual legal system which caused some serious problems.

The Ottoman state has a very significant place in the development of Islamic Law. The laws it enacted were implemented in other countries even after it collapsed, and the laws it prepared set an example for other Islamic states even today.

Keywords: Ottoman law, Islamic Law, period of taqlid, period of codification and new jurisprudence, history of Islamic Law.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1090220 – Geliş Tarihi: 19.03.2022 – Kabul Tarihi: 09.06.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, akilinc@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8977-9588.

OSMANLI DEVLETİ'NİN İSLAM HUKUKUNA TESİRİ

ÖZET

İslam Hukuk Tarihinin son iki evresi, Taklit dönemi ve Kanunlaştırma ve yeni içtihat dönemidir. Bu iki dönem, Osmanlı Devleti dönemine tekabül etmektedir. Tarihi gelişim açısından bakıldığında, Osmanlı Devleti, klasik dönem ve Tanzimat dönemlerine ayrılmaktadır.

Osmanlı Devleti'nin klasik dönemine tekabül eden taklit döneminde, birçok fıkıh kitabı, şerhler, metinler ve fetva kitapları çıkmıştır. Ancak bu dönemde bir önceki dönemin temel felsefesi içerisinde kalınmıştır. Osmanlı Devleti bu dönemde şeyhülislamı ayrı önem vermiş, resmi mezhep anlayışına sahip olmuş ve örfi hukukun gelişimine katkı sağlamıştır.

Osmanlı Devleti'nin Tanzimat sonrası dönemi, Kanunlaştırma ve yeni içtihat döneminin başlangıcıdır. Bu dönemde hem yerli hem batılı kanunlar uygulanmış, resmi mezhep anlayışı bazı hukuk branşlarında terk edilmiş ve modern tarzda hazırlanmış kanunlar yürürlüğe girmiştir. Hukukun birçok alanında farklı bakış açıları dile getirilmiştir. Birtakım hukukçular, yerli hukuka bağlı kanun yapımını savunmuş iken, diğerleri batı kanunların getirilmesini ifade etmişlerdir. Nihayetinde her iki anlayış da kabul görmüş, ancak bu durum ülkede ikili hukuk sisteminin doğmasına neden olmuştur.

Osmanlı devleti, İslam hukukunun gelişmesinde mühim bir konuma sahiptir. Onun zamanında çıkmış olan hukuk kuralları, devlet yıkıldıktan sonra dahi başkaca ülkelerde uygulanmış, hatta günümüzde dahi Osmanlı hukuk kuralları, yeni oluşturulacak hukuk kuralları için örnek teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Hukuku, İslam Hukuku, Taklit/İstikrar dönemi, yeni içtihat ve kanunlaştırma dönemi, İslam Hukuk Tarihi.

INTRODUCTION

Islam is defined in doctrine as follows: It is the life system sent by Allah through the Prophet Muhammad (S.A.W), which includes the aspects of human life's creed, ideas, morals and deeds¹. So, Islam did not bring only principles related to belief and worship. It also laid out the principles that explain how interpersonal relations should be. Therefore, it can be stated that Islam has the rules of social order which is named Fiqh (Islamic Law)². Just as Islamic law has its own characteristics³, its development is also unique to itself.

Islamic law, which has its own characteristics, was not formed as a whole, but was born, developed and had its own characteristics in time. This law was born in the time of the Prophet, completed the preparation stage in the time of the Sahabah (Companions) and the Tabi'un, started to be systematized during the time of mujtahids imams, and became perfect as a system during the time of the madhab. Then the period of taqlid came into force. The next period is the period of codification⁴. So, the history of Islamic law is divided into 6 periods in chronological terms. These are 1. The Period of the Prophet 2. The Period of the Four Caliphs and the Companions (Sahabah) 3. The Period of the Tabi'un

¹ **Karaman, Hayrettin** (2013) Mukayeseli İslam Hukuku I, 8. Edition, İstanbul, İz, p. 26.

² For a comment on the relationship between the concepts of "Fiqh" and "Islamic law", see **Yıldız, Kemal/ Yıldırım, İlyas/ Demir, Oğuzhan** (2014) "Türkçe Telif Edilen Fıkıh İlmi/İslam Hukuku Tarihi Çalışmaları", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, V: 12, I:24, p. 131.

³ The main features that make Islamic law special are as follows: the basis of this law is religion. Its basic references are the Quran and the Prophet Muhammad (S.A.W). Some rules/laws cannot be changed. However, Islamic law is open to development. Sanctions in this law are both worldly and otherworldly. Islamic law has come into existence by individual ijthad/jurisprudence. This law has been born and developed with the casuistic method; **Cin, Halil / Akyılmaz, Gül** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 5th Edition, Konya, Sayram, p. 49, 50; **Karaman**, p. 48, 49; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2003) İslâm Hukuku ve Önceki Şeriatlar, İstanbul, Arı Sanat, p. 11.

⁴ **Demir Abdullah** (2019) Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Ankara Astana, p. 101.

4. The Formation of the Sects (madhhabs) 5. The Period of Imitation (taqlid)⁵
6. The Period of Codification and New Ijtihad.

Each period has its own peculiarities. The important periods for this study are the last two periods. Because the last two periods are the period when the Ottoman State was alive. Also in these periods, Islam was identified with the Ottoman State. Moreover, we think that the last period is the one we are still in it⁶.

Many thoughts have been expressed about the Turks' conversation into Islam⁷ and its contribution and -if any- harms⁸ to this religion. However, the most intense bond/relationship between Islam and Turks was in the Ottoman Period. Because, in this period, although stated to the contrary⁹, the caliphate passed to the Ottoman State and the advocacy and spread of Islam was

⁵ In the doctrine, some views prefer the concept of "madhhab-centered period" instead of the concept of "taqlid period", for detail see **Apaydın, Hacı Hüseyin** (2010) *İslâm Hukukuna Giriş*, 3rd Edition, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi, p. 40.

⁶ In current age, many countries carry out the provisions of Islamic law. In many state constitutions, it is written that the state is an Islamic state and Islamic law is applied in it. As an example, the constitution of Malaysia article 3 declares that "Islam is the religion of the Federation", for detail please see **Hamzah, Wan Arfan** (2009) *A first Look At the Malaysian Legal System*, Selangor, Oxford Fajar, p. 163. İnan, Saudi Arabia are other examples for Islamic states. Therefore, Islamic law is alive when viewed from the point of these Islamic states. So, there are in the last period of the history of Islamic law.

⁷ For detail information see **Biçer, Bekir** (2007) *Türklerin İslamlaşma Süreci*, Ankara, Akçağ, p. 11 and more pages.

⁸ As it is known, caliphate was abolished by Turkey Grand Nation Parliament in 1924. Abolition of the Caliphate can be argued in different ways. Please see. **Livoğlu Mengüç, Hilal** (2019) "The Egyptian Response to the Abolition of the Caliphate: A Press Survey", *Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi*, I: 30, Year 15, p. 110 and more pages; **Guida, Michelangelo** (2008) "Seyyid Bey and the Abolition of the Caliphate", *Middle Eastern Studies*, V:44, I:2, p. 275 and more pages. However, it should not be forgotten that the caliphate is not an institution mentioned in the main sources of Islamic law and that this institution has a secular character.

⁹ Some thinkers stated that the Caliphate did not pass to the Ottoman state. According to them, Ottomans were not from Quraysh, the Prophet's (S.A.W) clan, or even Arab. Please see **El Mouden, Abderrahmane** (1995) "The Idea of the Caliphate between Moroccans and Ottomans: Political and Symbolic Stakes in the 16th and 17th Century-Maghrib", *Studia Islamica*, I: 82, p. 103 and more pages.

made/provided by the Ottoman State. Also, it was the representative of Sunni Islam.

The Ottoman state contribute to Islam not only in terms of economic, political and social aspects, but also this state influenced Islamic law. In this study, the role of the Ottoman state in the history of Islamic law is examined. How did the Ottoman State affect Islamic law? What are the features that distinguish the Ottoman state from other Islamic states in the field of law? What did the Ottoman state leave as a legacy to Islamic law? The study seeks answers to these questions.

As a rule, the study is based on the studies of Turkish literature. As a matter of fact, these sources are first-hand sources. Archival documents and foreign studies are also used when appropriate.

I. TAQLID (IMITATION) PERIOD

As it is known, The Ottoman State includes the period of taqlid and the period of Codification and New Jurisprudence (Ijtihad). Today, it should be said that we are still in the last period. For this reason, it is useful to remember the basic information about the 5th and 6th periods of Islamic law history. Later on, we will give information about the Ottoman practice in these periods.

The period is between the middle of Hijri 4th to the end of 13th century which coincides with the beginning of the codification movements in the Ottoman period from the middle of the Abbasid state period¹⁰. The period was called the period of imitation (taqlid) and/or stability (istikrar). The distinctive feature of the legal activities in this period was not to produce new solutions to legal problems with ijtihad¹¹ (jurisprudence) and to develop the law, but to

¹⁰ Demir, p. 115; Cin/Akyılmaz, p. 77.

¹¹ Ijtihad is the creation of new legal provisions by jurists (mujtahid) who have enough knowledge of Islamic law to make ijtihad when there is no provision regarding the solution of a legal issue in the Qur'an and Sunnah; Cin/ Akyılmaz, p. 50; Weiss, Bernard (1978) "Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad", The American Journal of Comparative Law, V: 26, I:2, p. 200.

expand the interpretations of the Fiqh madhabs that emerged in the previous period and make them more understandable.

In the period of imitation (taqlid), the studies of Islamic jurists were entirely within the boundaries drawn by the four legal sects (madhhab). In this time, the mujtahid mutlaq “absolute” did not educated, or even if educated, he did not attempt to establish a new sect (madhhab). For this reason, mujtahids in this period remained within the existing sects (madhhab) and engaged in ijihad activities. That is why, this period is called the period of “taqlid” or “stability”¹². This situation brought up the debate whether “the door of ijihad was closed”¹³ in the aforementioned period. And ijihad that “the door of ijihad is closed” has become widespread¹⁴ in the period.

It should be stated that this period is the period in which Islamic law has evolved¹⁵. Important works on Islamic legal methodology, usul al fiqh¹⁶ were written in this period¹⁷. Islamic lawyers wrote doctrinal studies in accordance with the rules and principles that the sect (madhhab) imams had preached. Thus, in this time, valuable legal corpus emerged.

In the 5th period of Islamic law history, studies on Islamic law have emerged in the form of Text (metin), commentary (şerh), annotation (haşiye) and fatwa books. These books examined the views of the madhhab down to

¹² Demir, p.115.

¹³ Ansay, Sabri Şakir (2002) Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 4th Edition, Ankara, Turhan, p. 29.

¹⁴ Hallaq, Wael B. (1984) “Was the Gate of Ijtihad Closed?”, International Journal of Middle East Studies, V: 16, I:1, p. 31; Demir, p. 115.

¹⁵ Kızılkaya, Necmettin (2006) “Hanefî Furû-ı Fıkıh Eserlerinde Fıkıhî Kâidelerin Uygulama Alanına Bir Örnek Olarak Bedâi’u’s-sanâi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, I: 8, p. 88.

¹⁶ Usul al-fiqh means a body of principles by which the mujtahid is able to develop the rules from the specific Islamic evidences; Remali Yusoff, Nor’zurah Md. Kamdari (2017) “Understanding Usul Al-Fiqh and Its Application Analysis for Sukuk, Muktamar Waqf Iqlimi, V: IV p. 149; Şa’bân, Zekiyyüddîn (2000) İslâm Hukuk İlminin Esasları, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı, p. 27.

¹⁷ Demir, p. 115; Kılınç, Ahmet, “İslam Hukuk Tarihi Açısından Osmanlı Devleti’nin Önemi”: İbrahim, Abdülazim (Editor), 1. Uluslararası Irak’ta Osmanlı İzleri Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı, 15-16 November 2021, Karabük.

the last detail¹⁸. Commentaries (Şerh) are studies written on concise texts that have become famous in a field of science, in which closed expressions are explained, missing points are completed, mistakes are pointed out and examples are reproduced¹⁹. The activity of writing a Fiqh book on the ground formed by another Fiqh book and the product that emerged as a result of this activity is called commentary (şerh)²⁰. Annotations (Haşiye), which are generally made on the commentary (şerh) of a famous Fiqh book, are short explanations about issues such as proper names, verses, hadiths, poems, both in the annotation and in some words and sentences in the text²¹. There are differences between şerh and haşiye. First of all, although the şerhs were written on the text of Fiqh, the majority of the haşiyes were written on the şerhs. In addition, while the şerhs follow the content and expression flow of the text on which they are based, haşiyes are written about certain points of the şerhs or texts²².

The period of imitation (taqlid), chronologically, corresponds to the 13th century and the beginning of the 19th century, which we define as the classical period of the Ottoman State. In order to understand the influence of the Ottoman State on Islamic Law in the Ottoman classical period, we need to explain the Ottoman legal system.

II. OTTOMAN LEGAL SYSTEM IN TAQLID PERIOD

The Ottoman legal system in the period of imitation (taqlid) consists of two main parts. One of them is Islamic law and the other is Customary (sultanic) law. There are different opinions about the relationship between these two legal systems. While some authors state that customary law remains

¹⁸ Demir, p. 116.

¹⁹ Şensoy, Sedat (2010) "Şerh", TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 38, İstanbul, p. 565.

²⁰ L.W.C. (Eric), Van Lit (2017) "Commentary and Commentary Tradition The Basic Terms for Understanding Islamic Intellectual History", MIDÉO, V: 32, <<http://journals.openedition.org/mideo/1580>> I.a.d: 25.02.2022; Kaya, Eyüp Said (2010) "Şerh" TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 38, İstanbul, p. 560.

²¹ Topuzoğlu, Tevfik Rüştü (1997) "Haşiye", TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 16, İstanbul, p. 419.

²² Kaya, p. 560.

within the boundaries of Islamic law, others imply that customary law is a legal system independent of Islamic law²³. In any case, it is clear that there were two legal systems integrated with each other during the Taqlid period in the Ottoman State.

In the Ottoman State, Islamic law was applied both theoretically and practically during the period of imitation (taqlid). Islamic law applied theoretically and practically, then practice of the law was based on the sources of Islamic law. In other words, some legal disputes were solved according to the sources of Islamic law directly. As an example: The qādi register, in which it is written that Abdullah forgave Yusuf who injured him, is based on the Qur'an. The provision of the 40th verse of the Shura which is "*Indeed, whoever forgives and establishes peace, his reward belongs to Allah.*" is written clearly in the Qādi register²⁴. We can easily mention that in the practice and theory of law, 4 primary (Quran, Sunnah, Ijma and Qiyas) and secondary sources have been abundantly utilized.

The Ottoman state contributed doctrinally to Islamic law. In addition, there are several features that make the Ottoman state different from other Islamic countries while practicing Islamic law. Let us now examine these matters in detail.

²³ For detail please see **Sobia, Bashir / Amen Imran** (2012) "Legal System of the Ottoman Empire", Journal of Law and Society Law College, V: 42, I:59, Peshawar, p. 101; **Fendoğlu, Hasan Tahsin** (2021) Türk Anayasa Hukuku Tarihi, Ankara, Yetkin, p. 145; **Avcı, Mustafa** (2019) Türk Hukuk Tarihi, 8th Edition, Ankara, Atlas, p. 91; **Aydın, M. Âkif** (2009) Türk Hukuk Tarihi, 7th Edition, İstanbul, Beta, p. 65; **Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan** (2012) "Ömer Lütfi Barkan ve Türk Hukuk Tarihi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, V: 70, I:1, p. 421; **Aydın, M. Âkif** (2004) "Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişindeki Yeri", Osmanlı Araştırmaları, V: 24, İstanbul, p. 40; **Bozkurt, Gülnihal** (1992) "Review of the Ottoman Legal System", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, I: 3, Ankara, p.117.

²⁴ For the whole record please see **Yılmaz, Çoşkun** (Editör), Hasköy Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1023-1081 / M. 1615-1670) V:52, Hüküm no: 200 Orijinal metin no: [89-3], p. 136.

A. IMPORTANT DOCTRINES CONTRIBUTION OF THE OTTOMAN STATE TO ISLAMIC LAW IN TAQLID PERIOD

The most important contribution of the Ottoman State to Islamic Law in this period was the publication of many Islamic law studies. As a matter of fact, it is stated that there were 105 jurists and around 150 Fiqh studies until the reign of Padishah Mehmed 2nd, Conqueror (Fatih)²⁵. Fiqh studies appear in various forms. There are many **fiqh books, commentary** (şerh), **annotations**(haşiye) written in this period in the Ottoman state.

As it is known, Fiqh books are studies that explain the legal topics and institutions and their sources, sometimes deal with the subjects comparatively between the sects (madhhabs), and reach a preferential result by discussing different views on controversial issues²⁶. Fiqh books are the products of the furu'-ı fiqh (branches of law) which is the one part of Islamic law²⁷. Let me introduce one of Fiqh books which was used as a course book in madrasahs in the Ottoman State and in the 17th century. İbrahim Halebî's Mültekal-Ebhur, which is the main reference book of the judges in the religious courts after the middle of the century, is a study in this group. We have to mention that the book has been annotated by various Ottoman lawyers²⁸.

As has just been stated, many fatwa books were published in this period. **Fatwa books** are works that bring together the answers given to the questions people ask about legal issues they face in daily life²⁹. The most important property of the fatwas is that these consults were non-binding statement of the

²⁵ For detail information see **Cici, Recep** (2001) Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları (Kuruluştan Fatih Devri Sonuna Kadar), Bursa, Arasta.

²⁶ **Cin / Akyılmaz**, p. 44.

²⁷ Islamic law divided into two parts. One part is Usul al-fiqh and the other one is furu-u fiqh. While the methodology of the law was studied by the Usul al Fiqh, the material aspect - interpersonal relations- of the law was studied by furu law; **Aybakan, Bilal** (2006) "Fürü' Fıkıh Sistematiği Üzerine" Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, V: 31, p. 20.

²⁸ See **Mevkûfâti, Mehmed** (1980) Mültekâ Tercümesi Mevkûfât, Simplified by: Ahmed Davudoğlu, İstanbul Doyuran Matbaası; **Çelik, Mehmet** (2012) Büyük İslam Hukuku Mecme'ul Enhur (Mültekâ'l-Ebhur'un Şerhi- Damad) Tercümesi, İstanbul, Yasin.

²⁹ **Cin / Akyılmaz**, p. 47; **Örsten, Seda** (2007) "Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetvâ Mecmuaları", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, I:4, p.30.

law³⁰. Fatwas are usually issued in response to questions from individuals³¹. Its main and basic purpose is to provide definitive answers³². Fatwas have been an important tool in the resolution of disputes. Because many disputes were resolved without appearing before a judge, based on a fatwa³³. The fatwas have an anonymity character which means instead of the real people, muftis used a set of typical names, usually Amr, Zevc, Zeyd for males, and Zevce, Hind for females³⁴. In the Ottoman states, Shaykh al-Islams organized their fatwas under legal headings and subheading for making them a useful source for students, judges, muftis (jurisconsults) and other with an interest in the law³⁵. The Fatwas of Ebussuud Efendi, Fetavay-ı Fevziyye, Behcetü'l-Fetâvâ, Fetavay-ı Ali Efendi, and Fetevay-ı Yahya Efendi drew attention as the studies that qādīs most frequently benefitted / used.

Let's take the Behcetü'l-Fetâvâ as an example. This fatwa book contains the fatwas of Abdullah Efendi from Yenişehir. Abdullah Efendi worked as a qādi of the army and a Rumelia *Qādī' askeri*. He became Shaykh al-Islam in

³⁰ **Imber, Colin** (2007) Ebu's-su'ud, The Islamic Tradition, Edinburg, Standford University, p. 7.

³¹ **Britannica, T. Editors of Encyclopaedia** (2016) "Fatwa." *Encyclopedia Britannica*, <<https://www.britannica.com/topic/fatwa>> I.a.d. 26.02.2022

³² **Sirry, Mun'im** (2013), "Fatwas and their controversy: The case of the Council of Indonesian Ulama (MUI)", *Journal of Southeast Asian Studies*, V: 44, I:1, Singapore, Cambridge, Cambridge University Press, p. 100; However, theoretically, the basis of some fatwas is also shown in the fatwa. Such fatwas were not seen very often in the Ottoman Empire; **Arslan, Emine** (2008) "Osmanlı Dönemi Nuküllü Fetvâ Mecmuaları", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, I: 5, p. 133.

³³ **Gedikli, Fethi** (2018) "Osmanlı Mahkemesinde Fetva Kullanımı ve Fetva-Kaza İlişkisi" : Kaya, Süleyman; Uğur Yunus; Demiray, Mustafa (Editors), *Osmanlı Hukukunda Fetva, İstanbul, Klasik*, p.218.

³⁴ **Imber**, p. 56.

³⁵ There are two types of fatwa books. The type that is compiled directly by the sheikh al-Islam or the mufti and contains answers to the questions is called the "aslı fatwa books". Those compiled from the classical Hanafi literature and prepared as a reference source for muftis and kadis are called "menkul fatwa books"; **Örsten**, 2007, p. 31; **Heyd, Uriel** (1995) "Osmanlı Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri (III Levha İle Birlikte)", translator: Gedikli Fethi, Marmara Üniversitesi, *Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, V: 9, I: 13, p. 287 and more pages.

1718. He held this position for about 13 years. While he was a Shaykh al-Islam, his fatwas were compiled. The fetvâ emîni³⁶ (fatwa maker), Mehmed Fikhî el-Ayn, arranged the fatwas of Abdullah Efendi and named it Behcetü'l-Fetâvâ. He made citations from reliable fiqh books for every issue. There are 3474 fatwas in the book. It was the most respected fatwa book in the 18th and 19th centuries and was one of the four journals accepted by the Fetvâhane³⁷.

Many **monographic studies** on Islamic law were also produced in the classical period of the Ottoman State. Monographic studies that deal with a legal issue, examine it in detail, according to various possibilities, and reach a conclusion. For example, many monographic studies (risâle) were written about the cash money waqfs, which caused great controversy in the Ottoman State. Cash money waqfs is claimed as the definitive Ottoman contribution to the Islamic Civilization³⁸. The money waqf, as it is called in the fiqh books, is a kind of waqf of a certain amount of money or a certain amount of money together with the real estate, for a certain charitable purpose³⁹. Islamic jurists do not agree on whether money waqf is compatible with Islamic law. In the Hanafi sect, Imam Zufer stated for the first time that the money foundation is in accordance with the law⁴⁰. In the Ottoman state, monographic studies began to be written after Rumelia Qâdî'asker Muhyeddin Mehmed b. Ilyas (d. 1547)

³⁶ A fatwa maker (fetvâ emîni) was the official who assisted the sheikh al-Islam, replaced him in his absence, played an active role in the preparation of the fatwa and present it to the shaykh al-Islam, and worked within the department of the meshihat in the central organization of the State. **Ayar, Tayip** (2011) *Osmanlı Devleti'nde Fetvâ Eminliği (1826-1922)*, (Phd Dissertation), Ankara University, Institute of Social Sciences, p. 244 and more pages.

³⁷ For detail information about Behcetü'l-Fetâvâ see **Kaya, Süleyman/ Algın, Betül/ Trabzonlu, Zeynep / Erkan, Asuman** (2011) *Behcetü'l-Fetâvâ*, İstanbul, Klasik, p. 9 and more pages.

³⁸ **Mandaville, Jon E.** (1998) "Faizli Dindarlık: Osmanlı İmparatorluğunda Para Vakfı Tartışması", (Translator: Gedikli, Fethi), *Yaz Gündemi, Türkiye Günlüğü*, p. 129.

³⁹ **Gedikli, Fethi** (2012) "İstanbul'da Para Vakıfları ve Mudârebe", *Osmanlı Hukuku Makaleler, İstanbul Gündoğan*, p.34.

⁴⁰ For detail please see **Osmanağaoğlu, Cihan** (2010) "Osmanlı Devleti'nin Klasik Döneminde, Para Vakıflarının Hukuki Yönü", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, I: 1-2, İstanbul, p. 282 and more pages

banned the money waqfs. İbn Kemal, Ebussuud (d. 1573), Shaykh Bali Efendi (d. 1552) stated that money waqfs could be established. In spite of this, Muhyeddin Mehmed b. İlyas and Birigivi argued that money waqfs could not be established⁴¹.

As it can be seen, Ottoman jurists produced very important works of fiqh in the period of imitation and made serious contributions to the development of law.

B. UNIQUE TO THE OTTOMAN STATE IN PRACTICING ISLAMIC LAW

As mentioned before, Islamic law has been practiced by various geographies and different nations for hundreds of years. It can be stated that every society contributes to the development of this law. It is possible to see **some differences or riches unique to the Ottoman State** in practicing Islamic Law.

We can say there are three different features in Ottoman State. These are

1. Official sect (madhhab) preference
2. Sultanic law
3. Status of Shaykh al-Islam.

Theoretically, the first of these differences is the **official sect (madhhab) preference** or practice. As it is known, there can be more than one ijtihad on a subject in Islamic law. These jurisprudences (ijtihads) can also contradict each other. In this case, it should be determined which jurisprudence (ijtihad) the judge should choose. Since the middle of the 16th century, the Ottoman State wanted the disputes to be resolved according to the Hanafî sect (madhhab)'s jurisprudence (ijtihad). For this reason, it was clearly stated in the letters patent (berât) for the appointment of judges (qâdis) and mufti that the decision and the fatwa would be given according to the Hanafi school, and it was forbidden

⁴¹ **Gedikli** (2012), p. 37 and 38; **Şimşek, Mehmet** (1985) "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları Üzerine Münakaşalar", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, I: 27 pp. 207-220; **Koyunoğlu, H. Hüsnü** (2008) "Para Vakıfları: Muhasebe Defterlerine Göre 17. Yüzyıl İstanbul Uygulaması", Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, V: 8, I:1, p. 264.

to make judgments in line with the jurisprudence (ijtihad) of any sect (madhhab) other than the Hanafi school⁴².

Official madhhab is clearly reflected in the fatwas: “*Question: Is it permissible to apply to the Shafi’i (sect) in dividing an oath? Answer: There is no Shafi’i in this land. In this case, would it be valid if the Zayd who took the oath applied to the Shafi’i qādī and removed his oath from Shai’I qādī? Answer: There is a sultan’s prohibition that making a decision according to the Shafi(teşeffü) sect is not valid in Diyar-ı Rum (Anatolia)*”⁴³.

Likewise, qādīs resolved disputes according to the Hanafi sect. For example, according to the Hanafi sect, in the crime of abortion, the fetus aborted (separated) from its mother must have certain characteristics. According to the Hanafi sect, some of the fetal organs should be determined and it should be understood that the fetus is human⁴⁴. A fetus with these features is called "müstebinet’ül-hilka" and it has been revealed that this feature is sought for the crime mentioned in the qādī registers⁴⁵. It is possible to multiply examples⁴⁶.

⁴² **Cin/Akyılmaz**, p. 89; **Bardakoğlu, Ali** (1997) “Hanefî Mezhebi”, TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 16, İstanbul p.7; **Aydın** (2009), p. 93.

⁴³ **Düzdağ, Ertuğrul** (2012) Kanunî Devri Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları, İstanbul, Kapı, p. 174.

⁴⁴ **Özdemir, Merve** (2016) “Osmanlı Fetvalarında Iskât-ı Ceninin (Cenin Düşürmenin) Cezai Sonuçları”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, I: 46, V: 9, p. 957; **Ucatlı, Abdulahat** (2009) “İslâm Hukukunda Cenine Müdahalenin Hükmü”, (Master) Istanbul University, Institute of Social Sciences, p. 32 quoted from Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dımaşki İbn Abidin (ö. 1252/1836), Reddül-Muhtar ala Dürri’l-Muhtar, Riyad, Dâru Alemü’l-Kütüb, 2003/1423, I, 500; Ebü’l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebi Bekr Merjanani (ö. 593/1197), el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mübtedi, Karaçi İdaretü’l-Kur’an ve’l-Ulumü’l-İslâmiyye, 1417, V:7, 102; **Konan, Belkis** (2008) “Osmanlı Devleti’nde Çocuk Düşürme Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, I: 4, V: 57, p.325.

⁴⁵ For detailed information see **Kılınç, Ahmet** (2018) “Çocuk Düşürtme Suçunun 17’nci Yüzyıl İstanbul’undaki Görünümü”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 23, I:38, p. 64.

⁴⁶ Hanafi sect was also preferred for money waqfs. Judges decide according to the Imam Zufer and İmam Muhammed and Ebu Yusuf’s ijtihads who are the students of İmam-ı Azam Ebu Hanife about cash foundations.

As seen in other Islamic countries, the official madhhab practice was chosen as a method to ensure legal unity and stability as much as possible, and in that period, it fulfilled the task of enacting⁴⁷. Notwithstanding, the official madhhab practice has been criticized for allegedly hindering the development and dynamism of the law⁴⁸. The application of the Hanafi sect in regions where people who follow other sects are in the majority has been the subject of criticism⁴⁹.

Another feature that distinguishes the Ottoman state in the taqlid period is the existence of **customary (sultanic) law**. It is because many branches of law have been formed according to the customary (sultanic) law rules. There are too many definitions regarding to the Sultanic law. It can be summarized as: Customary (sultanic) law is the law created by the political authority of the time (ulu'l-emr) of Islamic state within the limits set by Islamic law⁵⁰. The main authority here is the political authority of the time.

The customary (sultanic) law shows itself through the Qānūnnāmes. The Qānūnnāmes are discussed in the Dīvān -ı Hümâyun, which means the Sultan's board (Dīvān) made up of senior executives, and are announced with the Sultan's edict⁵¹. Shaykh al-Islams of the period also supported the development of customary (sultanic) law. For example, Shaykh al-Islam Pir Mehmed Efendi (death date 1620) gave the following answer to a question asked to him: "*It is*

⁴⁷ Bardakoğlu, p. 93.

⁴⁸ Cin/Akyılmaz, p. 90; Aydın, p. 94; Aydın, M. Akif (2011) "İslam Hukukunda Hukukî İstikrar ve Sosyal Değişim Açısından Mezheplerin Konumu (Hanefi Mezhebi İçtihatları ve Osmanlı Devleti Uygulamaları Çerçevesinde)", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, I: 11, p. 30.

⁴⁹ Rafeq, Abdul-Karim (1999) "Relations Between The Syrian 'Ulama' And The Ottoman State In The Eighteenth Century", Oriente Moderno Nuova serie, V: 18 (79), I:1, p. 67 and more pages; Peters, Rudolph (2005) "What does it mean to be an official madhhab: Hanafism and the Ottoman Empire.", The Islamic School of Law: Evolution, Devolution, and Progress (Editors: P. Bearman, R. Peters, F. Vogel.) Cambridge, Harvard University, p. 156.

⁵⁰ Cin / Akyılmaz, p. 86; Aydın, 2009, p. 73 and more pages; Avcı, p. 91; İnalçık, Halil (2000) "Türk İslam Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği", Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul, Eren, p. 27.

⁵¹ Mumcu, Ahmet (2007) Divan-ı Hümayun, 3rd Edition, Ankara, Phoenix, p. 126; Karataş, Abdullah Vefa (2019) "Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması -Manisa Şehzâde Sarayı Dīvânı Örneği-", Adalet Dergisi, V:1-2, I: 63, p.238.

necessary to apply to the political authority in this matter. The rule is established as or how the political authority orders. It is obligatory (wacib) to obey the political authority for public order."⁵²

In the Ottoman state, administrative, financial, military, tax regulations⁵³, land law, tazir crimes⁵⁴ and penalties were mainly codified with customary (sultanic) law. We can say that the Ottoman state acted actively in this regard. For example, during the reign of Suleiman the Magnificent, nearly 200 law codes were coming into force and 29 of them were (umūmī Qānūnnāmes) general law codes⁵⁵. Even in family law, which has many and detailed provisions in Islamic legal sources, customary law norms have been formed. This fatwa confirms our opinion: "Question: "When there is an order that there should be a judge's decision for a marriage, is it possible to marry without the judge's skill? Answer: No, it turns out that there will be animosity and enmity."⁵⁶

In the Ottoman State, the opinions of those who had a minority view among the jurists of the Hanafī sect were codified through sultanic law, based on the principle of public interest. Giving the icāreteyn-based foundations and land into operation with unlimited lease agreements without a time limit, the gedik institution⁵⁷ that can be expressed as derived from European tradesmen's customs, imposing death sentences for counterfeiting and homosexuality that

⁵² **Anhegger R./İnalçık Halil** (1956) Kanunname-i Sultanī ber Müceb-i Örf-i Osmanī, Ankara, Türk Tarih Kurumu, p. X.; **Cin/ Akyılmaz**, p. 83.

⁵³ For more detailed information about the "kul system", one of the most important administrative, financial and military institution of the Ottoman State, see **Karataş, Abdullah Vefa** (2020) "Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, I:1, p. 155 and more pages.

⁵⁴ **Karakaya, Harun** (2020) "Osmanlı Ceza Hukuku'nda Parada Sahtecilik Suçu" (Master), Ankara Yıldırım Beyazıt University, Institute of Social Sciences, Ankara, p.16.

⁵⁵ For detail see **Kılınç, Ahmet** (2018) "Hukuk Tarihi Açısından Kanuni Dönemine Münhasır Gelişmeler": Baki, Adnan/ Karal, Hasan (Editors), I. Uluslararası Kanuni Sultan Süleyman Sempozyumu, 24-26 April 2018, p. 51.

⁵⁶ **Düzdağ**, p. 37.

⁵⁷ For detail see **Koyuncu, Nuran** (2016) "Osmanlı Hukukunda Esnaf Gediği", II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi, Gedikli, Fethi (Editor), İstanbul, Onikilevha.

disrupt social life, allowing cash waqfs are examples of codification of minority jurisprudence, taking into account the public interest⁵⁸.

It should be mentioned that the relationship between Islamic law and sultanic law reveals the existence of different views today. On the one hand, it is stated that the customary law may be contrary to the Islamic law and that there may be a transition to the secular legal system, on the other hand, it is argued that the sultanic law is expressed as *siyâset-i shar'îyya* and is within the boundaries of Islamic law⁵⁹. In my opinion, Islamic Law and Customary (sultanic) Law are not separated from each other with certain lines. Islamic and customary (sultanic) law rules are placed side by side and the two legal systems complement each other with the balance-control mechanism⁶⁰.

Another feature that makes the Ottoman state different is the **status of the Shaykh al-Islam**. The term Shaykh al-Islam has expressed an honorary title conferred on the scholars of Fiqh, who, since the 10th century, settled the disputed issues among the fuqahâ, gained fame with their fatwas and gained the approval of many Islamic jurists⁶¹. In the Ottoman State, the head of the *ilmiyye*⁶² group and theoretically the judicial organization was Shaykh al-

⁵⁸ Kılınç, 2018a, p. 50; Akgündüz, Ahmed (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, V: 4, İstanbul, Fey Vakfı, p. 6.

⁵⁹ For detail see Cin/ Akyılmaz, p. 86; Avcı, p. 92; Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed (1989) Türk Hukuk Tarihi, V:1, Konya, pp. 143-144, 163-165; Bardakoğlu, Ali (1999) "Osmanlı Hukukunun Şer'îliği Üzerine", Osmanlı, V: 6, Ankara, p. 416; Üçok, Çoşkun (1946) "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V:3, I:1, p. 126; Heyd, Uriel (1983) "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Translator: Selâhaddin Eroğlu) V: XXVI, p. 633 and more pages; Heyd, Uriel, (1973) Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, Oxford, pp. 174-175; 180-192.

⁶⁰ Kılınç (2018a), p. 50, 57.

⁶¹ Cin/ Akyılmaz, p. 170; İpşirli, Mehmet (2010) "Şeyhülislam", TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 39, İstanbul, p. 91 and more pages.

⁶² Atıl, Abdurrahman (2009) "The Route to the Top in the Ottoman İlmiye Hierarchy of the Sixteenth Century", Bulletin of the School of Oriental and African Studies, I: 3, V: 72, London, Cambridge, p. 489.

Islam⁶³. Because he had extensive powers in the legislative, administrative and judicial topics in the Ottoman state during this period.

He had the power in legislative topics in the Ottoman state. Because it is known that his opinion was taken before the laws were enacted⁶⁴. At the beginning of the Qānūnnāmes, there is a provision that means "*It is the Sultan's code that was prepared in accordance with Islamic law*"⁶⁵. Important legal regulations such as the Land Code of 1858, Majella were sent to the Shaykh al-Islam to check their compliance with Islamic law before the sultan approved it⁶⁶.

When important administrative decisions were to be taken, he was called to the Dīvān and asked for his opinion⁶⁷. Shaykh al-Islam was never a member of the Dīvān -ı Hümâyūn. In case of need, he was called and his opinion was taken. The compatibility of the decision of the Dīvān regarding the executive

⁶³ **Bulliet, Richard W.** (1972) "The Shaikh Al-Islām and the Evolution of Islamic Society", *Studia Islamica*, I: 35, p. 53, 54; **Cin / Akyılmaz**, p.170; **Akyılmaz, Gül** (2004) "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V: 8, I:2; It is clearly written in the qānūnnāmes that the Shaykh al-Islam was the head of the ilmiyye class; **Akgündüz** (1990), p. 318.

⁶⁴ **Örsten, Seda** (2005) "Osmanlı Hukukunda Fetvâ", Ankara University, Institute of Social Science (Master), Ankara p. 42 and more pages.

⁶⁵ **Akgündüz** (1990), p. 48. While this is the case, it is known that some laws enacted especially after the Tanzimat are contrary to Islamic law. Commercial Codes can be given as an example. On the other hand, the compatibility of fratricide, monetary foundation and some criminal law sanctions with Islamic law is controversial in the doctrine; see **Üçok, Çoşkun** (1947) "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V: 4, p. 48 and more pages.

⁶⁶ **Hocaeminefendizade, Ali Haydar Efendi** (1992) *Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkâm*, İstanbul, Osmanlı, p. 5 and more pages; **Cin, Halil** (1992) *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, 3rd Edition, Konya, Selçuk Üniversitesi, p. 21.

⁶⁷ **Erdem, Gazi** (2008) "Religious Services in Turkey: From the Office of Şeyhülislâm to the Diyanet", *The Muslim World*, I: 2-3, V: 98, <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1478-1913.2008.00216.x/full>> I.a.d: 28.02.2022.

power with Islamic law was examine by him⁶⁸. Shaykh al-Islams gained importance in the Ottoman state with the fatwas they gave, as stated before. Even the sultans themselves received a fatwa from the Shaykh al-Islam.

They had the power to choose and offer judges to the Sultan. After 1574, the executive powers were constantly expanded against the qādī'asker, and the authority to appoint the qādī'askers, the state judges called "mevali", the mudarris who received a salary of more than forty akçe, the army judges and the muftis belonged to the Shaykh al-Islams⁶⁹. Therefore, Shaykh al-Islam has ceased to be an institution that not only transmits theoretical knowledge, but also has an active role in state administration.

Even though Shaykh al-Islam supervised important legal regulations such as Majella, Land Code, they did not control all sultanic law regulations. In addition, Padishah had the authority to appoint and dismiss the Shaykh al-Islam. In some issues Padishah wanted to obtain a fatwa from the Shaykh al-Islam in order in order to avoid discussions that the sultan acted contrary to the Shari'ah law. When the Shaykh al-Islams did not want to give a fatwa, they could be dismissed by the sultan and the person who would issue the requested fatwas was appointed to this situation⁷⁰.

As a matter of fact, the Shaykh al-Islams took a role in the appointments of qādī, had administrative and legislative power, the necessity of judgement according to the Hanafi madhab in the qādī appointment decisions (berāts), the emergence of law in many law fields within the scope of limited legislative authority can be mentioned as the features that distinguish the Ottoman State in the period of Taqlid.

⁶⁸ **Yakar, Emine Enise** (2019) "A Critical Comparison Between the Presidency of Religious Affairs (Diyanet İşleri Başkanlığı) and the Office of Shaykh Al-Islām", *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, V: 6, I:11, p. 430.

⁶⁹ **Cin / Akyılmaz**, p. 171; **Beyazıt, Yasemin** (2009) "Osmanlı İlimiye Bürokrasisinde Şeyhülislâmlığın Değişen Rolü ve Mülâzemet Sistemi (XVI.-XVIII. Yüzyıllar)", *Belleten*, V: 73, I: 267, p. 423 and more pages.

⁷⁰ **Cin / Akyılmaz**, p. 171 and more pages.

III. THE PERIOD OF CODIFICATION AND NEW İJTİHAD.

The period that started with the declaration of the Tanzimat edict and still continues is called the period of “enactment/codification and new ijthad” in terms of Islamic legal history. The striking feature of this period is the enactment of the provisions of Islamic law. In this period, two types of enactment methods were followed. The first is to enact the provisions of Islamic law. The second is the translation of the laws of European states⁷¹.

There are many reasons for the legalization movements in the Ottoman State⁷². The first of the **reasons for the legalization movements** of the Tanzimat period is the changes in commercial, economic and social life. Changes in social life, especially the change in the roles of women in society, are among the reasons for enactment movements. Legal needs also led to the need for new laws. As a matter of fact, the effects and pressures of western states are also among the reasons for enactment movements.

⁷¹ For detail see **Kayar, Betül** (2021) *Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları*, Ankara, Adalet; **Demir**, p. 117. For the similarities of the Codification movement in the Ottoman Empire with similar movements in the same period, see **Akyılmaz, Gül** (2021) “İki Önemli Kodifikasyon Örneği: Mecelle ve 1774 Tarihli İsvaç (Medeni) Kanunu, Benzerlikler - Farklılıklar”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*, Bursa, p. 85 and more pages; **Gedikli, Fethi** (2015) “Hukukî Düşünce Yahut Cumhuriyetin Hukuk Devrimi “Bedevilikten Medenliğe Geçiş”: Bolay, Süleyman Hayri (Editor) *Tanzimat’tan Günümüze Türk Düşüncesi V:2*, Ankara, Nobel, p. 890 and more pages.

⁷² For detail see **Demir**, p. 118; **Şentop, Mustafa** (2005) “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatürü Dergisi*, I: 5, V: 3, p. 647 and more pages; **Akgündüz** (1990), pp. 129-130; **Ortaylı, İlber** (1995) *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 3rd Edition, İstanbul, Hil, p. 52; **Gümüş, Musa** (2013) “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri İdeolojisi ve Kurumları, *Tarih Okulu Dergisi*, I: 14, p. 166 and more pages; **İbrahim, Abdülazim** (2022) “Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Tebaasının Hukuki Durumu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, I:1, V:5, p.64; **Akman, Ahmet** (2019) “Tanzimat Sonrası Osmanlı Usûl Hukukundaki Gelişmeler”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, I: 1, V:8, p.432.

In the preparation of new laws, different opinions declared⁷³. Some views suggested that Islamic law should be codified in a modern way⁷⁴. Some opinions recommended that western laws should be transferred to the Ottoman State⁷⁵. As a result, there has been a dual distinction between domestic (national) laws and laws taken from foreign legislation by way of quotation (reception).

As stated before, within the framework of the limited legislative authority granted to the ulu'l-emr by Islamic law, modern legalization movements were seen in the Ottoman State. In the Tanzimat period, the **domestic laws** prepared without benefiting from the laws of foreign countries are the Penal Code of 1840 (1256) and 1851 (1267), the Land Code of 1858 (1274), the Majella, which was completed between 1869-1876, and the Family Law Decree of 1917⁷⁶.

-
- ⁷³ **Bozkurt, Gülnihal** (2020) *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, 3rd Edition, Ankara, Türk Tarih Kurumu, p.51; **Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal** (2015) *Türk Hukuk Tarihi*, 17th Edition, Ankara, Turhan, p. 333; **Durhan, İbrahim** (2008) “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V: 12, I:3-4, p. 55 and more pages; **Velidedeoğlu, Veldet Hıfzı** (1940) “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat I*, İstanbul, Maarif, pp. 168-169; **Akça, Gürsoy / Hülür, Himmet** (2006) “Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, I: 19, p. 295 and more pages; **Kılınç, Ahmet** (2019) “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V: 14, I:2, p.623 and more pages.
- ⁷⁴ **Taş, Kemaleddin/ Göksüçukur, Betül** (2019) “Osmanlı Dönemi Batıcılık, İslamcılık Türkçülük Fikir Akımları ve Din”, *Dini Araştırmalar*, V: 22, I:56, p. 477 and more pages; **Yıldız, M Cengiz** (1999) “Osmanlı’nın Son Dönemindeki Üç Düşünce Akımının Sosyolojik Analizi: Batılılaşma, İslamcılık ve Milliyetçilik”, *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, I: 4, Isparta, p. 286.
- ⁷⁵ **Akbulut, İlhan** (2018) *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Timaş, p. 309; for detail information about Namık Kemal and its law opinion see **Değirmenci, Rıdvan** (2021) *Tanzimat Sürecinde Osmanlı Devleti’nin Hukuk Değişimi ve Namık Kemal’in Hukuk Anlayışı*, Ankara, Astana, p.77 and more pages.
- ⁷⁶ **Cin / Akyılmaz**, p. 560-561; **Akgündüz, Said Nuri** (2017) *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması*, İstanbul, Rağbet, pp. 77-78; **Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan** (2011) “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, I: 29, p. 114; After the

Majella, has been prepared based on Islamic legal sources. Only the ijtiyhads within the Hanafi Sect were included in the Majella. It is partially prepared in a modern style. The first 99 articles are general rules and include legal principles. It was published in the form of books between 1868-1876. The sixteen books mainly cover the debts, partly the law of property and jurisdiction and do not have the characteristics of a full civil/obligation law; There are no family and inheritance law departments.

The land code of 1858 is one of the efforts to bring together the principles of land law in the Tanzimat period. The law consists of an introduction (art. 1-7), three chapters and 132 articles in six chapters, and a rhetoric. The first article of the qānunnâme divides the lands in the Ottoman country into five categories: mulk, mîrî, mevkuf, abandoned and mevât land.

The 1840 penal code was prepared by partially utilizing the western law technique. However, in accordance with the Ottoman law-making tradition, it did not include information on the general theory of crime. In this respect, it can be said that it is a domestic law. Regarding the hadd and qîsas punishments, it is sufficient to refer to the Sharia, only tazir punishments are regulated. Crimes such as crimes against the sultan and the state, rebellion, injury, insult, bribery, and rancor were organized. It does not contain provisions contrary to Islamic Law. In the law, a fixed penalty was prescribed for each crime, and the judge was not given discretionary power. The death penalty will be decided by the judge, but the execution will be carried out after the sultan's approval.

It would be useful to briefly dwell on the 1917 family law decree. In the Family Decree of 1917, the jurisprudence (ijtiyhads) of the Hanafi sect (madhhab), which was the first official sect (madhhab), was abandoned on some issues and the views of **other legal sects (madhhab)** (Maliki-Shafii-Hanbali sects (madhhabs)) were preferred and solutions were tried to be produced for social needs and conditions of the age without going beyond the

1920s, codification movements in family and inheritance law started in other Islamic countries as well.

limits of Islamic law⁷⁷. In other words, the 1917 family law decree was prepared according to the views of four sects, and this decree even includes provisions for non-Muslims⁷⁸. Thus, the period of taqlid and following only one sect (madhhab) has ended. As a result, a suitable ground has been prepared for the initiation of jurisprudence activities in Islamic countries to adapt Islamic law to the needs of the day.

The laws prepared by translation from other countries are the Commercial Code of 1850, the Criminal Code of 1858⁷⁹, the Commercial Procedure Code of 1861, the Maritime Commercial Code of 1863, the Criminal Procedure Code of 1879, and the Civil Procedure Code of 1879⁸⁰. The laws that were translated from the West brought new legal institutions with them⁸¹. Attorneyship⁸², notary⁸³ public, public prosecutorship⁸⁴ can be given as examples of these institutions.

⁷⁷ **Aydın, M. Akif** (2017) *Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, Klasik, p.28 and more pages; **Cin, Halil** (1988) *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, Selçuk Üniversitesi, p. 293 and more pages.

⁷⁸ Some provisions of the decree were common to all Muslim and non-Muslim. Engagement provisions exemplify this. **Doğangüzel, Semra Betül** (2021) *Osmanlı Hukukunda Nişanlanma*, 2nd Edition, Ankara, Adalet, p. 40 and more pages.

⁷⁹ Some scholars do not think that this act was prepared by translating Western country's act. For discuss see **Örsten Esirgen, Seda** (2019) "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi*, V: 1-2, I:62-63, p. 438.

⁸⁰ **Cin / Akyılmaz**, p. 561; **Akgündüz** (2017), pp. 77-78.

⁸¹ **Bozkurt**, p. 126 and more pages.

⁸² The defense mechanism became modern and organized with the 1875 Mehakim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname; **Kılıç, Yusuf** (2019) *Osmanlı Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi*, Ankara, Adalet, p. 148.

⁸³ The 1879 Code of Mukavelat Muharrirleri Nizamnamesi, was prepared by utilizing the French Notary Law, and enacted for the first time that an officer would only be a notary public, **Ülker, İbrahim** (2018) *Osmanlı Noterlik Hukuku*, Ankara, Adalet, p. 384.

⁸⁴ The prosecutorship is regulated in detail by the law Mehakim-i Nizamiye'nin Teşkilat-ı Kanun-ı Muvakkatı and Usul-i Muhakemeat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkat dated 1879; **Ünal Özkorkut, Nevin** (2016) *Osmanlı Hukukunda Müdde-i Umumilik*, Ankara, Turhan, p.80; **Ünal Özkorkut, Nevin** (2003) "Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V:52, I:4, p.149.

The codification movements in the Tanzimat period created a **dualist (dual) structure** in the Ottoman legal system, while the rules of Islamic law remained valid, and laws taken from Western countries were tried to be implemented in certain areas⁸⁵. Another reason for the emergence of the dualist legal system in the post-Tanzimat period is the changes in the judicial organization. Because, new courts such as the ticaret (trade), muhtelit ticaret (mixed commerce), nizāmiye courts, meclis-ı tahkikat emerged.

The dualistic structure has led to serious problems. It is stated by both the lawyers of the period and some contemporary lawyers that this situation caused conflicts of duty and authority between the judicial organizations at that time and therefore caused the cases to be resolved unjustly⁸⁶. Some authors even stated that this situation is unreasonable and dangerous⁸⁷. The reason for the criticism of the period in this way is that some crimes have the duty and authority of both the sharia courts and the nizāmiye courts⁸⁸.

CONCLUSION

There is a historical stage of development and formation of Islamic law. The last two of the six periods of Islamic legal history correspond to the Ottoman State period. The period of imitation (taqlid) and codification and the new ijitihad are important both for Islamic law and for the Ottoman state.

⁸⁵ **Koyuncu, Nuran / Yılmaz, Yasin** “Osmanlı’nın Son Yüzylında Hukuk Düşüncesinin Dönüşümü ve Dönemin Başlıca Tartışma Konuları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 26, I:2, p. 83; **Cin / Akyılmaz**, p. 563.

⁸⁶ **Mehmed Arif Bey** (1325) “İ’ dām Cezâsı Târihcesi – Bizde İcrâ Edilememesi Esbâbi”, İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası, I: 1, p. 53 and more pages, **Kılınç, Ahmet** (2015) “Bir Meclis-i Valâ Hükmü ve Tahlili”, Adam Akademi, V: 5/1, p. 15-36; **Kılınç, Ahmet / Yıldırım, Davut** (2021) “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması”: Koyuncu, Nuran / Yıldız, Abdulkadir (Editors), Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, Konya, Necmettin Erbakan University Publications, p. 177.

⁸⁷ **Kantar, Baha** (1984) Ceza Hukuku, İstanbul, p. 139; **Gökçen, Ahmet** (1987) “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri” (Master), İstanbul University, Institute of Social Sciences, p. 37; **Kılınç** (2015), p. 19.

⁸⁸ **Kılınç** (2015), p. 19; **Kılınç/Yıldırım**, pp. 177-178.

Because in these periods, the caliphate passed to the Ottoman state, and the Turks contributed a lot to the spread of Islam. This union made significant contributions to the development and experience of Islamic law.

The period of taqlid, which corresponds to the 13th -19th centuries, coincides with the classical period of the Ottoman state. The Ottoman state made very important contributions both theoretically and practically in this period.

Fiqh books, commentaries (şerh) and annotations (haşiye) which has doctrinally rich content were written in the Ottoman state. Only the existence of 150 fiqh studies until the Padishah Mehmed 2nd, conqueror period is an example of this. During this period, many important studies such as fiqh books such as Mülteka'l-Ebhur and fatwa books such as Behcetül Fetâvâ were produced in the Ottoman state. As in the case of the money foundation, very serious monographic Islamic law studies have been written.

During this period, there were several aspects that made the Ottoman state special. These are the official sect (madhhab) preference, the sultanic law and the status of the Shaykh al-Islam. Since the 16th century, the Ottoman state government ordered to resolve legal disputes according to the Hanafi sect's jurisprudence (ijtihad). This situation was written in the qādī records and became the subject of fatwas. The qādīs resolved the disputes according to the ijtihad of the Hanafi madhhab. While this preference provided legal unity and legal stability, it also constituted a relative obstacle to the development of law. The Ottoman state acted bravely in using the sultanic law. Only during the reign of Sultan Suleiman about 200 qānūnnāmes were issued. Even provisions on family law have been enacted through Sultan edicts. Some legal choices, which are in weak opinion within the Hanafi madhhab, have been legalized through qānūnnāmes. In our opinion, Islamic law and sultanic law are two legal systems that are intertwined and complement each other. Shaykh al-Islam gained an official identity in the Ottoman state and became the head of the ilmiyye group and theoretically the judicial organization. Shaykh al-Islam had legislative, executive and judicial powers in the Ottoman State.

The Ottoman state started the period of codification and new ijtihad. In this period, both the rules of law were taken from the west and domestic

provisions were enacted with modern techniques. As in the 1917 family law decree, the official sect preference was abolished. Along with the laws brought from the west, new legal institutions took their place in the Ottoman law. During the Tanzimat period, these developments created a dualist legal structure. Both laws created in accordance with Islamic provisions and laws brought from the West were in effect at the same time. This has been a very important gain in terms of legal experience.

The Ottoman state has a very important place in the formation of Islamic law. The laws enacted during its reign were implemented in Islamic states even after it was collapsed. Many states continue to use the laws enacted during its reign as an example. Developments such as official sectarian preference and dualist legal structure in the Ottoman state are very important “experiences” for today's Islamic states. For this reason, when a step is taken regarding Islamic law, the Ottoman experiences should not be ignored.

BIBLIOGRAPHY

- Akbulut, İlhan** (2018) *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, Timaş.
- Akça, Gürsoy / Hülür, Himmet** (2006) “Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri”, Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türkiyat Araştırmaları Dergisi, I: 19, Konya, pp. 295-320.
- Akgündüz, Ahmed** (1990) *Kanunnâme-i Âli Osman, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, V: I*, İstanbul, Fey Vakfı.
- Akgündüz, Said Nuri** (2017) *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması*, İstanbul, Rağbet.
- Akman, Ahmet** (2019) “Tanzimat Sonrası Osmanlı Usûl Hukukundaki Gelişmeler”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, I: 1, V: 8, p: 431-450.
- Akyılmaz, Gül** (2004) “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V: 8, I:2, pp. 221-271.
- Akyılmaz, Gül** (2021) “İki Önemli Kodifikasyon Örneği: Mecelle ve 1774 Tarihli İsveç (Medeni) Kanunu, Benzerlikler -Farklılıklar”, *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*, Bursa, pp. 85-129.
- Anhegger R./İnalçık Halil** (1956) *Kanunname-i Sultanî ber Müceb-i Örf-i Osmanî*, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Ansay, Sabri Şakir** (2002) *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 4th Edition, Ankara, Turhan.
- Apaydın, Hacı Hüseyin** (2010) *İslâm Hukukuna Giriş*, 3rd Edition, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi
- Arslan, Emine** (2008) “Osmanlı Dönemi Nuküllü Fetvâ Mecmuaları”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, I: 5, pp.131-153.
- Atcıl, Abdurrahman** (2009) “The Route to the Top in the Ottoman ilmiye Hierarchy of the Sixteenth Century”, *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, V: 72, I: 3, London, Cambridge, pp. 489-512.
- Avcı, Mustafa** (2019) *Türk Hukuk Tarihi*, 8th Edition, Ankara, Atlas.
- Ayar, Tayip** (2011) *Osmanlı Devleti’nde Fetvâ Eminliği (1826-1922)*, (Phd Dissertation), Ankara University, Institute of Social Sciences.

- Aybakan, Bilal** (2006) “Fürû’ Fıkıh Sistematiği Üzerine” Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, V: 31, pp. 5-32.
- Aydın, M. Âkif** (2004) “Kanunnâmeler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişindeki Yeri”, Osmanlı Araştırmaları, V: 24, İstanbul, pp. 37-46.
- Aydın, M. Akif** (2011) “İslam Hukukunda Hukukî İstikrar ve Sosyal Değişim Açısından Mezheplerin Konumu (Hanefi Mezhebi İçtihatları ve Osmanlı Devleti Uygulamaları Çerçevesinde)”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, I: 11, pp.7-31.
- Aydın, M.Âkif** (2009) Türk Hukuk Tarihi, 7th Edition, İstanbul, Beta.
- Aydın, Mehmet Akif** (2017) Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, Klasik
- Bardakoğlu, Ali** (1997) “Hanefi Mezhebi”, TDV İslâm Ansiklopedisi, V:16, İstanbul.
- Bardakoğlu, Ali** (1999) “Osmanlı Hukukunun Şer’iliği Üzerine”, Osmanlı, V: 6, Ankara, pp. 412-417.
- Beyazıt, Yasemin** (2009) “Osmanlı İlmiye Bürokrasisinde Şeyhülislâmlığın Değişen Rolü ve Mülâzemet Sistemi (XVI.-XVIII. Yüzyıllar)”, Belleten, V: 73, I: 267, pp. 423-442.
- Biçer, Bekir** (2007) Türklerin İslamlaşma Süreci, Ankara, Akçağ.
- Bozkurt, Gülnihal** (1992) “Review of the Ottoman Legal System”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, I: 3, Ankara, pp.115-128.
- Bozkurt, Gülnihal** (2020) Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, 3rd Edition, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Britannica, T. Editors of Encyclopaedia** (2016) "Fatwa." Encyclopedia Britannica, <<https://www.britannica.com/topic/fatwa>> I.a.d. 26.02.2022
- Bulliet, Richard W.** (1972) “The Shaikh Al-İslâm and the Evolution of Islamic Society”, Studia Islamica, I: 35, pp. 53-67.
- Çelik, Mehmet** (2012) Büyük İslam Hukuku Mecme’ul Enhur (Mültekâ’l-Ebhur’un Şerhi- Damad) Tercümesi, İstanbul, Yasin.
- Cici, Recep** (2001) Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları (Kuruluştan Fatih Devri Sonuna Kadar), Bursa, Arasta.
- Cin Halil/ Akgündüz Ahmed** (1989) Türk Hukuk Tarihi, V:1, Konya.

- Cin, Halil** (1988) İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya, Selçuk Üniversitesi.
- Cin, Halil** (1992) Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, 3rd Edition, Konya, Selçuk Üniversitesi.
- Cin, Halil / Akyılmaz, Gül** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 5th Edition, Konya, Sayram.
- Değirmenci, Rıdvan** (2021) Tanzimat Sürecinde Osmanlı Devleti'nin Hukuk Değişimi ve Namık Kemal'in Hukuk Anlayışı, Ankara, Astana.
- Demir Abdullah** (2019) Mufassal Türk Hukuk Tarihi, Ankara Astana.
- Doğangüzel, Semra Betül** (2021) Osmanlı Hukukunda Nişanlanma, 2nd Edition, Ankara, Adalet.
- Durhan, İbrahim** (2008) "Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 12, I: 3-4, pp. 55-108.
- Düzdağ, Ertuğrul** (2012) Kanunî Devri Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları, İstanbul, Kapı.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2003) İslâm Hukuku ve Önceki Şeriatlar, İstanbul, Arı Sanat.
- El Moudden, Abderrahmane** (1995) "The Idea of the Caliphate between Moroccans and Ottomans: Political and Symbolic Stakes in the 16th and 17th Century-Maghrib", *Studia Islamica*, I: 82, pp. 103-112.
- Erdem, Gazi** (2008) "Religious Services in Turkey: From the Office of Şeyhülislâm to the Diyanet", *The Muslim World*, V: 98, I: 2-3, <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1478-1913.2008.00216.x/full>> I.a.d: 28.02.2022
- Fendoğlu, Hasan Tahsin** (2021) Türk Anayasa Hukuku Tarihi, Ankara, Yetkin.
- Gedikli, Fethi** (2012) "İstanbul'da Para Vakıfları ve Mudârebe", Osmanlı Hukuku Makaleler, İstanbul, Gündoğan.
- Gedikli, Fethi** (2015) "Hukukî Düşünce Yahut Cumhuriyetin Hukuk Devrimi "Bedevilikten Medenliğe Geçiş": Bolay, Süleyman Hayri (Editor) Tanzimat'tan Günümüze Türk Düşüncesi V:2, Ankara, Nobel.

- Gedikli, Fethi** (2018) “Osmanlı Mahkemesinde Fetva Kullanımı ve Fetva-Kaza İlişkisi” : Kaya, Süleyman; Uğur Yunus; Demiray, Mustafa (Editors), Osmanlı Hukukunda Fetva, İstanbul, Klasik.
- Gökçen, Ahmet** (1987) “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri” (Master), İstanbul University, Institute of Social Sciences.
- Guida, Michelangelo** (2008) “Seyyid Bey and the Abolition of the Caliphate”, Middle Eastern Studies, V: 44, I: 2, pp. 275-289.
- Gümüş, Musa** (2013) “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri İdeolojisi ve Kurumları, Tarih Okulu Dergisi, I: 14, pp. 163-200.
- Hallaq, Wael B.** (1984) “Was the Gate of İjtihad Closed?”, International Journal of Middle East Studies, V: 16, I: 1, pp. 3-41.
- Hamzah, Wan Arfan** (2009) A first Look At the Malaysian Legal System, Selangor, Oxford Fajar.
- Heyd, Uriel** (1983) “Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Translator: Selâhaddin Eroğlu) V: 26, pp. 633–652.
- Heyd, Uriel**, (1973) Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, Oxford.
- Heyd, Uriel** (1995) “Osmanlı Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri (III Levha İle Birlikte)”, translator: Gedikli Fethi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, V: 9, I: 13, pp.287- 317.
- Hocaeminefendizade, Ali Haydar Efendi** (1992) Dürerü’l Hukkâm Şerhu Mecelleti’l Ahkâm, İstanbul, Osmanlı.
- Imber, Colin** (2007) Ebu’s-su’ud, The Islamic Tradition, Edinburg, Standford University.
- İbrahim, Abdülazim** (2022) “Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Tebaasının Hukuki Durumu”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, I:1, V:5, pp.63-91.
- İncalcık, Halil** (2000) “Türk İslam Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği”, Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul, Eren.
- İpşirli, Mehmet** (2010) “Şeyhülislam”, TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 39, İstanbul.

- Kantar, Baha** (1984) Ceza Hukuku, İstanbul.
- Karakaya, Harun** (2020) “Osmanlı Ceza Hukuku’nda Parada Sahtecilik Suçu”, (Master), Ankara Yıldırım Beyazıt University, Institute of Social Sciences, Ankara.
- Karataş, Abdullah Vefa** (2019) “Divan-ı Hümayun ile Paşa Divanının Karşılaştırılması -Manisa Şehzâde Sarayı Dîvânı Örneği-“, Adalet Dergisi, V:1-2, I: 63, pp.235-264.
- Karataş, Abdullah Vefa** (2020) “Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, I: 1, pp.153-188.
- Karaman, Hayrettin** (2013) Mukayeseli İslam Hukuku I, 8th Edition, İstanbul, İz.
- Kaya, Eyüp Said** (2010) “Şerh” TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 38, İstanbul.
- Kaya, Süleyman/ Algin, Betül/ Trabzonlu, Zeynep / Erkan, Asuman** (2011) Behcetü'l-Fetâvâ, İstanbul.
- Kayar, Betül** (2021) Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuk Reformları, Ankara, Adalet.
- Kılıç, Yusuf** (2019) Osmanlı Hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesi, Ankara, Adalet.
- Kılınç, Ahmet** (2015) “Bir Meclis-i Vâlâ Hükmü ve Tahlili”, Adam Akademi, V: 5/1, pp. 15-36
- Kılınç, Ahmet** (2018) “Çocuk Düşürtme Suçunun 17’nci Yüzyıl İstanbul’undaki Görünümü”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 23, I:38, pp. 31-84.
- Kılınç, Ahmet** (2018) “Hukuk Tarihi Açısından Kanuni Dönemine Münhasır Gelişmeler”: Baki, Adnan/ Karal, Hasan (Editors), I. Uluslararası Kanuni Sultan Süleyman Sempozyumu, 24-26 April 2018, (2018a).
- Kılınç, Ahmet** (2019) “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 14, I: 2, pp. 623-662.

- Kılınç, Ahmet / Yıldırım, Davut** (2021) “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsa Karşı İşlenen Suçlara Yansıması”: Koyuncu, Nuran / Yıldız, Abdulkadir (Editors), Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, Konya, Necmettin Erbakan University Publications.
- Kılınç, Ahmet**, “İslam Hukuk Tarihi Açısından Osmanlı Devleti’nin Önemi”: İbrahim, Abdülazim (Editör), 1. Uluslararası Irak’ta Osmanlı İzleri Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı, 15-16 November 2021, Karabük.
- Kızılkaya, Necmettin** (2006) “Hanefi Furû-ı Fıkıh Eserlerinde Fikhî Kâidelerin Uygulama Alanına Bir örnek olarak Bedâi’u’s-sanâi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, I: 8, pp. 79-98.
- Konan, Belkıs** (2008) “Osmanlı Devleti’nde Çocuk Düşürme Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 57, I: 4, pp. 319-335.
- Koyuncu, Nuran** (2016) “Osmanlı Hukukunda Esnaf Gediği”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi, Gedikli, Fethi (Editor), İstanbul, Onikilevha.
- Koyuncu, Nuran / Yılmaz, Yasin** “Osmanlı’nın Son Yüzylında Hukuk Düşüncesinin Dönüşümü ve Dönemin Başlıca Tartışma Konuları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 26, I: 2, pp. 77-109.
- Koyunoğlu, H. Hüsnü** (2008) “Para Vakıfları: Muhasebe Defterlerine Göre 17. Yüzyıl İstanbul Uygulaması”, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, V: 8, I: 1, pp. 253-303.
- L.W.C. (Eric), Van Lit** (2017) “Commentary and Commentary Tradition the Basic Terms for Understanding Islamic Intellectual History”, MIDÉO, V: 32, <<http://journals.openedition.org/mideo/1580>> I.a.d: 25.02.2022
- Livaoglu Mengüç, Hilal** (2019) “The Egyptian Response to the Abolition of the Caliphate: A Press Survey”, Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi , I: 30, Year 15, pp. 109-133.
- Mandaville, Jon E.** (1998) “Faizli Dindarlık: Osmanlı İmparatorluğunda Para Vakfı Tartışması”, (Translator: Gedikli, Fethi), Yaz Gündemi, Türkiye Günlüğü, p. 129-144.
- Mehmed Arif Bey** (1325) “İ’ dâm Cezâsı Târihcesi – Bizde icrâ edilememesi esbâbı”, İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası, I: 1, pp.49-53.

- Mevkûfâtî, Mehmed** (1980) *Mültekâ Tercümesi Mevkûfât*, Simplified by: Ahmed Davudoğlu, İstanbul Doyuran Matbaası.
- Mumcu, Ahmet** (2007) *Divan-ı Hümayun*, 3rd Edition, Ankara, Phoenix.
- Örsten Esirgen, Seda** (2019) “Taznimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, *Adalet Dergisi*, V: 1-2, I: 62-63, pp. 429-480.
- Örsten, Seda** (2005) “Osmanlı Hukukunda Fetvâ”, Ankara Üniversitesi İnstitüte of Social Sicence (Master), Ankara.
- Örsten, Seda** (2007) “Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetvâ Mecmuaları”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, I:4, pp. 29-40.
- Ortaylı, İlber** (1995) *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 3rd Edition, İstanbul, Hil.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan** (2011) “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, I: 29, pp. 93-124.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, Cihan** (2012) “Ömer Lütfi Barkan ve Türk Hukuk Tarihi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, V: 70, I: 1, pp. 413 – 440.
- Osmanağaoğlu, Cihan** (2010) “Osmanlı Devleti’nin Klasik Döneminde, Para Vakıflarının Hukuki Yönü”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, I: 1-2,, pp. 247-300.
- Özdemir, Merve** (2016) “Osmanlı Fetvalarında Iskât-ı Ceninin (Cenin Düşürmenin) Cezai Sonuçları”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, V: 9, I: 46, pp. 956-965.
- Peters, Rudolph** (2005) “What does it mean to be an official madhhab: Hanafism and the Ottoman Empire.”, *The Islamic School of Law: Evolution, Devolution, and Progress* (Editors: P. Bearman, R. Peters, F. Vogel.) Cambridge, Harvard University, pp. 147-158.
- Rafeq, Abdul-Karim** (1999) “Relations Between The Syrian 'Ulama' And The Ottoman State In The Eighteenth Century”, *Oriente Moderno Nuova serie*,nV: 18 (79), I:1, pp. 67-95.

- Remali Yusoff, Nor'zurah Md. Kamdari** (2017) "Understanding Usul Al-Fiqh and Its Application Analysis", Sukuk, Mukhtamar Waqf Iqlimi, V: 4, pp. 148-157.
- Şa'bân, Zekiyyüddîn** (2000) İslâm Hukuk İlminin Esasları, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı.
- Şensoy, Sedat** (2010) "Şerh", TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 38, İstanbul.
- Şentop, Mustafa** (2005) "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", Türkiye Araştırmaları Literatürü Dergisi, V: 3, I: 5, pp. 647-672.
- Şimşek, Mehmet** (1985) "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları Üzerine Münakaşalar", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, I: 27, pp. 207-220.
- Sirry, Mun'im** (2013) "Fatwas and their controversy: The case of the Council of Indonesian Ulama (MUI)", Journal of Southeast Asian Studies, V: 44, I: 1, Singapore, Cambridge, Cambridge University, pp. 100-117.
- Sobia, Bashir / Amen Imran** (2012) "Legal System of the Ottoman Empire", Journal of Law and Society Law College, V: 42, I: 59, Peshawar, pp. 101-110.
- Taş, Kemaleddin/ Göksüçukur, Betül** (2019) "Osmanlı Dönemi Batıcılık, İslamcılık Türkçülük Fikir Akımları ve Din", Dini Araştırmalar, V: 22, I: 56, Ankara, pp. 463-488.
- Topuzoğlu, Tevfik Rüştü** (1997) "Haşiye", TDV İslâm Ansiklopedisi, V: 16, İstanbul.
- Ucatlı Abdulahat** (2009) "İslâm Hukukunda Cenine Müdahalenin Hükmü", (Master) İstanbul University, Institute of Social Sciences.
- Üçok, Çoşkun** (1946) "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V:3, I: 1, pp. 125-146.
- Üçok, Çoşkun** (1947) "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V: 4, pp. 48-73.

- Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal** (2015) Türk Hukuk Tarihi, 17th Edition, Ankara, Turhan.
- Ülker, İbrahim** (2018) Osmanlı Noterlik Hukuku, Ankara, Adalet.
- Ünal Özkorkut, Nevin** (2003) “Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti’ne Girişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V:52, I: 4, pp.114-154.
- Ünal Özkorkut, Nevin** (2016) Osmanlı Hukukunda Müdde-i Umumilik, Ankara, Turhan.
- Velidedeoğlu, Veldet Hıfzı** (1940) “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, Tanzimat I, İstanbul, Maarif.
- Weiss, Bernard** (1978) “Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihād”, The American Journal of Comparative Law, V: 26, I:2, pp. 199-212.
- Yakar, Emine Enise** (2019) “A Critical Comparison Between The Presidency Of Religious Affairs (Diyanet İşleri Başkanlığı) And The Office Of Shaykh Al-Islâm”, Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, V: 6, I: 11, pp. 421-452.
- Yıldız, Kemal/ Yıldırım, İlyas/ Demir, Oğuzhan** (2014) “Türkçe Telif Edilen Fıkıh İlmi/İslam Hukuku Tarihi Çalışmaları”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, V: 12, I: 24, pp. 127-145.
- Yıldız, M Cengiz** (1999) “Osmanlı’nın Son Dönemindeki Üç Düşünce Akımının Sosyolojik Analizi: Batılılaşma, İslamcılık ve Milliyetçilik”, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal bilimler Dergisi, I: 4, Isparta, pp. 279-301.
- Yılmaz, Coşkun** (Editör), Hasköy Mahkemesi 3 Numaralı Sicil (H. 1023-1081 / M. 1615-1670) V:52, İstanbul, İSAM.

VERGİ MAHREMİYETİNİ İHLAL SUÇU*

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KÜÇÜKKAYA**

ÖZET

Vergilendirme, kural olarak bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahaleyi gerektirir. Vergi salma ve alma tekelini kanunlar çerçevesinde elinde bulunduran devlet karşında bireylerin de birtakım güvencelere ve koruma önlemlerine sahip olması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Vergilendirme sürecinin doğru, etkin ve verimli bir biçimde neticelenebilmesi, bu sürece tesir eden bilgi ve belgelere ulaşılmasına ve kayıt altına alınmasına bağlıdır. Buna ise vergi mevzuatı çerçevesinde ya vergi ödevlilerinin şekli ve maddi ödevlerini yerine getirmesiyle ya da vergi idaresinin yaptığı denetimlerle ulaşılmaya çalışılır. Ulaşılan ve ilgiler açısından mahrem kabul edilen kimi kişisel ve ticari bilgilerin, vergilendirme amacı dışında kullanılması, ifşa edilmesi, sahipleri açısından maddi veya manevi zararlara sebebiyet verebileceği gibi, vergi idaresine olan güvenin azalmasına ve kamu düzeninin de bozulmasına neden olabilir. Mükellef hakları arasında sayılan ve ilgililer açısından bir koruma kalkanı oluşturan vergi mahremiyetinin ihlali hükümleri, Vergi Usul Kanunu'nda (VUK md.362) suç olarak düzenlenmiş, yaptırımını ise yaptığı atıf ile Türk Ceza Kanunu'na (TCK md.239) bırakmıştır. Bu çalışma, vergi mahremiyetinin kapsamını, bu yükümlüğe uymak zorunda olanları, ihlal biçimlerini, suç oluşturması hasebiyle suç genel teorisi çerçevesinde bu suçun unsurlarını ve özel görünüş şekillerini ilgili kanun hükümleri ve öğreti kapsamında ele alarak tespit etmek ve değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Mahremiyeti, Vergi Suçu, Suçun Unsurları, Sırrın İfşası ve Kullanılması, Yaptırım.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104065 – Geliş Tarihi: 15.04.2022 – Kabul Tarihi: 29.07.2022.

** Harran Üniversitesi, İİBF, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, mkkaya@harran.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0254-4656.

THE OFFENSE ON BREACH OF TAX PRIVACY

ABSTRACT

Taxation, as a rule, requires interference with the fundamental rights and freedoms of the individual. Therefore, individuals should have certain assurances and protection measures against the state that has a monopoly on imposing and collecting taxes under the law is a requirement of the state of law. Resulting in the tax process in a correct, effective, and efficient manner depends on accessing and recording information and documents affecting this process. Reach for this situation is either by the taxpayers' formal and material duties or by the tax audits carried out by the tax administration within the tax legislation. The use and disclosure of certain personal and commercial information that is accessed and considered confidential by those for purposes other than taxation may cause material or moral damages and even lead to a decrease in trust in the tax administration and deterioration of public order. Provisions of the breach of tax privacy -rank among the taxpayers' rights and constitute a shield of protection on relevant- are regulated as a crime in the Tax Procedure Law (TPL art. 362), and its sanction is left to the Turkish Criminal Law (TCL art. 239). This study determines and evaluates the scope of tax privacy, those who have to comply with this obligation, forms of breaches, elements of this crime, and its unique appearance within the general theory of crime as it constitutes a crime by considering it within the scope of the relevant law provisions and doctrine.

Keywords: Tax Privacy, Tax Offense, Elements of Crime, Disclosure and Use of Secret, Sanction.

GİRİŞ

Devletin, anayasal olarak ve bunun paralelinde kanunlar çerçevesinde yüklenmiş olduğu sosyal, ekonomik ve kamusal fonksiyonlarını ve hedeflerini gerçekleştirebilmesi, yeterli mali kaynaklara sahip olmasıyla orantılı ve olanaklıdır. Devlet, yeraltı ve/veya yerüstü kaynaklar açısından zengin değilse bu mali kaynağı kural olarak vergiler ile finanse etmeye çalışır. Egemenlik hakkına dayanarak ve tek taraflı olarak vergi salma/alma yetkisini elinde bulunduran devlet¹, bunu anayasa (kural olarak Any. md. 73, 167) ve vergi kanunları kapsamında gerçekleştirir. Vergilendirme yetkisi, devlete sadece bazı haklar değil, aynı zamanda uymak zorunda olduğu kimi ödevler ve sorumluluklar da yükler². Devletin hukuki ve fiili güç kullanma tekelinin tipik örneğini oluşturan vergilendirme ilişkisinde, karşı tarafta yer alan vergi ödevlilerinin (mükellef ve/veya vergi sorumlusu) de bir takım hak ve güvence önlemlerine sahip olması³, hukuk devleti olmanın bir gereğidir⁴.

Vergilendirme sürecinin doğru, etkin ve verimli bir biçimde gerçekleştirilebilmesi, hukuki ve teknik alt yapının sağlam kurgulanması ve bunun uygulanmasına bağlıdır⁵. Vergilerin ilgili kanunları çerçevesinde doğru ve etkin bir şekilde tespiti ve tahsili, mükelleflerin ve/veya vergi sorumlularının mali iş ve işlemlerinin, vergilendirmeye tesir eden hususların kayıt altına alması veya bunların ortaya çıkarılmasıyla mümkündür. Buna ise ya kural olarak beyan esasına dayanan Türk Vergi Sistemimize hâkim olan kurallar çerçevesinde vergi ödevlilerince verilen beyannameler veya bilgilendirmelerle

¹ **Çağan, Nami** (1982) Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s.3; **Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.39; **Turan, Salih** (1993) Vergi Teorisi ve Politikası, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.19; **Karakoç, Yusuf** (2019b) Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.78.

² **Çağan, s.6.**

³ **Solak Akman, İnci** (2012) “Vergi Mahremiyetini İhlal”, (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.1.

⁴ **Bayraklı, Hasan Hüseyin** (2011) Vergi Suç ve Kabahatleri, 2. Baskı, Afyonkarahisar, Celepler Matbaacılık, s.73.

⁵ **Arslan, Çetin** (2013) “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md. 362), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:2, s.16.

ya da vergi idaresince yapılan denetim ve incelemelerle ulaşılmaya çalışılır. Vergilendirme sürecinde mükellefler, sorumlular veya bunlarla ilgili kimi bazı kişi ve kurumlar⁶, gerek vergi kanunları gerekse de diğer mevzuattan kaynaklanan çeşitli yükümlülükler nedeniyle bazı kişisel, ticari ve mali verilerini/istenilen kişilere ait verileri, vergi idaresine bildirmek/paylaşmak durumundadır. Öte yandan vergi idaresi de çeşitli kayıt ve bilgi kaynaklarından ya da kendisinin yapmış olduğu çeşitli denetim ve incelemeler kapsamında bu verilere ulaşabilmektedir. Zira ödenmesi gereken verginin tam ve doğru bir şekilde tespiti ve tahsili için mükellef veya vergi sorumlusunun iş ve işlemleri, işyerleri, mali durumları, servetleri gibi ticari bilgilerle, kişisel veya ailevi kimi

⁶ Bu hususla ilgili olarak **“Bilgi verme”** kenar başlıklı VUK’un 148’inci maddesinde: *“Kamu idare ve müesseseleri, mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler, Maliye Bakanlığının veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların isteyecekleri bilgileri vermeye mecburdurlar.*

Bilgiler yazı veya sözle istenilir. Sözle istenen bilgileri vermeyenlere keyfiyet yazı ile tekit ve cevap vermeleri için kendilerine münasip bir mühlet tayin olunur. Bilgi istenmek üzere ilgililer vergi dairesine zorla getirilemez.

Memleket dışı imtiyazlarından faydalanan yabancı Devlet memurları bilgi verme mecburiyetine tabi olamazlar.”;

“Devamlı bilgi verme” kenar başlıklı VUK’un 149’uncu maddesinde: *“Kamu idare ve müesseseleri (Kamu hizmeti ifa eden kurum ve kuruluşlar dahil) ile gerçek ve tüzel kişiler vergilendirmeye ilişkin olaylarla ilgili olarak Maliye ve Gümrük Bakanlığı ve vergi dairesince kendilerinden yazı ile istenecek bilgileri belli fasıllarla ve devamlı olarak yazı ile vermeye mecburdurlar.”;*

“Ölüm vakalarını ve intikalleri bildirme” kenar başlıklı VUK’un 150’nci maddesinde: *“Aşağıda yazılı resmi makamlarla gerçek ve tüzel kişiler, her ay muttali oldukları ölüm vakaları ile intikalleri ertesi ayın 15 inci günü akşamına kadar vergi dairesine yazı ile bildirmeye mecburdurlar.*

1. Sulh yargıçları, icra, nüfus ve tapu memurları;

2. Yabancı memleketlerdeki Türk konsolosları veya konsolosluk görevini yapanlar (Memur oldukları yerde ölen Türk tebaasının soyadı, adı ve sıfatları ile Türkiye’deki ikametgahlarını Maliye Bakanlığına bildirirler);

3. Mahalle ve köy muhtarları (Kendi mahalle veya köylerinde ölenleri bildirirler);

4. Banka, bankerler ve şirketler ile emanet kabul eden gerçek ve tüzel kişiler (Mevduat, şirket hissesi, emanet para ve eşya veya sair suretle alacak sahiplerinden birinin ölümü halinde, ölenin soyadını, adını, alacağıının nev’ini ve miktarını bildirirler).” hükümleri yer almaktadır.

verilerinin bilinmesini gerektirmektedir⁷. Vergi mevzuatı çerçevesinde elde edilen veya ulaşılan bu bilgilerin/verilerin, amacı dışında kullanılması, bunlardan maddi veya manevi yarar sağlanması, üçüncü kişilere açıklanması veya üçüncü kişilerce öğrenilmesi, verilerin sahipleri açısından maddi ve/veya manevi zarara neden olabilir ya da zarar tehlikesi doğurabilir⁸. Bu itibarla vergisel faaliyetleriyle ilgili olarak birçok sırrını veya gizli kalması gereken bilgilerini, mevzuat çerçevesinde vergi idaresine vermek zorunda kalan veya bunlara ulaşılan vergi ödevlisinin, temel hak ve özgürlüklerinden birini oluşturan özel hayatın gizliliğine uymak (Any. md. 20) ve bu bağlamda vergi mahremiyeti kapsamındaki hususları üçüncü kişilere karşı korumak, hukuki güvencelere bağlamak devlete yüklenen ödevlerdendir⁹.

Vergi mahremiyeti, kural olarak beyan esasına dayalı vergi sistemimizde, vergi ödevlilerinin vergi dairelerine vergisel durumlarına tesir eden bilgilerin amacı dışında kullanılmayacağına güven duymalarının ve bu sayede de doğru beyanda bulunmalarını sağlamak amacıyla getirilmiş bir düzenleme olup¹⁰, devlet tarafından vergi ödevlilerine sunulan bir güvence ve mükellef hakkıdır¹¹. Zira bilgilerinin korunamayabileceğinden endişe duyan vergi ödevlilerinin, vergilendirme sürecinde vergi idaresi ile iş birliğine gitmemesi ve bu verilerini paylaşmaktan çekinmesi söz konusu olabilir¹². Kanun koyucu, özelde mükellef verilerini/haklarını, genelde kamu düzenini/yararını sağlamak, vergi idaresine olan hukuki güveni devam ettirmek ve mükellefin tereddütlerini gidermek

⁷ Arslan, s.16.

⁸ Taş, Fatma (2007) “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu ve Değerlendirilmesi”, (Doktora), Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.41; Arslan, s.16.

⁹ Bayraklı, s.73; Arslan, s.16.

¹⁰ Taş, s.41-42; Kara, Seyfettin (2017) “Vergi Mahremiyeti Kapsamına Giren Hususların Yargı Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademileri Dergisi (TAAD), S: 32, s.271.

¹¹ Kuzucu Yapar, Burcu (2021) “Bir Suç Olarak Vergi Mahremiyetinin İhlali”, Maliye Çalışmaları Dergisi, S: 65, s.71; Gelir İdaresi Başkanlığı da yayımlamış olduğu Mükellef Hakları ve Ödevleri Rehberi’nde vergi mahremiyetini mükellefin Özel Hakları (Vergi Kanunlarında Yer Alan Hakları) arasında saymaktadır. Bak., Gelir İdaresi Başkanlığı (2014) Mükellef Hakları ve Ödevleri Rehberi, Yayın No:185, Ankara, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, s.8.

¹² Kuzucu Yapar, s.73.

amacıyla bir yerde güvenlik ve koruma kalkını olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) vergi mahremiyetini (VUK md. 5) ve bunun ihlali suçunu (VUK md. 362) düzenlemiştir. Vergi mahremiyetinin, VUK'un başlangıç maddeleri arasında yer alıyor olması, vergi ödevlileriyle iş birliği üzerine kurgulanan vergi sistemimizin önemli bir unsurunu oluşturduğunu ve vergilendirme sürecinde azami dikkat edilmesi gereken noktalardan biri olarak kabul edildiğini göstermektedir¹³.

Bu çalışmada, anayasada güvence altına alınan özel hayatın (kişisel/ticari verilerin) gizliliğinin, vergi hukukunda bir görünümü/yansıması olan vergi mahremiyeti ve ihlali suçunun kapsamı, korunan hukuki değer, mağdur ve failleri, suçun unsurları ve hukuka uygunluk durumları, kanun ve öğreti bağlamında ortaya konulup bir takım tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. VERGİ MAHREMİYETİ KAVRAMI

Mahremiyet, Arapça kökenli “mahrem” kökünden türetilmiş bir sözcük olup, dilimizde, “gizlilik, gizli olma durumu” anlamında kullanılmaktadır¹⁴. Mahremiyet, kişinin özelini oluşturan, başkalarından gizlediği, bilinmesini istemediği, kendi dünyasındaki duygu, düşünce ve sırların toplamıdır. Günlük yaşamda yerini alan bu kavram, hukukun farklı ana dallarında da yer bulmuş, yasal temellere dayandırılmış ve koruma altına alınmıştır. Bu koruma alanlarından biri de vergi hukukudur.

Vergi mahremiyetine ilişkin kanuni düzenleme, 213 sayılı VUK'un “Vergi mahremiyeti” kenar başlıklı 5'inci ve “Vergi mahremiyetinin ihlali” kenar başlıklı 362'nci maddelerinde yer almaktadır. Mezkûr maddelerde vergi mahremiyetinin tanımı yapılmış değildir. 213 sayılı VUK'tan önce yürürlükte bulunan 5432 sayılı VUK'un vergilendirmeye ilgili gerekçesinde, “*Vergi mahremiyeti, her ne suretle olursa olsun, vergi tatbikatı dolayısıyla öğrenilen ticari ve şahsi sırların mutlaka gizli kalacağını ifade eder.*” biçiminde

¹³ **Erdem, Tahir** (2005) “Vergi Mahrem mi?”, E-Yaklaşım Dergisi, S: 27, s.37.

¹⁴ <<https://sozluk.gov.tr/>>, s.e.t.10.02.2022.

tanımlanmaktadır¹⁵. Vergi mahremiyetini, vergi ödevlilerine ait bazı bilgilerin gizliliğinin korunmasına yönelik olarak tesis edilmiş, “vergide gizlilik”¹⁶, “vergi ile ilgili gizlilik”¹⁷ şeklinde ifade edilebilir. Vergide gizlilik veya vergi ile ilgili gizlilik kavramını ise VUK’un 5’inci maddesinin birinci fıkrasından hareketle, vergilendirme sürecinde mevzuatın kendilerine vermiş olduğu yetki ve/veya görev çerçevesinde hareket edenlerce, vergi ödevlileri veya bunlarla ilgili kimselerin şahıslarına, işlem ve hesaplarına, gelir durumlarına, yaptıkları işlere, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olarak öğrendikleri sırları veya gizli kalması gereken benzeri durumların açıklanmaması ve bu görevlilerin bunları kendileri ile üçüncü kişilerin kullanımına/yararına sunulmaması olarak ifade edilebilir¹⁸.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Vergilendirmenin, vergi mevzuatına uygun ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi, kural olarak bilgi ve belgeye dayalı olarak yapılmasıyla olanaklıdır. Bunu sağlamak amacıyla idare, vergi kanunları çerçevesinde vergi ödevlilerinden veya üçüncü kişilerden sürekli bilgi ve belge toplamaktadır. İdarece ulaşılan veya talep edilen bu bilgiler, kural olarak vergilendirmeye tesir eden, vergiyi doğuran olayla ilgili bilgi ve belgeler olmak durumundadır. Ancak uygulamada idarenin ulaştığı kimi bilgiler bunlardan başka, örneğin işletmenin üretim teknikleri, formülleri, müşteri listesi, geleceğe yönelik yatırımlar veya planlama stratejisi, mali yapısı, vergi ödevlisinin şahsi veya ailevi durumu gibi pek çok konuya ilişkin de olabilmektedir. Hatta vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasaklanmış olması (VUK 9/2), mükellefiyeti ve/veya vergi

¹⁵ 5432 Sayılı Vergi Usul Kanunu Gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem VII, C. 9-1, Ankara, 1949, s.79-89, Gerekçe, s.2 (aktaran, **Ünsal, Hilmi** (2003) “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C:8, S:3, s.28.)

¹⁶ **Kaneti, Selim/Ekmekci, Esra/Güneş, Gülsen/Kaşıkçı, Mahmut** (2019) Vergi Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.406.

¹⁷ **Ortaç, F. Rifat** (1986) “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti ve Yasaklar” (Yüksel Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.1, (aktaran, **Ünsal**, s.28)

¹⁸ **Oktar, S. Ateş** (2017) Vergi Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, s.381; **Ünsal**, s.28.

sorumluluğunu etkilemediğinden, vergi ödevlilerinin kural olarak, ahlaka ve adaba veya kanunlara aykırı şekilde elde ettikleri geliri veya serveti bile idareye bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Vergi mevzuatı çerçevesinde elde edilen ve kural olarak vergilendirme ait olması gereken ancak kimi durumlarda bunu da aşan bu bilgilerin korunması gerekmekte olup, bu durum kanunla bir yerde idare açısından vergi mahremiyeti ödevi; vergi ödevlileri açısından ise vergi mahremiyeti hakkı olarak ortaya konulmuştur. Ödevde uymama bir suç olarak kabul edilerek vergi ödevlisine ait bilgilerin en üst düzeyde korunması sağlanmaya çalışılmış¹⁹, gizli kalması garanti edilmiştir²⁰.

Kanunlarla yetkilendirilmiş kişilerce, görevlerini ifa ederken vergi ödevlilerine ilişkin olarak öğrenilen bilgilerin vergilendirme amacına yönelik olarak elde edildiği düşünüldüğünde, bu bilgilerin amacı ve sınırını aşacak şekilde kullanılmaması gerekir²¹. Vergi mahremiyeti dışında kalan vergi suçlarının/kabahatlerinin ortak özelliği genel olarak kamu yararı ve özel olarak hazine yararı iken, vergi mahremiyetini ihlal suçunda kişisel yarar göz önünde bulundurularak bu suçun düzenlenmesi ile kişisel yararın korunması amaçlanmaktadır²². Vergi mahremiyetini ihlal suçu ile korunmak istenen hukuki değer/amaç, vergi ödevlilerinin ya da bunlarla ilgili/irtibatlı kimselerin vergisel durumlarıyla ilgili olsun olmasın, idarenin bir şekilde vergi mevzuatı çerçevesinde ulaştığı ticari ve/veya kişisel sınırların/bilgilerin gizliliğinin sağlanması, böylece özel hayatın ve aile hayatının gizli olduğuna ilişkin anayasal kuralın gereğini yerine getirmek ve bu suretle söz konusu kişilerin maddi ve/veya manevi açıdan zarara uğramalarının önüne geçilmesidir²³. Bunu

¹⁹ **Başaran Yavaşlar, Funda** (2013) “Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu”, Vergi Yaptırım Hukuku Sisteminin Sorunları ve Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, İstanbul, <<https://silo.tips/download/verg-mahremiyetn-hlal-su#>> s.e.t. 24.02.2022.

²⁰ **Ürel, Gürol** (2014) Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 73; **Şenyüz, Doğan** (2011) Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 450.

²¹ **Şenyüz**, s. 450.

²² **Sonsuzoğlu, Elif** (2000) “Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, S:141, s. 133.

²³ **Arslan**, s.18; **Ağar, Serkan** (2012) “Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S:2, s. 376.

sağlamak için kanun koyucu, bu tür zararların meydana gelmesini veya istenmeyen durumların ortaya çıkmasını engellemek amacıyla vergi mahremiyetini ihlal edenlerin cezalandırılması yoluna gitmiştir.

Vergi mahremiyetinin ilgililer açısından korunan bu hukuki değerinin yanında, VUK'un 5'inci maddesinin ilgili fıkralarından başka amaçlarının da bulunduğu veya bunlara hizmet ettiği söylenebilir. Bu amaçlardan bazıları²⁴; vergiye gönüllü uyumu sağlamak, vergilendirmede verimliliği artırmak, devletle mükellef arasındaki güveni tesis etmek, vergilerin tahsilinde kamuoyunun etkisinden yararlanmak, haksız rekabeti önlemek şeklinde sayılabilir.

III. SUÇUN UNSURLARI

Kanun tarafından belirlenen ve işlenmesi durumunda cezalandırması gereken fiiller olarak tanımlanan suçlar, bazı unsurların bir arada bulunmasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır²⁵. Suçlarda unsur, bir suçun varlığından söz edilebilmesi için bulunması şart olan hususlardır. Suçun unsurlarından biri veya birkaçı olmadığı durumlarda ortada suç da yoktur²⁶. Ceza hukukunda, tasnifi konusunda tam bir görüş birliği olmasa da suçun unsurlarını; kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere dört başlıkta toplamak mümkündür²⁷. Bu itibarla her suçta olduğu gibi vergi mahremiyetinin ihlali suçunda da bu unsurların birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aksi halde vergi mahremiyetinin ihlali suçundan söz edilemez.

²⁴ Bak., **Bayraklı**, s. 74; **Akdeniz, Demet** (2021) "Türk Vergi Hukukunda Mahremiyet Hakkı", (Doktora), Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 81-84; **Ünsal**, s. 29.

²⁵ **Karakoç, Yusuf** (2019a) Vergi Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.293.

²⁶ **Bayraklı**, s.7; **Hakeri, Hakan** (2013) Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.111; **Şenyüz**, s.346.

²⁷ **Karakoç** (2019a), s.293.

A. KANUNİ UNSUR

Anayasanın 38'inci²⁸ ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nin 2'nci²⁹ maddelerinde açıkça ifade edildiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu ilke uyarınca hiç kimseye işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı ceza verilemez veya güvenlik tedbirlerine başvurulamaz. Diğer yandan kanunun açıkça suç saydığı bir fiil için yine kanunda belirtilmiş olması gereken ceza veya güvenlik tedbirinden başka bir müeyyide de uygulanamaz.

Suçta ve cezada kanuni unsur, suçların ve cezaların kanuniliğinin doğal bir sonucudur. Kanuni unsur, bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için, bu fiilin ceza tehdidini taşıyan kanundaki açık bir tarife veya tipe uygun olmasıdır. Kanuni unsura tipiklik de denilmektedir³⁰. Tipiklik ile anlaşılması gereken, bir fiili suç sayan ve buna bir müeyyide öngörmüş bulunan bir kanun maddesinin var olmasıdır³¹. Vergi mahremiyetinin ihlali suçu, VUK'un 362'nci maddesinde; vergi mahremiyeti ve buna uymak zorunda olan kişiler aynı kanunun 5'inci maddesinde; suçun cezası ise 362'nci maddenin yapmış olduğu atıf uyarınca TCK'nın 239'uncu maddesinde düzenlenmektedir. Böylelikle suçun ve cezanın kanunda düzenlenme şartı diğer bir ifadeyle kanuni unsur sağlanmış olunmaktadır³².

²⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38/1'inci maddesinde: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” Aynı maddenin 3'üncü fıkrasında ise, “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” hükümlerini içermektedir.

²⁹ TCK'nın 2'nci maddesi: “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

³⁰ Bayraklı, s.8.

³¹ Hakeri, s.112.

³² Karakoç (2019a), s.336.

B. MADDİ UNSUR

Suçta maddi unsur, dış alemde değişiklik meydana getirmeye yönelmiş bulunan olumlu (icraî) veya olumsuz (ihmalî) bir fiildir³³. Diğer bir ifadeyle fiilin, dış dünyaya yansıyan, maddi olarak ortaya çıkan ve duyularla kavranabilen hususlardır³⁴. Suçun maddi unsurları, haksızlığı şekillendiren objektif nitelikli unsurlardır. Bunlar; fail, mağdur, suçun konusu, fiil, netice ve nedensellik bağıdır³⁵.

1. Fail

Fail, TCK'nın 37'nci maddesinde; suçun kanuni tarifindeki fiili irtikap eden kişi olarak tanımlanmıştır. İrادی olarak hareket edebilme yeteneği insana ait bir özellik olduğundan sadece gerçek kişiler suç faili olabilir. Hareket kabiliyetleri bulunmadığı için tüzel kişilerin suç faili olabilmesi ise mümkün değildir³⁶. Vergi mahremiyetinin ihlali suçunun faili olabilecek kişiler, VUK'un 362'nci maddesinde göre; *"Bu Kanunda yazılı vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenler..."* dir. VUK'a göre vergi mahremiyetine uyma mecburiyeti bulunup da bunu ihlal edebilecek ve dolayısıyla bu suçun faili olabilecekler, VUK'un 5'inci maddesiyle, Mükerrer 242'nci maddesinde³⁷ belirtilen kişilerdir.

³³ Bayraklı, s.9.

³⁴ Kuzucu Yapar, s.77.

³⁵ Göktürk, Neslihan/Özgenç, İzzet/Üzülmez, İlhan (2012) Ceza Hukukuna Giriş, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2476, Eskişehir, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1447, s.20.

³⁶ Göktürk/Özgenç/Üzülmez, s.24.

³⁷ VUK'un "Elektronik ortamdaki kayıtlar ve elektronik cihazla belge düzenleme" kenar başlıklı Mükerrer 242'nci maddesinin son fıkrasında: "Maliye Bakanlığı; elektronik defter, belge ve kayıtların oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafaza ve ibrazı ile defter ve belgelerin elektronik ortamda tutulması, düzenlenmesi ve ibraz edilmesi uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, elektronik ortamda tutulmasına, düzenlenmesine ve ibraz edilmesine izin verilen defter ve belgelerde yer alması gereken bilgileri internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında Maliye Bakanlığına veya Maliye Bakanlığının gözetim ve denetimine tabi olup, kuruluşu, faaliyetleri, çalışma ve denetim esasları Cumhurbaşkanınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenecek olan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir şirkete aktarma zorunluluğu getirmeye, bilgi aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu Kanun kapsamına giren

VUK'un 362'nci maddesinin yaptığı yollama uyarınca vergi mahremiyetine uyma zorunluluğu bulunanlar, VUK'un 5'inci maddesinde;

“Aşağıda yazılı kimseler görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine mütaallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazımgelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nefine kullanamazlar;

1. Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar;
2. Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştayda görevli olanlar;
3. Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler;
4. Vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler.

Bu yasak, yukarıda yazılı kimseler, bu görevlerinden ayrılışları dahi devam eder.

...

(Ek altıncı fıkra:14/10/2021-7338/13 md.) Gelir İdaresi Başkanlığının görev alanına ilişkin işlerde hizmet alımı yoluyla çalıştırılanlar ile hizmet alımı yapılanların ortak ve yöneticileri öğrendikleri sırlar ve gizli kalması gereken diğer hususlar açısından bu maddede yazılı yasalara, bu görevlerinden ayrılışları dahi, uymak zorundadır.” olarak belirtilmiş ve sınıflandırılmışlardır.

Burada belirtilen kişiler, mükellef ya da mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, işlem ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olmak üzere vergi mevzuatının kendilerine vermiş olduğu yetki ve/veya yüklemiş olduğu görevlerinden ötürü öğrendikleri sırları ya da gizli kalması gereken diğer hususları açığa vuramazlar ya da kendilerinin

işlemlerde elektronik imza kullanım usul ve esaslarını düzenlemeye ve denetlemeye yetkilidir. Bu Kanunun vergi mahremiyetine ilişkin hükümleri, bu kapsamda kurulan şirketin ortak, yönetici ve çalışanları ile elektronik defter, belge ve kayıtların oluşturulması, imzalanması, iletilmesi ve saklanması hususlarından herhangi biri için hizmet verme konusunda yetkilendirilenlerin ortak, yönetici ve çalışanları hakkında da uygulanır.” hükmünü içermektedir.

veya başkalarının yararına kullanamazlar. Bu yükümlülüğe uymadıkları takdirde bu suçun faili olabileceklerdir.

Vergi mahremiyetine uyma yükümlülüğü getirilenlere bakıldığında bunların ancak mezkûr maddede tahdidi olarak belirtilen, belirli sıfat ve niteliğe sahip kişilerden oluştuğu görülmektedir. Diğer bir anlatımla bu suç, belirli sıfat veya niteliğe sahip kimseler tarafından işlenebilir durumdadır. Maddede belirtilenlerin tamamı memur statüsünde değildir, bu itibarla bu suçun müstakbel failinin/faillerinin sadece memurlar olabileceğini söylemek yerinde olmayacağı gibi, belirtilen kimselerin hepsinin kamu görevlisi olduğunu söylemek de doğru olmaz³⁸. Herkes tarafından işlenebilmesi mümkün olmayan, sadece sınırlı ve belirli hukuki niteliğe sahip kişilerce işlenebilen suçlara özgü (mahsus) suç denildiğinden³⁹, vergi mahremiyetini ihlal suçunun da özgü (mahsus) suçlardan biri olduğu söylenebilir⁴⁰. Mezkûr maddede belirtilenlerden başka kimselerin bu suçun işlenişine iştirak etmeleri halinde ise bunlar azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulup yargılanabilirler (TCK md. 40/2). Öte yandan fail olabileceklerin tahdidi olarak sayma yoluyla belirtilmiş olunmasının bazı sıkıntılara neden olabilecek nitelikte olduğu, bunun yerine ilgili maddeye, “*vergi kanunlarının uygulaması bakımından görevli olanlar*” şeklinde genel bir ifadenin eklenmesinin daha kapsayıcı ve kurumun amacına uygun olabileceği de ifade edilmektedir⁴¹.

Görevleri dolayısıyla mükellef veya mükellefle ilgili kimselerin sırlarına veya gizli kalması lazım gereken diğer hususlarına vakıf olan ve bunları saklama

³⁸ **Özcan, Onur** (2014) “Türk Hukukunda Vergi Suçları”, (Doktora), Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.257.

³⁹ TCK md. 40/2 de: “*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*”

⁴⁰ **Şenyüz**, s.450-451; **Kaneti/Ekmekçi/Güneş/Kaşıkçı**, s.409; **Karakoç** (2019b), s.420; **Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2022) Vergi Hukuku, 13. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s.294; **Batı, Murat** (2021) Vergi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.341; **Özen, Mustafa** (2018) Vergi Suçları ve Kabahatleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.100.

⁴¹ **Özcan**, s.257; benzer görüşler için bak., **Başaran Yavaşlar**, dn.19; **Karataş Durmuş, Neslihan** (2017) “Ticari Sırların ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Vergi Mahremiyeti”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), S: 31, s.381.

yükümlülüğü bulunanların⁴², bu bilgileri, meslekte iken veya almış olduğu görevi ifa ederken öğrenmiş olması gerekmektedir. Mesleği bıraktıktan veya görevi sona erdikten sonra öğrendikleri sırları açığa vurmaları veya bundan faydalanmaları halinde, VUK'un 362'nci maddesi yerine, TCK'daki genel hükümler çerçevesinde işlemlere tabi tutulabilirler⁴³. Benzer şekilde vergi mahremiyetine uyma yükümlülüğü dışındaki kişiler, madde kapsamındaki bir bilgi veya sırrı öğrenseler ve bunu ifşa etseler bile bu suçun faili olamaz. Diğer şartların varlığı halinde bu kişilere “*Özel hayatın gizliliğini ihlal*” (TCK md. 134), “*Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*” (TCK md. 136), “*Nitelikli haller*” (TCK md. 137) ve “*Göreve ilişkin sırrın açıklanması*” (TCK md. 258) gibi maddelerin uygulanması söz konusu olabilir⁴⁴.

VUK'un 5'inci maddesinde belirtilen kişilerin vergi mahremiyetine uyma yükümlülükleri, görevlerinden ayrılırsa da devam edeceğinden (VUK md. 5/2) failin suçu işlediği tarihte görevde olması gerekli değildir⁴⁵. Mezkûr maddede vergi mahremiyetine uymak zorunda olanların öğrenmiş oldukları sırları ne kadar süreyle saklama yükümlülüğünün olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bu yükümlülüğün görevden ayrıldıktan sonra dava zamanaşımı süresince devam edeceği⁴⁶, diğer görüşe göre ise sır saklama yükümlülüğünün herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın saklanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷. Kanaatimizce de bu yükümlülüğün, sırrın veya gizli kalması gereken hususun en azından artık kamuoyunda ulaşılabildiği ya da mükellef veya mükellefle ilgili kişilerce, bunun açıklanmış

⁴² **Oktar**, s.382; **Şenyüz**, s.455; **Karakoç** (2019b), s.421.

⁴³ **Edizdoğan, Nihat/Taş, Metin/Çelikkaya, Ali** (2007) Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, s.164; **Şenyüz**, 457-458.

⁴⁴ **Arslan**, s.19; **Ateşaoğlu, Erdem** (2019) “Vergi Mahremiyetinin İhlali veya Sırrın İfşası İşleyenler Hakkında Uygulanması Gereken Ceza Hukuku Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Maliye Araştırmaları Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, s.28; **Duman, Buminhan** (2016) “Ceza Hukuku Bağlamında Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu ve Atf Problemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:4, s.1585.

⁴⁵ **Arslan**, s.19; **Şenyüz**, s.457.

⁴⁶ **Donay, Süheyl** (2008) Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.170; **Şenyüz**, s.457.

⁴⁷ **Özcan**, s.256; **Duman**, s.1585; **Kuzucu Yapar**, s.78.

olmasının maddi veya manevi açıdan bir zarara uğramasının söz konusu olmayacağı diğer bir ifadeyle sıır olmaktan çıktığı zamana kadar devam etmesi gerekmektedir.

Aşağıda vergi mahremiyetine uyma yükümlülüğü getirilen dolayısıyla bu suçun faili olabileceklere değinilecektir.

a. Vergi Muameleleri ve İncelemeleri ile Uğraşan Memurlar

Vergi muamelesi, vergi incelemesinin aksine vergi mevzuatında tanımlanmış/açıklanmış bir husus değildir. Muamele kelimesi sözlükte; “davranma, davranış; yol, yöntem; işlem” anlamlarında kullanılmaktadır⁴⁸. Vergi muamelesinden kasıt, vergi(lendirme) işlemidir. Vergi işlemleriyle uğraşan memurların kimler olduğu kanunda açıkça belirtilmiş değildir. Vergi muameleleriyle uğraşan memurlar tabirinden, bu suçun faili olabilecek kişilerin, *görevi ve memuriyeti* esas alınarak bir çerçeve çizildiği görülmektedir. Bu itibarla vergi dairesinde çalışan tüm memurların bu kapsamda değerlendirmesi doğru olmayabilir. Örneğin, vergi dairesinde çalışan bir hizmetli, koruma görevlisi veya şoför memur olmasına rağmen, vergi işlemleriyle uğraşmaları konuları gereği mümkün olmadığından bu suçun faili olamayacaklardır⁴⁹. Vergi muameleleri/işlemleri ile uğraşan memurlar vergiyi doğuran olaydan, verginin ve/veya cezanın tarihine, bunların tebliğine ve tahakkukuna kadarki süreçte görev alan ve kural olarak konuları gereği ilgili hakkında sonuç doğurabilecek her türlü işlemi (hata düzeltme, tecil, terkin, gecikme zammı veya faizi hesabı, idari çözüm talebi, idari başvuru vs.) tesis edenlerdir. Verginin tahsili aşamasında görevli memurlar bakımından, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 107’nci maddesinde “*Sırrın ifşası*” ile ilgili özel bir suç tipine yer verdiğiinden, bu safhada görevli olanların, vergi mahremiyetinin ihlali suçu bakımından vergi muameleleriyle uğraşan memurlar kapsamında yer almadığı söylenebilir⁵⁰.

Öğretide, vergi işlem ve incelemeleriyle uğraşan memurlardan, vergi idaresi içinde veya dışında, vergi ile ilgili iş ve işlemleri gerçekleştiren tüm

⁴⁸ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 27.02.2022.

⁴⁹ **Özcan**, s.258.

⁵⁰ **Şenyüz**, s.451; **Özcan**, s.259.

memurların bu kapsamda değerlendirilebileceği, dolayısıyla bunların mutlaka maliye memuru olmasının gerekmediği ifade edilmektedir⁵¹. Vergi işlemleriyle uğraşan memurlar ölçütü, geniş yorumlamaya elverişli olduğunda, örneğin vergi idaresi dışında memuriyetini sürdürüyor olmasına ve vergi işlemleriyle doğrudan ilgilenmemelerine rağmen, VUK'un 142 ve devamı maddelerine dayalı olarak vergi kaçakçılığı suçunun tespiti için yapılan aramada görev alan bir emniyet mensubu veya jandarmanın, arama kararını veren sulh ceza hakiminin⁵², vergi yükümlüsüne tebligatı gerçekleştiren posta idaresi çalışanın işlemi, vergi muamelesi tabiri içinde yer alacak, bu suçun faili olabileceklerdir⁵³. Yine vergi idaresinin memurları olmasalar da il özel idareleri ve belediyelerde vergi işleriyle uğraşan memurlar da bu kapsamda olup⁵⁴ vergi mahremiyetine uymak zorundadırlar.

“Vergi incelemeleri ile uğraşan memurlar” ifadesiyle, VUK'a göre kendisine vergi inceleme yetkisi verilmiş bulunanlar anlaşılmalıdır⁵⁵. VUK'un 135'inci maddesinde vergi incelemesine kimlerin yetkili olduğu belirtilmiştir. Mezkûr maddeye göre; vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri ile Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar vergi incelemesi yapmaya yetkilidirler. Diğer taraftan, vergi incelemesine esas olmak üzere yetkili makamalar tarafından istenen matrah ve servet takdirleri, fiyat, ücret ve diğer kıymetlerin takdirlerini gerçekleştiren takdir komisyonlarında görev alan memurlar da (VUK md. 72; VUK md. 75/1) komisyon yetkileriyle sınırlı olmak üzere inceleme yetkisine haiz olduklarından⁵⁶, bu suçun faili olabilir. Aynı zamanda takdir komisyonlarında bulunanları vergi muameleleri ile uğraşan memurlar içerisinde de saymak mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, takdir komisyonlarında yalnızca memur üyelerin

⁵¹ **Oktar**, s. 381; **Karakoç** (2019a), s.335; **Ürel**, s.73; **Özyer, Mehmet Ali** (2018) Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 8. Baskı, İstanbul, Maliye ve Hesap Uzmanları Derneği, s.24.

⁵² **Sonsuzoğlu**, s.121; **Ürel**, s.74; **Karataş Durmuş**, s.381.

⁵³ **Kocahanoğlu, Osman Selim** (1983) Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları, İstanbul, Yaylacık Matbaası, s.344.

⁵⁴ **Ürel**, s.74; **Ortaç**, s.30 (aktaran, **Ünsal**, s.32).

⁵⁵ **Özyer**, s.24.

⁵⁶ **Bayraklı**, s.75; **Özyer**, s.318.

bulunmadığıdır. Memur üyeler dışında takdir komisyonlarına iştirak edenlerin, vergi mahremiyetini ihlal suçunu işleyebilecekleri yine VUK'un 5'inci maddesinde ayrıca belirtilmiştir.

b. Vergi Mahkemeleri'nde, Bölge İdare Mahkemeleri'nde ve Danıştay'da Görevli Olanlar

Vergi ile ilgili uyuşmazlıkların görüldüğü davalarda yargılama yetkisine haiz vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri (istinaf mahkemeleri) ve Danıştay'da görevli kişilerin, buradaki görevleri dolayısıyla gerek dosyadan gerekse de dava duruşmalı olarak görülüyorsa duruşma esnasında vergi ödevlisine veya bunlarla ilgili kişilere ait elde ettikleri/öğrendikleri sır niteliğindeki bilgileri açıklamaları ya da kendileri veya üçüncü kişiler yararına kullanmaları vergi mahremiyetinin ihlali suç kapsamındadır.

Mezkûr maddede yer alan “*Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştayda görevli olanlar*” ifadesiyle kastedilenin sadece yargı makamlarında yer alan hâkim ve savcılar değil bunun yanında raportörler, idare memurları, katipler, mübaşir, mahkeme kaleminde görevli olanlar, teftiş kurulunda görevlendirilen personel de vergi mahremiyetine uymakla yükümlüdür⁵⁷. Bunların yanında mezkûr maddede yükümlü olarak belirtilmiş olmasa da vergi suçlarına bakan adli yargıda görev alanların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir⁵⁸. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi üyelerinin, raportörlerinin ve diğer çalışanlarının, yüksek mahkemenin yayımlanan gerekçeli kararında belirtilen hususlar hariç olmak üzere vergi mahremiyetine uyma yükümlülüklerinin bulunduğu söylenebilir.

Yargılama safhasıyla ilgili olarak özellik arz eden bir husus da davanın/duruşmanın aleni yapılması halidir. Vergi yargılaması sürecinde duruşmaların aleni yapılması durumunda mahkeme salonunda yapılan görüşmelere kural olarak herkes katılabileceğinden, davaya ilişkin bilgiler artık

⁵⁷ **Erman, Sahir** (1988) Vergi Suçları Ticari Ceza Hukuku-VI, İstanbul, İ.Ü. Fen Fakültesi DSİ İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, s.99; **Şenyüz**, s.452; **Bayraklı**, s.75; **Oktar**, s.382; **Edizdoğan/Taş/Çelikkaya**, s.165.

⁵⁸ **Karataş Durmuş**, s.382.

sır kapsamında kabul edilmeyeceğinden bunların açıklanmasının da suç teşkil etmeyeceği söylenebilir⁵⁹.

c. Vergi Kanunlarına Göre Kurulan Komisyonlara İştirak Edenler

Kanunun lafzından, VUK başta olmak üzere tüm vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenlerin vergi mahremiyetinin ihlali suçunun faili olabilecekleri anlamı çıkmaktadır. Oysa söz konusu suçun konusu ve amacı dikkate alındığında, vergi kanunlarına göre kurulmuş olsa da her türlü komisyonun değil, mükellef veya onunla ilgili kimselerin sırlarına ulaşabilen veya bunlarla ilgili değerlendirmelerde bulunabilen komisyonlar olduğu anlaşılmalıdır. Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara örnek olarak; takdir, tadilat, tarhiyat öncesi ve tarhiyat sonrası uzlaşma, zirai kazançlar il ve merkez komisyonları, özel komisyonlar, rapor değerlendirme komisyonlar verilebilir⁶⁰. Kanun'un "...komisyonlara iştirak edenler" ifadesini kullanmış olması nedeniyle, komisyonlara katılan memurlar yanında memur olmayanların da vergi mahremiyetinin gizliliğine uyma yükümlüğü bulunmaktadır⁶¹. Öte yandan maddenin lafzı sadece komisyona iştirak etmeyi esas aldığından, müstakbel failin komisyon kararlarına iştirak etmesinin önemi bulunmamakta, komisyon toplantısına bir kere katılmış olması bu suçun faili olabilmesi için yeterlidir⁶².

d. Vergi İşlerinde Kullanılan Bilirkişiler

Bilirkişi; "*Belli bir konudan iyi anlayan ve bir anlaşmazlığı çözmek için kendisine başvurulmuş kimse ya da çözümlenmesi özel veya bilimsel bilgiye dayanan konularda oyuna veya düşüncesine başvurulmuş kimse*" olarak tanımlanmaktadır⁶³. Kanun, kapsamı sınırlı tutma açısından "...vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler..." diyerek, bilirkişinin görüşüne başvurulmuş hususun

⁵⁹ Donay, s.168.

⁶⁰ Şenyüz, s.452; Özcan, s.264.

⁶¹ Bayraklı, s.75-76; Şenyüz, s.452; Yiğit, Uğur (2004) Vergi Usul Kanununda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.191.

⁶² Özcan, s.265.

⁶³ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 03.03.2022.

vergiyle ilgili olması gerekmektedir⁶⁴. Bilirkişiye başvurma, idari işlem sırasında olabileceği gibi yargılama aşamasında da olabilir⁶⁵. VUK'un 72'nci maddesine göre kurulan takdir komisyonları, aynı Kanun'un 75'inci maddesine göre; servetleri, sınai hakları ve telif haklarını, imtiyazları, madenleri, mücevheratı, eski eserleri ve sanat eserlerini değerlemede bilirkişiye müracaat edebilir. Bilirkişilerin vergi mahremiyetine uyma yükümlülükleri, vergi işiyle ilgili raporlarını verdikten, işleri bittikten sonra da devam etmektedir.

e. VUK 5'inci Maddesi Uyarınca Kendilerine Bilgi Verilen Kişi ve Kurumlar

Mezkûr maddede, belli amaçlara hizmet edeceği düşüncesiyle vergi mahremiyeti istisnaları kapsamında kendilerine bilgi, belge verilen veya bildirimde bulunulan kişi ve kurumların da vergi mahremiyetine uyma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar;

- *Yürüttükleri adli veya idari soruşturmalarla ilgili olarak bilgi ve/veya belge talep eden kamu görevlileri,*
- *Yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgi verilen bankalar,*
- *Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların bildirildiği kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlar ve 3568 sayılı Kanunla kurulan birlik ve meslek odaları,*
- *Gelir İdaresi Başkanlığının görev alanına ilişkin işlerde hizmet alımı yoluyla çalıştırılanlar ile hizmet alımı yapılanların ortak ve yöneticileri,*
- *Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgili kanunları uyarınca mükelleflerden talep edilebilen, kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili ve görevlerinin ifası için zorunluluk ve süreklilik arz eden bilgilerin verilmesi halinde kendilerine bilgi verilenler.*

Yukarıda belirtilen kişi ve kurumlar, kendilerine iletilen bilgilerle sınırlı olmak üzere görevlerinden dolayı öğrenmiş buldukları mükellefe ve/veya

⁶⁴ Özcan, s.262; Şenyüz, s.453.

⁶⁵ Bayraklı, s.76; Şenyüz, s.453.

mükellefle ilgili kimselere ilişkin sırları veya gizli kalması gereken bilgileri saklamakla yükümlü olup, bu yükümlülükleri görevlerinden ayrılmaları halinde de devam etmektedir.

Vergi mahremiyetinin bankalar, kamu kurum ve kuruluşları, meslek kuruluşları veya birlikleri tarafından ihlal edilmesi halinde, TCK'nın 20/2'nci maddesi gereğince tüzel kişilere ceza uygulanamayacağı ancak güvenlik tedbiri uygulanabileceği düzenlemesi nedeniyle bu suçun faili olamazlar. Ancak, tüzel kişiliği temsil eden kişiler, tüzel kişi adına hareket ettiği için, tüzel kişilerin temsilcileri bu suçun faili olabileceklerdir⁶⁶. Diğer taraftan mezkûr maddede bu kurum ve kuruluşların vergi idaresince paylaşılan vergi mahremiyeti kapsamındaki bu bilgilerin muhafazasını sağlamaya yönelik tedbirleri almakla yükümlü buldukları da belirtilmektedir.

2. Suçun Mağduru

Genel anlamda mağdur; kanunda belirtilen suç fiilinden zarar gören, bu fiil ile ihlal olunan ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin sahipleridir⁶⁷. Her suç (kişilere karşı işlenen suçlar dahil), kural olarak kamu ve/veya toplumsal düzenin korunması ve devamı için kabul edilmektedir. Bundan hareketle geniş anlamda vergi mahremiyetini ihlal suçunun mağdurunun, Kanun'da belirtilen fail gruplarına karşı duyulan toplumsal güven olduğundan, toplumu oluşturan tüm bireyler olduğu yönünde bir görüş⁶⁸ olmakla birlikte, VUK'un 5'inci maddesi suçun mağduru olarak mahremiyet kapsamındaki bilgi ve belgeleri ifşa edilen veya kullanılan mükellef veya mükellefle ilgili kimseleri göstermektedir.

Mükellef tabiri, VUK'un 8/4'üncü maddesi uyarınca vergi sorumlularını da kapsadığından bunlar da bu suçun mağduru olabilirler. Ancak ne mezkûr maddede ne de VUK'ta "*mükellefle ilgili kimseler*" den kimlerin kastedildiğine ilişkin bir açıklama/hüküm bulunmamaktadır. Öğretide, mükellefle ilgili kişilerden kastın, mükellefin akrabaları ile mükellefle ticari veya mesleki ilişkide

⁶⁶ **Güneş Kurt, Aysan** (2020) "Türk Hukukunda Vergi Mahremiyeti", (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.136.

⁶⁷ **Katoğlu, Tuğrul** (2012) "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:2, s.662.

⁶⁸ **Arslan**, s.21; **Özcan**, s.271.

bulunan diğer kişileri⁶⁹, dolaylı olarak ilişkide bulunduğu gerçek ve tüzel kişilerin⁷⁰ anlaşılması gerektiği şeklindedir. Suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olması karşısında, ilgili kimsenin tüzel kişilik olması durumunda bunların suçun mağduru değil, koşulları bulunduğu suçtan zarar gören konumunda olacaktırlar⁷¹. Buradaki ilgili kişilerin tespitinde ölçütün, vergi kanunlarını uygulamak ve/veya doğruluğunu tespit etmek amacıyla nezdinde inceleme yapılan veya haklarında bilgi toplanılan mükellefin veya vergi sorumlusunun işyerinde, defter, kayıt, belgelerinde veya bunlarla ilgili yapılan bilgilendirmelerde bilgileri bulunan ve kim olduğu tespit edilebilen kişiler olduğu söylenebilir.

3. Suçun Konusu

Suçun konusu, üzerinde kural olarak fiilin icra edildiği eşya veya şahsın fiziki, maddi ya da manevi yapısıdır⁷². Vergi mahremiyetini ihlal suçunun konusunu ise VUK'un "Vergi mahremiyeti" kenar başlıklı 5'inci maddesindeki düzenlemeye aykırılıklar oluşturmaktadır. Mezkûr maddeye göre: "... görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine mütaallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazımgelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nefine kullanamazlar."

Açıklanan (ifşa edilen) veya kullanılan/yararlanılan bir bilginin/hususun vergi mahremiyetini ihlal suçunun konusunu oluşturabilmesi için gereken koşulları;

Bu bilginin ya da hususun:

- Sır veya gizli kalması gereken bir nitelikte olması,
- Mükellefe veya mükellefle ilgili/irtibatlı olan kimselere ait olması,

⁶⁹ Candan, Turgut (2019) Vergisel Kabahatler ve Suçlar, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.405; Karakoç (2019a), s.337.

⁷⁰ Sonsuzoğlu, s.125.

⁷¹ Arslan, s.21.

⁷² Göktürk/Özgenç/Üzülmez, s.24.

- Sır veya gizli kalması gereken bilginin kaynağının; şahıslarına, muamele veya hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine ya da mesleklerine ilişkin olması,
- Sır ya da gizli kalması gereken bilginin, “görev dolayısıyla” elde edilmiş olması

durumlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁷³.

VUK’un 362’nci maddesinde yer alan “*Bu Kanunda yer alan vergi mahremiyetine...*” biçimindeki kısıtlayıcı hüküm uyarınca, “*Elektronik ortamdaki kayıtlar ve elektronik cihazla belge düzenleme*” kenar başlıklı VUK’un mükerrer 242’nci maddesi çerçevesinde elektronik ortamda tutulması, düzenlenmesi ve ibraz edilmesine izin verilen defter, belge ve kayıt ile bunlarla ilgili bilgiler de bu suçun konusuna girmektedir. Dolayısıyla, açık bir atıf veya düzenleme bulunmadıkça VUK dışındaki kanunlarda yer alan vergi mahremiyetine ilişkin aykırılıklar, buradaki suçun kapsamı dışında olacağından bu maddeye göre cezalandırılmayacaktır⁷⁴.

Görev dolayısıyla öğrenilen bu “sırlar” veya “gizli kalması lazım gelen diğer hususların” açıklanması/ifşa edilmesi veya bunlardan yararlanılması bu suçun konusunu oluşturmaktadır. Kelime olarak **sır**; “*varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey*”; **gizli** ise “*başkalarından saklanan, duyurulmayan, niteliği anlaşılmayan, belli olmaz bir durumda olan, saklı kalan, mahrem*” olarak tanımlanmaktadır⁷⁵. Sırrın ve gizli kalması gereken bilginin ortak özelliği, başkalarınca bilinmesinin istenmiyor, onlardan saklanıyor olmasıdır. Bir bilginin, sır ya da gizli kalması gereken bir husus olup olmadığının değerlendirilmesi, çoğu zaman sübjektif bir durum olup, bilgi sahibinin iradesine göre değişebilir⁷⁶. Bir bilginin/verinin sır veya gizli kalmasının gerekli bulunması, bunun açıklandığında sahibinin şahsına, ailesine, mesleki veya ticari itibar ve/veya çıkarlarına zarar verebilecek nitelikte olmasını gerektirir⁷⁷. Kimi hallerde, bir bilginin ilgisi açısından gizli kalması

⁷³ Yiğit, s.187.

⁷⁴ Arslan, s.20.

⁷⁵ <<https://sozluk.gov.tr/>>s.e.t. 10.02.2022.

⁷⁶ Başaran Yavaşlar, dn.19.

⁷⁷ Candan, s.405; Karakoç (2019a), s.337.

gereken bir durum olup olmadığını anlamak her zaman kolay olmayabilir. Bu gibi durumlarda, aynı konumda bulunan benzer kimselerin tutumları emsal alınabileceği gibi, somut olayda ilgili kimsenin bu bilginin saklanması maddi/manevi korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığına da bakılabilir. Öte yandan mevzuatın gerektirdiği durumlarda ya da ilgilinin kendi iradesiyle kamuoyuna/çevresine duyurduğu bir bilginin, artık sır veya gizli kalması gereken bir durum olmadığı söylenebilir⁷⁸.

Her ne kadar VUK'un 5'inci ve 362'nci maddelerinin kenar başlıkları "*Vergi mahremiyeti; Vergi mahremiyetinin ihlali*" olarak yer alıyorsa da mezkûr maddelerin içeriğinden ve lafzından esasen hakkın ve ihlali halinde suçun konusunu oluşturan sır veya gizli kalması gereken bilgilerin, "*mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine ve mesleklerine mütaallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazımgelen diğer hususları*" na ilişkin olması, vergi mahremiyetinin sadece vergilerle ilgili ve sınırlı olmadığını bunun yanında vergi ödevlilerine veya bunlarla ilişkili kişilerin özel yaşamlarına⁷⁹ ilişkin mahremiyetlerine de yönelik olduğunu söylemek gerekir⁸⁰. Nitekim maddede geçen "*mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına*"; yine "*veya gizli kalması lazımgelen diğer hususları*" şeklinde genel ifadelerle yer verdiği görülmektedir. Bu itibarla vergi mahremiyeti ile koruma altına alınan bilgiler, mükellef veya mükellefle ilgili/ilişkili kişilere ait ekonomik ve mali içerikli bilgiler yanında, ifşası halinde ilgisinde rahatsızlık doğuracak veya zarar verecek bütün bilgileri⁸¹, örneğin; fotoğrafları, dini inancı, siyasal tercihi, özel mektupları, yazışmaları, aile ilişkilerine dair bilgiler vs. kişilik hakkı değerlerini de kapsamaktadır⁸². Buna binaen VUK'un 5'inci ve 362'nci maddelerinin

⁷⁸ Başaran Yavaşlar, dn.19.

⁷⁹ Edizdoğan/Taş/Çelikkaya, s.163.

⁸⁰ Edizdoğan/Taş/Çelikkaya, s.163; Akdeniz, s.162.

⁸¹ Ürel, s.75.

⁸² Yazında, mükellefin veya mükellefin ilişki içinde bulunduğu kimselerin şahsına yönelik olup vergi/vergileştirme ile ilgili bulunmayan ama ilgiler açısından sır olan bilgilerin açıklanmasının vergi mahremiyetinin ihlali suçunu oluşturmayacağı, bu gibi durumlarda diğer koşulların bulunması halinde, bu hususların TCK'nın 134, 137 239 veya 258'inci

başlıklarını, maddelerin içeriği ve bunu korumaya yönelik kapsamıyla uyumlu olacak şekilde “*mükellef mahremiyeti*” ve “*mükellef mahremiyetinin ihlali*” olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu şekilde yapılacak bir düzenlemenin, “*mükellef*”e yaptığı vurgu gereği, mahremiyetin hak olarak algılanmasına da katkı sağlayacağı ifade edilmektedir⁸³.

4. Hareket (Fiil)

Bir suçtan söz edebilmek için, suçun kanunda tarif edilmiş olması yeterli olmayıp, ortada kanuni tanıma uygun bir hareketin de olması gerekmektedir. Hareket, insan iradesinin sinir sistemi aracılığıyla adalelere ve organlarına yaptırdığı iştir. Yapılan bu hareket icraî (olumlu) olabileceği gibi, ihmali (olumsuz) de olabilir⁸⁴. Ceza hukuku alanında önem taşıyan hareket, kanunun suç saydığı neticeye sebebiyet veren eylemdir⁸⁵.

VUK’un 362’nci maddesinde bu suçta yasaklanan hareket, vergi mahremiyetini ihlal etmektir. Vergi mahremiyetinin ihlalini ise VUK’un 5’inci maddesi, vergi mahremiyeti kapsamındaki sır veya gizli kalması gereken hususların ifşası veya failin bunları kendisi ya da üçüncü bir kişi yararına kullanılması olarak belirtmektedir. Bu itibarla söz konusu suç; seçimlik hareketli bir suç tipi olup⁸⁶, suçunun oluşumu için Kanun’da belirtilen bu iki hareketten birinin yapılması yeterlidir⁸⁷. Burada önemli olan, mükellef veya mükellefle ilgili kimselere ait bilgilerin veya gizli kalması gereken hususların öğrenilmesi değil, bunların ifşası ya da kendilerinin veya üçüncü şahısların

maddelerinde belirtilen suçlar kapsamında işlem yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bak., Arslan, s.20.

⁸³ Akdeniz, s.162-162.

⁸⁴ Bayraklı, s.9, Şenyüz, s.348.

⁸⁵ Şenyüz, s.348.

⁸⁶ Özen, s.102; Özcan, s.272, Arslan; vergi mahremiyetinin, mezkûr maddede belirtilen bu iki hareketin dışında “gizliliğin bir şekilde bozulmasına” sebebiyet verebilecek herhangi bir durumun da bu kapsamda değerlendirilebileceğini söylemektedir. s. 18.

⁸⁷ Özcan, bu hususla ilgili olarak; iki hareketin birden yapılmasının suçun oluşumu, cezanın türü ve miktarı bakımından bir değişiklik meydana getirmeyeceğini, davaya bakan hâkimin, kanunda seçimlik hareket olarak gösterilen iki hareketin birden yapılmasını, TCK’nın 61’inci maddesi uyarınca cezanın üst haddenden verilmesini gerektiren bir neden olarak dikkate alabileceğini ifade etmektedir. s.272.

menfaatine kullanılmasıdır⁸⁸. Ayrıca mezkûr maddede belirtilen hareketlerin nasıl işlenebileceği özel olarak belirtilmediğinden, suçun serbest hareketli bir suç tipi olduğu da söylenebilir⁸⁹. İfşa veya kullanma fiilinden dolayı suçun oluşması için mükellefin veya mükellefle ilgili kimsenin zarar görmesi şart olmayıp, bu fiillerin gerçekleşmiş bulunması yeterli görülmektedir⁹⁰.

Vergi mahremiyetini ihlal suçuna sebebiyet verecek fiillerden ilki, vergi mahremiyetine uymakla yükümlü kişilerin, görevleri veya mevzuat gereği öğrenmiş oldukları vergi mahremiyeti kapsamındaki sırrın/sırların veya gizli kalması gereken hususun/hususların ifşa edilmesidir. İfşa kelime olarak; “*gizli bir şeyi ortaya dökmek, açığa vurmak, yaymak, ilan etmek, afişe etmek, reklam etmek*” anlamına gelmektedir⁹¹. Diğer bir anlatımla ifşayı, sırrın veya gizli kalması gerek hususun sahibince önceden rızası veya bilgisi olmadan bunun üçüncü kişilere duyurulması, paylaşılması olarak ifade etmek mümkündür.

Vergi sırrının ifşası, sırları veya gizli kalması gereken hususları kısmen ya da tamamen öğrenmemesi gereken kişilerin, failin açıklama veya elverişli hareketleri sonucunda öğrenmeleri halidir⁹². Vergi mahremiyetini ihlal suçunda ifşanın konusunu, “*mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine ve mesleklerine müteallik olan sırlar veya gizli kalması لازم gelen diğer hususlar*” oluşturmaktadır⁹³. Mahremiyet kapsamındaki sırrın veya gizli kalması gereken hususun açıklanmasının suç oluşturabilmesi için bunların görev dolayısıyla elde edilmiş olması gerekir⁹⁴. Mezkûr maddede ifşanın yapılış şekliyle ilgili bir açıklama bulunmadığından ifşa; yazılı, sözlü, görsel veya beden diliyle icraî bir davranışla yapılabileceği gibi mahremiyet kapsamındaki bilgilerin muhafazası ile ilgili olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmeyerek ihmalî davranışla da

⁸⁸ Edizdoğan/Taş/Çelikkaya, s.164.

⁸⁹ Arslan, s.21; Özcan, s.272.

⁹⁰ Bayraklı, s.78.

⁹¹ <<https://sozluk.gov.tr/>>s.e.t. 03.03.2022.

⁹² Şenyüz, s. 457; bak. Ürel, s.75.

⁹³ Özen, s.102; Suçun konusu daha önce anlatıldığından tekrara düşmemek için ilgili bölüme bakınız.

⁹⁴ Şenyüz, s.455.

gerçekleşebilir⁹⁵. İfşanın varlığından söz edilebilmesi için, ifşanın yapıldığı kişi sayısı önemli değildir⁹⁶. Kendisine açıklama yapılan kişinin, bu sırra veya gizli kalması gereken hususa vakıf olma konusunda bir hak ve yetkisinin bulunmaması gerekli ve yeterlidir⁹⁷. Failin, sırrı paylaştığı kişiye bunu saklaması, başkalarıyla paylaşmaması yönündeki tembih ve ikazları veya ondan bu hususta söz almış bulunması, bunu suç fiili olmaktan çıkarmaz⁹⁸. Öte yandan ifşanın, maddi veya manevi bir yarar karşılığında yapılıp yapılmaması da bu suçun gerçekleşmesi bakımından önem arz etmemektedir⁹⁹.

Mükellefe veya mükellefle ilgili kişilere ait sır ya da gizli hususların, failin kendisinin veya üçüncü şahısların yararına kullanılması, ikinci tür vergi mahremiyetini ihlal fiilidir. Görevi gereği öğrenilen sırların veya gizli kalması gereken hususların, failin kendisi veya başkasının yararına kullanılması, söz konusu bilginin açıklanmadan o bilgi sayesinde bir menfaat elde edilmesi anlamına gelmektedir¹⁰⁰. Zira sır, açıklanmak suretiyle kullanılmış olursa, esasen ifşa fiili işlenmiş olacaktır¹⁰¹. Kullanma fiiliyle suçun işlenmiş sayılması için, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak amacıyla hareket etmesi yeterli olup, suçun oluşması için yararın elde edilmiş olması şartı değildir¹⁰². Beklenen yarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir¹⁰³. İfşada olduğu gibi yararına kullanmada da hareketin belli bir biçimde yapılması şartı öngörülmediğinden, yararına kullanma olarak değerlendirilebilecek her türlü hareketle bu suç fiili işlenebilir¹⁰⁴. Kanunun lafzına bakıldığında, sır veya gizli kalması gereken hususların bizzat vergi mahremiyetine uymakla yükümlü olan kişiler tarafından kullanılması gerekmektedir. Bu bağlamda, vergi mahremiyeti

⁹⁵ Arslan, s.21; Solak Akman, s.171-172; Özcan, s. 276.

⁹⁶ Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, s.406; Erman, s.101; Oktar, s.381; Karakoç(2019a), s.334; Bayraklı, s.77; Donay,s.169; Batı, s.341.

⁹⁷ Erman, s.101; Ürel, s.75.

⁹⁸ Erman, s.101.

⁹⁹ Batı, s.341; Özcan, s.279.

¹⁰⁰ Erman, s.102; Candan, s.405; Şenyüz, s.458.

¹⁰¹ Erman, s.102; Şenyüz, s.458.

¹⁰² Akdeniz, s.321.

¹⁰³ Bayraklı, s.78.

¹⁰⁴ Solak Akman, s.175.

kapsamına giren bu bilgilerin üçüncü kişi/kişiler tarafından kullanılması, vergi mahremiyetini ihlal suçunu oluşturmayacaktır¹⁰⁵.

5. Netice

Netice, icraî veya ihmalî fiillerle sebebiyet verilen ve kanuni tarifte yer alan dış alemdeki değişikliktir. Bu değişiklik zarar, tehlike veya hukuki bir ihlal şeklinde olabilir¹⁰⁶. Bazı suçların neticesi kanunda gösterilmekte iken bazı suçların neticeleri kanunda gösterilmemektedir. Neticesi kanunda gösterilmeyen suçlara, neticesi harekete *bitişik suç* veya *sırf hareket suçları*; fiilden başka ayrıca o fiilin belli bir dış etki yaratması da aranıyorsa, *neticesi hareketten ayrı suçlar* denilmektedir¹⁰⁷.

Yukarıda da belirtildiği üzere vergi mahremiyetini ihlal suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu suçun netice unsuru, işlenme şekline bağlı olarak farklılık göstermektedir. Seçimlik hareketlerden sırrın ifşa edilmesi hareketi, suçun oluşumu için yeterli olduğundan bu suç, sonucu harekete bitişik suç/sırf hareket suçu niteliğindedir¹⁰⁸. Bu itibarla tam teşebbüse elverişli değildir; ancak icra hareketleri kısımlara bölünebildiği takdirde eksik teşebbüse müsaittir¹⁰⁹. Sırrın veya gizili kalması gereken bilginin kullanılması fiilinde ise bir yarar sağlanması arandığından, neticesi hareketten ayrı bir suç karşımıza çıkmakta olup, eksik veya tam teşebbüs mümkündür¹¹⁰.

6. Nedensellik (İllyet) Bağı

Ortaya çıkan bir neticeden birinin sorumlu tutulabilmesinin temel şartı, o fiili ile netice arasında sebep sonuç ilişkisinin var olmasıdır¹¹¹. Nedensellik bağı, dış alemde meydana gelen bir değişikliğin, bir şahsa yüklenebilmesidir. Dış alemdeki değişiklik, failin hareketi sonucu meydana gelmemişse fail bu neticeden sorumlu tutulamaz. Vergi mahremiyetini ihlal suçunun sırf hareket suçu özelliği gösterdiği ifşa fiili durumunda, nedensellik bağının tespiti önem

¹⁰⁵ Özcan, s.281; Solak Akman, s.177.

¹⁰⁶ Şenyüz, s.350-351; Bayraklı, s.10.

¹⁰⁷ Bayraklı, s.10; Şenyüz, s.351.

¹⁰⁸ Erman, s.102; Yiğit, s.195; Özen, s.109; Karakoç (2019a), s.336.

¹⁰⁹ Bayraklı, s.79; Yiğit, s.195.

¹¹⁰ Erman, s.103; Yiğit, s.195; Özen, s.109; aksi görüş için bak., Solak Akman, s.180.

¹¹¹ Duman, s.1592.

taşımaz¹¹². Sırrın veya gizili kalması gereken bilginin kullanılması fiilinde ise bir yarar sağlanması arandığından, netice ve fail arasında bir nedensellik bağının tespiti önem taşımaktadır¹¹³.

C. MANEVİ UNSUR

Bir hareketin suç olarak değerlendirilebilmesi için kanuni tamına uygun bir fiil, dış alemde değişikliğe sebep veren bir netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağının yanında, manevi unsurun da bulunması gerekmektedir¹¹⁴. Ceza hukukunda iradilik özelliği hakimdir. Bundan dolayı iradî olmayan bir fiilin, hukuka aykırı da olsa, suç teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁵. Manevi unsur, fiil ile fiili irtikap eden kişi arasındaki manevi bağı ifade eder. Suçun manevi unsuru denildiğinde, fiilin kasten veya taksirle işlenmiş olması anlaşılır¹¹⁶. TCK'nın 21'inci maddesinde, suçların kural olarak kasten işlenebileceğini, kastın ise suçun kanuni tanımında belirtilen unsurlarının bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Mezkûr Kanun'un 22'nci maddesinde ise taksirle işlenen fiillerin, Kanun'da açıkça belirtilmiş olması halinde cezalandırılabilceğini ifade ettikten sonra taksiri, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır.

Vergi mahremiyetini ihlal suçunun kanuni düzenlemesi dikkate alındığında bu suçun manevi unsuru kastır¹¹⁷. Bu suçun faili olabilecek kişilerin, açıkladığı hususun vergi mahremiyeti kapsamında bir sır veya gizli kalması gereken bir durum olduğunu ve bunu ifşa ettiğini veya bunu kullanarak kendisi ya da üçüncü kişilere yarar sağladığını bilmesi ve istemesi gerekli ve yeterlidir. Failin ayrıca sır sahibine zarar vermek gibi bir özel kastının

¹¹² **Özen**, s.110; **Solak Akman**, s.185.

¹¹³ **Taş**, 90; **Özen**, s.110.

¹¹⁴ **Duman**, s.1592.

¹¹⁵ **Bayraklı**, s.11.

¹¹⁶ **Göktürk/Özgenç/Üzülmüş**, s.26.

¹¹⁷ **Arslan**, s.21; **Özcan**, s.283; **Taş**, s.127; **Duman**, s.1593; **Kuzucu Yapar**, s.81.

bulunması gerekli değildir¹¹⁸. Failin, ifşa ettiği hususun vergi mahremiyeti kapsamında sır olduğunu veya kendisinin bunu saklamakla yükümlü olduğunu bilmemesi, hukuki nitelikte hata olduğundan ya da bilmekle birlikte sır sahibinin yararına olacağı düşüncesiyle açıklamış olması suçu ve cezayı ortadan kaldırmamaktadır¹¹⁹. İlgili maddede bu suçun taksirle de işlenebileceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almadığından, fiilin taksirli hali suç teşkil etmeyecektir¹²⁰. Diğer taraftan öğretide bu suçun olası kastla da işlenebileceği ifade edilmektedir¹²¹. Örneğin vergi mahremiyetine uymakla yükümlü kişinin, vergi mükellefine ait sırrı, herkesin görebileceği veya okuyabileceği bir yere koyması, gereği gibi saklamaması, üçüncü kişilerin duyabileceği şekilde yüksek sesle konuşması gibi¹²².

D. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tarife uygun bulunan fiilin, tüm hukuk düzeni tarafından kabul edilmemesidir¹²³. Bir fiilin suç dolayısıyla hukuka aykırı olduğuna karar verilebilmesi, o fiili hukukun geneli açısından hukuka uygun hale getiren herhangi bir normun bulunmamasına bağlıdır¹²⁴. Fiili hukuka uygun hale getiren bir neden varsa suç oluşmaz. Bu nedenlere hukuka uygunluk nedenleri/sebepleri de denilmektedir¹²⁵. Vergi mahremiyetini

¹¹⁸ **Erman**, s.104; **Bayraklı**, s.79; **Şenyüz**, s.458; **Karakoç** (2019a), s.337; **Yiğit**, s.203; **Taş**, s.127; **Özen**, vergi mahremiyetinin kullanmak fiiliyle ihlalinin, failin kendisi veya üçüncü kişilere yarar sağlamak amacıyla hareket etmesi gerekliliğinden hareketle özel kastla işlenebileceğini söylemektedir., s.110.

¹¹⁹ **Erman**, s.104; **Şenyüz**, s.459.

¹²⁰ **Erman**, s.104; **Taş**, s.127; **Arslan**, s.21; **Yiğit**, s.203; ancak yukarıda belirtilen kimi kamu görevlilerinin müstakbel fail olabilecekleri bu suçta, taksirli davranışları, disiplin hukukuna konu olabileceği gibi; bundan zarar gören veya olumsuz etkilenen mükellef veya mükellefle ilgili kimselerin bunlar aleyhine özel hukukta maddi ve/veya manevi tazminat davası açmaları da mümkündür. Bak., **Erman**, s.104; **Şenyüz**, s.459; **Yiğit**, s.203.

¹²¹ **Arslan**, s.21; **Özen**, s.110.

¹²² **Özen**, s.110.

¹²³ **Bayraklı**, s.11.

¹²⁴ **Duman**, s.1593.

¹²⁵ **Şenyüz**, s.359; **Bayraklı**, s.11; **Hakeri**, s.205.

ihlal suçu bakımından hukuka uygunluk nedenlerini, genel ve özel nedenler olarak iki başlık altında incelemek mümkündür.

1. Genel Hukuka Uygunluk Nedenleri

TCK'nın 5'inci maddesi gereği, bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve/veya ceza içeren kanunlar hakkında da uygulanabilir. VUK'un da ceza içeren bir kanun olması hasebiyle TCK'nın hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin genel hükümleri bu kanuna da uygulanacaktır¹²⁶. TCK'da düzenlenen genel hukuka uygunluk nedenleri; kanun hükmünü yerine getirme (TCK md. 24/1), meşru savunma (TCK md. 25/1), hakkın kullanılması (TCK md. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK md. 26/2) olarak söylenebilir.

Vergi mahremiyetinin ihlali suçu açısından bu genel hukuka uygunluk sebeplerine bakıldığında, kanunun hükmünü yerine getirmenin, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için kişinin ilgili mevzuat hükmü tarafından yetkilendirilmiş bulunması ve fiili de bu yetki ve görevi çerçevesinde işlemiş bulunması gerekmektedir¹²⁷. Örneğin; VUK'un 367'nci maddesi uyarınca vergi müfettiş veya yardımcılarının vergi kaçakçılığı ile ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığına bildirimde bulunmaları. Hakkın kullanılmasında ise kişinin hukuk düzenince kendisine/mesleğine tanınan hak çerçevesinde işlediği fiil, suç oluşturmamaktadır. Örneğin; vergi ziyana sebebiyet verdiği ilişkin hakkında birtakım veriler bulunan mükellefe ilişkin vergisel bilgi/belgelerini açıklayan gazetecinin fiili, suç oluşturmayacaktır¹²⁸. Vergi mahremiyetinin ihlaline, sır sahibi rıza göstermişse ve diğer şartlar da mevcutsa bu da fiili hukuka uygun hale getirir¹²⁹. Teorik açıdan bir engel bulunmamakla birlikte, yapısı itibariyle hukuka uygunluk sebepleri arasında gösterilen meşru savunmanın bu suçta karşılık bulması ise zordur¹³⁰.

¹²⁶ Duman, s.1594.

¹²⁷ Arslan, s.22; Hakeri, s.210.

¹²⁸ Arslan, s.22.

¹²⁹ Erman, s.103; Şenyüz, s.454; aksi görüş için bak., Özcan, s.306-307.

¹³⁰ Arslan, s.22.

2. Özel Hukuka Uygunluk Nedenleri

VUK'ta yer alan ve “*kanun hükmünü yerine getirme*” (TCK md. 24/1) kapsamında değerlendirilebilecek hükümler, mezkûr Kanun'un 5'inci maddesinin 3, 4 ve 7'nci fıkralarında düzenlenmiştir. Söz konusu istisnai durumlara bakıldığında bu düzenlemelerin vergi mahremiyetini ihlal suçunun ifşa suretiyle işlenmesiyle ilgili getirilmiş, özel hukuka uygunluk nedenleri olduğu görülmektedir¹³¹.

Vergi mahremiyetinin ihlaline yönelik getirilen istisnalardan ilki vergi güvenliğini sağlamak amacıyla VUK'un 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki düzenlemedir. Söz konusu fıkra göre; “*vergi güvenliğini sağlamak amacıyla Gelir Vergisi mükelleflerinin yıllık Gelir Vergisi, sermaye şirketlerinin Kurumlar Vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahları (zarar dahil) ve beyanları üzerinden tarh olunan Gelir ve Kurumlar Vergileri ile mükelleflerin ad ve unvanları, bağlı oldukları vergi dairelerince beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunur. Mükellefin bağlı bulunduğu teşekkül varsa, bu ilan orada da yapılır.*” Bu hüküm uyarınca ilanların hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilebilmesi için şu hususların gözetilmiş olması gerekmektedir¹³². İlan edilebilecek vergiler, gelir vergisi mükellefleri ile kurumlar vergisi mükelleflerinden sadece sermaye şirketlerinin yıllık beyanları üzerine tarh olunan vergileridir. Dolayısıyla bu mükelleflerin diğer beyannameleriyle tarh olunan vergileri, örneğin; katma değer vergileri bu fıkraya istinaden açıklanamaz. Vergi dairelerinin ilan yoluyla açıklayabileceği bilgiler, bu kapsamdaki mükelleflerin beyannamelerinde gösterdikleri vergi matrahları, mükelleflerin beyanları üzerinden tarh olunan gelir ve kurumlar vergileri ile ad ve unvanlarıyla sınırlıdır. Ayrıca, bu mükelleflerin bağlı oldukları bir teşekkülün bulunması halinde, bu ilan orada da yapılır.

VUK'un 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasıyla getirilen istisnalar ise;

- *Mükelleflerin, vergi tarhına esas olan beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları, vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarlarının Maliye Bakanlığınca veya mahallince açıklanması,*

¹³¹ Özcan, s.286.

¹³² Solak Akman, s.196-197.

- *Kamu görevlilerince yapılan adli ve idari soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler verilmesi,*
- *Bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgiler verilmesi,*
- *Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlarına ve 3568 sayılı Kanunla kurulan birlik ve meslek odalarına bildirilmesinin¹³³*

vergi mahremiyetini ihlal sayılmayacağı hükmü yer almaktadır.

VUK'un 5'inci maddesine, 21/3/2018 tarih ve 7103 sayılı Kanun ile eklenen 7'nci fıkraya göre; “*Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgili kanunları uyarınca mükelleflerden talep edilebilen, kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili ve görevlerinin ifası için zorunluluk ve süreklilik arz eden bilgilerin, bu kurum ve kuruluşlara verilmesi vergi mahremiyetinin ihlali sayılmaz.*” Bu hükmeye istinaden vergi idaresince, mükelleflere ilişkin olup kamu kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili, zorunlu ve süreklilik arz eden bilgilerin paylaşılması da bir hukuka uygunluk sebebi olmaktadır.

3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunda Teşebbüs

Vergi mahremiyetini ihlal suçuyla ilgili olarak VUK'ta özel bir teşebbüs hükmü bulunmadığından, TCK'daki teşebbüse ilişkin hükümlerin bu suç tipi için de uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹³⁴. TCK'nın 35'inci maddesine göre bir suçta teşebbüsün mümkün olabilmesi için kasten işlenebilen bir suçun varlığı, suçun işlenişine elverişli hareketle başlanılmış olması ve ancak failin elinde olmayan sebeplerle neticenin diğer bir anlatımla kanundaki tipikliğin gerçekleşmemesi halinin olması gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere vergi mahremiyetini ihlal suçuna kural olarak sırf hareket

¹³³ Söz konusu bildirim, bir mahkeme kararı olmaksızın sadece vergi inceleme raporuna dayanılarak yapılıyor olmasının Anayasanın çeşitli hükümlerine aykırılık teşkil ettiğine yönelik eleştiriler bulunmaktadır. Bak., **Donay**, s.171; **Şenyüz**, s.456; **Taş**, s.11-113; **Ağar**, s.378; **Özcan**, s.295; **Durdu, Muhammed** (2019) “Mükellef Verilerinin Korunması ve Vergi Mahremiyeti” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:27, S:3, s.602.

¹³⁴ **Özcan**, s.310.

suçu/neticesi harekete bitişik suçlardan olduğundan kural olarak teşebbüse elverişli değildir¹³⁵. Ancak, istisnai olarak bu suçun filleri olan ifşa veya kullanma hallerinin aşamalara/kısımlara bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüs mümkün olabilir¹³⁶. Örneğin; vergi mahremiyetine uyma zorunluluğu bulunan birinin edindiği vergi mahremiyeti kapsamındaki bir bilgiyi/sırrı, mektupla veya e-posta yoluyla göndermesine rağmen failin elinde olmayan bir sebeple muhatabına ulaşamamış olması veya failin bu bilgi/sırrı kullanma aşamasında iken buna engel olunması halinde, suça teşebbüs söz konusudur.

b. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunda İştirak

Bir kişi tarafından gerçekleştirilebilen bir suçun, birden fazla kişi tarafından iş birliği içinde gerçekleştirilmesi halinde suça iştiraktan söz edilir¹³⁷. VUK'ta, vergi mahremiyetini ihlal suçuna iştirake yönelik herhangi bir hüküm bulunmadığından, TCK'nın genel hükümleri arasında düzenlenmiş olan iştirak (TCK md. 37-41), bu suç açısından da uygulama alanı bulur¹³⁸. Yukarıda da ifade edildiği üzere vergi mahremiyetinin ihlali suçunun müstakbel failleri kanunda özel olarak belirtilen kişiler olabileceğinden bu suç özgü/mahsus suçlardandır. Bu itibarla, bu suçta iştirakin değerlendirilmesi, özgü suçlarda iştiraki düzenleyen TCK'nın 40/2'nci maddesi dikkate alınarak yapılacaktır. Mez-kûr maddeye göre; “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” Dolayısıyla VUK'ta belirtilmeyen kişilerin ancak azmettiren (TCK md. 38) veya yardım eden (TCK md. 39) olarak bu suçun işlenişine iştirak etmeleri mümkündür¹³⁹.

c. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçunda İctima

Ceza hukukunda “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” kuralı hakimdir¹⁴⁰. Bununla birlikte kanun koyucu bazı

¹³⁵ Solak Akman, s.219; Arslan, s.24.

¹³⁶ Erman, s.102; Arslan, s.24; Özcan, s.310; Özen, s.115-116; Yiğit, s.195.

¹³⁷ Şenyüz, s.484; Saban, Nihal (2019) Vergi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, s.415.

¹³⁸ Bayraklı, s.117; Şenyüz, s.485.

¹³⁹ Arslan, s.24; Kuzucu Yapar, s.85; Ateşagaoglu, s.30.

¹⁴⁰ Göktürk/Özgenç/Üzülmez, s.78; Hakeri, s.381.

durumlarda, ortada birden fazla suç bulunmasına rağmen faile tek ceza verilmesini tercih edebilmektedir. Birden fazla suçun bulunduğu ancak bunların karşılığında tek cezanın öngörüldüğü kuruma, suçların içtimaı denilmektedir¹⁴¹. TCK’da suçların içtimaı kapsamında, bileşik suç (TCK md. 42), zincirleme suç (TCK md. 43) ve fikri içtima (TCK md. 44) hükümlerine ve düzenlemesine yer verilmiştir.

Bileşik suç, TCK’nın 42’nci maddesinde; *“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir.”* şeklinde tanımlanmaktadır. Vergi mahremiyetinin ihlali suçunda, biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı sebebinin oluşturabileceği, birden fazla suçun varlığı söz konusu olmadığından bileşik suçun varlığından da söz edilemez¹⁴². Zincirleme suç ise TCK’nın 43/1’inci maddesinde; *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Zincirleme suçunun Kanun’da düzenlenen bir diğer şekli, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumudur (TCK md. 43/2). Vergi mahremiyetini ihlal suçunun açısından zincirleme suç incelendiğinde; failin, aynı mükellefe ait vergi mahremiyeti kapsamında sır sayılan veya gizli kalması gereken hususları farklı zamanlarda birden çok kez ifşa etmesi veya bu bilgilerden birden fazla yarar sağlamak amacıyla kullanılması ile birden fazla mükellefi ilgilendiren ve vergi mahremiyeti kapsamında sır sayılan veya gizli kalması gereken hususu/hususları tek bir fiille ifşa etmesi veya kullanması mümkün olabileceğinden, zincirleme suç kapsamında değerlendirilebilir¹⁴³. İçtima türlerinden üçüncüsü olan fikri içtima ise TCK’nın 44’üncü maddesinde; *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”* olarak düzenlenmiştir. Vergi mahremiyetini ihlal suçunda fikri içtima söz konusu olabilir¹⁴⁴. Örneğin; failin, mahremiyet kapsamındaki bir sırrı ifşa ederken aynı

¹⁴¹ Duman, s.1596.

¹⁴² Taş, s.159; Bayraklı, s.106; Kuzucu Yapar, s.86.

¹⁴³ Arslan, s.24-25; Karakoç (2019a), s.136; Bayraklı, s.106; Taş, s.160.

¹⁴⁴ Karakoç (2019a), s.137.

zamanda sır sahibine yönelik olarak hakaret suçunu oluşturabilecek tarzda tahkir sözcükleri kullanırsa hem vergi mahremiyetini ihlal hem de hakaret suçu oluşacaktır¹⁴⁵. Bu durumda fail, fikri içtima hükümleri gereği sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

IV. VERGİ MAHREMİYETİNİ İHLAL SUÇUNUN CEZASI

Vergi mahremiyetini ihlal halinde uygulanacak ceza, VUK'un 362'nci maddesinde yer alan "*Bu Kanunda yazılı vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.*" açık atfı gereğince TCK'nın 239'uncu maddesine göre belirlenmektedir.

Yapılan bu atfın, maddenin tamamına mı yoksa sadece cezanın miktarına mı olduğu noktasında öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüş, maddedeki atfın, TCK'nın 239'uncu maddesinin bütününe olmadığı, sadece yaptırımına ilişkin olduğu, bundan dolayı da suçun "*daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri*" ile "*tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri*" ve "*şikayet koşulu*" na ilişkin hükümlerin, cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı uyarınca VUK'un 362'nci maddesi açısından uygulama alanı bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁶. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise yapılan atfın sadece ceza miktarına değil, "*Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.*" ibaresinden hareketle tüm madde hükümlerine yapıldığı şeklindedir¹⁴⁷. Nitekim VUK'un 362'nci maddesinde 5728 Sayılı Kanunla¹⁴⁸ değişiklik yapılmadan önce bu suç için öngörülen ceza, mülga 765 sayılı TCK'ya atfen; "*...bu mahremiyeti ihlal edenlere Türk Ceza Kanununun 198'inci maddesinde yazılı cezanın iki katı hükmolunur. Bu ceza iki aydan az olmaz.*" şeklindeydi. Yeni 5237 sayılı TCK'nın kabulüyle ve bu kanuna uyum sağlamak

¹⁴⁵ Donay, s.172; Özen, s.116.

¹⁴⁶ Arslan, s.26; benzer görüşler için bak., Özcan, s.317.

¹⁴⁷ Şenyüz, s.459; Başaran Yavaşlar, dn.19; Solak Akman, s.257-258; Akdeniz, s.333; Duman, s.1582; Kuzucu Yapar, s.84; Karataş Durmuş, s.401; Kocatepe, Metin (2019) "Türk Vergi Hukukunda Mükellefin Vergi Mahremiyeti Hakkı", (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.136.

¹⁴⁸ 08.02.2020 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

amacıyla 5728 Sayılı Kanununun 278'inci maddesi ile değiştirilen VUK'un 362'nci maddesinde, “*Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesinde yer alan ceza uygulanır*” şeklinde eski düzenlemeye benzer bir ibarenin değil de, “*Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.*” ibaresinin tercih edilmesi, kanun koyucunun, TCK'nın 239'uncu maddesindeki düzenlemenin tamamının vergi mahremiyeti suçu bakımından geçerli kıldığına işaret etmektedir¹⁴⁹.

Vergi kaçakçılığını düzenleyen VUK'un 359'uncu maddesinde olduğu gibi, vergi mahremiyetini ihlal suçunda da öngörülen cezanın, (eğer varsa) cezayı etkilen nitelikli hallerin atıf yerine ilgili maddesinde açıkça belirtilmesinin, suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesinin sağlanması açısından daha uygun olacağı dile getirilmektedir¹⁵⁰.

TCK'nın, “*Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*” kenar başlıklı 239 'uncu maddesi;

“(1) *Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.*

(2) *Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.*

(3) *Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikayet koşulu aranmaz.*

(4) *Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*” şeklindedir.

Mezkûr maddeye göre bu suç için öngörülen ceza, kural olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Ceza, madde

¹⁴⁹ Başaran Yavaşlar, dn.19.

¹⁵⁰ Karataş Durmuş, s.402; Duman, s.1584.

kapsamındaki sırların Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklanması halinde üçte bir oranında artmaktadır. Öte yandan, cebir ve tehdit kullanarak bu madde kapsamındaki bilgi ve belgeleri açıklamaya mecbur bırakan kişiye, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir.

Vergi mahremiyetini ihlal suçunu düzenleyen VUK’un 362’nci maddesinde, soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta atıf yapılan TCK’nın 239’uncu maddesindeki düzenlemenin dikkate alınması gerekeceğinden, soruşturma ve davanın açılabilmesi, kural olarak bir şikâyetin varlığını gerektirmektedir¹⁵¹. Yukarıda, mağdurun rızasının bulunması halinin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğini ve bunun da fiili suç olmaktan çıkaracağına yönelik açıklamalar da bu suçun şikâyete tabi suçlardan olduğunu desteklemektedir. Şikâyet hakkına sahip kişilerin bunu, fiili ve faili öğrendikleri tarihten itibaren altı ay içinde kullanmaları gerekmektedir (TCK md. 43). Dava, suçun işlendiği yer asliye ceza mahkemesinde görülecek olup, dava açma zamanaşımı süresi, verilebilecek hapis cezasının üst sınırı dikkate alındığında (üç veya yedi yıl) sekiz veya onbeş yıl olabilmektedir (TCK md. 66/1). Suçun memurlar tarafından işlenmiş olması halinde Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan soruşturma yapılamayacak olup, 4483 sayılı Kanun hükümlerinin işletilmesi gerekmektedir.

Mağdur suç duyurusunda/şikâyette bulunmasa dahi failin çalıştığı kurumun veya mensubu bulunduğu odanın/birliğin, durumdan haberdar olması halinde, kendi mevzuatları çerçevesinde ilgililer hakkında disiplin soruşturması açması gerekir¹⁵². Öte yandan suçun mağduru/mağdurları, şartların varlığı halinde maddi ve/veya manevi tazminat davası da açabilir¹⁵³.

¹⁵¹ Şenyüz/Yüce/Gerçek, s.294; Candan, s.407; Karataş Durmuş, “Soruşturmanın resen yapılacağını kabul etmek, ihlal edilen menfaatin kamu menfaati olmadığından ve resen soruşturma açılabilmesi için kimlerin mali verilerinin korunmasında ihmâl veya ihlal olduğunu tespitin hayatın olağan akışına göre savcıdan beklenemeyeceğinden dolayı soruşturmanın şikâyete bağlı olması gerekmektedir.”, s.402; Duman, s.1583; Kuzucu Yapar, s.84; Ateşgaoğlu, s.34.

¹⁵² Bak., Kocatepe, s.102-113.

¹⁵³ Bak., Akdeniz, s.340-341; Kocatepe, s.118-119; Güneş Kurt, s.141-145.

SONUÇ

Vergilerin, ilgili kanunları çerçevesinde doğru, etkin ve verimli bir şekilde tespiti ve tahsili; mükelleflerin ve/veya vergi sorumlularının mali iş ve işlemlerinin, vergilendirmeye tesir eden hususların kayıt altına alması ve/veya bunların ortaya çıkarılmasıyla mümkündür. Buna ise ya vergi ödevlilerinin vergi mevzuatı uyarınca şekli ve/veya maddi ödev ve yükümlülüklerini yerine getirirken ya da vergi idaresince yapılan denetim ve incelemelerle ulaşılmaya çalışılır. Mevzuat çerçevesinde elde edilen veya ulaşılan bu bilgilerin/verilerin, amacı dışında kullanılması, bunlardan maddi ve/veya manevi yarar sağlanması, üçüncü kişilere açıklanması veya üçüncü kişilerce öğrenilmesi, verilerin sahipleri açısından maddi ve/veya manevi zarara neden olabilir ya da zarar tehlikesi doğurabilir. Vergi mahremiyeti, kural olarak beyan esasına dayalı vergi sistemimizde, vergi ödevlilerinin vergi dairelerine vergisel durumlarına tesir eden bilgilerin amacı dışında kullanılmayacağına güven duymalarının ve bu sayede de doğru beyanda bulunmalarını sağlamak amacıyla getirilmiş bir düzenleme olup, devlet tarafından vergi ödevlilerine sunulan bir güvence ve mükellef hakkıdır. Zira bilgilerinin korunamayabileceğinden endişe duyan vergi ödevlilerinin, vergilendirme sürecinde vergi idaresi ile iş birliğine gitmemesi ve bu verilerini paylaşmaktan çekinmesi söz konusu olabilir. Kanun koyucu, özelde mükellef verilerini/haklarını, genelde kamu düzenini/yararını sağlamak, vergi idaresine olan hukuki güveni devam ettirmek ve mükellefin tereddütlerini gidermek amacıyla bir yerde güvenlik ve koruma kalkanı olarak VUK (md. 5, 362)'ta vergi mahremiyetini ve ihlali suçunu düzenlemiştir.

VUK'un 5'inci ve 362'nci maddelerinin kenar başlıkları her ne kadar "*Vergi mahremiyeti*" ve "*Vergi mahremiyetinin ihlali*" olarak yer alıyorsa da söz konusu maddelerin içeriğinden ve amacından, korunan hukuki değer ve/veya suç konusunu oluşturan sır veya gizli kalması gereken bilgilerin sadece vergilerle ilgili ve sınırlı olmadığı, bunun yanında vergi mükelleflerine ya da bunlarla ilgili/ilişkili kişilerin ekonomik, ticari, mesleki ve hatta özel yaşamlarına ilişkin mahremiyetlerine de yönelik olduğu söylenebilir. Nitekim VUK'un 5'inci maddesinde geçen "*mükellefin ve mükellefle ile ilgili kimşelerin şahıslarına*"; yine "*veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları*" şeklinde genel ifadelerle yer verdiği görülmektedir. Bu itibarla vergi mahremiyeti ile

koruma altına alınan bilgiler, mükellef veya mükellefle ilgili kişilere ait ekonomik ve mali içerikli bilgiler yanında, ifşası halinde ilgisinde rahatsızlık doğuracak veya zarar verecek bütün bilgileri de kapsamaktadır. Bu itibarla VUK'un 5'inci ve 362'nci madde başlıklarını, maddelerin içeriği ve bunu korumaya yönelik kapsamıyla uyumlu olacak şekilde "**mükellef mahremiyeti**" ve "**mükellef mahremiyetinin ihlali**" olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

VUK'ta tahdidi olarak belirtilen kişiler tarafından, görevlerin ifası sırasında, mükellefin veya mükellefin ilişki içinde bulunduğu kimselerin vergi ile ilgili olsun olmasın ulaşılan ve sır niteliği taşıyan veya ilgilerince gizli kalması gereken bilgilerin ifşası veya bunlardan yarar sağlamak amacıyla kullanılması, kanunda bazı amaçlara hizmet edeceği düşüncesiyle getirilen istisnalar haricinde bir suç olarak düzenlenmiş ve yaptırım olarak da hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Diğer taraftan mağdurun, şartların gerçekleşmesi halinde maddi ve/veya manevi tazminat davası açması; faillerin tabi oldukları mevzuat çerçevesinde disiplin soruşturmalarına da tabi tutulmaları söz konusu olabilmektedir. Kanunda fail olabileceklerin tahdidi olarak belirtilmiş olunması, bazı sıkıntılara ve tereddütlere neden olabilecek nitelikte olduğundan, bunun yerine ilgili maddeye "*vergi kanunlarının uygulamasında görevli olanlar*" şeklinde genel bir ifadenin eklenmesi yerinde olabilir.

Suçun mağduru olarak, mükellef veya VUK'un 8/4'üncü maddesi uyarınca vergi sorumluları olmaları durumunda, kimlerin kastedildiği VUK'un 8'inci maddesinden hareketle tespiti mümkünken, "*mükellefle ilgili kimseler*" den kimlerin kastedildiğine ilişkin VUK'ta bir açıklama/hüküm bulunmamaktadır. Buradaki ilgili kimselerin tespitinde ölçütün, vergi kanunlarını uygulamak ve/veya doğruluğunu tespit etmek amacıyla nezdinde inceleme yapılan veya haklarında bilgi toplanılan mükellefin veya vergi sorumlusunun işyerinde, defter, kayıt, belgelerinde veya bunlarla ilgili yapılan bilgilendirmelerde bilgileri bulunan ve kim olduğu tespit edilebilen kişiler olduğu söylenebilir.

Vergi mahremiyetini ihlal halinde uygulanacak ceza, VUK'un 362'nci maddesinde yer alan "*Bu Kanunda yazılı vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenler, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.*" atfı gereğince TCK'nın 239'uncu

maddesine göre belirlenmektedir. Yapılan bu atfın, maddenin tamamına mı yoksa sadece cezanın miktarına mı olduğu noktasında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Vergi kaçakçılığını düzenleyen VUK'un 359'uncu maddesinde olduğu gibi, vergi mahremiyetini ihlal suçunda da öngörülen cezanın, atıf yerine ilgili maddesinde açıkça belirtilmesinin, suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkesinin sağlanması açısından daha uygun olacağı söylenilebilir.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan** (2012) “Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S:2, s.362-392.
- Akdeniz, Demet** (2021) “Türk Vergi Hukukunda Mahremiyet Hakkı” (Doktora), Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Arslan, Çetin** (2013) “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md. 362), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:2, s.15-30.
- Ateşgözoğlu, Erdem** (2019) “Vergi Mahremiyetinin İhlali veya Sırrın İfşası İşleyenler Hakkında Uygulanması Gereken Ceza Hukuku Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Maliye Araştırmaları Dergisi, C:5, S:1, s.21-38.
- Başaran Yavaşlar, Funda** (2013) “Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu”, Vergi Yaptırım Hukuku Sisteminin Sorunları ve Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, İstanbul, <<https://silo.tips/download/verg-mahremiyetnn-hlal-suu#>> s.e.t. 24.02.2022.
- Başaran Yavaşlar, Funda** (2008) “Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku’nda Son Durum”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:82, Sayı:6, s.2854-2855, <<https://www.fundabasaran.com/pdf/vergi-suc-ve-kabahatler-hukukunda-son-durum.pdf>> s.e.t.17.03.2022.
- Batı, Murat** (2021) Vergi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin** (2011) Vergi Suç ve Kabahatleri, 2. Baskı, Afyonkarahisar, Celepler Matbaacılık.
- Candan, Turgut** (2019) Vergisel Kabahatler ve Suçlar, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Çağan, Nami** (1982) Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları.
- Donay, Süheyl** (2008) Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Duman, Buminhan** (2016) “Ceza Hukuku Bağlamında Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu ve Atıf Problemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:4, s.1577-1601.
- Durdu, Muhammed** (2019) “Mükellef Verilerinin Korunması ve Vergi Mahremiyeti” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:27, S:3, s.589-623.

- Edizdoğan, Nihat/Taş. Metin/Çelikkaya, Ali** (2007) Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.
- Erdem, Tahir** (2005) “Vergi Mahrem mi?”, E-Yaklaşım Dergisi, Sayı: 27.
- Erman, Sahir** (1988) Vergi Suçları Ticari Ceza Hukuku-VI, İstanbul, İ.Ü. Fen Fakültesi DSİ İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi.
- Gelir İdaresi Başkanlığı** (2014) Mükellef Hakları ve Ödevleri Rehberi, Yayın No:185, Ankara, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı.
- Göktürk, Neslihan/Özgenç, İzzet/Üzülmez, İlhan** (2012) Ceza Hukukuna Giriş, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2476, Eskişehir, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1447.
- Güneş Kurt, Ayşan** (2020) “Türk Hukukunda Vergi Mahremiyeti”, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Hakeri, Hakan** (2013) Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Kaneti, Selim/Ekmekci, Esra/Güneş, Gülsen/Kaşıkçı, Mahmut** (2019) Vergi Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kara, Seyfettin** (2017) “Vergi Mahremiyeti Kapsamına Giren Hususların Yargı Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademileri Dergisi (TAAD), S: 32, s.269-281.
- Karakoç, Yusuf** (2019a) Vergi Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karakoç, Yusuf** (2019b) Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karataş Durmuş, Neslihan** (2017) “Ticari Sırların ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Vergi Mahremiyeti”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), S:31, s.371-409.
- Katoğlu, Tuğrul** (2012) “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2, s.657-693.
- Kocahanoğlu, Osman Selim** (1983) Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları, İstanbul, Yaylacık Matbaası.
- Kocatepe, Metin** (2019) “Türk Vergi Hukukunda Mükellefin Vergi Mahremiyeti Hakkı”, (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Kuzucu Yapar, Burcu** (2021) “Bir Suç Olarak Vergi Mahremiyetinin İhlali”, Maliye Çalışmaları Dergisi, S: 65, s.71-89.
- Oktar, S. Ateş** (2017) Vergi Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Özcan, Onur** (2014) “Türk Hukukunda Vergi Suçları”, (Doktora), Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özen, Mustafa** (2018) Vergi Suçları ve Kabahatleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özyer, Mehmet Ali** (2018) Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 8. Baskı, İstanbul, Maliye ve Hesap Uzmanları Derneği.
- Saban, Nihal** (2019) Vergi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım.
- Solak Akman, İnci** (2012) “Vergi Mahremiyetini İhlal”, (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Sonsuzoğlu, Elif** (2000) “Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, S:141, s.116-134.
- Şenyüz, Doğan** (2011) Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.
- Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2022) Vergi Hukuku, 13. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.
- Taş, Fatma** (2007) “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu ve Değerlendirilmesi”, (Doktora), Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Turan, Salih** (1993) Vergi Teorisi ve Politikası, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Ünsal, Hilmi** (2003) “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C:8, S:3, s.27-48.
- Ürel, Gürol** (2014) Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Yiğit, Uğur** (2004) Vergi Usul Kanununda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 23.02.2022.

OSMANLI DEVLETİ'NDE KAMU GÖREVLİLERİNE VERİLEN SÜRGÜN CEZALARINDAKİ SUÇ TİPLERİ*

(18. yüzyıl)

Dr. Öğr. Üyesi Saliha OKUR GÜMRÜKÇÜOĞLU**

ÖZET

Dünya tarihinde “sürgün”, farklı coğrafya ve medeniyetlerde muhtelif neden ve amaçlarla tatbik edilmiş bir ceza türüdür. Bu neden ve amaçlar arasında dikkat çeken unsurlardan biri, devletlerin kendi hâkimiyetlerini güçlendirme arzusudur. Osmanlı devletinde tatbik edilen sürgün cezaları araştırıldığında, genel olarak üç maksadın belirleyici olduğu açığa çıkmaktadır. Bu durum aynı zamanda şu üç farklı sürgün şeklini beraberinde getirmiştir: 1) Yöneticilere bir yaptırım olarak uygulanan idari/siyasi maksatlı sürgünler. 2) Merkezi otoritenin nüfus ve iskân politikasının bir sonucu olarak iskân maksatlı yapılan sürgünler. 3) Belli suç tiplerine verilen ceza mahiyetinde olan sürgünler. Her üç sürgün şeklinin uygulama alanı dönemin karakteristik özelliğini veren zengin arşiv malzemesi sayesinde modern araştırmacıların dikkatini çekmektedir.

Bu çalışmada idari ve iskân maksatlı sürgünlerden kısaca bahsedilmekle birlikte, esas itibarıyla cezai müeyyide olarak verilen sürgün konusu ele alınacaktır. Kavramsal çerçeve ve sürgünün kısa tarihçesinden sonra İslam ve Osmanlı Hukukundaki sürgünün uygulama biçimine kısaca yer verilmiştir. Çalışmanın temel kaynağını Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivindeki farklı tasnif ve kataloglardaki belgeler oluşturmaktadır. 18 ve 19. yüzyıllardaki belgelerin tümü taranarak cezai müeyyide olarak verilen sürgün cezaları tespit edilmiştir. Makalede 18. yüzyıl kayıtları üzerinden ilgili yüzyılda kamu görevlilerinin çoğunlukla hangi suçlar sebebiyle sürgün cezası aldıkları, işledikleri suçları tek başına mı yoksa eşkıya veya sair ahali ile müştereken işleyip işlemedikleri, cezaların süresi, hangi bölgelere sürgüne gönderildikleri ve affa uğrayıp uğramadıkları tespit edilmeye çalışılmıştır. Kamu görevlilerinin işledikleri suçlar arasında, kamu görevi sıfatını kullanarak hukuka aykırı tasarruflarda bulunmak, çoğunlukla zimmete para geçirmek, vakıf mallarında usulsüzlük yapmak, halka zulüm ve baskı yapmak öne çıkanlar arasındadır. Öte yandan eşkıya ile birlik olup işlenen suçlara ortak olmak da kamu görevlilerinin sürgün sebepleri arasında sayılabilir.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı, sürgün, kamu görevlisi, kalebent, sürgün cezası.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104564, Geliş Tarihi: 16.04.2022 – Kabul Tarihi: 31.07.2022.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi A.B.D., slhokurgmr@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9950-7896.

**TYPES OF CRIME IN BANISHMENTS ORDERED
AGAINST PUBLIC SERVANTS IN THE OTTOMAN STATE
(18th century)**

ABSTRACT

"Banishment" is a sort of punishment that has been used throughout history in various geographies and civilisations for a variety of reasons and objectives. The desire of states to further strengthen their sovereignty is one of the aspects grabbing attention among particular reasons and purposes. When it comes to banishments in the Ottoman Empire, there are three main reasons behind them. As a result, three different sorts of exile have become possible at the same time: 1) Administrative/political banishments applied on government executives as a sanction; 2) Banishments applied for inhabitation as a result of population and inhabitation policies of central government; and 3) Banishments as a punishment inflicted on certain types of crime. The areas of application of all these three forms of banishment are attracting attention of modern researchers thanks to rich archive materials reflecting the characteristics of the relevant era.

After briefly discussing banishments for administrative and inhabitation purposes, the focus of this research will be on banishment as a punitive consequence. Following a brief history of the conceptual framework and banishment, the method of application of banishment (or exile or deportation) in Islamic Law and Ottoman Law will be briefly explained. This study is basically relied upon the documents in different classifications and catalogues in the Ottoman Archives of the Presidency. All documents originated from to the 18th and 19th centuries are scanned, and banishments applied as a penal sanction are selected. This paper aims to determine on the basis of the 18th century records for which crimes the public servants are mostly banished in the related centuries, and whether they committed the crimes alone or together with accomplices from bandits or ordinary people, and duration of banishment, and to which provinces they are banished, and whether they are ever pardoned or not.

Keywords: Ottoman Empire, banishment, public servant, prisoner in castle, banishment (exile or deportation) punishment.

GİRİŞ

Hukuk sistemlerinde cezalandırmanın temel amacı, suçun yayılmasını önleyerek sosyal yapıyı korumak ve suçluyu ıslah etmektir.¹ Ayrıca suçluya verilecek ceza bulunduğu toplumun ortak değerlerini koruyacak, suçun bir daha tekrür etmesini önlerken suçlunun da bir daha o cürmü işlememesine yardımcı olup, aynı zamanda mağdurun intikam hissini ortadan kaldıracak şekilde olması beklenir.² Bu bağlamda hem hak ihlallerinin önüne geçmek, hem de toplum huzurunun sürekliliğini sağlamak için, kadim dönemlerden bu yana sürgün cezasına başvurulmuştur. Ancak Osmanlı Devleti'nde ceza olarak verilen sürgünler dışında, idari/siyasi sürgünler ve iskân politikası olarak uygulanan sürgünler de uygulamada var olmuştur.

Osmanlı'da sürgün cezasının verilmesi mahkemede kadı marifetiyle olmakla birlikte, siyaset veya idari sürgünler Padişah veya Sadrazamın uhdesindedir. Nitekim Tevkii Kanunnamesinde Sadrazamın görevleri sayılırken “... ve *tenfiz-i hudud ve kisas ve haps ve nefy ve envâr-ı tazir ve siyaset...*” şeklinde ifade edilmiştir. Osmanlı Devleti'nde, idareciler ve bürokratlar, gerekli gördüklerinde bazı kişilerin sürgün cezası almalarını sağlamıştır. Bu kimseler, umumiyetle, devletin menfaatlerine aykırı davranan, kendi yetki sınırlarını aşarak devletin işine müdahil olan veya görevini kötüye kullanan kimselerdir. Şüphesiz bu sürgünler bazen siyasi hesaplaşmalara dönüşmüş ve bu nedenle üst düzey bürokratlar dahi kimi zaman sebepsiz yere sürgüne gönderilmişlerdir. Sürgüne gönderilen sadrazam veya darüssaade ağası gibi üst düzey devlet görevlileri şayet aileleri ve kazanımları ile birlikte başka bir bölgeye sürülmüşler ise müreffeh bir hayat yaşadıkları söylenebilir. Buna karşılık yalnızca bir iki parça eşya ile sürgüne gönderilen devlet görevlileri şayet affedilmezlerse ömürlerinin sonuna kadar meşakkatli bir hayat sürmüşlerdir.³

Öte yandan devlet politikası olarak yeni fethedilen yerlere insanların yerleştirilmesi anlamında iskân uygulaması⁴ da Osmanlı'nın devlet politikası olarak

¹ Toplumsal yarar kuramı olarak ifade edilen bu görüşe göre cezayı meşru kılan şey onun faydacılığıdır. Doktrinde “Toplumsal Yarar Kuramı” dışında “Mutlak Adalet Kuramı” ve “Eklektik Kuram” da zikredilmektedir. Mutlak adalet kuramına göre cezalar failleri korkutmak veya toplumu savunmak amacıyla değil, suç sebebiyle bozulan ahlakın yeniden tesisine matuftur. Eklektik kuram ise, toplumsal yarar ve adalet teorisinin birleşmesinden doğan bakış açısını ifade eder. Geniş bilgi için bkz. **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner** (2007) *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı*, Ankara, s. 25 vd.

² **Bardakoğlu, Ali** (1993) “Ceza”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul, C: 7, s. 470.

³ **Uluçay, M. Çağatay** (1951) “Sürgünler -Yeni ve Yakın Çağlarda Manisa'ya ve Manisa'dan Sürülenler”, *Belleten*, C: 15, S: 60, s. 508.

⁴ İskân, en geniş anlamıyla beşerî bir yerleşmedir. Geniş mânada iskân, insanın coğrafya ile ilişkisinin bir aşaması olarak toprak üzerine sürekli ya da geçici şekilde yerleşmeyi ifade eder. bkz.

tarihi kayıtlarda gün yüzüne çıkmaktadır. Barkan'a göre Osmanlı Devleti'nin teşekkül tarihi, biraz da devlet içerisinde nüfusun yer değiştirmesi ve fethedilen bölgeleri yurt edinmesi tarihidir.⁵ İskân sebebiyle gerçekleştirilen sürgünlerin toplumdaki anlaşmazlık, fethedilen bölgelerde din ve kültürü yayma, o bölgeyi imar ve halkı bilinçlendirme devlete bağlama, toprakların denetimini kolaylaştırma, verimsiz arazilerden boş ve verimli arazilere nüfusu aktararak denge sağlama⁶ gibi maksatlarla yapıldığı anlaşılmaktadır. İskân böylelikle toplumun farklı kesimlerini eşit düzeyde yerleştirmek, nüfus yığılmalarının önüne geçmek, siyasal nüfuza olumsuz etki eden aşiretlerin yerlerinin değiştirilmesi gibi amaçlara hizmet etmiştir.⁷

Bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivindeki 18 ve 19. yüzyıllarına ait farklı tasnif ve kataloglardaki belgelerin tümü taranarak 18. yüzyıl içerisinde cezai müeyyide olarak verilen sürgün cezaları tespit edilmiştir. Çoğunlukla Mühimme Defterlerinde yer alan kayıtlarda kamu görevlilerinin, kamu görevi sıfatını kullanarak hukuka aykırı tasarruflarda bulunup bulunmadıkları açığa çıkarılmaya çalışılmıştır. Sürgün cezasının çoğunlukla yer aldığı "Nefy ve Kısas Defterleri" ise 19. yüzyıl dönemini kapsadığı için makalede o defterlerdeki kayıtlara yer verilmemiştir.⁸

Ehl-i örf grubu içinde yer alan beylerbeyi, sancakbeyi, subaşı gibi kamu görevlilerinin suç kapsamındaki filleri tek başına mı yoksa diğer görevlilerle müştereken mi işledikleri sorusu önemlidir. İncelenen kayıtlarda bu sorunun cevabı açığa çıkmaktadır. Öte yandan kadı, müderris, imam, müezzin gibi ehl-i şer' grubundan olan görevlilerin çoğunlukla hangi suçları işledikleri, özellikle kadınların yaptıkları işlemlerin hukuka uygunluğu da belgeler ışığında değerlendirilmesi gereken başlıklar arasındadır. Bu bağlamda idarecilerin çoğunlukla zimmete para geçirme, ahaliye zulmetme, vergi tahsilinde yapılan yolsuzlukları öne çıkmaktadır. Ehl-i şer' grubunun ise, "fitne ve fesat çıkarmak" suretiyle asayiş bozma, rüşvet ile fetva verme, ahaliye zulmetme sebebiyle sürgün cezası aldıkları tespit edilmiştir. Bunun yanında çoğunluğu oluşturmaya da kadınların evrakta sahtecilik, görevini ihmal ya da yetkisi dışında işlem yapma suçlarını işledikleri de anlaşılmaktadır.

Tanoğlu, Ali (1953) "İskân Coğrafyası Esas Fikirler, Problemler ve Metod", *Türkiyat Mecmuası*, C: 11, s. 1-32.

⁵ **Barkan, Ömer Lütfi** (1951) "Osmanlı İmparatorluğunda Bir İskân ve Kolonizasyon Metodu Olarak Sürgünler", *İ.Ü. İktisat Fakültesi Mecmuası*, S: 4, s. 551-552.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Babuş, Fikret** (2006) *Osmanlı'dan Günümüze Etnik-Sosyal Politikalar Çerçevesinde Göç ve İskân Siyaseti ve Uygulamaları*, İstanbul, Ozan Yayıncılık, s. 28-29.

⁷ İskân konusunda daha geniş bilgi için bkz. **Çelik, Gülfettin** (1999) "Osmanlı Devletinin Nüfus ve İskân Politikası", *Divan, Disiplinlerarası Araştırmalar Dergisi*, C: 1, S: 6, s. 49-110.

⁸ Geniş bilgi için bkz. **Özdemir, Elif** (2018) 1 Numaralı Nefy ve Kısas Defteri'nin (s.74-134) Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi, (Yüksek Lisans Tezi), Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Ayrıca eşkıya ile iş birliği içinde olup yapılan muhakeme sonucunda sürgün cezası alan ulema grubu da dikkati çekmektedir.

Makalede sürgünün kavramsal çerçevesine kısaca yer verildikten sonra, tarihi süreçte farklı kültürlerde sürgünün hangi durumlarda tatbik edildiği ve Osmanlı hukuk uygulamasına kaynaklık teşkil eden hukuk ekollerindeki görüş farklılıkları ışığında sürgün cezası değerlendirilmiştir. Öte yandan ceza hukuku uygulamasında kanunnamelerin büyük bir önemi vardır. İslam hukukunun devlet başkanına verdiği geniş takdir yetkisine dayanarak çıkarılan kanunnamelerde sürgün cezasının yansımaları görülmektedir. Çalışmada kamu görevlilerinin işledikleri suç türlerine cezai yaptırım olarak verilen sürgüne yer verilmiş, hangi durumlarda af mekanizmasının işletildiği açığa çıkarılmaya çalışılmıştır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Sürgün kelimesi etimolojik olarak eski Türkçe 'de "kovmak" manasına gelen "sür" fiilinden türemiştir.⁹ Sürgün kelimesi, hem sürgün eylemini hem de sürgün edilen kişiyi ifade etmek için kullanılır.¹⁰ Terim olarak ise, belirli suçları işleyen kişi ya da grupların belli bir süre yahut ömür boyu bir şehirden, bir yerleşim yerinden yahut bir ülkeden zorla çıkarılmasıdır.¹¹ Başka bir ifadeyle sürgün, insanın aşına olduğu ve kendini yerleşiklik duygusu içinde algıladığı mekandan çıkarılıp, yabancı kabul ettiği bir mekana gönderilmesidir. Şüphesiz bu cezadan maksat suçlunun kendini yabancı hissettiği mekânda yaşayacağı muhtemel mahrumiyetle ıslah olacağı düşüncesidir.

Arapça 'da sürgünü ifade etmek için "nefy, celâ/iclâ, tağrib" kelimeleri kullanılır. Nefy kelimesi ise terim olarak "bir şahsı kendi isteği dışında başka bir yere nakletmek" anlamına gelmektedir.¹² Yine "nehy" kelimesinden türetilen menfi kelimesi sürgün edilen kişi, "manfa" kelimesi ise sürgün yeri anlamına gelir.

Sürgün cezasının çağrıştırdığı ancak farklı anlamlara gelen; iltica/sığınma, göç, diaspora gibi bazı kavramlara sürgünün daha net anlaşılması için kısaca değinmek faydalı olacaktır. İltica, bir kişinin veya bir grup insanın uluslararası bir sınırı geçerek veya aynı bölge içinde yer değiştirmesi, süresi ve sebepleri ne olursa olsun insanların yer değiştirdiği nüfus hareketleridir. Buna, mültecilerin, yerinden edilmiş kişilerin, ekonomik göçmenlerin, aile birleşimi gibi farklı amaçlarla hareket eden kişilerin göçü de dahildir.¹³ Tanımdan da anlaşılacağı üzere sığınma/iltica fiilinde de bir mecburiyet söz konusudur. Buna karşılık göç, genellikle iradi olarak

⁹ **Nişanyan, Sevan** (2021) *Nişanyan Sözlük Çağdaş Türkçenin Etimolojisi*, İstanbul, Liberus Yayınları, s. 822.

¹⁰ Detaylar için bkz. **Nişanyan** (2021) "Sürgün", s. 823.

¹¹ **Black, Henry C.** (1951) *Black. Blacks Law Dictionary*, West Publishers, s. 183.

¹² **İbn Manzur, Muhammed b. Mükerrerrem Celaleddin**, *Lisanu'l Arab*, Beyrut, Daru's-Sâdir, XV, 337.

¹³ **Perruchoud, Richard /Redpath-Cross, Jillyanne** (Editörler) (2017) *Uluslararası Göç Sözlüğü*, 2. Baskı, Uluslararası Göç Örgütü (IOM) Yayınları, s. 35-36.

gerçekleşen bir yer değiştirmedir. Göç, ekonomik, toplumsal, siyasi sebeplerden ötürü kişilerin veya toplulukların bir ülkeden başka bir ülkeye, bir yerleşim yerinden başka bir yere gitmesi, taşınması anlamlarına gelir.¹⁴

Diaspora kelimesi ise, İsrail dışında yaşayan Yahudiler veya kendi kök ülkesinden başka bir ülkeye gitmiş bir grup insanı ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁵ Kelimenin etimolojisine bakıldığında, Yunanca farklı yönler, bir yere doğru anlamına gelen “dia” kelimesi ile kök, dağıtmak, saçmak, yayılmak anlamına gelen “speirein” kelimelerinden oluştuğunu görülmektedir.¹⁶ Yahudi tarihinin adeta bir diaspora tarihi¹⁷ olmasından hareketle, kelimenin ilk olarak Yahudilerin sürülmesi için kullanıldığı bilinmektedir.

Sürgün cezasının hukuki niteliği konusunda İslam hukuk literatüründe farklı görüşler bulunmaktadır. Sürgün cezasını had suçları kapsamında değerlendirenler olduğu gibi, söz konusu cezanın bir tazir cezası olduğunu savunan hukukçular da mevcuttur. Bu bağlamda sürgün cezası çoğunlukla tazir uygulamasının içinde yer almış, şer’i olarak cezası belirlenmemiş suçlara yaptırım olarak görülmüştür.¹⁸ Sürgün cezası kişiyi belli bir bölgeye hapseden cezai bir yaptırım olmasının yanında toplum için bir güvenlik tedbiri, suçlu için ise izole bir hayata itildiği ıslah yoludur. Ancak suçlunun sürgün edildiği yerde de benzer

¹⁴ TDK Sözlük (2005) “Göç”, 10. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, s. 769.

¹⁵ TDK Sözlük (2005) “Diaspora”, s. 520.

¹⁶ **Onion, C.T.** (Editör) (1966) *The Oxford Dictionary of English Etymology*, Oxford, Clarendon Press, “Diaspora” s. 265.

¹⁷ Yahudi geleneğinde sürgünün teolojik ve tarihi pekçok referansından söz edilebilir. Sürgünün kutsal addedilmesi; Babil, Mısır sürgünü gibi tarihi olayların Yahudi tarihindeki kırılma noktaları olarak değerlendirilmesi buna örnek olarak düşünülebilir. Bu konunun makalenin sınırları düşünüldüğünde detaylı olarak ele alınması mümkün değildir. Daha detaylı bilgi için şu çalışmalara bakılabilir: **Daschke D.** (2019) “How Deserted Lies the City: Politics and the Trauma of Homelessness in the Hebrew Bible”, **Leonard J, Greenspoon** (Editör), *Next Year in Jerusalem: Exile and Return in Jewish History*, Purdue University Press, s. 29-48, “The Politics of Exclusion Expulsions of Jews and Others from Rome,” *People under power: Early Jewish and Christian Responses to the Roman Empire* (2015), s. 33-77; Ali Osman Kurt’un bu konudaki çalışmalarından: **Kurt, Ali Osman** (2008) “Yahudilik’te Sürgün Metaforu: “Boş Ülke” Miti ve “İncir” Benzetmesi Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, *Milel ve Nihal*, C: 5 S: 3, s. 257-267; **Kurt** (2006) “Yahudilik’te Sürgün Teolojisi: Tanrısal Bir Ceza Olarak Sürgün”, *Dini Araştırmalar*, C: 9, S: 25, s. 61-78, **Dikmen, Özgür** (2012) “Yahudi Tarih yazımında Sürgün Kavramı”, *Mecmua Dergisi*, C: 1, s. 81-93, **Altuncu, Abdullah** (2016) “Yahudi Geleneği Bağlamında Sürgün” Conference: II. Ortadoğu Konferansları: Ortadoğu’daki Çatışmalar Bağlamında Göç Sorunu Bildiri Kitabı, C:2, Kilis, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Matbaası, s. 517-524.

¹⁸ **Avcı, Mustafa** (2017) *Türk Hukuk Tarihi*, 6. Baskı, Konya, Atlas Akademi, s. 169.

suçları işleme ihtimali sebebiyle sürgün cezasının hapis cezasıyla birlikte uygulanması gerektiğini savunan hukukçular da mevcuttur.¹⁹

Sürgün cezası antik dönemden beri uygulanagelmiş bir ceza türüdür. Söz konusu cezalandırmanın tarihi süreçte geçirdiği dönüşümü görmek Osmanlı uygulamasındaki sürgün cezalarının tahliline ışık tutacaktır.

II. SÜRGÜNÜN TARİHÇESİ

Sürgünün bir cezai müeyyide olarak uygulanmaya başlanması, eski çağlara dayanır. Sümer, Babil, Hitit gibi Mezopotamya bölgesinde; Antik Yunan ve Roma gibi Akdeniz Havzasında sürgün cezasının uygulandığını görülmektedir. Sürgün sebepleri farklılık arz etse de pek çok antik uygarlığın bu cezayı kendi toplumlarında işlevsel kıldıkları çıkardıkları kanunlardan anlaşılmaktadır.

Sümerlerde ailede enest birliktelik yaşayan insanların sürgüne gönderildiği anlaşılmaktadır. Çünkü o topluma göre bu suçun işlendiği yer artık kirlenmiştir ve bu alanın temizlenmesi, ancak söz konusu fiili işleyen kişinin toplumdan sürülmesiyle mümkün olabilir. İsmi Eski Sümer Tanrısı Ningirsu'dan alan Ningirsu Tapınağında yer alan kabartmalarda sürgün hakkındaki ifadeler şu şekildedir: *"Hükümdar şehri temizledi, üzerine arındırıcı ateşi saldı, -manevi bakımdan- kirli ve yüzleri korkunç insanları şehirden kovdu."*²⁰ Asur kanunlarından Ana İttişu Kanununun 29. maddesinde *"Eğer bir evlat, anasına, sen benim anam değilsin derse, yarı kafasını tıraş edecekler onu şehrin etrafında dolaştıracaklar ve evden kovacaklardır."* ifadesi, çocuğun ebeveyninin inkarı sonucunda alacağı sürgün cezasını açıklamaktadır. Hammurabi Kanunlarının uygulandığı Babil medeniyetinde de sürgün cezasına rastlamaktayız. Kanununun 154. maddesine göre kendi kızını istismar eden adam, sürgüne yollanmalıdır.²¹

Eski Yunanda sürgün denildiğinde genellikle kaynaklarda idari sürgün kapsamına alınabilecek ostrakismos uygulamasının öne çıkmaktadır.²² Cezai

¹⁹ **Üçok, Coşkun** (1947) "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-III", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, s. 50; **Avcı, Mustafa** (2006) "İslam'ın Ceza Hukukuna Katkısı", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 8, s. 121-122.

²⁰ **Roth M, Michalowski P/Hoffner H.** (1997) Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor, Scholars Pr, s. 63, **Westbrook, Raymond**, Personal Exile in the Ancient Near East, s. 322'de The Building of Ningirsu's Temple'in kabartmalarından alınmıştır. (Gudea, cylinders A and B), ed. ETCSL 2.1.7: 341-44. Hitit uygarlığında da enest suçunda benzer ceza öngörülmüştür. Bkz. **Erdal, Doğan** (2012) Hitit Hukuku: Belleklerdeki "Kayıp", İstanbul, Fam Yayınları, s.118; Ayrıca bkz. **Dinçol, Belkıs** (2003) Ön Asya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza, 1. Baskı, İstanbul, Türk Eskiçağ Bilimleri Yayınları, s. 16-18.

²¹ **Dinçol** (2003) s. 38. Ayrıca bkz. **Kozak, İbrahim Erol** (2015) Genel Hukuk Tarihi: Kadim Dönemler, 2. Baskı, İstanbul, Polat Yayınları, s. 94.

²² Ostrakismos uygulaması hakkında daha geniş bilgi için bkz. **Forsdyke S.** (2005) Exile, Ostracism, and Democracy: The Politics of Expulsion in Ancient Greece, Princeton University Press; **Loddo**

sürgünler ise, 4. yüzyılda cinayet davalarına bakan beş mahkemeden Areopagos Mahkemesi'nin verdiği kararlarda kayıtlara geçmiştir. Adam öldürme suçunun cezasının ölüm ve haciz, yaralamanın ise sürgün ve haciz olduğu görülmektedir. Palladion mahkemesinin kararlarına göre ise, kasten adam öldürme suçunun cezası, kişinin mallarının müsadere edilmeksizin belirli bir süre için sürgüne gönderilmesidir. Ancak öldürülen kişinin akrabaları belirli kurallara uygun bir biçimde katili affederse, suçlunun sürgün süresi dolmadan gönderildiği bölgeden dönmesi mümkündür. Taksirle adam öldürme suçunda sürgün cezası verilen bir suçlu, bu süre zarfında kasten adam öldürme suçu işlerse Phreatto Mahkemesi'nin yargılamasına göre sanık ikinci suçtan suçlu bulunursa öldürülür, beraat edilirse sürgün yerine geri gönderilirdi.²³

Roma hukukunda *exilium* kelimesi ile ifade edilen sürgün, cumhuriyetin ilk dönemlerinde yazılı bir kanuna dayanarak uygulanmamıştır. Bununla beraber söz konusu ceza, sanığın işlediği iddia edilen suça göre gönüllü veya zorunlu sürgün olarak gerçekleştirilmiştir.²⁴ Zorunlu sürgün uygulaması, suça göre değişiklik göstermektedir. Roma'da *relegatio* ismi ile bilinen sürgün çeşidi sürgün cezaları içinde en hafifi olarak bilinir. Bu sürgün, *magistra* ismi verilen yüksek rütbeli memurun idari veya cezai bir suç sebebiyle herhangi bir vatandaşı sınır dışı etmesi suretiyle gerçekleşir.²⁵ Bazen süreli bazen de süresiz olarak uygulanmıştır. *Deportatio* denilen sürgün türü ise daha ağır bir sürgün çeşididir. Ağır bir cürmü sebebiyle bu nevi sürgün cezasını alan bir kişinin, tüm mal varlığına el konulur, Roma vatandaşlığı elinden alınır ve belirli bir yere -örneğin bir adaya- süresiz olarak gönderilirdi.²⁶

Türk tarihindeki sürgün uygulamasına bakıldığında, Türklerin göçebe bir toplum olmaları sebebiyle ilk dönemlerde çok fazla sürgün hadisesinin kaydedilmediğini görmekteyiz. Ancak nadiren de olsa bazı suçlara "töre"ye göre zaman zaman sürgün cezası verildiği kaydedilmektedir.²⁷ Örneğin adam öldürme, hırsızlık, tecavüz ve büyüçlük gibi suçlara verilen cezaların ölüm cezası, tazminat

L. (2019) "Political Exiles and Their Use of Diplomacy in Classical Greece," La Rhétorique de la Diplomatie en Grèce Ancienne, Presses Universitaires de Strasbourg, s. 7-21.

²³ Detaylı bilgi için bkz. **Sina, Aşşen** (2016) "Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C: Mart-Nisan, S: 123, s. 419-450.

²⁴ Detaylı bilgi için bkz. **Karahan, Ü. O.** (2021) "Roma Cumhuriyet Döneminde Exilium (Sürgün)" Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S: 45, s. 441-458. **Türkoğlu, H. Gökçen** (1996) Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara, Seçkin Yayıncılık; **Bauman RA.** (1996) Crime and Punishment in Ancient Rome, 1. Baskı, Routledge.

²⁵ **Karahan, Ü. O.** (2021) s. 443.

²⁶ **Berger A.** (1953) Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 1. Baskı, Philadelphia, The American Philosophical Society, s. 463-467.

²⁷ **Arık, F. Şamil** (1995) "Eski Türk Hukukuna Dair Notlar", Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C: 17, S: 28.

(belirli ağırlıklarda gümüş, köle veya aile bireylerinden birini verme) ve kısas olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu cezaların yanında sakatlama, aşağılama ve sürgüne yollama gibi yaptırımların da söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.²⁸ Sürgün cezasını gerektiren suçlar arasında devlet aleyhine casusluk yapma, savaştan kaçma, hırsızlık, kız kaçırma, tecavüz, kutsal yer ve eşyalara saygısızlık olarak belirtilmiştir.²⁹

Orta Çağ Türk Devletlerindeki sürgün cezaları ile ilgili olarak, mevcut kaynaklarda iki tür cezadan söz edilmektedir: Birincisi siyasi veya cezai sürgün olarak kişilere yahut topluluklara verilen, bir yerden başka bir yere sevk edilme biçimindeki sürgün cezasıdır. Toplu sürgünlerin özellikle Timur döneminde sıklıkla uygulandığı kaydedilmektedir. İkinci tür ceza da görevden el çektirme cezasıdır. Bazı durumlarda sürgün cezası alan kişilerin affedilmeleri söz konusu olabilirken, nispeten daha hafif olan görevden uzaklaştırılanların tekrar göreve kabul edilmeleri mümkün değildir. Yalnızca hükümdar değişikliği durumunda sürgün cezası almış eski suçluların göreve iadesi mümkün olmaktadır.³⁰

Osmanlı ceza hukukunda sürgün cezasının ne şekilde tatbik edildiğine geçmeden önce, İslam hukukunda sürgün cezasını tahlil etmek faydalı olacaktır. Osmanlı Devleti örfi hukuk olarak adlandırılan padişahların iradeleri doğrultusunda yayınlanan kanunname ve irade-i seniyyeler dışında temelde şer'î hukuk kurallarına tabi bir işleyiş sergilediği söylenebilir. Bununla birlikte İslam hukuk kurallarının en fazla esnetildiği alan şüphesiz ceza hukuku alanıdır. Had ve kısas dışında kalan suç tipleri tazir kapsamında değerlendirilerek Osmanlı kanunnamelerinde yerini almıştır. Kanunnamelerdeki tazir kapsamında yer alan cezaların çeşitliliği ve İslam hukukuna uygunluğu meselesi ise araştırmacılar tarafından tartışılan başlıklar arasındadır.³¹

²⁸ **Dinçol** (2003) s. 38-41. Ayrıca Eski Türkler'de suç ve ceza ile ilgili bkz. **Taşagül, Ahmet/Akıncı, N./ Yuksel, Ahmet Nuri** (2015) *Kök Tengri'nin Çocukları: Avrasya Bozkırlarında İslam Öncesi Türk Tarihi*, İstanbul, Bilge Kültür Sanat. **Buharalı Eşref and Demir A.** (2017) "Tarihsel Süreçte Suç ve Ceza," *Türk Tarihine Dair Yazılar*, Ankara, Gece Kitaplığı, s. 801-810.

²⁹ **Arık, Şamil** (1995) s. 9-10.

³⁰ **Kanat, Cüneyt** (2010) *Ortaçağ Türk Devletlerinde Suç ve Ceza*, 1. Baskı, İstanbul, Küre Yayınları, s. 36-37.

³¹ Üçok'un Osmanlı ceza hukukunun İslam hukukuna aykırı hükümler içerdiğini savunduğu makalesi için bkz. **Üçok, Coşkun** (1947) s. 60 vd.; Karşı görüşler için bkz. **Akgündüz, Ahmet** (1999) "Osmanlı Hukuk Sisteminin Şer'iliği Meselesi ve Kanunnamelerin Şer'i Tahlili", XV ve XVI. Asırları Türk Asrı Yapan Değerler, Abdülkadir Özcan (Editör), 1. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat, s. 153-175; **Bardakoğlu, Ali** (1999) "Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Meselesi", *Osmanlı: Teşkilat, Güler Eren* (Editör), Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, C: 6, s. 412-417.

III. İSLAM CEZA HUKUKUNDA SÜRGÜN

Antik dönemlerden beri farklı toplumlarda tatbik edilen sürgün cezası Arap yarımadasında da kabilenin kurallarına aykırı davrananlara karşı uygulanan bir ceza olarak kayıtlara geçmiştir.³² Eski Araplarda toplum huzurunu bozan kimseler kabile veya fert olarak, buldukları yerden şehir dışına çıkmaya zorlanırdı. Cahiliye döneminde uygulanan sürgün cezalarının süreli mi yoksa temelli mi olduğu konusunda kesin bir veri yoktur.³³ Eski Araplardaki hapis, sürgün vb. ceza çeşitlerinin İslam'dan sonraki dönemde de uygulamada yer aldığı görülmektedir.³⁴

İslam ceza hukukunda temel olarak cezalar kanun koyucu (Şâr'i) tarafından belirlenip, belirlenmemesi açısından had, kısas ve tazir olmak üzere üç kategoride değerlendirilir.³⁵ Had cezası, Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gereken, miktar ve nasıl tatbik edileceği naslarla sabit bir cezadır. Kısas, şahsın yaşam hakkına ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlara yönelik yine Kuran ve sünnetin belirlediği bir ceza türüdür.³⁶ Ancak had cezasından farklı olarak kısasta mağdur yakınlarının suçluyu affetme hakkı saklıdır. Tazir cezaları ise, Şâr'i tarafından hakkında belirlenmiş cezai bir müeyyidesi olmayan, had ve kısas suçları dışında kalan, miktarı ve uygulaması yasama organına veya belli ölçüler dahilinde takdiri hakime

³² **Cevâd Ali** (1976) el- Mufassal fi Tarihi'l-Arab Kable'l-İslâm, Dârü'l-İlm li'l-Melayin, C: V, Beyrut, s. 591-592.

³³ **Acar, Cafer** (2020) İslam'da Savaş, Cahiliye'de ve İslam'da Savaş Olgusu, Kahramanmaraş, Samer Yayınları, s. 195. Eski Araplarda şiir geleneğinin yaygın olduğu bilinmektedir. Pek çok şair binlerce beyiti ezberden okur ve Mekke şehrinde Kabe'nin önünde şiir yarışmaları düzenlenirdi. Şairler arasında hiciv sanatını ustalıkla icra eden kişiler de olurdu. Özellikle kabilenin ileri gelenlerine hiciv yazan şairlerin sürgün cezasına çarptırıldığı kayıtlarda sabittir. Cezaya çarptırılan şairlerin "i'tizar ve isti'faf" şeklinde ifadesini bulan şiirle özür dileme geleneği de dikkate değerdir. Detaylı bilgi için bkz. **Meşe, Ramazan** (2019) "İ'tizâr ve İsti'taf Şiiri -Cahiliye ve İslâmî Dönem", Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi, S:1, s. 195-215.

³⁴ Hapis cezası hakkında geniş bilgi için bkz. **Avcı, Mustafa** (2019) Hukuk Tarihimizde Hapis, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

³⁵ **Köse, Saffet** (1999) "Osmanlıda Şer'i Cezalar", İslâmiyat, II/4, Ankara, s. 23. Bu ayrımı "had ve tazir" şeklinde yapanlar da mevcuttur. Ceza miktarının kanun koyucu tarafından belirlenmesi tanımından hareket edildiğinde kısas cezası da had kapsamında değerlendirilebilir. Bkz. **Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib**, el-Ahkâmü's-sultâniyye ve'l-vilâyâtü'd-diniyye, thk. Nebil Abdurrahman Hayyavi, Dârü'l-Erkâm, Beyrut, ty., s. 297. İslam ceza hukukunda modern dönemde yapılan ceza tasnifleri için bkz. **Udeh, Abdulkadir**, et-Teşriü'l-cinâiyyi'l-İslâmî, I-II, Beyrut, Dârü'l-Kâtibi'l-Arabî, ty., I, 632, **Behnesi, Ahmet, Fethi** (1983) el-Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî, Daru's-şurûk, Beyrut, s. 123.

³⁶ "Eşitlik ve tam denklik anlamına gelen kısas, insan öldürme suçu bakımından kasten haksız yere insan öldüreni ceza olarak öldürmektir." veya "kasten yaralamada yaralananın uzvuna denk failin uzvunu yaralamak veya kesmektir." **Avcı, Mustafa** (2017) s. 248-250.

bırakılmış Allah veya kul hakkını ihlal eden hukuka aykırı fiillere denir.³⁷ Had ve kısas suçları her dönemde ve her yerde rastlanabilecek türde suçlardır, ancak tazir suçları zamana ve mekana göre değişiklik gösterebilir.³⁸ Bu sebeple cezanın kanuniliği ilkesi had ve kısas suçlarında tam anlamıyla geçerli olup hakime tanınan takdir yetkisi sınırlıdır. Buna karşılık tazir suçlarında hâkime geniş takdir yetkisi tanınmış ve uygulamada daha önceden infaz edilen tazir cezaları arasından seçme yetkisi verilmiştir.³⁹

Sürgün cezası İslam hukukçuları tarafından cezai yaptırım olarak kabul görmüş ve uygulanmıştır. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de de sürgün cezası zikredilmektedir.⁴⁰ Eşkıyalık (hırsızlık) suçunu işleyen kişiler için öngörülen cezai yaptırımlar arasında sürgün (nefy) cezası da yer almaktadır. Bu sebeple sürgün cezasının had cezası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan hukukçular vardır. Şafii ekolü bunların arasındadır.⁴¹ Hanefiler ise sürgün cezasının haddi tamamlayan bir ceza olduğunu ve tazir kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve takdirinin de devlet başkanında olduğunu savunur.⁴² Tamamlayıcı cezalara örnek olarak zina cezasına ek olarak verilen sürgün cezası veya had için gerekli şartları oluşmuş hırsızlık suçunda el kesme cezasına ek olarak kesilen uzvun suçlunun boynuna asılarak dolaştırılması cezası verilebilir.⁴³ Buradaki örnekte teşhir yaptırımının suçun toplumdaki diğer insanlar tarafından işlenmesine engel

³⁷ **Udeh**, et-Teşriu'l-Cinâi, C: I, 126; **Bilmen, Ömer Nasuhi** (1967) Hukûk-ı İslâmiyye ve İstilâhât-ı Fikhiyye Kâmusu, İstanbul, Bilmen Basımevi, C: 3, s. 24; **Baçoğlu, Tuncay** (2011) "Ta'zir", DİA, İstanbul, C: 40, s. 198. Tazir cezasının uygulanması iki şekilde gerçekleşir. Birincisi, suçun cezası had nevinden olmasına rağmen, şüphe, maddi unsurlardaki eksiklik veya mağdurun yakınlarının suçluyu affetmesi sebebiyle asli ceza olan had veya kısasın uygulanmaması durumunda bedel olarak tazir cezasının verilmesi durumu. İkinci ise had ve kısas suçları dışında suçun cezasının düzenlenmesi doğrudan devlete bırakılması durumu. Bkz. **Akşit, Cevat** (2011) İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık, s. 77.

³⁸ **Aydın, M. Âkif**, (2013) Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, s.160. **Ekinci, Ekrem Buğra** (2008) Osmanlı Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s. 366

³⁹ **Avci, Mustafa** (2014) Osmanlı Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, s. 25.

⁴⁰ "...yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası ancak ya öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çapraz olarak kesilmesi ya da buldukları yerden sürgün edilmeleridir." Maide 5/33.

⁴¹ **es-Şafii, Ebu Abdullah Muhammed İdris** (1393) el-Ümm, Beyrut, C: 4, s. 146-164.

⁴² **Serahsî, Ebû Bekr Şemsülemme Muhammed b. Ahmed b. Sehl** (1982) el-Mebsût, İstanbul, Çağrı Yayınları, C: IX, s. 45.

⁴³ **Behnesi**, el-Ukûbe, 174; **Udeh**, et-Teşriu'l-Cinâi, C: I, 633.

olmak amacına matuf olduğu söylenebilir. Nitekim cezanın infaz edildiğini gören insanlar, aynı cezaya uğramamak adına benzer suçları işlemekten kaçınacaklardır.⁴⁴

Kaynaklarda sürgün ile hapis cezasının genellikle birlikte infaz edildiği görülmektedir. Bununla ilgili olarak hukuk ekolleri arasında farklı uygulamalara rastlanır. Nitekim Şafiiler ile Hanbeliler suçlunun yaşadığı yerden başka bir beldeye gönderilmesinin yeterli olduğunu, ayrıca hapsedilmesine gerek olmadığını savunur.⁴⁵ Malikilere göre, suçlunun sürgün edildiği yerde tekrar suç işlememesi için sürgün mahallinde hapsedilmesi gerekir. Hanefiler ise suçluya hapis cezası verilmesiyle birlikte istenen maslahatın sağlanacağını, tekrar sürgün edilmesine gerek olmadığını savunur.⁴⁶

İslam tarihinde ilk sürgün olayı Hz. Peygamber'in Hakem b. Ebu'l-As'ı Medine'den Taife sürmesidir. Bu sürgün cezasının sebebi, Peygamberle alay ederek kötü bir taklidini yapması, bazı özel bilgileri etrafa yayması olarak ifade edilir.⁴⁷ Ayrıca Peygamberin Kur'an'da zina edenlere verilecek ceza olan 100 sopya, bir yıllık sürgün cezası da ilave ettiği kaynaklarda sabittir.⁴⁸ Bunun yanında tecavüz suçlarında celde cezası ile birlikte sürgün cezası verildiği kayıtlarda görülmektedir. Hz. Ömer'in cariyeye tecavüz eden bir şahsı bu şekilde cezalandırdığı, celleden sonra sürgüne gönderdiği rivayet edilir.⁴⁹

Evli olup zina eden kişiler için İbrani hukukunda öngörülen recm İslam tarihinde nadiren uygulanmıştır. Recm cezası yerine genelde bu suçu işleyenler yaşadıkları yerden sürgün edilmişlerdir.⁵⁰ Hâriciler ve Şia'nın cumhuru dahil olmak üzere fakihlerin bir kısmı recm cezasını reddetmektedir. Recm cezasının uygulanabileceği görüşünde olan Ehl-i Sünnet fakihleri ise sürgünü aynı zamanda had cezası olarak kabul etmektedirler. Bekara uygulanan sürgün cezası ise Hanefiler'e göre değişmez bir ceza değil devletin takdirine bırakılan bir cezadır.⁵¹ İslam Hukuku alimlerine göre "*Zinâ eden erkek ve kadından her birine yüz sopya vurun*" ayetine binaen zaninin bekar olması durumunda tatbik edilecek cezanın yüz sopya olması noktasında ittifak bulunmaktadır. Fakat "*bekâr kişi, bekâr birisiyle zinâ*

⁴⁴ Ceza hukukunda teşhir yaptırımı hakkında bkz. **Kılınç, Ahmet** (2014) Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 155.

⁴⁵ **Şirbini, Muhammed b. Ahmet el-Hatib** (1958) Muğni'l-Muhtâc ilâ Marifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc, Mısır, C: V, s. 449

⁴⁶ **Türcan, Talip** (2010) "Sürgün", DİA, İstanbul, C: 38, s. 165.

⁴⁷ **Taberânî, Ebü'l-Kâsım Müsnidü'd-Dünyâ Süleymân b. Ahmed b. Eyyûb** (1984) el-Mu'cemü'l-kebir (thk. Hamdi Abdülmecid Selefî), Beyrut, C: XII, s. 148.

⁴⁸ **Buhârî**, "Hudûd", 30; **Müslim**, "Hudûd", 12

⁴⁹ **İmam Mâlik**, el-Muvatta, C: 2, s. 631.

⁵⁰ Hz. Peygamber'in uygulamaları için bkz. **Buhârî**, "Hudûd", 21, 30-32; **Ebü Dâvûd**, "Hudûd", 23-25.

⁵¹ **Bardakoğlu, Ali** (1996) "Had", DİA, İstanbul, C: 14, İstanbul. s. 547.

ettiğinde 100 değnek ve bir yıl sürgün cezasıyla cezalandırılır." hadisinde⁵² bahsedilen sürgün cezasının had cezası mı yahut ta'zir cezası mı olduğu ve nasıl tatbik edileceği hususunda ihtilaf söz konusudur.⁵³ Şâfiî ve Hanbelî mezhebine göre sürgün cezası, hadd cezası kapsamına girmektedir. Kadın-erkek fark etmeksizin her suçlu bu cezayı alabilir. Suçu işledikleri muhitten en az namazı kısaltma mesafesi kadar bir uzaklığa sürgün edilmelidirler.⁵⁴ Mâlikî mezhebi de sürgün cezasını zinâ haddinin bir kısmı olarak değerlendirmektedir. Ancak bu ceza yalnızca erkek suçlulara tatbik edilebilir.⁵⁵ Hanefî alimler sürgünün had cezası değil, tazir cezası olduğuna hükmetmişlerdir.⁵⁶ Çünkü sürgün kararı vermek devlet başkanına aittir. Devlet başkanı suyun görürse sürgün veya kişi tövbe edene kadar hapis cezasıyla cezalandırabilir.⁵⁷

İslam hukuk doktrininde sürgün cezaları ile ilgili süre konusunda farklı görüşler vardır. Zina suçu gibi had cezalarının yanında verilen sürgün cezasının süresinin hadiste belirtildiği üzere bir yıl olduğu bellidir. Ancak eşkıyalık suçuna verilecek sürgün cezasındaki süre ihtilafa konu olmuştur. Suçlunun tövbe edene kadar, tövbe etmedikçe ölünceye kadar veya tövbe etse dahi zina suçuna kıyasla bir yıldan az olamayacağı gibi görüşler zikredilmiştir. Ayrıca suçluya verilecek sürgün cezasının devletin ön göreceği sürede olmasını gerektiğini savunanlar da vardır.⁵⁸

Tazir suçlarında verilecek sürgün cezasının ise zina haddindeki 1 yıllık süreyi aşmamak şartıyla 1 gün dahi olabileceğini söyleyen Şâfiî ve Hanbelîlerin yanında, Maliki ve Hanefî hukukçular sürenin yetkili organın takdirinde olduğunun ve kamu yararının öncelenmesine göre karar verileceğinin altını çizmiştir.⁵⁹

IV. 18. YÜZYIL OSMANLI HUKUK UYGULAMASINDA SÜRGÜN

18. yüzyıl Osmanlı devleti için uzun süren savaşlar sonucu merkezi idarenin zayıfladığı bir yüzyıl olarak tarihe geçmiştir. Görevinden azledilen veya ölen idarecilerden boş kalan görev yerlerinde asayişin teminindeki zorluk, halkın ayaklanmasını ve eşkıyalık hareketlerini beraberinde getirmiştir. Artan askeri

⁵² **Buhari**, Tefsir, 4; **Müslim**, Hudûd, 12.

⁵³ **Uslu, Rifat** (2015) İslâm Hukukunda Sürgün Cezası, Yeni Fikir Dergisi, C: 7, S:14, s. 129.

⁵⁴ **el-Maverdi** (1973) Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed, el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Velayetü'd-Diniyye, Mısır, s.367; **Ebü Ya'la, Muhammed b. Hüseyin el-Ferra** (1983) el-Ahkâmü's-Sultâniyye, Beyrut, s. 263.

⁵⁵ **Bilmen** (1967) C: 3, s. 226.

⁵⁶ **İbn Nüceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısıri Hanefî** (ty) el-Bahru'r- Raik Şerhu Kenzi'd-Dekaik, Beyrut, C: 3, s. 203.

⁵⁷ **Zuhayli, Vehbe** (1994) İslam Fıkıh Ansiklopedisi (trc. Ahmet Efe v. dğr.) İstanbul, Feza yayıncılık, C: 7, s. 342.

⁵⁸ **Türcan, Talip** (2010) s. 165.

⁵⁹ **Türcan** (2010) s. 165.

harcamalar devletin mali durumunu olumsuz etkilemiş, bütçedeki açık farklı vergilerin halktan talep edilmesine sebep olmuştur. Yeni çıkarılan vergiler halkı zor duruma düşürmüştür.⁶⁰ Bu sebeple özellikle vergilerin halktan tahsilinde yaşanan zorluklar farklı asayiş problemleri de beraberinde getirmiş ve bölgesel kargaşaların oluşmasına zemin hazırlamıştır.⁶¹ Merkezi idare eşkıyalık olaylarını engellemek için bir dizi müeyyideler ve cezai tedbirler almıştır. Özellikle 18. yüzyılda devam eden iskân politikası sebebiyle bazı aşiretlerin farklı yerlere iskân ettirilmeleri ile ilgili uygulamalar belli bölgelerde direnişe sebep olmuş ve belli gruplar eşkıyalarla birlikte hareket ederek asayiş tehdit eder duruma gelmiştir.⁶² Bu sebeple Devletin asayiş temin için bazı tedbirler aldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu tedbirler, bölgedeki aşiret liderleriyle irtibata geçip, asayiş sağlama noktasında desteklerini talep etmektedir. Osmanlı'da aşiret liderlerinin eşkıya ile birlik olmama sözüne karşılık devlet tarafından hediyeler vermek ve hil'at giydirmek adettendi.⁶³ Aşiretler şayet asayiş bozacak faaliyetlerde bulunurlarsa Devlet karışıklık çıkaran halkı başka bir beldeye sürgün ederdi. İdari bir yaptırım olan bu uygulama Osmanlı'nın farklı bölgelerinde sıklıkla başvurduğu bir yöntem olarak açığa çıkmaktadır.⁶⁴

18. yüzyılda konar göçerlerin iskanı hakkındaki belgelerin arşiv kayıtlarında önemli bir yer tuttuğu söylenebilir. Belgelerin çoğunda yürüklerin iskanı esnasında kargaşa çıkaracağı muhtemel kişilerin sürgüne gönderilmesine yönelik emirler mevcuttur. İdari sürgüne örnek verilebilecek bu uygulama Kıbrıs Adası'na iskân ettirilecek yürükler esnasında vuku bulmuştur. Devletin uyguladığı iskân işleminde zorluk çıkaran Hastaca Ahmed Efendi ismindeki bir müderris Rodos Adası'na sürgün edilmiştir.⁶⁵ Yine aynı şekilde iskân esnasında kargaşa çıkarması muhtemel olan bir kişi, yürüklerin iskanı tamamlanana kadar Kıbrıs adasına sürgüne gönderilmiştir.⁶⁶

⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Öğüt, Tahir, Küçük, Nihat** (2015) "18.Yüzyılda Kilis'te Okçu İzzeddinli Aşiretinin Vergi Direnci", Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi (AKAD) C: 7, N: 19.

⁶¹ **Uluçay, M. Çağatay** (1955) XVIII ve XIX Yüzyıllarda Saruhan'da Eşkıyalık ve Halk Hareketleri, İstanbul, Berksoy Matbaası, s. 56.

⁶² 18.yy. Osmanlısında aşiretlerin iskanı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Halaçoğlu, Yusuf** (1988) XVIII. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nun İskân Siyaseti ve Aşiretlerin Yerleştirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.

⁶³ **Barkey, Karen** (1996) Eşkıyalar ve Devlet: Osmanlı Tarzı Devlet Merkezleşmesi, (Çeviren: Zeynep Altok, (1999) İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları) s. 202-210, 245; **Köse, Osman** (2009) Osmanlı'dan Günümüze Eşkıyalık ve Terör, Samsun, Samsun İlkadım Belediyesi Kültür Müdürlüğü, s. 255-258.

⁶⁴ **Barkey** (1996) s. 210.

⁶⁵ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Bakanlığı (BOA), Bab-1 Asafi Divan-ı Hümayun Sicilleri Mühimme Defterleri (A. DVNS. MHM. d.), nr. 117/924, H. 1124/M. 1712.

⁶⁶ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/764, H. 1124/M. 1712; A. DVNS. MHM. d., nr. 117/923, H. 1124/M. 1712. Zorunlu göçe bir başka örnek de Kütahya, Aydın ve Teke sancaklarındaki

Osmanlı ceza hukukunun genel olarak İslam hukukunun ilkelerine sadık kaldığını söylemek mümkündür. Özellikle bedeni cezayı gerektiren suçlar İslam hukuk prensiplerine göre yapılan muhakeme sonrası sabit olurdu. Ancak cezanın infazı Padişaha arzdan sonra gerçekleşmekteydi. Şeriyye mahkemesinde görülen bir davada yargıcın verdiği hükümler önce kazasker denetiminden geçer daha sonra padişahın onayı ile ceza infaz edilmekte idi.⁶⁷ Öte yandan Osmanlı ceza hukuku, İslam ceza hukukundaki had ve kısas suçları dışında topluma zarar veren eylemleri de suç olarak kabul etmiş ve Padişah fermanlarıyla “örf-i münif-i Sultani” diye anılan ayrı bir kategori oluşturmuştur.⁶⁸ Bilindiği üzere Osmanlı padişahlarının kanunnameleri, İslam hukukunun devlet başkanlarına tanıdığı tazir yetkisi kapsamında düşünülmüş hazırlanmıştır. Bu yetki kısmen geniş bir yetki olarak değerlendirilebilir. Zira tazir cezaları, had ve kısasta olduğu gibi nassla sabit değildir ve devlet başkanı veya yargıcın uhdesindedir.⁶⁹ Hâkim, işlenen suça uygun daha önceden verilmiş tazir cezalarından hükmedeceği gibi, suçlunun hal ve davranışları, karakteri gibi noktaları dikkate alarak o kişiye mahsus bir ceza da takdir edebilir. Suçlunun ahlaki eğilimleri, daha önce suç işleyip işlememesi konusunda bilgi sahibi olunmadığı durumlarda en hafif tazir cezasının uygulanması gerekir. Bu sebeple ilk kez suç işleyen kimse hakkında çoğunlukla tevbih ve tekdir yani azarlama cezasıyla yetindiği görülmüştür. Ancak suçun tekrar edilmesi halinde suçlu hapsedilir. Tazir suçlarının toplumdan topluma farklılık arz ettiği söylenebilir. Her toplum kendi sosyal yapısındaki düzeni sağlamak ve asayişini temin etmek için birtakım müeyyideler tesis eder.⁷⁰ Tazir başlığı altında değerlendirilen cezalar, uyarmak ve azarlamaktan, hapis, kürek ve kalebent cezaları, malların müsadere edilmesinden sürgüne göndermeye kadar her türlü cezayı kapsar.

İslam hukukçuları açısından sürgün cezasının hem had hem de tazir cezası olarak yorumlanması, Osmanlı uygulamasında bu cezanın şer’i hukuk ve örfi alanındaki suçlara da uygulanabilir olmasını beraberinde getirmiştir. Nitekim

hayvanların ve arazilerin konargöçerler tarafından zarar verilmesi sebebiyle Kıbrıs’a sürgün edilmeleri kararlaştırılmıştır. Bkz. BOA, İbnülemin Dahiliye (İE. DH.), nr. 30/2709, H. 1139/M. 1727.

⁶⁷ **Akman, Mehmet** (2004) Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık, s. 132. Ayrıca bkz. **Göyünç, Nejat** (1967) “Osmanlı Ceza Hukuku ile İlgili Belgeler”, Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, S:3, s. 40-42

⁶⁸ **İnalçık, Halil** (2000) Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık, s. 43; Ayrıca bkz. **İnalçık, Halil** (1992) “Osmanlı Hukukuna Giriş Örf-i Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi, İstanbul, Eren Yayıncılık, s. 319 vd.

⁶⁹ Osmanlı’da tazir cezaları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Koç, Mehmet** (2017) Osmanlı Hukukunda Ta’zir Suç ve Cezaları, (Doktora Tezi) Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

⁷⁰ **Başoğlu, Tuncay** (2011) “Tazir”, DİA, C: 40, s. 198.

belgelerde şer'i hukuka göre yargılanıp had cezası verildikten sonra tamamlayıcı bir ceza olarak tazir kapsamında sürgüne yollanan suçluların örneği mevcuttur.⁷¹

Osmanlı'da uygulanan sürgün cezasının hürriyeti bağlayıcı cezalar arasında mı, yoksa hürriyeti kısıtlayıcı cezalar arasında yer alması gerektiği konusunda Osmanlı hukukçuları arasında tam bir mutabakat yoktur.⁷² Sürgün edilen kişinin, sürgün edildiği yerde kalma zorunluluğu olup, başka bir yere gitme yasağı mevcuttur. Bu anlamda sürgün cezasının uygulanmasında sürgün yeri önem arzeder. Suçun mahiyetine ve verilen sürgün cezasının şekline göre mahkûm, sürgün edilen yerde kendi isteği ile bir işte çalışabilir, günlük hayatına devam edebilir. Bu durumda cezanın hürriyeti kısıtlayıcı olduğu düşünülmüştür.⁷³ Abdülaziz Amir⁷⁴, Kırkor Zöhrap⁷⁵ ve Sulhi Dönmezer-Sahir Erman⁷⁶ gibi hukukçular sürgünün hürriyeti kısıtlayıcı cezalar kategorisinde değerlendirmişlerdir.

Osmanlı yargılamasında suçlu bulunan kişilere gerekli olan had cezası verildikten sonra gerektiği durumlarda sürgün cezası da verilmektedir. Bazen bu uygulama had cezası yerine sürgün cezası verilerek icra edilmiştir. Kayıtlarda “katle bedel sürgün” olarak ifadesini bulan bu uygulama, suçluya ölüm cezası verildikten sonra infaz edilmeyip, cezanın sürgüne çevrilmesi durumudur. Yeniçeri Ocağına üretmeleri gereken mallarda usulsüzlük yapan imalattan sorumlu yahudi grubu bu şekilde cezalandırılmıştır. Belgede suçluların zimmetindeki malın tahsil edilip “katle bedel Kudüs’e sürgün” edilmeleri kararlaştırılmıştır.⁷⁷ Öte yandan suçlu şayet bir kamu görevlisi ise görevinden azledilir, mansıp ve unvanları geri alınır, memuriyet maaşı kesilirdi. İşlediği suçun durumuna göre malları kısmen veya

⁷¹ Hırsızlıktan dolayı eli kesilmesine rağmen suç işlemeye devam eden kişiye sürgün cezasının uygulandığına dair kayıt için bkz. BOA, C. ADL. nr. 23/1381, H. 1211/M. 1796. Osmanlıda uygulanan tazir cezaları için bkz. **Yakut, Esra** (2011) Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 99 vd

⁷² **Avcı, Mustafa** (2016) “Osmanlı Hukukunda Cezaların Tasnifi”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Gedikli, Fethi (Editör), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 644-645. **Arık, Şamil** (1995) s. 33.

⁷³ **Gökçen, Ahmet** (1989) Tanzimat Dönemi Osmanlı Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, 1. Baskı, İstanbul, Kendi Yayını, s. 49.

⁷⁴ **Amir, Abdülaziz**, (1969) et-Ta'zir fi'ş-Şeriat'l-İslamiye, Beyrut, ty., s. 360; **Tekin, Yaşar**, (1995) Şer'iyye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti'nde Ta'zir Suç ve Cezaları (1179/1765) (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 3.

⁷⁵ **Kırkor, Zöhrap** (1909) Hukuk-ı Ceza, İstanbul, Ahmed Saki Bey Matbaası, s. 258.

⁷⁶ **Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir** (1986) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 1918-2004, C:3, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, s.126-127.

⁷⁷ BOA, AE. SSLM. III. nr. 176/10523, H. 6.3.1213

tamamen müsadere edilir, gerekirse sürgüne de gönderilirdi.⁷⁸ Malların müsadereyi padişahın iradesiyle tazir cezası kapsamında işleme konulan “siyaseten katl” cezasında da uygulanırdı. Ölüm cezasından sonra kamu görevlilerinin mallarının müsadere edildiği görülmektedir.⁷⁹

18. yüzyılda Osmanlı Devletindeki sürgün uygulamasını değerlendirdiğimizde, devlet görevinde olanların işledikleri suçlar sebebiyle sürgüne gönderilmelerinin yanı sıra, padişah fermanıyla herhangi bir yargılama yapılmadan idari sürgüne gönderilenler de bulunmaktadır.⁸⁰ Farklı dönemlerde çıkarılmış Hatt-ı Hümayunlarda idari yaptırım olarak devlet görevlilerine verilen sürgün cezalarını görmekteyiz.⁸¹ Ancak makale konumuz kamu görevlilerinin ceza müeyyide olarak sürgün cezası almaları olması sebebiyle idari/siyasi sürgünler konusuna temas edilmemiştir.

⁷⁸ **Köksal, Osman** (2006) “Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hattı-ı Hümayunları”, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, C: 19, S: 19, s. 288. BOA, Topkapı Sarayı Müzesi Arşivi Evrakı (TS. MA. e.), nr. 784/3, H. 1178/M. 1764-1765. İlgili arşiv belgeleri bkz. BOA, Cevdet Zabtiye (C. ZB.) nr. 84/4181, H. 1202/M. 1790-1791; A. DVNS. MHM.d., nr. 115/1445, H. 1119/M. 1707-1708; BOA, Ali Emiri Mustafa III (AE. SMST. III.), nr. 107/8131, H. 1178/M. 1764-1765; BOA, Cevdet Dahiliye (C. DH.), nr. 297/14820, H. 1190/M. 1776-1777. Ayrıca detaylı bilgi için bkz. **Daşcıoğlu, Kemal** (2007) *İşkân, Suç ve Ceza: Osmanlı’da Sürgün*, İstanbul, Yeditepe Yayınları, s.123-125.

⁷⁹ Tazir cezası olarak uygulanan müsadereyi ilmiye dışındaki yönetici zümreye herhangi bir yargılama yapılmadan uygulandığı anlaşılmaktadır. Devlet görevlilerine verilen siyaseten katl cezasından sonra genellikle malları müsadere edilmiştir. **Akyılmaz, Gül** (2008) “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıfı Açısından Müsadere Uygulaması” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 13, S: 1-2, s. 402; **Mumcu, Ahmet** (1985) *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, 1. Baskı, Ankara, Tarih ve Toplum Yayınları, s. 19-20.

⁸⁰ III. Selim “Allah’ın ve İslam’ın emriyle menedilen” şarabın satılmasını yasakladığı halde bunu satmaya devam eden Bostancıbaşı için bir Hatt-ı Hümayun çıkarmış ve azledilip Rodos’a sürgün edilmesini emretmiştir. BOA, HAT, nr. 192/9417, H. 1203/M. 1789. Benzer bir kayıt için bkz. “*Benim vezirim, İş bu hatt-ı hümayunum tarafına vusûl bulduktaki derhal kul kethüdâsını getirdüb yeniçeri ağası nasb eyleyesin ve selefini Tekfurdağı’na nefy edub icra olunduğunu taraf-ı hümayunuma arz u ifade eyleyesin.*” **Köksal, Osman** (2006) s. 296.

⁸¹ Örneğin Boğdan’a memur olarak giden İbrahim Bey’in döndüğünde Boğdan halkından iki kişiyi esir pazarında satma teşebbüsü sonucunda I. Abdülhamid’in iradesiyle Bozcaada’ya sürgün edilmiştir. BOA, HAT, nr. 24/1188, H. 1195/M. 1781. III. Selim’in doğrudan vezirine yazdığı diğer bir hükümde ise rüşvet alan bir yeniçerinin yargılanmadan önce azledilip ardından sürüldüğü görülmüştür. BOA, HAT, nr. 255/14520, H. 1793.

18. yüzyıl içerisinde çıkarılan Hatt-ı Hümayunlarda 52 yerde sürgün cezası geçmektedir. Geniş bilgi için bkz., **Köksal, Osman** (2006), s. 296-297.

Osmanlı uygulamasında sürgün cezasının kimi zaman hürriyeti bağlayıcı kürek ve kalebentlik cezalarıyla birlikte uygulandığı görülmüştür.⁸² Bu durumda mahkûm, kalebent cezası da almışsa sürgün edildiği yerde bir kaleye kapatılırdı. Bu sebeple kalebentlik cezası, sürgün cezasına göre daha ağır bir ceza olarak kabul edilir.⁸³ Tanzimattan sonra yürürlüğe giren 1858 tarihli Ceza Kanunundan sonra bu ceza çeşidi geçici ve müebbed olarak uygulanmıştır. Müebbed suçlunun ölümüne kadar sürerken, geçici ceza üç seneden 15 seneye kadar olabilmektedir. Kalebent edilen kişilerin dahili ve harici kalelerde bulunanlarla haberleşmelerine müsaade edilmiştir.⁸⁴ Bu ceza çeşidi, cezanın uygulanacağı bölgeye göre farklı isimlendirme ile kullanılmaktadır. Örneğin suçlunun bir adada kalebent olmasına karar verilmişse kayıtlara “cezirebent” olarak geçer. İncelenen yüzyıl içerisinde pek çok sebeple cezirebent edilmiş kişiler bulunmaktadır.⁸⁵ Suçluların gayrimüslim olması durumunda kendilerine verilecek kalebent cezası, manastıra kapatmak şeklinde uygulanıyordu. Bu şekildeki kayıtlarda ceza “manastırbent”⁸⁶ olarak ifade edilmiştir. Şayet suçlu cezasını zindanda çekecekse “zindanbent”⁸⁷, prangaya vurulduysa “prangabent” cezası olarak adlandırılır. Sürgün ve kalebent cezaları hürriyet kısıtlayıcı, prangabent ve kürek cezaları ise hürriyet bağlayıcı uygulamalar arasındadır.

Sürgün cezasına Osmanlı Kanunnamelerinde rastlamak mümkündür. Hangi durumda veya hangi suç neticesinde sürgün cezasının verileceği kanunnamelerde açıkça ifade edilmiştir. Kanunname maddeleri arasında sürgüne yollanan kişinin kiminle evlenebileceği gibi ayrıntılı hükümlerin yer aldığı bilgisi

⁸² Osmanlı yargılamasında had ve kısas gibi cezaların unsurlarında bir eksiklik olduğunda suçlu bulunan şahıs genellikle kürek veya kalebentlik cezasına çarptırılmaktaydı. **Akman** (2004) s. 131-132. Kürek cezası hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kılınc, Ahmet** (2015) “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili”, Belleten, C: 79, S: 285. s. 531-557.

⁸³ Detaylı bilgi için bkz. **İşbilir, Ömer** (2019) “Kalebent”, DİA, 3. Baskı, C: ek 2, s. 5-7.

⁸⁴ **Gökmen, Ertan, Özdemir, Ömür Yazıcı** (2016) 812 Numaralı Ayniyat Defteri İşığında Aydın Vilayetinde Suç ve Ceza (1866-1877): (İzmir, Manisa, Aydın, Denizli, Muğla) İstanbul, Libra Kitap, s. 24.

⁸⁵ “...İstanköy Adası’na irsal ve cezirebent olunmaları için mukaddeme sâdir olan emr-i şerif mazmûni derciyle iktizasına göre emr-i şerif isdar olunmak.”; BOA, A.DVNS.MHM. d., nr. 115/2847, H.1120/M. 1708. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, Cevdet Eyalet-i Mümtaze (C. MTZ) nr. 1/39, H. 1156/M. 1743. BOA, Cevdet Adliye (C. ADL.) nr. 77/4636, H. 1204/M. 1790.

⁸⁶ BOA, C. ZB., nr. 6/255, H. 1174/M. 1760; BOA, C. ADL., nr. 64/3868, H. 1194/M. 1780.

⁸⁷ 18. yüzyılda Kıbrıs’ta adanın o dönemde mahrumiyet bölgesi olması sebebiyle cezirebent, kalebent veya zindanbent cezalarının o bölgede infaz edildiği görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Özkul, Ali Efdal** (2010) “XVIII. Yüzyılın ilk Yarısında Kıbrıs’ta Kalebentler ve Cezirebentler”, Hapishane Kitabı, Hapishane Kitabı, Naskali Gürsoy, E./Altun Oytun, H. (Editörler), İstanbul, Kitabevi Yayınları, s. 130-139. Arşiv için bkz. BOA, C. ZB. Nr. 8/360, H. 1179/M. 1766; BOA, Ali Emiri Mahmud I (AE. SMHD. I.), nr. 150/11166, H. 1143/M. 1730.

dikkat çekicidir. Sürgün cezasının daha iyi değerlendirilebilmesi için söz konusu maddeleri tahlil etmekte yarar vardır.

A. KANUNNAMELERDEKİ SÜRGÜN İLE İLGİLİ MADDELER

Osmanlı'da tazir cezaları arasında zikredilen sürgün cezası, imparatorluğun farklı dönemlerinde Kanunnamelere de konu olmuştur. Araştırmada ele alınan 18. yüzyıla kadar kanunnamelerde yer alan sürgüne dair ifadeleri tarih içerisinde hangi aşamalardan geçtiğini görmek bakımından incelemek faydalı olacaktır. Öncelikle II. Bayezid dönemi (1481-1512) içerisinde oluşturulan 1484 Tarihli Akkirman Kanunnamesi'ne bakıldığında, sürgüne gönderilen kişilerin mülkleriyle ilgili ne yapılması gerektiğinin de yer aldığı görülmektedir. Bunun yanında boş evlerin kiralarının mahallin idaresine verilmesi gerektiği ifade edilir. Ayrıca *"Ve sürgün olan kafirlerin evleri dahi beğliktir. Adam bulundukça kiraya verüp, akçesin beğlik için zapt eyleyeler. Ve kadı ve dizdar marifetiyle hisar erlerine ve azeblere sürgün evlerinden hallü haline göre tevzî edüp yerleştireler."*⁸⁸ ifadesi ilgili dönemde sürgün uygulamalarındaki tanzimine dair günümüze ışık tutmaktadır.

Öte yandan sürgünde olan kişilerin aile hukukuna dair işlemleri de kanunnamelerde yer almıştır. II. Beyazıt dönemine ait Umumi Kanunname'nin 197. maddesinde⁸⁹ ve Dede Cöngi Efendi'nin⁹⁰ Siyaset-i Şer'iyye adlı eserinde evlenecek olan tarafların her ikisinin de sürgünde olan kişilerden seçilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır: *"Sürgün kızını sürgün olana nikah edeler, ahara nikah etmeyeler. Sürgün tafesi harice varup beğlikten veya gayrı yerden iş tutmak ve amel almak isterse kabul olunmaya."*⁹¹ şeklinde bir ifade yer almaktadır. Ayrıca Dede Cöngi Kanunnamesi'nin otuz dördüncü maddesinde zina suçu ile ilgili *"Hıfz-ı ensab-ı insaniye için ber-mukteza-yı tayin buyrulan hadd-i zina misillu fi'l-i haramı irtikaba ictisarı dahi mucib-i tazir olmağla imam'ül-müslimin anı nefy ve tağrib ile tedib etmeği..."*⁹² ibaresi yer almaktadır. Buradan hareketle, kanunname zina suçuna tazir kapsamında sürgün cezasının takdir edilebileceği belirtilmektedir.⁹³

Yavuz Sultan Selim (1512-1520) Kanunnamesinde kişinin bulunduğu yerden sürülmesini gerektirecek suçlar ifade edilmiştir: *"Ve dahi bir kimesneyi*

⁸⁸ **Ahmet Akgündüz** (1990) Osmanlı Kanunnameleri Hukuki Tahlilleri, C: 2, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 16-17, 372.

⁸⁹ **Akgündüz** (1990) C: 1, s. 68-69.

⁹⁰ Dede Cöngi Efendi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Erel, Zeynep Gül** (2012) Dede Cöngi's Risâletü's-Siyâyeti's-Şer'iyye (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü.

⁹¹ **Akgündüz** (1990), C: 4, s. 394.

⁹² **Akgündüz** (1990) C: 4, s.138.

⁹³ **Tugay, Biray** (2013) Aydın Vilayetinde Sürgün: Tanzimattan Cumhuriyete Kadar, (Doktora Tezi), Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 38.

mahalleli veya karyesi cemâ'ati hırsuzdur ve kahbedir deyü şikâyet edüb bize gerekmez deyü reddetseler, vâkı'â müttehem ise, dahi beyn'n-nâs ma'lûm ola, mahallesinden ve karyesinden nefy edeler. Eğer mahalle kabul etmezse, şehirden süreler, şöyle bileler.”⁹⁴

Yine Yavuz Sultan Selim Kanunnameleri içerisinde devletin gelirlerini suistimal edenlerin ceza olarak sürgüne gönderilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁵ Kanunnameler arasında belli meslekleri icra edenlerin herhangi bir suç işlemesi durumunda cezai müeyyide olarak sürgünden muaf olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin Kanuni dönemine (1520-1566) ait Niğbolu Sancağı Kanunnamesinde, daha önceki kanunnamelere de atıf yapılarak, doğan ve şahin gibi kuşların yetiştirilmesinde görevli olan kişilerin sürgün ve sair vergilerden muaf olduğu belirtilmiştir.⁹⁶

Osmanlı'da her padişahın kendi döneminde çıkardığı Kanunnameler dışında, ihtiyaç duyuldukça Ceza Kanunnameleri de çıkarılmıştır. Klasik dönemde çıkarılan kanunnameler belirli idari meselelere cevap veren berat ya da fermanlar olarak yayımlanmıştır.⁹⁷ Kanunnamelerdeki ceza hukuku ile ilgili maddeler, çoğunlukla suça takdir edilen cezaları tanımlamaktadır. Tazir cezaları arasındaki para cezaları da dönemin ekonomik şartları doğrultusunda miktar değişikliği ile

⁹⁴ Dördüncü Fasl, Md. 121. Bkz. **Akgündüz**, C: 3, s. 106.

⁹⁵ **Akgündüz** (1990) C: 3, s.171.

⁹⁶ “*Mukarrer ki haracdan ve ispençeden ve koyundan ve kovan rüsumundan ve ulakdan ve suhradan ve cerehordan ve sürgünden ve sekbandan ve hisar yapmasından fil-cümle cem'i avarız-ı divaniden ve tekalif-i sultaniyeden muaf ve müsellemler olalar deyü ellerinde merhuman ve mağfûrân Sultan Murad Han ve Sultan Muhammed Han ve Sultan Bayezid Han ve Sultan Selim Han Hazretlerinden ellerinde ahkam-ı hümayunları olub ve padişahımız hazretlerinden dahi mukarrirâmeleri olmağın Defter-i Atik'de daji vech-i meşrûh üzere mukayyed bulunmağın...*” **Akgündüz** (1990) C: 6, s. 628-629.

⁹⁷ **İnalçık, Halil/Anhegger, Robert** (1956) Kanunname-i Sultani Ber Muceb-i Örf-i Osmani II. Mehmed ve II. Bayezid Devirlerine Ait Yasakname ve Kanunnameler, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 15-17.

öne çıkmaktadır.⁹⁸ Tanzimat döneminde ise 1838, 1840⁹⁹, 1851¹⁰⁰ ve 1858¹⁰¹ yıllarındaki ceza kanunnameleri zikredilebilir. Bu kanunnamelerden 1858 Kanunnamesi 68 yıl yürürlükte kalmıştır. Kanunnamede suçlar cinayet, cünha ve kabahat olarak tasnif edilmiştir. Cinayet suçları idam, müebbet veya muvakkat kürek, müebbet veya muvakkat kalebentlik, nefy, müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet; cünha suçları bir haftadan üç seneye kadar hapis, muvakkat nefy, memuriyetten tard ve para cezalarını kapsamaktadır. Kanunnamede yer alan kabahat suçları ise 24 saatten bir haftaya kadar olan hapis ve 100 kuruşa kadar para cezalarını içermekteydi.¹⁰²

Çalışmanın bu bölümünde inceleme konusu olan arşiv belgelerindeki sürgün ile ilgili kayıtlar incelenecektir. Özellikle kamu görevlilerinin sürgün cezasını gerektirdiği suçlar, söz konusu suçlara verilen sürgün cezalarının süreleri, hangi gerekçelerle affa uğradıkları açığa çıkarılmaya çalışılacaktır.

B. ARŞİV BELGELERİNDE SÜRGÜN İLE İLGİLİ KAYITLAR

1. Sürgün Cezası Verilen Suç Tipleri

Osmanlı uygulamasında bir suçlu hakkında sürgün hükmü verildiğinde, kimin hangi suçtan ötürü bu cezayı hak ettiği, kadıların isimleri, sanığın hangi çavuşla sürgüne gideceği, çavuşun sorumlulukları belgeye yazılırdı. Hükmün sonunda da tarih ve yer belirtilir. Divan-ı Hümayun çavuşu veya gedikli sürgümlü alır yerine teslim eder.¹⁰³

⁹⁸ **Akgündüz, Ahmet** (1999) “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahlili”, Journal of Islamic Research, C: 12, S: 1, s. 14.

⁹⁹ Kanunun dördüncü faslının 2. maddesine göre gasp suçunu bir kamu görevlisi işlerse, görevinden el çektirme ve bir sene sürgün cezasıyla cezalandırılır. “*Ba’dezin bu misillü madde-i memnûa ve mekruhaya cesaret eden olur ise faraza birinin mal ve emlakına tasallutu vukuunda men’ ve def olunup şayet bir terkîp ile zaptetmiş bulunur ise mazbut olan mal ve emlak mevcut ise aynen değil ise semenen sahib-i evveline redd edildikten sonra ol şahsın hilaf-ı kanun hareketi cesaretine binaen erbab-ı menasıp ve memuriyetden ise hizmetinden tard ve ihraç olunup bu takımdan olmadığı halde memleketden âhir mahalle bir sene durmak üzere nefy ve tağrip kılma.*”. 1840 kanunnamesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Candan, Rabia Beyza** (2015) “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, s. 63-81.

¹⁰⁰ Kanunun ikinci fasıl 2. maddesine göre hakaret suçunda hapis ve sürgün cezası verilir. 1851 Kanun-ı Cedid’in maddeleri için bkz. **Akgündüz, Ahmet** (1986) Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, N: 6 s.821

¹⁰¹ 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun maddeleri için bkz: **Akgündüz** (1986) s. 832.

¹⁰² **Poyraz, Özlem** (2020) “Abdülmejid Dönemi Hürriyet Bağlayıcı ve Kısıtlayıcı Ceza Uygulamalarına Dair Bir İnceleme” Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C: 0, S: 43, s. 500.

¹⁰³ **Uluçay** (1951) “Sürgünler” Belleten, XV/60, s. 532, 533.

Çalışma kapsamında incelenmekte olan 18. yüzyılda sürgün cezası verilen suç tiplerini çoğunlukla şu şekildedir: Eşkıyalık yapma,¹⁰⁴ eşkıyaya yardım ve yataklık etme,¹⁰⁵ fitne ve fesat çıkarma,¹⁰⁶ ahaliye zulüm ve teaddide bulunma,¹⁰⁷ asayiş bozma,¹⁰⁸ vergi tahsiline engel olma ve haksız vergi toplama,¹⁰⁹ yolsuzluk ve rüşvet ile zimmete para geçirme,¹¹⁰ kamu ve vakıf malına zarar verme.¹¹¹ Ayrıca kayıtlarda haneye tecavüz,¹¹² cinayet,¹¹³ gasp¹¹⁴ gibi suç çeşitlerine rastlanmaktadır.

2. Sürgün Yeri ve Sürgün Süresi

Osmanlı'da suçluların özellikle hangi bölgelere sürgüne gönderildiği konusu başka bir araştırma konusudur. Sürgün yerleri, suçlunun reaya ya da devlet görevlisi olmasıyla, devlet görevlisi ise mevkii ve statüsüne göre farklılık arz etmektedir. Öte yandan suçluların sürgün yerinden kaçabilme ihtimalini en aza indirmek amacıyla, kontrolünün kolay olduğu mekanlar tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda genellikle Bozcaada, Midilli, Sakız, Girit, Rodos ve Kıbrıs gibi Akdeniz adalarının tercih edilmiştir. Ayrıca Trabzon ve Sinop gibi sahil şehirleri de sürgün yeri olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte bazı durumlarda merkeze oldukça uzak sayılabilecek Kuzey Afrika ve Arap coğrafyasından farklı bölgelerin sürgün yeri olarak kullanılmakla birlikte eski devlet görevlilerinden nispeten suçu hafif olanlar için İstanbul'a yakın yerlerin tercih edildiği anlaşılmaktadır.¹¹⁵

İncelenen yüzyılda sürgün yerlerinin Anadolu'dan Rumeli'ye kadar pek çok farklı bölgenin yanında, adalara verilen sürgün cezaları da dikkati çekmektedir. İncelediğimiz kayıtlarda 1924 adet belgeden 1473 tanesinde sürgün yeri açık bir şekilde ifade edilmiştir. Sürgün yeri belli olmayanlar ise genellikle "*başka diyara sürgün*"¹¹⁶ ya da "*diyar-ı ahara sürgün*"¹¹⁷ şeklindedir.

¹⁰⁴ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/556, H. 1121/M. 1710.

¹⁰⁵ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/3029, H. 1120/M. 1708.

¹⁰⁶ BOA, AE. SOSM. III., nr. 57/4149, H. 1169/M. 1756.

¹⁰⁷ BOA, AE. SAMD. III., nr. 123/12084, H. 1123/M. 1711.

¹⁰⁸ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/428, H. 1126/M. 1714.

¹⁰⁹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 111/1944, H. 1112/M.1701

¹¹⁰ T.S.MA.e., nr. 784/4. H. 1178/M. 1764/1765.

¹¹¹ BOA, Cevdet Evkaf (C. EV.) nr. 241/12014, H. 1209/M. 1794.

¹¹² BOA, A. DVNS. MHM. d. nr. 117/140, H. 1122/M. 1710.

¹¹³ BOA, A. DVNS. MHM. d. nr. 124/337, H. 1130/M. 1718.

¹¹⁴ BOA, AE. SAMD. III. nr. 70/7052, H. 1121/M. 1709.

¹¹⁵ Köksal, Osman (2006) s. 288.

¹¹⁶ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/266, H. 1122/M. 1711. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/271, H. 1123/M. 1711; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 111/336, H. 1123/M. 1711.

¹¹⁷ BOA, Ali Emiri Ahmed III (AE. SAMD. III.), nr. 163/15959, H. 1131/M. 1719. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, Hatt-ı Hümayun (HAT), nr. 255/14520, H. 1207/M. 1793; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/1118, H. 1118/M. 1707.

Belgelerin tamamı incelendiğinde en fazla sürgün için gönderilen illerin Bursa, Edirne ve Samsun olduğu tespit edilmiştir.¹¹⁸ Kayıtlardan sürgüne gönderilecek kişilerin aileleri de dikkate alınarak daha yakın bölgelere gönderildiğine belgelerde rastlanmıştır.¹¹⁹ Bununla birlikte suçluların sürgün yerlerinin memleketlerine göre belirlendiği kayıtları da zikretmek gerekir. Örneğin, Kayseri¹²⁰, Kızılhisar Kazası¹²¹, Çığa¹²², Midilli¹²³ veya Üsküdar¹²⁴, gönderilen kişinin memleketi olması nedeniyle tercih edilmiştir.

Suçluya verilen sürgün cezasının süresinin bazen ömür boyu, bazen de geçici olarak uygulandığı görülmektedir. Geçici sürgün cezası üç aydan beş yıla kadardır. Hürriyeti bağlayıcı cezalardan olan kalebent cezası sürgüne çevrildiğinde süre on beş yıla kadar uzayabilir.¹²⁵ Belgelerde sürgün süreleri genellikle belirtilmemekle birlikte “*ıslah-ı nefis edinceye kadar*”¹²⁶ tabiri kullanılarak suçlunun işlediği suçtan pişman olması ve ıslah olması beklenmektedir. Şayet suçlunun pişman olduğu ve artık suç işlemeyeceği kanaat edilirse sürgün süresi sonlandırılırdı. Belgelerde ıslah-ı nefis edinceye kadar sürgüne gönderilen suç tipleri arasında şakilik¹²⁷ ahaliyi tahrik etme¹²⁸ gibi eşkıyalık paydasında birleşen suçlar bulunmaktadır.

Bazı kayıtlar ise “*padişahıtan emir gelmedikçe*”, “*aksi bir emir gelmedikçe*” veya “*ferman gelmedikçe*” şeklinde ifade edilmiştir. Sürgün yerinin kadısına gönderilen bu kayıtlara göre, sürgün cezası alan kişinin aksi bir emir gelmedikçe af olunmaması uyarısı yapılarak ceza süresinin belirsiz bırakıldığı göze

¹¹⁸ 18. yüzyıla ait incelediğimiz 1924 adet belgenin çoğunluğunda sürgün illeri belirtilmemiştir. İllerin yazılı olduğu belgeler; İzmir, Niğde-Ürgüç, Kayseri, Konya, Amasya, Kastamonu, Edirne-Kavala, Bursa, Gelibolu, Samsun Ankara, Sinop, Tokat, Kütahya ve Manisa olarak tespit edilmiştir.

¹¹⁹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/1172, H. 1125/M. 1713. Benzer kayıt için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 121/1416, H.1126/M.

¹²⁰ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 111/1914, H. 1112/M. 1700-1701.

¹²¹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/260, H. 1122/M. 1700-1701.

¹²² BOA, A.DVNS.MHM., d. nr. 117/337, H. 1123/M. 1711-1712.

¹²³ BOA, A. DVNS.MHM. d., nr. 117/550, H. 1124/M. 1712-1713.

¹²⁴ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 121/173, H.1125/M. 1713-1714.

¹²⁵ Poyraz (2020) s. 499-518.

¹²⁶ BOA, Cevdet Maarif (C. MF.), nr. 176/8795, H. 1204/M. 1789-1790, “...hakikat-i hali ifade farz-ı ayn mesabesinde olmağın mezburi ıslah-ı nefis edinceye kadar diyar-ı ahara li-ecli't-te'dib ve terbiye çavuş mübaşeretiyile nefy ü iclâ olunması babında...”.

¹²⁷ BOA, AE. SAMD. III., nr. 6/491, H. 1139/M. 1726-1727.

¹²⁸ BOA, Ali Emiri Osman III (AE. SOSM. III), nr. 19/1281, H. 1170/M. 1756-1757.

çarpmaktadır.¹²⁹ Sürgün sürelerinin daha net bir şekilde belirlendiği cezalar şüphesiz suçlunun zindana kapatıldığı veya ayağına pranga vurulduğu cezalardır.¹³⁰

3. Kamu Görevlilerinin Sürgün Sebepleri

Osmanlı'da kamu görevlisi olarak ifade edilebilecek "askeri" sınıf reayadan farklı olarak elinde beratı olan, vergilendirme ve yargılama konusunda özel statüye sahip grubu temsil etmektedir.¹³¹ İdareci, asker, ilmiyye ve katiplerin içinde olduğu bu zümrenin vergiden muaf olmaları, davalarının kazasker divanlarında görülmesi gibi ayrıcalıkları onları toplum nazarında da farklı bir konuma getirmiştir. Söz konusu imtiyaz ve yetkilerin kötüye kullanıldığında askeri sınıfın reaya sınıfından daha ağır cezalara muhatap olduğunu belirtmek gerekir. 18. yüzyılda kamu görevlilerinin görevi nedeniyle veya kamu görevlisi sıfatını kullanarak işledikleri suçlar sebebiyle sürgün cezası aldıkları anlaşılmaktadır. Bu suçlar arasında, zimmetine para geçirme, yolsuzluk yapma, rüşvet alma, evrakta sahtecilik, kanunsuz hareket etmek gibi farklı suç tiplerini saymak mümkündür. Bu başlık altında belgelerde en fazla yer alan başlıklar ve suç tipleri tahlil edilmiştir.

a. Zimmete para geçirme, yolsuzluk ve evrakta sahtecilik

Zimmete para geçirme ve yolsuzluk Osmanlı nezdinde müsamaha gösterilmeden sürgün cezasına karar verildiği suç çeşitlerinden biridir. Zimmetine para geçirme sebebiyle hakkında sürgün cezası verilen kamu görevlilerinin sürgüne gönderilmeden önce görevine son verilmekte, varsa unvanları alınıp, maaşları kesilmektedir.¹³² Kanunsuz bir şekilde halktan topladıkları akçeleri iade etmeleri "*halkın hakkını teslim*" olarak belgelerde karşılığını bulmuştur. Bu suçla ilgili bir kayıta Sipahiler Ağasının yaptığı zulümden bahsederek, ahalinin malını gasp ettiği, ırz ve namusa zarar verdiği anlaşılmaktadır. Buna göre sürgüne gönderilmeden önce verdiği zararları tazmin etmesi istenmiştir.¹³³

Zimmete para geçirme ve görevi kötüye kullanma suçlarının çoğunlukla vakıf ve vakıf arazileri alanında görev yapan memurlar tarafından işlendiği

¹²⁹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 57/18, H. 1127; AE. SMST. III., nr. 351/28162, H. 1176/M. 1762-1763.

¹³⁰ Örneğin gayrimüslim bir kişinin hırsızlık suçundan 5 ay prangabentlik ve ulema grubundan bir kişinin ise 13 ay süreyle zindanbent olunması kararı buna örnektir. Bkz: BOA, C. ADL., nr. 2/132, H. 1163; C. ZB., nr. 8/360, H. 1179/M. 1765-1766; BOA, C. ZB., nr. 8/360, H. 1179/M. 1766.

¹³¹ Askeri-Reaya ayrımı için bkz. **Akyılmaz, Gül** (2004) "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 2, s. 3.

¹³² "...Benim vezirim silahdar-ı sabık Ağrıboz'da olan Hamza Paşa'nın tuğu ve sancağı ref' ve kendisi Dimetoka'ya nefyi..." T.S.MA.e., nr. 784/4. H. 1178/M. 1764/1765.

¹³³ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/1217, H. 1125/M. 1713. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, C. DH. nr. 231/11539, H. 1212/M. 1798. Zimmette bulunan devlet haklarını hazineye vermeyerek yalan beyanda bulunma ile ilgili belge için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/345, H. 1126/M. 1714.

görülmektedir.¹³⁴ Vakıf aidatını zarara uğratma, vakıf konusu malı mütevelliden gasp etme şeklinde ifade edilen suçlar, sürgün cezasının verilmesine neden olmuştur. Vakıf malı üzerindeki görevi kötüye kullanma suçuna örnek Üsküp'te yer alan Camii'nin hatibi Ali isimli şahsın vakıf gelirlerini zimmetine geçirmesinin yanında, camiinin kurşunlarını da satın parasına el koymasındır. Kayıttan söz konusu suçu kardeşi ile birlikte işlediği anlaşılmış, her ikisinin de İzveçan Kalesi'ne sürgün edilmesi emredilmiştir.¹³⁵

Belgelerde “*zimmete ulufe geçirme*” tabiri de geçmektedir. 1710 senesine ait iki belgede askerlerin maaşlarıyla ilgili yapılan usulsüzlük dikkati çekmektedir. Şam beylerbeyine gönderilen bir hükümde mevcut olmayan askerleri kayda geçirerek ücretlerini kendine alan Süleyman Kethüda¹³⁶ ve Tımaşvar Beylerbeyi ve Tımaşvar kadısına gönderilen hükümde ise kalede görevli olan askerlerin maaşlarını zimmetine geçiren Gönüllüyan Ağası İbrahim'in ailesiyle beraber Belgrad'a sürüldüğü kaydedilmiştir.¹³⁷ Muğla kadısına verilen hükümde ise Muğla'da yaşayan iki müderrisin ahalden haksız para alma ve evleneceklerden haraç alma gibi suçları üzerine sürgün edilmesi söz konusudur.¹³⁸

Evrakta sahtecilik suçu genellikle reaya tarafından işlenen bir suç olmakla birlikte bu suçu farklı menfaatler elde etmek amacıyla kamu görevlileri arasında da irtikab eden kişiler mevcuttur. Evrakta sahtecilik, sahte hüccet, mazhar ve ferman hazırlama, sahte mühür kazıtma ya da imzayı taklit etme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Belgeler arasında en ilgi çekici kayıt “*bordürlü hain*” olarak tanınan bir görevlinin (kâğıt haffafı) vekillerin imzalarını taklit ederek, yaptığı yüksek meblağdaki yolsuzluktur. Kayıtta görevli “*katle bedel sürgün*” ifadesiyle Mısır'a sürgün edilmiştir. Belgenin sonunda şayet İstanbul'a dönerse idam edileceği uyarısı

¹³⁴ Vakıf görevlilerinin kanuna aykırı işlemleri 17. yüzyıl Divan-ı Hümayun'a gönderilen şikayetlerde de öne çıkmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Okur Gümrükçüoğlu, Saliha** (2020) Osmanlı Devletinde Hak Arama Özgürlüğü, İstanbul, Adalet yayınevi, s. 183

¹³⁵ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/140, H. 1122/M. 1710. Vakıf mütevellî vekilinin vakıf malına verdiği zarar sebebiyle sürgüne gönderilme örneği için bkz. BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/336, H. 1123/M. 1711; BOA, Cevdet Evkaf (C. EV.) nr. 241/12014, H. 1209/M. 1794; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/3052, H. 1120/M. 1709; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/436, H. 1126/M. 1714. Vakıf işlerine müdahale için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/317, H. 1120/M. 1709.

¹³⁶ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/64, H. 1122/M. 1710. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 121/1366, H. 1125/M. 1713; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 121/1380, H. 1125/M. 1714.

¹³⁷ “..... *te'dib olmağın mezbûrun ta'addîsi üzerlerine men' ü def' olunmak bâbında emr ü şerifim virilmek (---) ilâm etmeleriyle siz ki mûmâ-ileyhümâsız mezbûr İbrâhîm îyâliyle Belgrad'a nefy ü iclâ olunmak için yazılmışdır.*”BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/161, H. 1122/M. 1710.

¹³⁸ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/861, H. 1121/M. 1709.

dikkat çekmektedir.¹³⁹ Evrakta sahteciliğe bir başka örnek ise 1737 senesinde Divan-ı Hümayun katiplerinden Azmi isimli bir şahsın sahte ferman çıkarmasıyla ilgili kayıttır. Belgeye göre Divan-ı Hümayun katibinin kalebent ve sürgün cezaları hakkında af fermanı çıkardığı anlaşılmaktadır. Suçlunun bir daha İstanbul'a ayak basmamak şartıyla sürgüne gönderilmesine karar verilmiştir.¹⁴⁰ Anadolu valisine ve Kütahya kalesi dizdarına gönderilen bir hüküm diğer belgelere göre ilgi çekicidir. Kethüdayeri olan Ahmet'in Alaybeyi Ali'nin para ve mal gaspından dolayı hakkında çıkarılan sürgün kararının sahte olduğu iddia edilerek uygulamaya konmamıştır. Buna karşılık aynı kazada yaşayan, fakat herhangi bir suça karışmamış olan Ahmet'in kalebentlik cezasına çarptırıldığı, derhal serbest bırakılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴¹ İncelenen bu belge evrakta sahteciliğin yüzyıl içerisinde yaygınlaşmaya başladığının bir göstergesi olarak yorumlanabilir.

b. Görevi İhmal

Kamu görevlilerinin sorumlu olduğu alanla ilgili yetkilerini kötüye kullanmanın dışında, verilen görevi yerine getirmeme, görevi yerine getirirken ihmalkâr davranışlar içinde bulunma belgeler arasında sürgün cezasını gerektiren suç tipleri arasında sayılır. 1788 senesinde geçen bir kayda göre Yeniçeri Ağası Ali Paşa kule muhafazasına memur edildiği halde görev yerine gitmediği için Bozcaada Kalesine sürgün edilmiştir. Burada zikredilmesi gereken bir diğer husus ise Ali Paşa'nın sürgüne gönderilmeden önce mukataa gelirinin elinden alınmasıdır.¹⁴²

Bir diğer örnek görev süresi sona ermeden görevi bırakan memurların sürgün ile uyarılmalarıdır. Buna göre İsfahan ve Hamedan bölgelerinde seraskerlik görevini ifa eden memurlar hizmet süreleri dolmadan görev yerlerini terk etmişlerdir. Bunun üzerinde askerlerin gelirlerinin hazineye kalması gerektiği emri verilmiş ve dirlikleri ile irtibatları kesilmiştir. Alınan karara itiraz edenlerin ise kalebent kalebent olarak sürgüne gönderilmesi kararı verilmiştir.¹⁴³ Görevi ihmal olarak değerlendirilebilecek bir diğer örnek ise görevlinin yaptığı işte özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim 1793 senesinde Sinop yoklamasına memur edilen Kâtip Ahmed Reşid'in görevini

¹³⁹ BOA, C. ZB., nr. 32/1584, H. 1190/M. 1776-1777. Bir başka kayıтта sahte mühür kazıtılarak usulsüz bir şekilde timar tevcihleri yapan timar sahibi Trabzon'a sürülmüştür. Bkz. BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/168, H. 1122/M. 1710-1711. Had ve kısas cezalarında tazir uygulaması için bkz. **Avcı, Mustafa** (2004) Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul, Bilimevi Basım Yayın, s. 95 vd.

¹⁴⁰ BOA, İE. DH. nr. 28/2495, H. 1137/M. 1737.

¹⁴¹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/1161, H. 1125/M. 1713-1714.

¹⁴² BOA, C. ZB. nr. 84/4181, H. 1202/M. 1788. Görevi ihmal suçu için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/345, H. 1118/M. 1706; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/45, H. 1126/M. 1714; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 127/261, H. 1130/M. 1718 vb.

¹⁴³ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 134/504, H. 1139/M. 1727. Benzer bir kayıt için bkz. BOA, Ali Emiri Abdülhamid I (AE. SABH.) I., nr. 17/1492, H.1200/M.1786; BOA, Ali Emiri Selim III (AE. SSLM. III.) nr. 167/10007, H. 1208/M. 1794.

titizlikle yapmadığı gerekçesiyle Rodos Adası'na sürgün edilmesine karar verilmiştir.¹⁴⁴

c. Vergi tahsilindeki yolsuzluklar

18. yüzyıl, vergilerin toplanması konusunda önemli zorlukların yaşandığı bir dönem olarak kayıtlara geçmiştir. Gerek vergi oranlarının yüksekliği gerekse halkın ekonomik açıdan zor durumda olması vergi tahsilindeki sıkıntıları beraberinde getirmiştir. Dönemin şartları, bu alanda görevli olanların görevi suistimalleri halkın daha da mağdur olmasına yol açmıştır. Vergi almaya memur olan görevliler kimi zaman vergileri gereğinden fazla alarak halkı zor duruma düşürmekle beraber, kimi zaman ise vergilerin sağlıklı bir şekilde toplanmasına mâni olmuşlardır. Osmanlı idaresi “*kanunda yazılı olandan fazla*” vergi alarak halka zulmeden memurları sürgüne göndermekte tereddüt etmemiştir. Ankara’da yaşayan yörüklerden fazla vergi aldığı tespit edilen mukataa mutasarrıfı İbrahim’in sürgün edildiği kayıt bu duruma bir örnektir.¹⁴⁵ Kayıtlarda benzer suçlu işleyen gayrimüslimler kethüdası Duremeş isimli zimminin haksız bir şekilde ahaliden fazla vergi alması sebebiyle Kıbrıs Adası’na sürgün edildiği anlaşılmaktadır.¹⁴⁶ Belgeler arasında halktan haksız yere vergi toplamanın yanında evlenecek çiftlerden kanuna aykırı para talebi de dikkati çekmektedir.

Osmanlı’da evlenecek çiftlerden nikah öncesi “Arûs Resmi” (Nikah Harcı) ismiyle belli oranda vergi alındığı bilinmektedir. Kayıtlarda örneklerine 16. yüzyıldan itibaren ulaşılabilen nikah harcı, evlenecek olan kişilerin maddi imkanlarına göre değişiklik arz etmektedir. Ayrıca aynı yüzyıldan itibaren kadı izniyle imam ve hatiplerin de nikah kıyma hakkı mevcuttur.¹⁴⁷ İncelen kayıtlar arasında Kütahya mütesellimine gönderilen bir hükümde Saray karyesinde hatiplik yapan ve nikah kıyma izni olan Osman Efendi’nin evlenecek çiftlerden hukuka aykırı bir şekilde talep ettiği meblağ dikkate değerdir. Hatibin gerek haksız tekalif gerekse usulsüz para talebi sürgün cezası almasına sebep olmuştur¹⁴⁸.

Vergi toplamada yolsuzluklar dışında bazı memurlar vergi tahsiline mâni olmak amacıyla halk arasında kargaşa çıkarmaktaydı. Halkı devlete vergi

¹⁴⁴ BOA, Cevdet Maliye (C. ML.) nr. 414/16879, H. 1207/M. 1793.

¹⁴⁵ BOA, A. DVNS, MHM. d. nr. 117/115, H. 1122/M.1710. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/514, H. 1123/M. 1712; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 111/1944, H. 1112/M.1701; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/115, H. 1122/M. 1710. vb.

¹⁴⁶ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/856, H. 1124/M. 1712.

¹⁴⁷ Aydın, M. Akif (1982) “Osmanlı Hukukunda Nikah Akitleri”, The Journal of Ottoman Studies, C: 3, s. 4-5.

¹⁴⁸ “...tekâlifleri tevzi’ata muradı üzerine kendüye akçe konmadıkça tevzi’ itdirmeyüb ve ana kız virmek murâd itdikleri ’alenen beşer yüz gurusların almadıkça nikâh itdirmeyüb...” BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/1278, H. 1121/M. 1710.

ödememeleri konusunda kıskırtan memurlara rastlanmaktadır.¹⁴⁹ Kimi zaman ise halk ağır vergiler sebebiyle vergi memurunu şikâyet etmiştir. Örneğin Rodoscuk Naibine gönderilen bir hükümde, kaza halkı mahkemeye başvurarak kasaba voyvodası Yeniçeri Mustafa'yı şikâyet etmiştir. Şikâyet konusu, zımmi halktan kanuna aykırı vergi tahsil etmeye çalışmasıdır. Söz konusu şikâyet sonrası voyvoda hakkında mahkemenin sürgün kararı çıkmıştır.¹⁵⁰

Osmanlı Devleti'nde tahsildarların vergi toplamakla ilgili usulsüzlükleri yalnızca vergiyi kanuna aykırı toplamak ve vergileri zimmetlerinde toplamak değildir. Ayrıca halktan topladıkları zahireleri düşman gemilerine sattıklarına dair kayıtlar da azımsanmayacak ölçüdedir. Nitekim belgelerde "*kefere gemilerine buğday satmak*"¹⁵¹, "*düşman gemilerine zahire satmak*"¹⁵² şeklinde ifadesini bulan bu suç işleyenlerin ebediyen sürgün cezasına çarptırılacakları uyarısı dikkati çekmektedir. Nitekim 1709 tarihli bir belgede, kaza dahilinde zahire sıkıntısı başlayacağından idareci ya da halktan her kim bu suç işler, düşmanlara zahire satışına engel olmaz ise "*ebediyen sürgün edilme*" uyarısı yapılmıştır.¹⁵³

d. Eşkîyalık Yapma ve Eşkîya ile İş Birliği İçinde Olma

Kamu görevlilerinin işledikleri suçlar arasında görevi suistimal bakımından en önemli suç şüphesiz gasp, soygun, öldürme gibi eşkıyalık yapma veya söz konusu suçlarda eşkıya ile birlik olup, eşkıyaya yardım ve yataklık etmektir. Ancak kamu görevlilerinin söz konusu suç işlediklerini ifade eden kayıtlar istisnai niteliktedir. Bununla birlikte Ermenek'de görevli bir kadı eşkıya ile iş birliği yaparak mahkeme basıp adam öldürülmesine sebebiyet verdiği gerekçesiyle sürgün edilmiştir.¹⁵⁴ Benzer bir suçun mahkeme başkatibi tarafından da işlenmiş, eşkıyaya yardım ve

¹⁴⁹ BOA, A. DVNS. MHM., d. nr. 115/1682, H. 1119. Benzer kayıt için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/1682, H. 1119/M. 1707.

¹⁵⁰ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/83, H. 1126. Benzer kayıt için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/424, H. 1126/M. 1714.

¹⁵¹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/1062, H. 1125. "...ve zikr olunan hinta ve şâirden ziyade ve yahud mükerrer nakline rıza ve cevazdan ve yedlerinde serahatan zahire iştirasına ruhsatı havi emr-i şerifim olmayan ahar müste'men sefinelerine hilaf-ı emr u rıza habbe-i vahide zahire bey' ve itasmdan..." Konu ile ilgili bkz. **Utkan, Halil** (1995) Başbakanlık Osmanlı Arşivi 17 Numaralı Zehâir-i Rikab Defteri'ne (1788-1791) göre İstanbul'un İaşesinin Temini, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 35.

¹⁵² BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/424, H. 1126/M. 1714; AE. SAMD. III., nr. 110/10822, H. 1141/M. 1729.

¹⁵³ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/759, H. 1121/M. 1709.

¹⁵⁴ A. DVNS. MHM. d., nr.115/2832, H. 1120. Eşkîya ile iş birliği yapma kayıtları için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/655, H. 1124/M. 1712; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/3029, H. 1120/M. 1708; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/665, H. 1121/M. 1709.

yataklık yapması sebebiyle suçlunun Limni Adasına sürgün edilmesine karar verilmiştir.¹⁵⁵

Öte yandan bir grup eşkıyayı toplayıp, gasp, hırsızlık, halka kötü muamele yapan görevlilerin çoğunlukla ehl-i örften (yeniçeri, subaşı, çavuş vb.) olduğu tespit edilmiştir.¹⁵⁶ Bir diğer örnek Trabzon ilinde kale muhafazası görevinde olan Ahmet, Hüseyin ve Süleyman'ın eşkıya başlarıyla birlikte halka zulmetmeleri sebebiyle görevlerinden ihraç edilip sürgüne gönderilmesidir.¹⁵⁷ Başka bir kayıтта ehl-i örf grubundan yeniçerinin ahaliden birini yaralayıp malını gasp etmesi sonucu sürgün edildiği görülmektedir.¹⁵⁸ Kamu görevlilerin doğrudan adam öldürme suçuna karıştığı kayıtların oldukça az olduğunu söylemek mümkündür.

Dikkati çeken bir başka kayıтта müderris olan kişilerin eşkıya gibi mahkeme basma suçu işlemeleridir. Aydın muhassılı ve Bozcaada kadısına gönderilen bir hükümde Güzelhisar kazasında bulunan Ahmed Paşa Camii imamı ve Ali Han Medresesi'nin müderris ve evkaf mütevellisi Müftü oğlu Mehmed'in mahkeme basarak yargılamaya müdahale ettikleri ve ahalinin hak kayıplarına sebep olmalarından dolayı sürgün edildiği anlaşılmaktadır.¹⁵⁹

e. Halka kötü muamele ve zulüm

Halka kötü muamele şeklinde özetlenen bu tanım belgelerde halkın mağdur edilmesi, biktırılması, rencide edilmesi şeklinde geçmektedir. Bunun yanında halka baskı yaparak zulüm ve teaddide bulunmak da bu başlık altında zikredilmesi gereken suç tiplerindedir.¹⁶⁰ Gayrimüslim memurların da halka zulüm ve kötü muamele sebebiyle sürgün edildiği dikkat çekmiştir. Karahisar-ı Sahib Kazası mütesellim ve naibine gönderilen bir hükümde bölgede Ermeni topluluğundan Erzurumlu Erotin isimli kişinin halka zulmetmesi sebebiyle sürgün edilmiştir.¹⁶¹

¹⁵⁵ BOA, İE. DH. nr. 21/1919, H. 1118/M. 1706. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, AE. SAMD. III., nr. 127/12466, H. 1141/M. 1728; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/3055, H. 1120/M. 1709; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/428, H. 1126/M. 1714.

¹⁵⁶ BOA, AE. SSLM. III, nr. 29/1654, H. 1207/M. 1793. "...merkûm Deli Mustafa ve avanesinden olan Yazıcı Mustafa nam şakilerin vaki' olan zulüm ve teaddilerinin fukara üzerinden men'i ve defaatle te'diblerini müsted'i kaza-ı mezkûre ber vechi ma'îşet...". Benzer kayıtlar için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/473, H. 1121/M. 1709; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/556, H. 1121/M. 1710.

¹⁵⁷ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 111/1816, H. 1112/M. 1701.

¹⁵⁸ BOA, AE. SAMD. III., nr. 70/7052, H. 1121/M. 1709. Katl ve yağma ile halka zarar verme için bkz: BOA, C. ZB., nr. 71/3546, H. 1169/M. 1756; BOA, C. ZB., nr. 90/4495, H. 1198/M. 1784.

¹⁵⁹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/2813, H. 1120/M. 1708. Davalara müdahale etme suçu için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/266, H. 1122/M. 1711.

¹⁶⁰ Halka zulmetme suçu için benzer kayıtlar: BOA, AE. SAMD. III., nr. 127/12499, H. 1135/M. 1723; A. DVNS. MHM. d., nr. 116/404, H. 1121/M. 1709; A. DVNS. MHM. d., nr. 116/556, H. 1121/1709; BOA, AE. SAMD. III., nr. 123/12084, H. 1123/M. 1711; BOA, HAT, nr. 201/10273, H. 1210/M. 1796; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 112/1226, H. 1114/M. 1702

¹⁶¹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 124/15, H. 1128/M. 1716.

Halka zulmetme ya da zarar verme suçundan kimi zaman sadece memurun kendisi değil suça iştirak ettiği adamları ile beraber sürgün edilmiştir. Maktul Ahmed Paşa'nın yeğeni Mahmud Bey ve kethüdası ile maiyetindeki adamlarının halka zarar vererek miri malın tahsilinde güçlük çektirdiklerinden cürmü işleyenler topluca sürgün edilmişlerdir.¹⁶² Halka zulmetme suçu için sürgün cezasının caydırıcılık noktasında hafif kaldığı ve 1789 tarihli bir hatt-ı hümayun ile halka zulmeden kadı, molla, naiblerin sürgün edilmeyerek katledilmeleri emri verilmiştir.¹⁶³

Osmanlı'da gayrimüslim halkın can güvenliği, dini yaşayışındaki serbestlik Devletin teminatı altındadır. Kamu görevlilerinden söz konusu temel haklara riayet etmeyenlerin de ceza olarak sürgüne gönderildiği anlaşılmaktadır. Nitekim Kudüs-ü Şerif sancağı mutasarrıfına gönderilen bir hükümde Cebecibaşı vekili olarak tayin edilen kethüdanın göreve başlar başlamaz, zımni halkın ibadetgahları olan kiliselere yönelik zulüm ve tecavüzde bulunduğu ifade edilmiş ve adamlarıyla sürgün edilmesi emri verilmiştir.¹⁶⁴ Dikkat çeken bir diğer belge, yeniçerilerin bir ruhbana kötü muamele etmesi üzerine sürgüne gönderildiği hadisesidir. Söz konusu olay 1724 tarihinde geçmekle beraber bölgedeki ruhbanlara zulmeden ve çocuklarını kaçıran yeniçeri grubunun tamamı Ruh Kalesi'ne sürgün edilmiştir.¹⁶⁵

Osmanlı uygulamasında halkı itikadi olarak şüpheye sevk edecek konuşmaların veya faaliyetlerin yayılmasını önlemek için de sürgün cezasının uygulandığı anlaşılmaktadır. Nitekim Samsun Kalesi dizdarına verilen bir hükümde vaizlik yapan Abdullah'ın "*ehl-i sünnet mezhebine muhalif kelama cesaret ile sünnet-i mezkûreyi terke müzevvir ve mürtetekib kebîreye ikfâr*" ve "*nice kelimât-ı bâtıla ile halkın itikadına halel vermekte*" olması sebebiyle itikadi noktalarda ahalinin zihnini karıştıracak konuşmalar yapmasıyla Kefe'den Acu'ya sürülmesine karar verilmiştir. Ancak vaiz Abdullah'ın burada da faaliyetlerine devam etmesi üzerine Trabzon'a sürgün kararı çıkarılmış ve işbirlikçileri de kalebent cezasını almıştır.¹⁶⁶

4. Sürgün Cezasının Af Gerekçeleri

Osmanlı Devleti zamanından günümüze toplu bir sürgün affı belgesi ulaşmamıştır. Bunun bir sebebi Osmanlı Devleti döneminde toplu affın yalnızca

¹⁶² BOA, C. ZB., nr. 59/2928, H. 1139/M. 1726. Benzer kayıtlar için bkz: A. DVNS. MHM. d., nr. 122/419, H. 1126/M. 1714; A. DVNS. MHM. d., nr. 122/298, H. 1126/M. 1714; BOA, C. ZB. nr. 71/3546, H. 1169/M. 1756; BOA, C. DH., nr. 287/14318, H. 1196/M. 1782; C. ZB., nr. 70/3487, H. 1203/M. 1789; BOA, HAT, nr. 1472/45, H. 1213/M. 1799.

¹⁶³ BOA, TS. MA. e., nr. 806/67, H. 1203/M. 1789.

¹⁶⁴ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/999, H. 1121/M. 1709.

¹⁶⁵ BOA, A. DVN. MHM. d., nr. 132/446, H. 1137/M. 1724. Benzer kayıt için bkz. BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/999, H. 1121/M.

¹⁶⁶ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/334, H. 1123/M. 1711. Benzer bir kayıt için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 122/56, H. 1126/M.1714; BOA, AE. SOSM. III., nr. 57/4149, H. 1169/M. 1756.

padişahların tahta yeni çıktıklarında (*cülus merasimi*) ve II. Meşrutiyet ilan edildiğinde görülmesidir.¹⁶⁷ Bu durumun bir diğer sebebi de sürgünlerin tamamen kişiye özel değerlendirilmiş olmasıdır. Padişahların kendilerine iletilen münferid af taleplerini genellikle geri çevirmedikleri anlaşılmaktadır. Padişahların çıkardığı Hatt-ı Hümayunlarda af talepleri yer almaktadır. Sürgün affı hakkında istatistiki veri oluşturabilmek için 1840-1903 yıllarını kapsayan on adet nefy-ü kısas ve kısas defterlerinin taranması ile mümkün olabilir.¹⁶⁸ İncelenen arşiv kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla sürgüne gönderilen kişilerin ıslah olması, yaşlanmaları, hastalanmaları, ailelerinin zor duruma düşmeleri sürgün cezalarının affına sebep olmuştur. Dolayısıyla sürgün cezalarının affedilme sebepleri de kişilere göre çeşitlilik göstermektedir.

Af gerekçelerinin farklı şekillerde gerçekleştiğini benzer belgelerde görülmektedir. Bunlardan biri suçlunun “*ıslah olduğu*” yönündeki kanaattir. Pek çok belgede suçlunun uslandığı gerekçesiyle sürgün cezasına son verilmiştir.¹⁶⁹ Bir diğer af gerekçesi, şartlı tahliye olarak ifade edilebilecek durumdur. Örneğin Ağrıboz Adası’na sürgün edilmiş olan Cebeci Ocağı kethüdasının İstanbul’a gelmemek şartıyla affedildiği anlaşılmaktadır.¹⁷⁰ Sürgünde olan kişinin ailesinin kendisine ihtiyacı olması veya yakın akrabalarının hastalığı da af gerekçesi olarak uygulanmıştır.¹⁷¹ Sürgünde olan kişinin geride bıraktığı ailesinin af talebinin

¹⁶⁷ **Mumcu, Ahmet** (1985) s. 144-146; Örneğin II. Meşrutiyet’in ilanından sonra sürgündeki siyasi sebeplerle mahkûm edilen kimseler tahliye ve edilerek İstanbul’a dönmüşlerdir. Bkz. **Acehan, Abdullah** (2008) “Osmanlı Devleti’nin Sürgün Politikası ve Sürgün Yerleri”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C: 1, S: 5, s. 19-20.

¹⁶⁸ **Köksal, Osman** (2006) s. 303-304.

¹⁶⁹ BOA, AE. SMST. III., nr. 150/11816, H. 1187/M. 1774. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, Cevdet Belediye (C. BLD.) nr. 105/5243, H. 1210/M. 1795; BOA, AE. SMST. III., nr. 150/11816, H. 1187/M. 1774; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/46, H. 1118/M. 1706; BOA, AE. SAMD. III., nr. 88/8745, H. 1130/M. 1718. vb.

¹⁷⁰ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/1011, H. 1124/M. 1712. Benzer kayıtlar için bkz: AE. SOM. III., nr. 30/2106, H. 1168/M. 1755; BOA, İbnülemin Müsted’iyat (İE. MT.) nr. 3/300, H. 1117/M. 1706; BOA, SAMD, III., nr. 98/9750, H. 1142/M. 1729; BOA, Cevdet Askeriye (C. AS.) nr. 1132/50289, H. 1178/M. 1764. vb.

¹⁷¹ Tokat naibine gönderilen bir hükümde Müderris Seyyid Abdülbaki’nin babasının vefat etmesi ve annesinin de hasta olması üzerine sürgün cezasının affedildiği ve memleketi olan Tokat’a yerleşmesine izin verilmiştir. Bkz. BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/2403, H. 1120/M. 1708. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/434, H. 1121/M. 1709; BOA, HAT, nr. 206/10854, H. 1205/M. 1791; BOA, AE. SABH. I., nr. 368/25728, H. 1203/M. 1789; BOA, TS. MA. e., nr. 169/33, H. 1212/M. 1798. Evlatlarına merhameten af kayıtları için bkz: BOA, Cevdet İktisad (C. İKTS) nr. 25/1226, H. 1207/M. 1793.

yanında¹⁷², suçlunun kendi durumu ile ilgili gerekçe de af hükmünün verilmesine sebep olmuştur. Nitekim Divan-ı Hümayun çavuşlarından bir şahıs Gelibolu'ya sürgün edilmişken ihtiyarlığı sebebiyle affa uğramıştır.¹⁷³

Af gerekçeleri içerisinde suçluların bir kamu hizmetini yerine getirmesi¹⁷⁴, sürgün dönemindeki iyi hallerine yapılan şahitlik ve kefalet ile serbest bırakıldıkları tespit edilmiştir.¹⁷⁵ Öte yandan kendi sürgün cezası için af talebinde bulunan kişilerin kayıtları da mevcuttur. Nitekim sefere katılmama ve haksız yere aldığı para sebebiyle sürgüne gönderilen Eskişehir Kethüdası, aldığı parayı iade ve gelecek sefere katılmak şartıyla affını talep etmiştir.¹⁷⁶

Suçlulara verilen cezaların infaz edildiği sürede değişikliğe uğradığı anlaşılmaktadır. Nitekim 1706 tarihindeki İstanköy Adası'nda geçen bir belgede sürgün edilen kişinin hürriyet kısıtlayıcı bir ceza olan kalebentlikten af edilerek hürriyet bağlayıcı ceza olan, bir adada hapis cezasına çarptırılması demek olan cezirebentliğe mahkum edildiği görülmektedir.¹⁷⁷ Öte yandan Manisa ilinde askerlerin düzeni ve hazırlığı konusunda ihmalleri görülen ve sefere gitmeyen üç müderris hakkında sürgün kararı verilmiş, sürgün süresi bir yıla yaklaşması sebebiyle Manisa naibi müderrislerin affedilmesini talep etmiştir. Ancak sürgün sebepleri askeri bir konuda olması sebebiyle durum Padişaha arz edilmiş, Padişah da sefer devam ettiğinden tekrar muharebeye çağrıldıklarında gitmeleri şartıyla sürgün cezasını affetmiştir.¹⁷⁸

¹⁷² BOA, HAT, nr. 203/10563, H. 1203/M. 1789. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, C. ZB., nr. 67/3319, H. 1111/M. 1700.

¹⁷³ BOA, C. ZB., nr. 31/1525, H. 1198/M. 1784. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/774, H. 1118/M.

¹⁷⁴ Dergâh-ı Ali kapıcıbaşısı sabık Tekfurdağı ayanı olan Osman, Midilli'de devam eden firkateyn inşasına nezaret etmek üzere affedilmiştir. BOA, AE. SSLM. III., nr. 372/21221, H. 1215/M. 1799-1800. Kalyon işlerine yardım şartıyla afv için bkz: BOA, C. DH., nr. 152/7598, H. 1206/M. 1792.

¹⁷⁵ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/2926, H. 1120/M. 1708. Halkın ve ileri gelenlerin talebi üzerine af için bkz: BOA, AE. SAMD. III., nr. 85/8477, H. 1124/M. 1712; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/3055, H. 1120/M. 1709; BOA, C. MF., nr. 58/2896, H. 1207/M. 1793. Suçlunun iyi haline binaen af için bkz: AE. SMST. III., nr. 169/13248, H. 1181/M. 1768; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 112/1356, H. 1114/M. 1702.

¹⁷⁶ BOA, C. DH., nr. 1412/57479, H. 1206/M. 1792. Seferde istihdam şartıyla afv kayıtları için bkz: BOA, TS. MA. e., nr. 706/14, H. 1158/M. 1745.

¹⁷⁷ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/694, H. 1118/M. 1706. Benzer kayıt için bkz. BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/508, H. 1121/M. 1709.

¹⁷⁸ "...Muma ileyhim müderrisinden olmalarıyla itlakları hususu eğer ki semâhatlü Şeyhülislam Efendi dâîlerinin işaretlerine menûd olub lakin madde-i nefyeleri mevâdd-ı askeriyyeden olduğuna mebni taraf-ı şahanelerinden ruhsat buyrulmaksızın efendî-i müşârun-ileyh dâîleri işarete cesaret edemeyeceği muhât-ı ilm-i âlileri buyruldukda fermân şevketlü kerâmetlü mehabetlü kudretlü veli nimetim efendim padişahım hazretlerindedir.

Son olarak kayıtlarda haksızlığı ya da suçsuzluğu anlaşılmasından dolayı affedilenler de mevcuttur. Örneğin İskenderiye sancakbeyine gönderilen bir hükümde Podgoriça bölgesinde kadılık yapan Ali Efendi ve kardeşi Osman'ın yapılan tahkikat sonucu haksız yere sürgün edildiği anlaşılmış ve sürgün hükmü kaldırılmıştır.¹⁷⁹ Prevadi naibi için yazılan diğer bir hükümde ise iftiraya uğradığı anlaşılan subaşı Ahmed'in sürgün cezasından affedilmesi ve evinde kalmasına izin verilmiştir.¹⁸⁰ Suçsuz olduğu anlaşılan bir başka sürgün cezası da 1713 tarihinde Rahova kadısına gönderilen bir hükümde açığa çıkmaktadır. Hükümde, zimmetine para geçirdiği iddiasıyla yargılanan bir görevlinin sürgün cezası aldığı, ancak söz konusu cezanın maddi olayla örtüşmediği ortaya çıkmıştır. Suçlanan görevli elindeki belgeleri ibraz ederek merkeze durumu izah edince iftiraya uğradığı anlaşılıp, sürgün cezası affedilmiştir.¹⁸¹

Belgelerden de anlaşıldığı üzere sürgün cezası alan kişilerin affedilme gerekçeleri çeşitlilik arz etmektedir. Bazı durumlarda suçlunun ıslah olması veya başka bir göreve tayini yahut bizzat sürgüne gönderilen kişinin af talebi bunda etkili olmuştur. Son olarak yanlış beyan sebebiyle sürgüne gönderilenlerin durumu açığa çıkınca da affedildikleri tespit edilmiştir.

SONUÇ

Antik dönemlerden bu yana farklı medeniyet ve coğrafyalarda uygulanan sürgün cezasının mekân ve insan arasındaki ilişkinin iradi boyuttan zorlayıcı bir boyuta geçişi olduğunu söylemek mümkündür. Sürgüne gönderilen kişi, bir bakıma kendine yabancılaşır ve kendi üzerindeki öz-yönetim duygusunu yitirir. Nitekim bu ceza çeşidindeki amaç da devletin kontrol gücünün, kişinin kontrol gücünden daha yukarıda olduğunu suçluya kabul ettirmektedir. Bu anlamda sürgün cezası bir bakıma açık hava hapisanesi gibi görünmez sınırlar içinde kişiyi tutma ve ıslah etme çabasının bir tezahürüdür.

Osmanlı'da sürgünün üç farklı şekilde uygulandığı tespit edilmiştir. İdari ve siyasi amaçlı olarak devletin menfaatlerine aykırı davranan kişilerin devlet görevinden uzaklaştırılmasını ifade eden sürgünler. Yeni fethedilen yerlere devletin

Hat: Bunlar itaat edüp sefere gitmediklerinden nefy olundular idi henüz sefer tamam olmadan itlakları nice münasib eğer yine muharebe tahakkuk eder ise sefere gitmek şartıyla ol vakt itlak olunabilirler." BOA, HAT, nr. 197/9888, H. 1206/M. 1792.

¹⁷⁹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/1224, H. 1121/M. 1710. Benzer bir kayıt için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/1353, H. 1122/M. 1710;

¹⁸⁰ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/107, H. 1122/M. 1710. Benzer kayıtlar için bkz: BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 111/1365, H. 1112/M. 1700; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 111/1993, H. 1113/M. 1701; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 115/1417, H. 1119/M. 1707; BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 116/377, H. 1121/M. 1709. vb.

¹⁸¹ BOA, A. DVNS. MHM. d., nr. 117/1166, H. 1125/M. 1713.

iskân politikasının bir sonucu olarak belli grupları yerleştirmesi şeklinde sürgünler ve hukuka aykırı olarak işlenen ve suç kapsamına giren fiillere verilen ceza olarak sürgünler.

Bu çalışmada sürgün cezasının Osmanlı uygulamasında hangi suçlara verildiği arşiv belgelerindeki verilere göre analiz edilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivinde kayıtlı 18. yüzyılda geçen sürgüne ait toplam 1924 belgeden 1300'den fazlası reayaya aittir. Buradan hareketle halkın eşkıyalık ya da gasp, adam yaralama gibi suçlara daha çok iştirak ettiği gözlemlenmektedir. Reayaya ait bu kayıtlar içinde gayrimüslimler de geçmektedir. Toplam 44 yerde “zımmi” ya da “gayrimüslim” şeklinde zikredilen kişiler fitne ve fesada sebebiyet verme ya da asayiş bozma gibi suçlar sebebiyle sürgün edilmişlerdir. Bunun yanında 1'i gayrimüslim olmak üzere 35 yerde kadınların sürgün kayıtlarına da rastlanmıştır. Sürgün edilen kadınların ahlaka aykırı hareket etme, köylüler arasında fitne çıkarma ve erkek kılığına girerek eşkıyalık yapma suçlarını işledikleri tespit edilmiştir. 35 kayıt arasından incelenen bir belgede cezası kesinleşen kadının sürgün yerine mahremi eşliğinde gönderildiği tespit edilmiştir.

İncelenen kayıtlara göre 534 belgede kamu görevlilerinin sürgün edildiğini görülmüştür. Bunlar içerisinde 380 belgenin ehl-i örf memurlarına ve 154'ünün ise ehl-i şer zümresine ait olduğu anlaşılmıştır. Bu oran bizlere yönetici olan kamu görevlilerine kıyasla müderris, kadı gibi ilmiyeden olan görevlilerin hukuka uygunluk bakımından daha özenli olduklarını kanıtlamaktadır. Memurlar içinde sürgün cezası alanların tercüman ya da zimmiler kethüdası gibi görevleri ifa eden gayrimüslim memurların on kişi olduğu tespit edilmiştir. Bunun yanında görev tanımı kayıtlardan anlaşılmayan şeyh veya molla olarak anılan kimselerin 72 belgede yer aldığı ve haklarında sürgün cezası verildiği tespit edilmiştir.

Suçlularla ilgili belgelerde sıkça geçen ifadeler “uygunsuz hal ve harekette bulunma”, “su-i halde bulunma”, “kendî halinde olmama”, “rıza-yı mülûkâneye hilafet etme”, “hilaf-ı rıza hareket etme”, “mugâyir-i rızâ-yı bârî hareket”¹⁸² şeklinde sıralanabilir. Söz konusu ifadeler belge konusuna göre değişmekle birlikte, kişinin yaptığı hukuka aykırı fiiller olarak yorumlamak mümkündür. Bu tanımların her birinin kendi içinde yeknesak bir suça tekabül etmediğini belirtmek gerekir. Nitekim uygunsuz hal ve harekette bulunma, bir belgede ahalinin mallarını yağma etmeye tekabül ederken; diğer bir belgede zimmetindeki alacağı vermeyen kişiyi nitelendirmektedir. Öte yandan kendi halinde olmamak tanımının ahali arasında nifak çıkarmak ile beraber gammazlama suçunu da işaret ettiği gözlemlenmiştir. “Rıza-yı mülûkâneye hilafet” etme ya da “hilaf-ı rıza hareket etme” suçları ise çoğunlukla padişahın emrine karşı gerçekleştirilen fiilleri kapsamaktadır.

¹⁸² “...diğer Ahmed nam kimesnelerin mugâyir-i rızâ-yı bârî harekete ibtidârları tahkik olunmuş olmağla...”

BOA, C. ZB., nr. 50/2486, H. 1145/M. 1733.

Makale içerisinde kategorize edilemeyen kimi suç çeşitleri arasında lale ve şükufe çiçeklerini defterde yazandan daha pahalıya satma, ölen babasının makamının başkasına tevzi olunması üzerine padişahı rahatsız etme sayılabilir. Memurlar konusunda titiz bir yönetim biçimi sergileyen Osmanlı Devleti, “*ahlaka mugayir*”, “*bî edebâne*” şeklinde geçen suçları işleyen memurları da sürgüne göndermiştir. Bu konuda özellikle ehl-i şer’ olarak vasıflandırılan müderrisler, müftüler, mahkeme kadıları; ehl-i örften beylerbeyi, voyvoda, çavuş, gibi topluma örnek teşkil etmeleri gereken kimselerden genel ahlak kurallarına titizlikle uymaları beklenmiştir. Bu duyarlılığı göstermeyen görevlilerin farklı cezalara çarptırıldığı, kimi zaman da sürgüne gönderildiği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak 18. yüzyıl boyunca görev yapan kamu görevlilerinin hukuka aykırı olarak işledikleri fiiller arasında zimmete para geçirme ve halka zulüm ve baskıda bulunmanın sıklıkla geçtiğini söylemek mümkündür. Ehl-i örf zümresi genellikle vakıf mallarında usulsüz tasarrufta bulunma, görev sırasında halktan cebren ve haksız yere para toplama suçunu işlemiştir. Ehl-i şer sınıfının suç tipleri ise yargılamada haksızlık yapma veya fitne ve fesada sebebiyet verme, rüşvet ile fetva verme, şeklinde tespit edilmiştir. Bunun yanında eşkıyalık yapma veya eşkıyaya yardım etme cürümlerini işleyenler çoğunlukla reayadan olsa da ehl-i örf sınıfından kamu görevlilerinin gerek eşkıya ile birlik olma sebebiyle gerekse bizzat suç işleyerek sürgün cezasına çarptırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla ehl-i örfün elindeki askeri gücü zaman zaman suistimal edip reaya aleyhine kullandığı anlaşılmıştır.

KAYNAKÇA

Arşiv Belgeleri

- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Bakanlığı (BOA);
Ali Emiri Mustafa III (AE. SMST. III.)
Ali Emiri Abdülhamid I (AE. SABH. I)
Ali Emiri Selim III (AE. SSSLM. III.)
Ali Emiri Ahmed III (AE. SAMD. III.)
Ali Emiri Osman III (AE. SOSM. III)
Bab-1 Asafî Divan-1 Hümayun Sicilleri Mühimme Defterleri (A. DVNS. MHM. d.)
Cevdet Adliye (C. ADL.)
Cevdet Zabtiye (C. ZB.)
Cevdet Eyalet-i Mümtaze (C. MTZ)
Cevdet Maarif (C. MF.)
Cevdet Evkaf (C. EV.)
Cevdet Maliye (C. ML.)
Cevdet Belediye (C. BLD.)
Cevdet Askeriye (C. AS.)
Cevdet İktisad (C. İKTS)
Cevdet Dahiliye (C. DH.)
Hatt-1 Hümayun (HAT)
İbnülemin Dahiliye (İE. DH.)
İbnülemin Müsted'iyat (İE. MT.)
Topkapı Sarayı Müzesi Arşivi Evrakı (TS. MA. e.)

Eserler

- Acar, Cafer** (2020) İslam'da Savaş, Cahiliye'de ve İslam'da Savaş Olgusu, Kahramanmaraş, Samer Yayınları.
- Acehan, Abdullah** (2008) "Osmanlı Devleti'nin Sürgün Politikası ve Sürgün Yerleri", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C: 1, S: 5, s. 12-29.
- Akgündüz, Ahmet** (1990) Osmanlı Kanunnameleri Hukuki Tahlilleri, C: I-II-IV, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, Ahmet** (1986) Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, 1. Baskı, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Akgündüz, Ahmet** (1999) "Osmanlı Hukuk Sisteminin Şer'iiliği Meselesi ve Kanunnamelerin Şer'i Tahlili", XV ve XVI. Asırları Türk Asrı Yapan Değerler, Abdülkadir Özcan (Editör), 1. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat, s. 153-175.
- Akman, Mehmet** (2004) Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık.
- Akşit, Cevat** (2011) İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, 3. Baskı, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık.
- Akyılmaz, Gül** (2004) "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı", Ankara, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 2, s. (0-0).
- Akyılmaz, Gül** (2008) "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1-2, s. 389-420.
- Altuncu, Abdullah** (2016) "Yahudi Geleneği Bağlamında Sürgün" Conference: II. Ortadoğu Konferansları: Ortadoğu'daki Çatışmalar Bağlamında Göç Sorunu Bildiri Kitabı, C: 2, Kilis, Türkiye, s. 517-524.
- Amir, Abdülaziz** (1969) et-Ta'zir fi'ş-Şeriatil-İslamiye, Kahire, Dârü'l-Fikri'l-Arabi.
- Arık, F. Şamil** (1995) "Eski Türk Hukukuna Dair Notlar" Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C: 17, S: 28, s. 3-50.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet- Yenidünya, A. Caner** (2007) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Avcı, Mustafa** (2014) Osmanlı Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları.
- Avcı, Mustafa** (2017) Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Konya, Atlas Akademi.
- Avcı, Mustafa** (2004) Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, 1. Baskı, İstanbul, Bilimevi Basım Yayın.
- Avcı, Mustafa** (2019) Hukuk Tarihimizde Hapis, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Avcı, Mustafa** (2006) "İslam'ın Ceza Hukukuna Katkısı", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 8, s. 113-148.

- Avcı, Mustafa** (2016) “Osmanlı Hukukunda Cezaların Tasnifi”, Gedikli, Fethi, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 639-656.
- Aydın, M. Âkif** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Aydın, M. Âkif** (1982) “Osmanlı Hukukunda Nikah Akitleri”, The Journal of Ottoman Studies, C: 3, s. 1-12.
- Babuş, Fikret** (2006) Osmanlı’dan Günümüze Etnik-Sosyal Politikalar Çerçevesinde Göç ve İskân Siyaseti ve Uygulamaları, 1. Baskı, İstanbul, Ozan Yayıncılık.
- Bardakoğlu, Ali** (1993) “Ceza”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), İstanbul, C: 7, s. 470-478.
- Bardakoğlu, Ali** (1996) “Had”, DİA, C:14, İstanbul, s. 547-551.
- Bardakoğlu, Ali** (1999) “Osmanlı Hukukunun Şer’iliği Meselesi”, Osmanlı: Teşkilat, Güler Eren (Editör) Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, C: VI, s. 412-417.
- Barkan, Ömer Lütfi** (1951) “Osmanlı İmparatorluğunda Bir İskân ve Kolonizasyon Metodu Olarak Sürgünler”, İ.Ü. İktisat Fakültesi Mecmuası, İstanbul, S: 4, s. 551-552.
- Barkey, Karen** (1999) Eşkıyalar ve Devlet: Osmanlı Tarzı Devlet Merkezileşmesi, (Çeviren: Zeynep Altok) 1. Baskı, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Behnesi, Ahmet Fethi** (1983) el-Ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî, Daru'ş-şurûk, Beyrut.
- Başoğlu, Tuncay** (2011) “Ta’zîr”, DİA, İstanbul, C: 40, s. 198-202.
- Berger A** (1953) Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 1. Baskı, Philadelphia, The American Philosophical Society.
- Bilmen, Ömer Nasuhi** (1967) Hukûku İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhiyye Kâmusu, 2. Baskı, İstanbul, Bilmen Basımevi.
- Black, Henry C.** (1951) “Black” Blacks Law Dictionary, West Publishers.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail** (1993) Sahîhu'l-Buhârî, thk. Mustafa Dîb el-Buga, C: 5, 2. Baskı, Dimaşk, Dâru Ulûmu'lİnsâniyye, 1993.
- Candan, Rabia Beyza** (2015) “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, s. 63-81.
- Cevâd Ali** (1976) el- Mufassal fi Tarihi'l-Arab Kable'l-İslâm, Dârü'l-İlm li'l-Melayin, C: V, Beyrut.
- Çelik, Gülfettin** (1999) “Osmanlı Devletinin Nüfus ve İskân Politikası”, Divan: Disiplinlerarası Araştırmalar Dergisi, C: 1, S: 6, s. 49-110.
- Daschke, D.** (2015) “The Politics of Exclusion Expulsions of Jews and Others from Rome,” People under power: Early Jewish and Christian responses to the Roman Empire, Labahn, M./Lehtipuu, O. (Editörler) Amsterdam University Press, s. 33-77.

- Daschke, D.** (2019) "How Deserted Lies the City: Politics and the Trauma of Homelessness in the Hebrew Bible", Leonard J, Greenspoon (Editör), Next Year in Jerusalem: Exile and Return in Jewish History, Purdue University Press, s. 29-48.
- Daşçıoğlu, Kemal** (2007) İşkân, Suç ve Ceza: Osmanlı'da Sürgün, 1. Baskı, İstanbul, Yeditepe Yayınları,
- Dikmen, Özgür** (2012) "Yahudi Tarih Yazımında Sürgün Kavramı", Mecmua Dergisi, C: 1, s. 81-93.
- Dinçol, Belkıs** (2003) Eski Ön Asya Toplumlarında Suç ve Ceza Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları.
- Doğan, Erdal** (2012) Hitit Hukuku: Belleklerdeki "Kayıp", 2. Baskı, Fam Yayınları.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1986) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 1918-2004, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Ebü Dâvûd**, Süleyman b. Davud b. Carud Farisi Tayalisi (1985) Müsnedu Ebî Davud et-Tayalisi, Beyrut: Dârü'l-Ma'rife.
- el-Maverdi**, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed (1973) el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Velayetü'd-Diniyye, Mısır.
- Ebü Ya'la** (1983) Muhammed b. Hüseyin el-Ferra, el-Ahkâmu's-Sultâniyye, Beyrut.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2008) Osmanlı Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.
- Erel, Zeynep Gül** (2012) Dede Cöngi's Risâletü's-Siyâseti's-Şer'iyye, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilkent Üniversitesi, Tarih Bölümü, Ankara.
- es-Şafii, Ebu Abdullah Muhammed İdris** (1393) el-Ümm, Beyrut.
- Forsdyke, S** (2005) Exile, Ostracism, and Democracy: The Politics of Expulsion in Ancient Greece, Princeton University Press.
- Gökcen, Ahmet** (1989) Tanzimat Dönemi Osmanlı Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, 1. Baskı, İstanbul.
- Gökmen, Ertan, Özdemir, Ömür Yazıcı** (2016) 812 Numaralı Ayniyat Defteri İşığında Aydın Vilayetinde Suç ve Ceza (1866-1877): (İzmir, Manisa, Aydın, Denizli, Muğla) İstanbul, Libra Kitap.
- Göyünç, Nejat** (1967) "Osmanlı Ceza Hukuku ile İlgili Belgeler", Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, İstanbul, S:3, s. 40-42.
- Halaçoğlu, Yusuf** (1988) XVIII. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nun İşkân Siyaseti ve Aşiretlerin Yerleştirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- İbn Manzur, Muhammed b. Mükerrrem Celaleddin (ty)**, Lisanu'l Arab, Daru's-Sâdır, Beyrut.
- İbn Nüceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefi (ty)**, el-Bahru'r- Raik Şerhu Kenzi'd-Dekaik, Beyrut.
- İmam Mâlik, Ebü Abdullah el-Asbahi el-Himyeri Malik b. Enes** (1992) el-Muvatta, Magrib, Dârü'l-Âfâkı'l-Cedîde.

- İnalcık, Halil** (2000) Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık.
- İnalcık, Halil** (1992) Osmanlı Hukukuna Giriş Örf-i Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları, Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi, İstanbul, Eren Yayıncılık.
- İnalcık, Halil/Anhegger, Robert** (1956) Kanunname-i Sultani Ber Muceb-i Örf-i Osmani II. Mehmed ve II. Bayezid Devirlerine Ait Yasakname ve Kanunnameler, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- İşşirli, Mehmet** (2008) "Sadrazam", DİA, C: 37, s. 414-419.
- İşbilir, Ömer** (2019) "Kalebent", DİA, C: Ek.2, s. 5-7.
- Kanat, Cüneyt** (2010) Ortaçağ Türk Devletlerinde Suç ve Ceza, 1. Baskı, İstanbul, Küre Yayınları.
- Karahan, Ü. O.** (2021) "Roma Cumhuriyet Döneminde Exilium (Sürgün)" Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S: 45, s. 441- 458.
- Karatas, Ali İhsan** (2009) Osmanlı Dönemi Bursa Sürgünleri (18-19. Asırlar), 1. Baskı, Bursa, Emin Yayınları.
- Keleş, H./Erol Şahin A. N./ Kiriş Avaroğulları A.** (2017) "Tarihsel Süreçte Suç ve Ceza", Demir Alparslan/Kalkan, Tuğba (Editörler) Türk Tarihine Dair Yazılar Prof. Dr. Eşref Buharalı'ya Armağan, 1. Baskı, Ankara, Gece Kitaplığı, s. 801-811.
- Kerimoğlu, Hasan Taner** (2007) "İkinci Meşrutiyetin İlk Yıllarında Sürgün ve Firariler Sorunu ve Fedakaran-I Millet Cemiyeti", Türk Dünyası İncelemeleri Dergisi, C: 8, S: 2, s. 133-150.
- Kılınç, Ahmet** (2014) Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihinde Teşhir Cezası, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kılınç, Ahmet** (2015) "Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili", Belleten, C: 79, S: 285. s. 531-557.
- Kirkor, Zohrap** (1909) Hukuk-ı Ceza, Ahmed Saki Bey Matbaası, İstanbul.
- Koç, Mehmet** (2017) "Osmanlı Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları, (Doktora Tezi) Necmettin Erbakan Üniversitesi, SBE, Konya.
- Kozak, İbrahim Erol** (2015) Genel Hukuk Tarihi: Kadim Dönemler, 2. Baskı, İstanbul, Polat Yayınları.
- Köksal, Osman** (2006) "Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hattı-ı Hümayunları", OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, C: 19, S: 19, s. 283-341.
- Köse, Saffet** (1999) "Osmanlıda Şer'î Cezalar", İslâmiyat, II/4, Ankara, s. 23-32.
- Köse, Osman** (2009) Osmanlı'dan Günümüze Eşkyaçılık ve Terör, 1. Baskı, Samsun, Kültür Yayınları.
- Kurt, Ali Osman** (2008) "Yahudilik'te Sürgün Metaforu: "Boş Ülke" Miti ve "İncir" Benzetmesi Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Milet ve Nihal, C: 5, S: 3, s. 257-267.

- Kurt, Ali Osman** (2006) “Yahudilik'te Sürgün Teolojisi: Tanrısal Bir Ceza Olarak Sürgün”, Dini Araştırmalar, S: Mayıs-Ağustos, C: 9, s. 61-78,
- Loddo L.** (2019) “Political Exiles and Their Use of Diplomacy in Classical Greece,” La rhétorique de la Diplomatie en Grèce Ancienne, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg.
- Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb,** el-Ahkâmu's-sultâniyye ve'l-vilâyâtü'd-dîniyye, thk. Nebil Abdurrahman Hayyavi, Dâru'l-Erkâm, Beyrut, ty.
- Meşe, Ramazan** (Bahar 2019) “İ'tizâr ve İsti'taf Şiiri-Cahiliye ve İslamî Dönem” Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi, S: 1, s. 195-215.
- Mumcu, Ahmet** (1985) Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, 1. Baskı, Ankara, Tarih ve Toplum Yayınları.
- Müslim, Ebü'l-Hüseyn el-Kuşeyri en-Nisaburi Müslim b. el-Haccac,** Sahih-i Müslim, Kahire, Dârü't-Tıbbâti'l-Âmire, 1329.
- Nişanyan, Sevan** (2021) Nişanyan Sözlük Çağdaş Türkçenin Etimolojisi, İstanbul, Liberus Yayınları.
- Okur Gümrükçüoğlu, Saliha** (2020) Osmanlı Devletinde Hak Arama Özgürlüğü, İstanbul, Adalet yayınevi.
- Onion, C.T.** (Editör) (1966) The Oxford Dictionary of English Etymology, Oxford, Clarendon Press “Diaspora”.
- Öğüt, Tahir/Küçük, Nihat** (2015) “18.Yüzyılda Kilis'te Okçu İzzeddinli Aşiretinin Vergi Direnci”, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi (AKAD), C: 7, N: 19, s. 46-73.
- Özkul, Ali Efdal** (2018) “XVIII. Yüzyılın ilk Yarısında Kıbrıs'ta Kalebentler ve Cezirebentler”, Hapishane Kitabı, Naskali Gürsoy, E./Altun Oytun, H. (Editörler), İstanbul, Kitabevi Yayınları, s. 130-139.
- Özdemir, Elif** (2018) 1 Numaralı Nefy ve Kısâs Defteri'nin (s.74-134) Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi, (Yüksek Lisans Tezi), Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Perruchoud, Richard /Redpath-Cross, Jillyanne** (Editörler), 2. Baskı, Uluslararası Göç Sözlüğü, Uluslararası Göç Örgütü (IOM) Yayınları.
- Polat, Hasan Ali** (2007) II. Meşrutiyet Döneminde Siyasi Sürgünler (1908-1918), İstanbul, Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Poyraz, Özlem** (2020) “Abdülmeccid Dönemi Hürriyet Bağlayıcı ve Kısıtlayıcı Ceza Uygulamalarına Dair Bir İnceleme” Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C: 0, S: 43, s. 497-518.
- Roth M, Michalowski P/Hoffner H.** (1997) Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor, Scholars Pr, s. 63, Westbrook, Raymond, Personal Exile in the Ancient Near East.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl** (1982) el-Mebsût, İstanbul, Çağrı Yayınları, C: IX.

- Sina, Ayşen** (2016) “Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina’da Yargıçlar ve Mahkemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C: Mart-Nisan, s. 123, s. 419-450.
- Şirbini, Muhammed b. Ahmet el-Hatib** (1958) Muğni’l-Muhtâc ilâ Marifeti Meâni Elfâzi’l-Minhâc, Mısır, C: V.
- Tekin, Yaşar** (1995) Şer’iyye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti’nde Ta’zir Suç ve Cezaları (1179/1765) (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tugay, Biray** (2013) Aydın Vilayetinde Sürgün: Tanzimattan Cumhuriyete Kadar, (Doktora Tezi), İzmir, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Taberânî, Ebü’l-Kâsım Müsnidü’l-Dünyâ Süleymân b. Ahmed b. Eyyûb** (1984) el-Mu’cemü’l-kebîr (nşr. Hamdî Abdülmecîd Selefî), Beyrut, XII.
- Tanoğlu, Ali** (1953) “İşkân Coğrafyası Esas Fikirler, Problemler ve Metod”, Türkiyat Mecmuası, C: 11, s. 1-32.
- Taşagül, Ahmet/Akıncı, N./ Yüksel, Ahmet Nuri** (2015) Kök Tengri’nin Çocukları: Avrasya Bozkırlarında İslam Öncesi Türk Tarihi, İstanbul, Bilge Kültür Sanat.
- TDK Sözlük** (2005) 10. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları.
- Türcan, Talip** (2010) “Sürgün”, DİA, İstanbul, C: 38, s. 164-166.
- Türkoğlu, H. Gökçen** (1996) Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Udeh, Abdulkadir** (ty), et-Teşri’u’l-cinâiyyi’l-İslâmî, I-II, Dâru’l-Kâtibi’l-Arabî, Beyrut.
- Uluçay, M. Çağatay** (1951) “Sürgünler” Belleten, C: 16, S: 60, Ankara, s. 507-592.
- Uluçay, M. Çağatay** (1955) XVIII ve XIX Yüzyıllarda Saruhan’da Eşkîyalık ve Halk Hareketleri, İstanbul, Berksoy Matbaası, s. 507-592.
- Uluçay, M. Çağatay** (1951) “Sürgünler Yeni ve Yakın Çağlarda Manisa’ya ve Manisa’dan Sürülenler”, Belleten, C: 15, S: 60, s. 507-592.
- Uslu, Rıfat** (2015) İslâm Hukukunda Sürgün Cezası, Yeni Fikir Dergisi, C:7, S:14, s. 120-131.
- Utkan, Halil** (1995) Başbakanlık Osmanlı Arşivi 17 Numaralı Zehâir-i Rikab Defteri’ne (1788-1791) göre İstanbul’un İfaşesinin Temini, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Üçok, Coşkun** (1947) “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-III”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1, s. 48-73.
- Yakut, Esra** (2011) Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Zuhayli, Vehbe** (1994) İslam Fıkıh Ansiklopedisi (trc. Ahmet Efe v. dğr.), İstanbul, Feza yayıncılık, C: 7.

İSPANYA'DA OLAĞANÜSTÜ HAL DÖNEMLERİNİN İNSAN HAKLARININ KISITLANMASI BAKIMINDAN GÜNCEL GELİŞMELER DOĞRULTUSUNDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Anıl Güven YÜKSEL**

ÖZET

Bu çalışma İspanyol anayasal sistemi içerisinde yer verilen çeşitli olağanüstü hal görünümünü insan haklarının kısıtlanmasına ilişkin önlemler bakımından değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Krizleri demokratik yollarla aşma yönünde geçici istisnai rejimlere işaret eden olağanüstü haller, özellikle içinde bulunduğumuz küresel pandeminin yönetimi bakımından güncel bir tartışma konusu haline gelmiştir. Bu anlamda sağlık, iç güvenlik ve savaş gibi büyük sorunları ayrı başlıklar altında birbirinden farklı olağanüstü hal usulleri olarak ele alan İspanyol sistemi, önerilen farklı düzeydeki uygulamalar sebebiyle incelemeye değer görülmüştür. Bu doğrultuda öncelikle olağanüstü hal kavramı genel hatları ve tarihsel anlamıyla ortaya konulmuş; bu dönemlerde tehdidin giderilmesi için uygulanan hak kısıtlamalarına ilişkin makul ölçütler anlatılmıştır. Devamında, İspanyol hukuk sisteminde olağanüstü hal rejiminin yerinin daha iyi kavranabilmesi adına İspanyol Anayasası (1978) ile olağanüstü yönetim usullerini düzenleyen organik yasa (LOEAE) ayrı ayrı incelenmiş; farklı koşullarda ortaya çıkan *alarm hali (estado de alarma)*, *istisna hali (estado de excepción)* ve *kuşatma hali (estado de sitio)* kendilerine özgü içerikleri ve usule ilişkin güvenceler dikkate alınarak analiz edilmiştir. Sonuç itibarıyla İspanyol sistemi kriz dönemlerine verdiği çeşitli cevapların etkinliği yönünden değerlendirilmiş; özellikle kamu sağlığı ve uluslararası toplum söz konusu olduğunda gündeme getirilecek belirli ve ayrı bir olağanüstü hal kategorisinin olağanüstü hallerin demokratik yönetimi ve insan haklarına kötü niyetli müdahalelerin engellenmesi bakımından işlevselliği ortaya konulmuştur.

Anahtar kelimeler: İstisna Hali, İnsan Haklarının Kısıtlanması, İspanyol Anayasası, Olağanüstü Hal, Orantılılık.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104477– Geliş Tarihi: 16.04.2022 – Kabul Tarihi: 23.07.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, agyuksel@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0408-8199.

THE EVALUATION OF EMERGENCIES IN SPAIN IN ACCORDANCE WITH THE RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS THROUGH CURRENT DEVELOPMENTS

ABSTRACT

This study aims to evaluate various states of emergency in the Spanish constitutional system in terms of measures to restrict human rights. The states of emergency, which point to temporary exceptional regimes to overcome the crises through democratic means, have become a topic of discussion, especially in terms of the management of the current global pandemic. In this sense, the Spanish system, which handles major problems such as health, internal security and war as different states of emergency under separate headings, was deemed worthy of examination due to the different levels of practice proposed. In this direction, first of all, the concept of the state of emergency has been put forward in its general lines and historical meaning; reasonable criteria regarding the rights restrictions applied in these periods to eliminate the threat are explained. Subsequently, the Spanish Constitution (1978) and the organic law regulating the states of emergency (LOEAES) were analyzed separately, in order to better understand the place of the emergencies in the Spanish legal system; the *state of alarm (estado de alarma)*, *state of exception (estado de excepción)* and *state of siege (estado de sitio)*, which occur in different conditions, are analyzed taking into account their specific content and procedural safeguards. As a result, the Spanish system has been evaluated in terms of effectiveness of various responses to crisis periods; the functionality of a specific and separate category of state of emergency to be brought to the agenda, especially when it comes to public health and the international community, has been demonstrated in terms of the democratic management of states of emergency and the prevention of malicious interventions in human rights.

Keywords: Exception, Proportionality, Restriction of Human Rights, Spanish Constitution, State Of Emergency.

GİRİŞ

Anayasa, hukuk devleti, insan hakları gibi kimi temel kavramların günümüz modern devlet sistemleri içerisinde, hem teorik tartışmaların yoğunluğu hem de ortaya çıkışlarından bugüne değin süregelen uygulamaların etkisiyle belirli bir olgunluk kazandığı söylenebilir. Kavramların artık belirginleşen içerikleri, bir yandan onları tanımlarken değinmenin zorunlu olduğu kimi yeni kurumlar üretmişken, diğer yandan bu temel adlandırmaların da zorunlu olarak birbiriyle bağlantılı ele alınması gerektiğini açıklıkla ortaya koymuştur. Bu durumda hukukun kendisine verilen değere ilişkin tartışmalara girmeksizin söylenebilir ki, hukuk ile ilintili çalışmalar, hukuki kurumların gerçek anlamıyla güvenceler tesis edip etmediğini test ederken, sonuç itibarıyla varılacak nokta çok sıra dışı da olsa belirli bazı yollardan geçmek zorundadır. Birey ile devlet arasındaki sürekli gerilimin temel taşlarından biri olarak insan haklarına yönelmiş çalışmalara özel olarak bakıldığında ise, anlamlı bir yığın içerisinde modern anayasacılık, hukuk devleti, özgürlük vb. ortak noktaların şüpheye mahal vermeksizin belireceğini söylemek mümkündür.

İnsan ve toplum yaşamını huzur içinde sürdürülemez hale getiren çatışmalardan azade bir sistemin esas belirleyicisi olduğunda etkin bir uzlaş sağlanan “insan hakları”, bir yandan akademik popülerliğini sürdürürken diğer yandan kendi direncinin sınındığı tarihsel gelişmelere cevap verebilecek yeni tartışmalara konu edilmektedir. Bu sınanma halinin bizzat kendisi elbette yeni değildir. Aksine neredeyse tüm modern sistemler devletin temel teşkilatından farklı olarak insan haklarını da kapsayan şekilde genişleyen anayasa metinlerinde, kendi akıbetleri açısından zaruri sayılan güvenlik - özgürlük dengesi için bir takım öngörülerde bulunmuş; hak ve özgürlüklerin kısıtlanması bakımından ilkeler ve koşullar belirlemiştir. Kısıtlamalara temel oluşturan kaynaklardan biri olarak olağanüstü hal ise, bahsedilen ilkelerin nispeten belirsizleştiği özel bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir hukuk sistemi içerisindeki yerinden denetlenmesine kadar çok sayıda ve yoğun tartışmalara konu olmakla birlikte, olağan hallerin sürekliliğine bahsedebileceğimiz kavramsal ve içeriğe dönük olgunluğun, olağanüstü hal yönünden aynı ölçüde söz konusu olamadığını söylemek gerekir. Bunun ilk nedeni, bahsedilen istisnai doğası ise, bir diğeri de kendisini mümkün kılan koşulların birbirinden son

derece farklı biçimlerde gelişebilme potansiyelidir. Bu şartlarda, bir öncesine hiç benzemeyen sebeplerle başvurulabilen olağanüstü yönetim rejimi, bilinmedik sürpriz uygulamalara mahal verebilecek; insan hakları hukuku ise uzun bir süre bu uygulamalara cevap üretmeye çabalayacaktır. Modern anayasaların, genellikle, bu zaman kaybına yönelik önlemler de içerdiğini söylemek gerekir. İşte bu çalışma da, bütün Dünyayı etkisi altına alan bir küresel sağlık krizinin aşılması için başvurulması olası yollardan biri olarak tartışmalara konu edilen olağanüstü hal rejimleri için, evrensel anlamda gerekliliklerin bir yansıması olan anayasal önlemler bakımından başka sistemlerle de karşılaştırılmayı mümkün kılacak bir uygulama örneği sunmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler sistemleri içerisinde küresel salgının yönetimi ve halk sağlığının korunması bakımından uluslararası yükümlülüklerle sahip İspanya'nın olağandan farklı bir sisteme hangi sebeplerle ihtiyaç duyduğu, bu gerekliliklerin hangi anayasal ve yasal temellerden kaynak aldığı ve bu uygulamada hak ve özgürlüklerin nasıl kısıtlandığı incelenecektir. Böylelikle, esasen insan hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması süreçleri bakımından farklı başlıklar altında öngörülen denetim biçimleri, umalım ki, bir hukuk sistemi içerisinde olağanüstü hallerin yeri ve etkisi hakkında fikir verecektir.

Çalışma içerisinde, öncelikle olağanüstü hal kavramının kendisi kısaca ele alınacak; devamında İspanyol anayasal sisteminde olağan olmayan gereklilik hallerinin sınıflandırılmasına değinilecektir. Olağanüstü hali inceleme altına almanın en temel motivasyonlarından biri olarak işaretlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meselesi ise, daha önce ortaya konan genel prensiplerin İspanya uygulamasına ilişkin özel başlıklarda yeniden düşünülmesine dayalı bir yöntemle ele alınacaktır. Bu son ana başlık altında, İspanya'da olağanüstü yönetim usullerine ilişkin esaslar ayrı ayrı ortaya konulduktan sonra, genel bir değerlendirme ile çalışma sonlandırılacaktır.

I. OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMLERİNDE GÜVENLİK VE İNSAN HAKLARI KAVRAMLARININ KARŞI KARŞIYA GELMESİ

A. OLAĞANÜSTÜ HAL KAVRAMI

Acil durumlarda ortaya çıkan kuvvet, yani bir anlamda olağanüstü halin kendisi, esas itibariyle modern anayasacılığın devlet kudretini sınırlandırmak olarak tanımlanabilecek o tek hedefine yönelmiş bir meydan okumadır.¹ Bu meydan okumayı, tarihsel süreç içinde bir takım çekirdek güvenceler eşliğinde anlam kazanmış anayasal devlet açısından, kontrol altında tutulması zamanla ters orantılı olarak işleyen tehditkâr bir güç olarak anlamak gerekir. Zira anayasacılık, siyasi iktidarı insan hakları lehine sınırlandırmak yolunda, her biri bir tecrübe sonrası düşünülerek kuvvetlendirilmiş kontrol mekanizmaları geliştirmiştir.² Yani, iktidarı sınırlandırmak amacı, kolaylıkla ve bir çırpıda anlamlı sonuçlar doğurmamış; insan hak ve özgürlüklerinin teminat altına alındığı iddia edilen olağan hukuk sistemlerinde dahi gerilimler uzun süre varlığını sürdürmüştür.³ Dolayısıyla olağanüstü hal derken işaret edilen, normal şartlarda benimsenmiş sınırları aşan bir kudretin iradesi, hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin korunmadığı sınırsız egemenlik devrinden izler taşımakta; onu çağrıştırmaktadır.

Bahsi geçen, sınırlandırılmamış bir egemene dönük çağrışım, olağanüstü hale ilişkin çalışmaların yerleşik referansı olan Schmitt'in yaklaşımında, aslında hiç değişmemiş bir hükmetme anlayışı olarak ortaya çıkar. Olağanüstü hali sözcüklerle tanımlama kaygısında olmayan Schmitt, bizatihi egemeni olağan olmayan hallerin doğasıyla tanımlarken olağan durumun olağanüstü duruma

¹ **Ramraj, Victor V. / Guruswamy, Menaka** (2013) "Emergency Powers": Tushnet, M. / Fleiner, T. / Saunders, C. (Eds), Routhledge Handbook of Constitutional Law, New York, Routledge, s. 85.

² **Lurie, Guy** (2020) "Introduction: Emergency, Exception and Normalcy": Albert, Richard / Roznai, Yaniv (Eds), Constitutionalism Under Extreme Conditions - Law, Emergency, Exception, Cham, Springer, s. 18.

³ **Kuo, Ming-Sung** (2020) "From Institutional Sovereignty to Constitutional Mindset: Rethinking the Domestication of the State of Exception in the Age of Normalization": Albert, Richard / Roznai, Yaniv (Eds), Constitutionalism Under Extreme Conditions - Law, Emergency, Exception, Cham, Springer s. 22.

karar vermeye dayanak sağlayacak bir yaratım olduğunu öne sürer.⁴ Yaratılan bu normal durum içerisinde egemen, gerçekten acil bir gereklilik olup olmadığına ve bunun üstesinden gelmek için ne yapmak gerektiğine karar verecektir.⁵ Bu iddia, şüphesiz ki modern anayasaların egemenin bilindik eğilimini kontrol altına alma çabasını yok saymamaktadır. Zira burada asıl üzerinde durulan, ortaya çıkabilecek öngörülmesi mümkün olmayan yeni “acil durumları” etkisiz kılmak için hayata geçirilecek “yeni önlemler” konusunda bir yetki belirlemesinin olmadığı hallerde tüm gücüyle ortaya çıkacak olan egemendir.⁶ Anayasalarda görülen, olağanüstü hali tüm unsurlarıyla belirli kılma, düzenleme eğilimi de esasen bu kaygıdan kaynaklanmaktadır.⁷ Schmitt bu kaygının, sorunu tamamen çözmek noktasında yeterli olmadığını belirtirken, esasen tüm hukuk sistemi içerisindeki kurallar bütününe bahsedilen “istisna” sayesinde ve o belirsiz istisnai hale karar verilme ihtimali ile varlık kazandığını açıkça belirtir.⁸

Bu betimlemelerin ötesinde, egemenin, aslında, illegal diye adlandırılmaksızın hukuka karşı gelebilen güç olarak da tanımlandığı görülür.⁹ Dolayısıyla, öngörülemeyen acil durumlarda egemen, bir hukuki sınırla bağlı olmaksızın, kararlar alma ve uygulama potansiyeline sahiptir. Demokratik meşruiyet kaynağının bulanıklaştığı ve belli belirsiz bir rızanın eşlik ettiği bu dönemleri, bahsedildiği gibi, gerçekten de hukuk içerisinde değerlendirmenin ne kadar tutarlı sayılacağı tartışmalıdır.¹⁰ Tartışmalı olmalıdır da; zira

⁴ **Schmitt, Carl** (1996) *Politische Theologie*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH (Çeviren: Zeybekoğlu, E. (2005) *Siyasi İlahiyat - Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları), s. 20.

⁵ **Schmitt**, s. 15.

⁶ **Schmitt**, s. 19-21.

⁷ *Bkz. Kuo*, s. 27 vd.

⁸ **Schmitt**, s. 22.

⁹ **Heller, H.** (1927) *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin; Aktaran ve yorumlayan: **La Torre, Massimo** (2010) “Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y «estado de excepción»”, *Res Publica*, N. 23, s. 27.

¹⁰ **Guruparan, Kumaravadivel** (2020) “Constitution and Law as Instruments for Normalising Abnormalcy: States of Exception in the Plurinational Context”: Albert, Richard / Roznai,

çalışmanın başında belirtildiği üzere bugünden bakıldığında hukuk devleti ya da anayasa kavramını ona anlam kazandıran güvencelerden bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. Öyleyse, egemene ilişkin yazılanlar, şimdilik yalnızca, olağanüstü hallerin hak ve özgürlükler karşısında güçlü bir yok sayma potansiyeli taşıdığını hatırlatmak üzere kullanılmalıdır.

Olağanüstü haller, şüphesiz ki ve görüldüğü gibi, sadece anayasal demokrasilerin ürettiği, böylelikle yoktan bir anda var olmuş özel dönemler olarak açıklanamaz. Platon'un Yasalarda öngördüğü ve ideal devletin sürekliliğini sağlayan akli temsil eden Gece Konseyi¹¹ ya da düzenin tehdit altında olduğu inancında Roma'da bir magistranın diğerini işaretlemesiyle ortaya çıkan olağandan oldukça farklı yetkilerle donatılmış diktatör¹², siyasi otoriteyi ve düzenin devamını tehlikeye düşüren bir acil duruma karşı geliştirilmiş olağanüstü önlemlerin ürünüdür.¹³ Hal böyleyken, devlet gücünün kendini korumaya alması fikrinin çok sıra dışı görülmemesi gerekir. Esasen, modern hukuk sistemleri, bu koruma eğilimine ve insan haklarına getirilen kısıtlamalara yabancı olmadığı gibi, süreklilik arz eden bir muhafaza içgüdüsü de devletlerin tüm kademelerinde kendini göstermektedir.¹⁴ Ancak geçmişte benzerleri bulunabilen bu hallerin, devlet iktidarını kısıtlamayı amaç edinmiş modern anayasacılık hareketindeki izdüşümlerinin amaca hizmet eden bir takım koşullar ile denetim mekanizmalarını ihtiva etmesi beklenmeli; teorik olarak olağanüstü haller tanımlanırken, bu koşulların etkisi göz ardı

Yaniv (Eds), *Constitutionalism Under Extreme Conditions - Law, Emergency, Exception*, Cham, Springer, s. 66.

¹¹ **Saygılı, Abdurrahman** (2014) *Kutsallık ve Rasyonellik Sarkacında Devlet*, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 244.

¹² Agamben, modern anlamda olağanüstü dönem ve bu dönemde kullanılan yetkiler için kaynak sayılabilecek Roma hukuku kurumu olarak diktatörlükten istisnai yetkilerle genel bir çevreye yayılan *iustitium* kavramına işaret eder. Bkz. **Agamben, Giorgio** (2003) *Stato di Eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri (Çev: Atakay, Kemal (2018) *İstisna Hali*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları).

¹³ **Saygılı**, 263.

¹⁴ Bkz. **Cercel, Cosmin** (2021) "Through a Glass, Darkly' Law, History and Frontispiece of the Exception": Cercel, Cosmin / Fusco, Gian G. / Lavis, Simon (Eds), *State of Exception – Law, History, Theory*, Oxon, Routledge, s. 48 - 50.

edilmemelidir.¹⁵ Bu anlamda altı önemle çizilmelidir ki, gücü ve başarısı tartışmalara konu olsa dahi, anayasal sistemlerin olağan dönemden olası sapmaları öngörme ve kontrol altına alma çabasından vazgeçilmiş değildir.

Kaynağını demokratik rejimlerin kendini savunma hakkından alan olağanüstü yönetim rejimleri¹⁶, “olağanüstü hal”, “istisna hali”, “teyakkuz hali”, “kriz hali”, “savunma hali”, “savaş hali”, “felaket hali” vb. çeşitli isimlendirmelerle anayasal sistemlerde yer bulmuştur. Bu adların bir kısmı birbirini yerine kullanılan, büyük çoğunlukla benzer usullere işaret eden kavramlarken, diğer bir kısmı ise dönemin yetki öznesi bakımından askeri-sivil karakteri ya da olağan dönemden sapmayı gerektiren olayların niteliği bakımından doğal afet ya da kamusal düzen bozukluklarını ifade eder halde farklılaşmaktadır.¹⁷ Bu anlamda silahlı kuvvetlerin ulusal olaylardaki etkinliğini ifade eden sıkıyönetim hali, dış saldırılara yönelik olarak savaş hali gibi adlandırmalar dışında sivil yürütme organının geniş yetkilerle donatıldığı diğer olağanüstü hallerin çeşitliliği, ortaya çıkabilecek tehditlerle baş etme noktasında keyfi yönetim usullerini engelleme çabasının ürünüdür.¹⁸

B. OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMLERİNİN HUKUKİ ANLAMI

Kimi zaman, her devletin var olma mücadelesinin sonucu olarak bir gün yaşayacağı bir devlet bunalımı olarak da adlandırılabilen istisnai durumlardan kurtuluş için olağan dönemde, bu hallerin üstesinden bir çırpıda ve hukuka uygun olarak geleceğine güven duyulan bir iktidarın seçilmiş olması temel bir

¹⁵ **Dedov, Dmitry** (2021) “How State of Emergency Affects Democracy: Fair Trial for Political Activists”: Elósegui, María / Miron, Alina / Motoc, Iulia (Eds), *The Rule of Law in Europe - Recent Challenges and Judicial Responses*, Cham, Springer, s. 22 – 23.

¹⁶ **Fusco, Gian Giacomo** (2021) “Exception, Fiction, Performativity”: Cercel, Cosmin / Fusco, Gian G. / Lavis, Simon (Eds), *State of Exception – Law, History, Theory*, Oxon, Routledge, s. 32.

¹⁷ *Bkz. Villareal, Pedro A.* (2021) “Public Health Emergencies and Constitutionalism Before COVID-19: Between the National and the International”: Elósegui, María / Miron, Alina / Motoc, Iulia (Eds), *The Rule of Law in Europe - Recent Challenges and Judicial Responses*, Cham, Springer, s. 221.

¹⁸ **Esen, Selin** (2008) *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 4 -8.

önlem olarak görülebilir.¹⁹ Ancak siyasi tercihlere yönelik bir beklentiye dayalı bu önlemin, önemli bir tavsiye olma özelliği bir yana, gerçek anlamda bir güvence sağlayacağı elbette kuşkuludur. Bunun yerine, her şart ve koşulda, insan haklarının yoğunlukla ihlal edilebileceği olasılığına kapıyı aralayan olağanüstü rejimler için hukuki ölçütlerin ısrarla talep edilmesi gerekmektedir.²⁰ Bir sonraki bölümde kısaca ele alınacak olan bu ölçütleri belirlemeyi zorunlu kılan ve olağanüstü hal kavramını açıklamak için öne sürülecek en önemli öge ise aslında olağanüstü sürecin öncesinde ve sonrasında “normal” olarak kavranan dönemlerin varlığına ilişkin gerekliliktir; zira bu olağanüstü süreç bir gün bitecektir, sürelidir, istisnaidir.²¹

Tüm bu anlatılanlar doğrultusunda olağanüstü hal rejimlerinin modern anlamda belirli bir anayasal düzenin, dolayısıyla hukuk sisteminin bir parçası olarak başvuru uygulamalar olduğunu belirtmek gerekir. Devletin de dâhil olduğu “toplumun örgütlü yaşamının” adeta tehlikeli hastalıklardan arındırılması için son raddede ve gerekli dozda olmak üzere başvurulması gereken yöntemler olarak olağanüstü yönetim rejimleri, hukuki çerçeve ve sınırları belirlenerek anayasalarda yerlerini almışlardır.²² Olağanüstü yönetim usulleri söz konusu olduğunda yürütme organlarının yetkisi, olağan dönemde sahip olduklarından daha geniş bir alana yayılacak; anayasal sınırlar doğrultusunda idare, olağanüstü hali meydana getiren durumun konusu ve gereğiyle sınırlı olmak kaydıyla, belirli bir bölgede ya da ülkenin tamamında olağanüstü halin devam ettiği sürece geçerli olan olağandışı önlemler alabilecektir.²³ Bahsedilen bu belirli anayasal sınırlar dışında olağanüstü halin

¹⁹ **Doehring, Karl** (2002) Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), İstanbul, İnkılap, s. 246 – 257.

²⁰ **Gemalmaz, M. Semih** (1994) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, İstanbul, Beta Yayınları, s. 10.

²¹ **Gemalmaz**, s. 14.

²² **Şirin, Tolga** (2016) “1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak”, Anayasa Hukuku Dergisi, C: 5, S:10, Y:2016, s. 478. Şirin, burada olağanüstü hali gerekli kılan sebepler ile olağanüstü hal rejimleri arasında kanser hastalığı ve kemoterapi tedavisi arasındaki ilişkiyle benzerlik kurmaktadır.

²³ **Özler, Murat** (1982) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na Göre Olağanüstünün Olağanlaşması ve Kriz Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 18 -23.

ilanı meşru bir amaca dayanmalı ve yasama ve yürütme organları arasındaki yetki bölüşümüne etki eden bu istisnai dönemlerde alınan önlemler anayasanın özüne aykırılık teşkil etmemelidir.²⁴

Belirtmek gerekir ki olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetleri düzenleme yetkisi birincil olarak genel iradeyi yansıtan yasama organına verilmiş; toplumun dinamik yapısı da göz önünde tutularak yasaların çizdiği çerçeve içerisinde ikincil düzenlemeleri gerçekleştirmek üzere yürütme organı da işaret edilmiştir.²⁵ Olağanüstü dönemlerde yürütme organının sahip olduğu yetkiyi ise olağan dönemlere ilişkin bu bağlı yetkiden ayırmak gerekir; zira olağanüstü dönemlerde yürütme organı idarenin işleyişine ilişkin acil eylem ve işlemlerin yanında kaynağını anayasadan alan asli düzenleme yetkisini de kullanmaktadır.²⁶ Bu birincil anayasal yetki, olağanüstü halin ilanı ile ortaya çıkacağından, anayasalarda olağanüstü hal ilan etmeye yetkili organ açıkça belirlenmeli; yetki unsurunun tespitiyle birlikte olağanüstü yönetim usullerini gerekli kılacak sebepler, olağanüstü rejimin zaman ve coğrafya bakımından sınırları ile uzatılmasına ilişkin usuller ortaya konulmalıdır.²⁷ Yetki, konu ve süreye ilişkin bu sınırlar birlikte olağanüstü rejimlerin hukuki çerçevesini oluşturur.

Böylelikle keyfi uygulamalardan uzak tutularak hukuk düzeninin bir parçası olmaya devam eden olağanüstü hal rejimlerinde devletlerin insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülükleri de devam etmektedir.²⁸ Ancak bu yükümlülüklerin halin gerektirdiği ölçüde ve anayasal kural ve ilkeler gözetilerek sınırlandırılabilmesi ve hatta kimi zaman geçici olarak durdurulabileceği dikkate alındığında olağanüstü hal rejimlerinin hukuk sistemi içerisindeki yeri ve hukuki temellerini, insan hak ve özgürlükleri üzerinde yarattıkları etki ile birlikte ele almak; bu olağanüstü usullere esas teşkil

²⁴ **Turhan, Mehmet** (1992) “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, Amme İdaresi Dergisi, C:25, S:3, Ankara, s. 15.

²⁵ **Tunaya, Tarık Zafer** (1980) Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 219 – 220.

²⁶ **Teziç, Erdoğan** (2021) Anayasa Hukuku, 25. Tıpkı Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 35.

²⁷ **Özler**, s. 21-23.

²⁸ **Esen**, s. 44.

eden ilkeleri insan haklarının sınırlandırılmasına ilişkin güvencelerle beraber açıklamak gerekmektedir.

C. OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMLERİNDE İNSAN HAKLARININ SINIRLANDIRILMASI

Gemalmaz tarafından “krizi demokratik usullerle aşma hukuku” olarak adlandırılan olağanüstü hallerin hukuki çerçevesine ilişkin süreç, olağan yollara bir an önce dönme temennisinde işletilen usullerin olabilecek en az hasarla sonlandırılması amacına yönelmelidir.²⁹ Özgürlükçü anayasal düzenin korunması amacına yönelik bu istisnai süreçlerde alınan önlemler şüphesiz ki temel hak ve özgürlükler üzerinde olağan güvenceleri aşan müdahaleler doğurabilecek; bu dönemlerde bir takım hak ve özgürlüklerin kullanımının kısmen veya tamamen durdurulması söz konusu olabilecektir.³⁰ Bu noktada hak ve özgürlüklerin durdurulmasını, o hakkın kullanımının belirli bir süre için kriz ile mücadelenin gerekleri doğrultusunda geçici olarak ertelenmesi mahiyetinde anlamak³¹; kısmen durdurmayı ise hak ve özgürlüklerin belirli kullanım alanları bakımından olağan dönem yükümlülüklerine uygun hareket etme zorunluluğu olmaksızın aynı meşru gerekçelerle kısıtlanması olarak ele almak gerekir. Daha önce de belirtildiği gibi devletlerin temel haklara ilişkin yükümlülükleri dönüşüme uğramakla birlikte bu dönemlerde de devam ettiğine göre, olağanüstü yönetim uygulamaları söz konusu olduğunda hangi hak ve özgürlüklerin durdurulabileceği, hangilerinin bu doğrultuda kısıtlanabileceği ya da hangilerinin kriz dönemlerinde dahi dokunulmaz nitelikte sayılacağı önceden belirlenmiş olmalıdır.³² Esasen uluslararası insan hakları hukuku, olağanüstü yönetim rejimleri ve bu uygulamalar altında insan haklarının korunmasına ilişkin taraf devletleri hukuki olarak bağlayan çok

²⁹ Gemalmaz, s. 62, 63.

³⁰ Şirin, s. 505.

³¹ Sağlam, Fazıl (1982) Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 180 – 181; 1961 anayasası döneminde ve bu anayasada temel hakların sınırlandırılması rejimi için yapılan bu değerlendirmenin güncelliği yönündeki tartışma için bkz. Şirin, s. 499, dn. 74.

³² Esen, s. 44.

temel prensip ve kurallar geliştirmiş, geçicilik ve istisnailik kavramları etrafında bu süreçlerin işletilmesine ilişkin gereklilikleri ortaya koymuştur.³³ Şüphesiz ki bu gereklilikler, uluslararası enstrümanların sağladığı korumanın da öncesinde bir devletin kendi ulusal sistemi içerisinde gözetilmelidir.³⁴ Bu amaçlara yönelik olmak üzere, kriz dönemlerine ilişkin temel ilkeler şu şekilde sıralanabilir: *demokratik denge; yasallık, yetkili organ ve aleniyet; ulusal üstü birime bildirim; ulusal üstü gözetime açıklık; gerçek bir krizin var olması; orantılık, elverişlilik, iyi niyet kuralı; sınırlı etki; geçicilik ve bağlı yetki* ve en nihayet *yargısal denetim*.³⁵

Bu ilkelerin her biri önemli hukuki kavramlar olarak kendi öncelikleri hakkında ilk bakışta dahi bir fikir veriyor olmakla birlikte, olağanüstü durumların iyi yönetimi bakımından dikkate değer nokta bunların sınırları önceden çizilmiş bir anayasal düzen içerisinde birlikte var oluşu ve çeşitli eylem, işlem ve uygulamalar bakımından birbirleriyle ilişkileridir. Bir kere geçicilik, bu çalışmanın en temel kavramlarından biri olmak sıfatıyla, iktidar sahiplerinin, ilan edilmiş olağanüstü hali kendi kudretlerinin bir aracı olarak kullanmasına karşı geliştirilen bir ilke olan iyi niyetle birlikte anılmalı; olağan yetkilerle üstesinden gelinemeyecek bu dönemlerde elde edilen kudret ve yetkilerin kötüye kullanılmasının önüne geçecek birincil prensiplerden sayılmalıdır.³⁶

İyi niyetlilik prensibi bu ilkelerin hemen hepsi bakımından hukuki ve ahlaki bir temel oluşturuyor olmakla birlikte, gerçek bir krizin var olması gerekliliği ile birlikte aslında olağan dönemin de en önemli kavramlarından olan demokratik denge, orantılılık ve elverişliliği yasallık koşulu ve sınırlı etki prensibi çerçevesinde olağanüstü dönemlere ilişkin önlemler bakımından yeniden düşünmeyi gerektirir. Şüphesiz ki yasallık olarak ortaya konulan ilke, olağan dönemlerde hak ve özgürlükler aleyhine bir düzenleme içeren metinlerin bir hukuk düzeni içerisinde yasama faaliyetine ilişkin usuller izlenerek geçmesi gereken tüm noktalara değmesiyle üretilen açık ve aleni

³³ **Kılıç, Muharrem** (2020) “Pandemi Dönemi İnsan Hakları Siyaseti: Hak ve Özgürlükler Düzeninin Kırılma Doğası”, *Adalet Dergisi*, S: 64, s. 22.

³⁴ **Kaboğlu, İbrahim** (2016) *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 289.

³⁵ **Gemalmaz**, s. 63 – 66.

³⁶ **Belling, Vojtěch** (2020) “The State of Exception and Limits of the Rule of Laws”: Jinek, Jacob / Kollert, Lukáš (Eds), *Emergency Powers, Baden – Baden, Nomos*, s. 57.

düzenlemelere işaret etmektedir.³⁷ Olağanüstü dönemlerdeyse yasallık şemsiyesi altındaki bu tariflerin organik koşullara ilişkin bağlantıları zayıflayacağından, orantılılık ve elverişlilik ilkeleri ön plana çıkacak; döneme ilişkin politik kararlar yürütme organlarına devredilen yetkilerin sınırları ve daraltılmış etki alanı göz önünde bulundurularak alınacaktır.³⁸ Belirtmek gerekir ki bu dönemde insan hak ve özgürlüklerine kısıtlama getiren düzenlemeler olağan koşullara dönüş sağlanana kadarki bu sürecin yönetimi bakımından zaruri, haliyle zaman bakımından kısıtlı ve hakların çekirdeğine dokunmamaya ilişkin diğer yükümlülüklerle uyumlu olarak ve demokratik denge faaliyeti gözetilerek oluşturulmalı ve uygulamaya konulmalıdır.³⁹

Yasallık kriterini sağlamak adına gerekli görülen bu denge faaliyeti ile ölçülülük, elverişlilik gibi gerekliliklerin test edilmesi ise, esasen kaynağını anayasal olarak başka bir organdan alan bu *bağlı yetkinin* tüm bu hususlar bakımından denetlenmesini gündeme getirir. Bu anlamda olağanüstü hali ilgilendiren hususlarda ilgili idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal incelemeye açık olmasını ifade eden yargısal denetim ölçütü⁴⁰, olağanüstü döneme ilişkin yetkilerin kötüye kullanımının önüne geçilmesi bakımından *uygulama öncesi denetim (ex ante)* ve *geriye dönük denetim (ex post)* başlıklarıyla ele alınıp tartışılmıştır.⁴¹ Belirtmek gerekir ki ön denetim bu gibi acil durumlarda olağanüstü hal ilanının doğasına aykırı derecede ağır bir müdahale anlamına gelebileceğinden tartışmaların odağında olmayı sürdürse de, olağanüstü hal dönemlerinde gerçekleştirilen uygulamaların takip eden süreçte özellikle anayasal denetimden muaf tutulmasının insan hak ve özgürlüklerinin keyfi

³⁷ **Van der Sloot, Bart** (2020) “The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases”, JIPITEC 160, para 1, <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-11-2-2020/5098>> s. e. t. 13.02.2022.

³⁸ Olağanüstü dönemlerde politik kararlarla hukuk ilişkisi ve bu ilişkinin kökenlerine ilişkin olarak bkz. **Gragl, Paul** (2022) “Lawless Extravagance: The Primacy Claim of Politics and the State of Exception in Times of COVID-19”: Kettemann, M. C. / Lachmayer, K. (Eds), Pandemocracy in Europe – Power, Parliaments and People in Times of COVID-19, Oxford, Hart, s. 13 – 22.

³⁹ **Dedov**, s. 24.

⁴⁰ **Gemalmaz**, s. 66.

⁴¹ **Belling**, s. 62.

olarak kısıtlanmasına zemin hazırlayacağı açıkça ortaya konmaktadır.⁴² Bu anlamda yargısal denetim, olağanüstü hal dönemlerinde ihtiyaç duyulan şeffaflık ve yasal kesinlik gibi prensiplerin hayata geçirilmesinin temel şartlarından biri olarak görülmeli, olağanüstü hallerin hukuk sistemi içerisindeki yerinin aynı zamanda usule ilişkin teminatı sayılmalıdır.⁴³

Son olarak insan haklarına ilişkin ulusal düzenlemelerin yanında taraf oldukları uluslararası antlaşmalar sebebiyle olağanüstü hal ilanı ve buna bağlı olarak oluşturulan geçici önlemler rejimiyle ilgili uluslararası örgütlere bildirim yükümlülüğü; ve buna bağlı olarak da bu örgütlerin süreçlere dair denetimine açık olma gerekliliği gibi birbirine bağlı uluslararası ölçütlerden söz etmek gerekir. Tıpkı hukuki öngörülebilirlik bakımından olağanüstü hallerin olağan dönem hukukunun bir parçası olarak ele alınıp düzenlenmesi gibi, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin antlaşmalar da genel anlamda acil müdahaleyi gerektiren kimi istisnai önlemleri ve bu önlemlere ilişkin koşulları düzenleme yoluna gitmiştir. Örneğin, İspanya'nın da taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sisteminde olağanüstü hal ilanı, insan hak ve özgürlüklerini koruma altına alan bu sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerin ihlal edildiği anlamına gelmemekte; ancak bu durumda taraf devletler AİHM denetimine açık olmak üzere halin gerekliliği ve alınan önlemlerle ilgili belirli bir süre içinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğini bilgilendirmelidir.⁴⁴ Belirtmek

⁴² European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDL-PI(2020)003: Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency, 16 April 20202, para. 121, <https://rm.coe.int/venice-commission-compilation-on-states-of-emergency-eng/16809e85b9>, s. e. t. 12.04.2022; Dahası yargısal denetime açıklık, Covid-19 döneminde ülkesel uygulamaların değerlendirilmesi noktasında Komisyon tarafından ayrı bir ölçüt olarak da kullanılmıştır. Bkz. *Venice Commission - Observatory on emergency situations*, <<https://www.venice.coe.int/files/EmergencyPowersObservatory/T08-E.htm>> s. e. t. 12.04.2022.

⁴³ **Grogan, Joelle** (2020) "States of Emergency", Verfblog, 2020/5/26, <<https://verfassungsblog.de/states-of-emergency/>, DOI: 10.17176/20200526-133657-0> s. e. t. 12.04.2022.

⁴⁴ **Kadelbach, S. / Roth-Isigkeit, D.** (2017) "The right to invoke rights as limit to sovereignty security interests, state of emergency and review of un sanctions by domestic courts under the european convention of human rights", *Nordic Journal of International Law*, 86 (3), s. 288 – 289.

gerekir ki bildirimle ilişkin bu yükümlülük, alınan önlemler AİHS'nin ilgili hükmünde belirtilen ve olağanüstü dönemlerde dahi sınırlanamayacağı belirtilenler dışındaki hak ve özgürlüklere yönelik olarak anlaşılmalıdır. Sadece AİHS bakımından bu sınırlandırılmaz haklar yaşam hakkı, işkence ve kölelik kulluk yasağı ve suç ve cezada geriye yürümezlik olarak sıralanabilecekken⁴⁵, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerle yapılan atıf sınırlandırmanın sınırını başka hak ve özgürlükler bakımından da genişletebilir.⁴⁶ Zira benzer bir bildirim yükümlülüğü öngören İspanya'nın da taraf olduğu Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi de olağanüstü hal dönemlerinde yükümlülük azaltmaya ilişkin özel hükmünde bahsedilen tüm bu ilke, hak ve özgürlükleri içeren bir dokunulmayacak haklar listesi sunmuştur.⁴⁷ Dolayısıyla bu sistemler içerisinde çeşitli sebeplere dayalı olarak hukuki sınırlar içerisinde ilan edilmesi mümkün olan olağanüstü haller süresince iç hukukta demokratik dengeler bakımından gereklilik ve orantılılığın denetlenebileceği yollara açık ve aynı zamanda uluslararası hukuktan kaynaklı maddi ve şekli

⁴⁵ AİHS (1950), m. 15, <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> s. e. t. 12.04.2022.

Madde 15 - Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

⁴⁶ **Gemalmaz, M. Semih** (2012) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, 8. Bası, İstanbul, Legal Yayınları, s.23, 24.

⁴⁷ **KSHS** (1976), m. 6. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf> s.e.t. 12.4.2022.

Madde 6: Olağanüstü durumda yükümlülük azaltma

1. Sözleşmeci Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bun resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinde azaltma yapan tedbirler alabilir.

2. Sözleşmenin 6, 7, 8(1 ve 2 fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelerindeki yükümlülüklerde hiç bir azaltma yapılamaz.

yükümlülüklerine uygun olmak kaydıyla, insan hak ve özgürlüklerin geçici olarak sınırlandırılması mümkün görünmektedir.

II. İSPANYOL HUKUKUNDA OLAĞANÜSTÜ HALLERİN YERİ

Uzun süren bir diktatörlük dönemi sonrası 1978 yılında kabul edilen ve bugün de geçerliliğini sürdüren İspanyol Anayasası'nın oluşturduğu demokratik sistemden önce İspanya tarihinde istisnai halleri öngören ve bu hallerde vatandaşlara tanınan hukuki güvencelerin durdurulabileceğini belirten yasal düzenlemeler mevcuttur. İç savaş ve rejim değişikliklerinin sebep olduğu atmosfer sebebiyle, modern devletlerin çok da alışık olmadığı bir dağınıklık içerisinde yürürlüğe konulan bu düzenlemelerin, bütün olumsuzluklarına rağmen işleyen hukuki düzenden birer sapma rejimi olarak nitelendirilmesi mümkündür⁴⁸. İlk olarak 1794 yılında yürürlüğe konulan ve 1822 tarihli Ceza Yasasına da kaynaklık eden Savaş Yasası, isyan durumunda silahlı kuvvetlerin vatandaşlara karşı kullanılabileceğini belirtmekteydi. 1869 Anayasasına dayanılarak çıkarılan 1870 tarihli Kamu Düzeni Yasası da olağanüstü hal dönemlerinde anayasal güvencelerin belirsiz olarak askıya alınabileceğinden bahsetmekteydi.⁴⁹

1978 Anayasası ise, hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulduğu uzun bir süreçten sonra parlamentonun etkin kontrolüne dayalı bir sistem içerisinde üç ayrı olağanüstü yönetim rejimi düzenlemiştir. Anayasal sınırları çizilmiş olan ve alarm hali, istisna hali ve kuşatma hali olarak adlandırılacak bu özel durumların ayrıntılı düzenlenmesi işi ise 1981 tarihli organik yasa eliyle yapılmıştır. Bu bölümde, bahsedilen üç istisnai halin anayasal ve yasal düzenlemelerde çizilmiş genel çerçevesi ele alınmaya çalışılacaktır.

⁴⁸ **Hergueta Haro, Jennifer** (2021) La Suspensión de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Jurídico Español: Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (Grado), Universitat Jaume I, s. 24 – 26, <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/194035/TFG_2021_HerguetaHaro_Jennifer.pdf?sequence=1&isAllowed=y> s. e. t. 12.04.2022.

⁴⁹ **Onega Lopez, J. Ramón** (1988) “Estados de alarma, excepcion y sitio”, CESEDEN Boletin de Informacion No: 207 - X, s. 2,3.

A. 1978 İSPANYOL ANAYASASI

Parlamente bir monarşi olarak işleyen İspanya devleti, otuz yılı aşkın bir diktatörlük deneyiminden sonra, hem kuvvetler ayrılığının ayrıntılı olarak düzenlendiği, hem de mutlak egemenlik devrini çağrıştırdığını belirttiğimiz olağanüstü hallerin etkin bir siyasi kontrol altında tutulduğu bir anayasal sistem yaratmıştır. Bunun en belirgin örneği, olağanüstü yönetim usullerinin, anayasanın “Hükümet ve Parlamento Arasındaki İlişkiler” başlığı altında düzenlenmiş olmasında görülecektir.⁵⁰ Bu düzenlemenin içeriği, bir yetki bölüşümünün ve geçiciliğin, açıkça, altını çizmektedir.

Bahsedildiği üzere anayasa metninde üç özel hal konu edilmektedir. İspanyol öğretisinin, bu üç halin birbiriyle ilişkisi noktasında birbirinden farklı görüşler tuttuğu söylenir. Bunlar aynı durumun üç ayrı basamağı mı, aynı sürecin üç farklı yoğunluk kademesi mi yoksa nitelik olarak tamamen farklı üç ayrı durum mudur?⁵¹ Alarm hali genel olarak doğal afetlere bir tepki olarak ortaya çıkabilecekken, istisna hali kamu düzenindeki bir krizden, kuşatma hali ise bir devlet krizinden kaynaklanmadır.⁵² Öğretideki tartışmalar önemlidir; zira alarm hali ile diğer ikisi arasındaki fark oldukça belirgin, demokratik kurumlarda beliren bir anormallik, hem bir kamu düzeni sorunu hem de anayasal düzene ilişkin bir tehdit olarak algılanabilecek; dolayısıyla istisna hali ile kuşatma hali arasındaki çizgi belirsizleşebilecektir. Ancak bu belirsizliğin yaratacağı muhtemel olumsuz etkilerden korunmanın tek yolu, bu yönetim usullerinin niteliksel olarak birbirinden farklı olduğunu baştan kabullenmenin yanı sıra, en önemli ortak özelliklerinin istisnai karakterde ve her olay bakımından yöneldikleri tedbirlerle sınırlı olarak algılanmaları gerekliliğidir.⁵³ Bahsedilen bu ortak istisnai karakter, zamansal ve maddi kesin sınırlar, devletin

⁵⁰ **Lopez Guerra, Luis** (Ed.) (2009) *Constitucion Española*, Madrid, Tecnos, s.89-93

⁵¹ **Onega Lopez**, s. 3.

⁵² **Martín González, Paulo** (2020) *La Suspensión y Limitación Colectiva de los Derechos Fundamentales; Especial Referencia al Estado de Alarma* (Grado), Universidad de la Laguna, s. 6 – 8, <<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/21623/La%20suspension%20y%20limitacion%20colectiva%20de%20los%20derechos%20fundamentales%3b%20especial%20referencia%20al%20estado%20de%20alarma%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> s. e. t. 12.04.2022.

⁵³ **Onega Lopez**, s. 4.

anayasal güçlerinin normal fonksiyonlarını etkilememek, kamuya açıklık ve idarenin faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulması ile yargısal denetim noktalarında açığa çıkar.⁵⁴ Öte yandan konu bakımından birbirinden farklı yönetim usullerinin belirlenmesi, bu usullerin halin gerektirdiği durumlarla sınırlı uygulamalar geliştirmesine katkı sunmuş; anayasanın kabulünden bugüne kadar yalnızca alarm hali uygulama alanı bulmuş; dolayısıyla tartışmalar ve eleştiriler de bu olağanüstü rejim üzerinde yoğunlaşmıştır.

1978 Anayasasının 116. maddesine göre, alarm hali, istisna hali ve kuşatma hallerine ilişkin yetki ve sınırlar bir organik yasa ile düzenlenecektir. Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile 15 gün için belirli bir bölgede ilan edilebilecek olan alarm hali, ilandan sonra derhal Kongreye bildirilir ve Kongreden izin alınmaksızın süre uzatılamaz. İstisna hali ise, alarm halinden farklı olarak, Kongre'den, önceden alınmış olan onaya bağlıdır. 30 günlük süre için ilan edilebilecek olan olağanüstü hal için Bakanlar Kurulu Kararnamesinde uygulanacak bölge ile kısıtlanması öngörülen hak ve özgürlükler açıkça belirtilmelidir.⁵⁵ Aynı koşullara tabi olacak her uzatma, yine 30 günlük sürelerle sınırlıdır. Son olarak hükümetin önerisiyle gündeme gelebilecek olan kuşatma hali ise Kongre'nin salt çoğunluğunun oyuyla kabul edilebilir. Bu halde kongre uygulanacak bölge ile süre ve koşulları da belirleyecektir. Bahsedilen bu hallerde Kongre'nin feshedilmesi mümkün olmayacak, olağan faaliyetleri hiçbir şekilde engellenemeyecektir. En mühimi, yukarıda da bahsedildiği üzere, bu hallerden birinin varlığına dayanılarak anayasal kurumların hiçbirinin ve pek tabii ki özellikle hükümetin sorumluluğunun devam etmediği iddia edilemeyecektir.⁵⁶

Hemen belirtmek gerekir ki, bölgesel bir üniter devlet olarak örgütlenen İspanya, kaynağını Anayasa'dan alan ve bir özerklik statüsü ile kendi iç işleyişini düzenleme hakkı olan 17 özerk topluluktan oluşmaktadır. Konu edindiğimiz olağanüstü hal görünümleri bakımından, özellikle alarm halini gerekli kılan vakaların bir özerk topluluk sınırları içerisinde, tamamı ya da bir kısmında gerçekleşmesi durumunda özerk topluluk ile merkezi hükümet

⁵⁴ **Onega Lopez**, s. 5.

⁵⁵ **Hergueta Haro**, s. 32.

⁵⁶ **Guerra**, s. 92 – 93.

birlikte hareket edecek; özerk bölgenin başkanının talebiyle kolluk ve güvenlik kuvvetlerinin bölgede kullanımı mümkün olabilecektir.⁵⁷

B. ALARM, İSTİSNA VE KUŞATMA HALLERİNE İLİŞKİN ORGANİK YASA (LOEAES)

İspanyol hukukunda olağanüstü hallerin ayrıntılı içeriği, Anayasanın ilgili hükmü gereğince bir organik yasaya bırakılmış ve Alarm Hali, İstisna Hali ve Kuşatma Hali (Ley Organico Estados de Alarma, Excepcion y Sitio - LOEAES) adlı organik yasa 5 Temmuz 1981 tarihinde hukuk düzenindeki yerini almıştır.⁵⁸ Belirtmek gerekir ki organik yasa adlandırması İspanyol hukuk sisteminde içerik ve usul anlamında bir takım farklılıklara sahip özel bir yasa tipini işaret eder. Buna göre organik yasalar, diğerlerinden farklı olarak, insan hakları ve kamu özgürlükleriyle, seçim sistemiyle ya da anayasada özel olarak belirtilen diğer bazı münhasır alanlarla ilgili olan ya da özerklik statülerini oluşturan yasalar olarak belirir. Bu organik yasaların yapılması, değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması için Kongre'deki görüşmelerde Kongre üye tam sayısının salt çoğunluğuyla kabul şartı aranmaktadır.⁵⁹

Alarm hali, istisna hali ve kuşatma hallerinin, tıpkı bu sırayla ve ayrıntılı olarak, ayrı ayrı bölümlerde düzenlenmesinden ibaret olan organik yasanın ilk kısmı üç halin ortak özellik ve şartlarını ortaya koyan 3 uzun maddeden oluşmaktadır. Öncelikle belirtilen husus, bu sapma hallerinin ilanı için, merkezi otoritenin olağan güçleri tarafından alınacak önlemlerin ve kullanılan olağan yetkinin karşılaşılan tehlike ile mücadelede yetersiz kalmasının şart olduğudur. Bu kapsamda alınacak tüm önlemler, normal düzenin yeniden inşasına yönelik olacak ve bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilen eylem ve işlemler orantılı prensibine göre yürütülecektir. Olağanüstü hallerin ilanına ilişkin olan temel kararlar dışında, her yeni düzenleme resmi gazetede yayınlanacak ve kamu idarelerinin her türlü işlemine karşı yargısal denetim yolları açık olacaktır.⁶⁰ En

⁵⁷ **Onega Lopez**, s. 6.

⁵⁸ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774>> s. e. t. 10.04.2022.

⁵⁹ **Molas, Isidre** (2009) Derecho Constitucional, Cuarta Edición, Madrid, Tecnos, s.249.

⁶⁰ Yasanın hükümlerinin ayrıntılı bir incelemesi için *bkz.* **Martín González**, s. 5 – 15.

nihayetinde, bu hallerin yürürlükte kaldığı süreç boyunca bir uygulamadan herhangi bir şekilde doğrudan ya da kişisel olarak etkilenmiş, hak ve özgürlükleri sekteye uğratılmış olanların tazminat talep etme hakları korunmaktadır.⁶¹

C. ÇEŞİTLİ OLAĞANÜSTÜ HALLER, FARKLI GEREKÇELER, DEĞİŞİK HUKUKİ ÖNLEMLER

1. Alarm Halinde (*Estado del Alarma*) Koşullar ve Uygulama

a. Genel Olarak

Bakanlar Kurulu tarafından ve normal koşulların başarılı bir şekilde bertaraf edilemeyeceğine duyulan inançla ilan edilen alarm hali tüm ülke bakımından öngörülebileceği gibi, ülke topraklarının sadece bir bölümü açısından da ortaya çıkabilir. Normal koşullarda başa çıkılmayacak olan olaylar, LOEAEŞ'nin 3. maddesinde şu şekilde sıralanmıştır: deprem, sel gibi doğal felaketler; ciddi bulaşıcı hastalıklarla ilgili sağlık krizleri; çok temel kamu hizmetlerinden yararlanmanın imkansız hale gelmesi; birinci dereceden ihtiyaç ürünleri bakımından kıtlık ortaya çıkması. Belirtmek gerekir ki diğer iki olağanüstü halde sosyopolitik olaylar sebebiyle bozulan kamu düzeninin tekrar kurulması amacına yönelmek söz konusu iken, alarm halinde kontrol altına alınması gereken bir doğal afet vb. olay söz konusudur; dolayısıyla bu süreç içerisinde herhangi bir hak veya özgürlüğün tamamen durdurulmasından söz edilemez.⁶²

Özgürlüklerin durdurulması değilse bile alınacak önlemler ile kimi hak ve özgürlüklerin bir ölçüde ve kısa bir süreliğine sınırlandırılması mümkündür.⁶³ Örneğin insanların ve araçların dolaşımı belirli bir yer ve zaman diliminde olmak üzere sınırlandırılabilir; birinci derecede gerekli kimi

⁶¹ **Larrazábal Basáñez, Santiago** (2008) *Curso de Derecho Constitucional*, Bilbao, Universidad de Deusto, s.

⁶² **Lafuente Balle, J. M.** (1990) "Los estados de alarma excepcion y sitio (I)", *Revista de Derecho Politico*, N.30, s. 31 – 34, <<https://doi.org/10.5944/rdp.30.1989.8427>> s. e. t. 12.04.2022.

⁶³ **Presno Linera, Miguel Ángel** (2021) "El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por Covid-19": Garrido López, Carlos (Coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, s. 201 – 202.

ürünlerin tüketimine sınır getirilebilir; fabrika, atölye, özel işletmeler ve dükkânlar gibi kişisel konut dışındaki yapılar işgal edilebilir ya da malvarlığına el konulabilir.⁶⁴ Bunların dışında yetkili otorite su kaynakları ve ormanları korumak adına başka türlü geçici önlemler almaya da yetkilidir.⁶⁵ Ancak hatırlatmak gerekir ki alarm hali 15 gün için Bakanlar Kurulu tarafından ilan edildikten sonra Kongrenin bilgisine sunulacak, eğer şartlar devam ediyorsa alarm hali yalnızca Kongrenin izin vermesiyle uzatılabilecektir.⁶⁶

b. Alarm Hali Uygulamaları ve Covid-19

İspanya anayasal tarihinde alarm hali ilk kez 4.12.2010 tarihinde ve havaalanı krizi gerekçe gösterilerek ilan edilmiştir. Havayollarında ve havalimanlarındaki anormalliklere dayandırılan bu ilanla birlikte üç acil önlem belirlenerek resmi gazetede yayınlanmıştır.⁶⁷ Bu önlemler dört ayrı kontrol merkezine silahlı kuvvetlerin işleyişi denetlemek üzere yerleştirilmesi, yeni havalimanlarında çalışanlara ilişkin geniş yetkilendirme ve kontrol kulelerinde jandarma kuvvetlerinin görevlendirilmesi şeklinde sıralanabilir.⁶⁸ Uzatmalar ile toplamda 43 gün süren bu alarm hali, uygulama sürerken 1969 tarihli Ulusal Dolaşım Hakkında Temel Yasanın sağladığı güvencele aykırı önlemler içermeye başladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁹

İspanyol Anayasasının 1978 yılından beri süregelen tarihinde alarm hali ikinci kez 2020 yılında Dünya Sağlık Örgütünün COVID-19 virüsüne bağlı yayılımı küresel salgın / pandemi olarak ilan etmesiyle gündeme gelmiştir. 14

⁶⁴ **Garrido López, Carlos** (2021) “Las limitaciones como derecho del Derecho constitucional de excepción”: Garrido López, Carlos (Coord.), Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, s. 13.

⁶⁵ **Arroyo Gil, A.** (2021) “La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante”: Garrido López, Carlos (Coord.), Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, s. 25.

⁶⁶ **Onega Lopez**, s. 5, 6.

⁶⁷ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2010/12/04/1673>> s. e. t. 12.04.2022.

⁶⁸ Real Decreto 1673/2010, art. 3.

⁶⁹ **Aba Catoira, Ana** (2011) “El estado de alarma en España”, Teoría y Realidad Constitucional, N.28, s.313, 337.

Mart 2020 gününde ilan edilen alarm haliyle birlikte temel hak ve hürriyetlerin durdurulmayacağı ancak kısıtlanabileceğine dair esaslar vurgulanarak bir dizi önlem ortaya konmuş⁷⁰; seyahat özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, eğitim, sendikal özgürlükler vb. pek çok alana yayılan bu önlemler gerek alarm halinin uzatılması, gerek gelişmeler nispetinde yeniden ilanı⁷¹ ile uzun bir süre geçerliliğini korumuş ve bu durum alarm halinin adı konulmamış bir istisna haline dönüştüğü ve insan haklarını kalıcı olarak ortadan kaldıran sonuçlar ürettiği yönünde gerek Parlamento'da gerekse kamuoyunda eleştiriler doğurmuştur.⁷² Bu eleştirilerin, bu çalışmanın bir önceki ilgili bölümünde olağanüstü döneme ilişkin uygulamaların en önemli özelliklerinden biri olarak ortaya konulan geçicilik ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi, olağan döneme geçiş süresi uzadıkça iyi niyet ve gerekliliğe ilişkin olası tartışmalarla beraber düşünülmesi gerekmektedir.

2. İstisna Halinde (*Estado de Excepción*) Koşullar ve Uygulama

Olağan kuvvetlerin üstesinden gelip, normale döndürmeye gücü yetmediği bir diğer olağanüstü hal olarak istisna hali (*estado de excepción*), kamu düzenin ve iç işleyişin ciddi anlamda bozulduğu durumlara işaret eder.⁷³ Vatandaşların hak ve özgürlüklerini kullanmasını dahi olanaksız hale getirebilecek bu tehdit karşısında hükümetin başvurusu üzerine Kongre tarafından verilen yetkiyle ilan edilen olağanüstü hal en fazla 30 günlük bir süreç öngörebilir. Hükümetin başvurusunda yer, zaman ve konu unsurlarının bulunması zorunlu ise de Kongre vereceği yetki bakımından bunlarla bağlı

⁷⁰ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692>> s. e. t. 13.04.2022.

⁷¹ Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12898> s. e. t. 13.04.2022.

⁷² **Hernández Negrin, D. Adela / de la Rosa Valverde, D. Teresa** (2021) El Estado de Alarma en España en la Pandemia de la Covid - 19 (Grado), Universidad de Laguna, s. 53 – 66. <<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/24153/EL%20ESTADO%20DE%20ALARMA%20EN%20ESPANA%20EN%20LA%20PANDEMIA%20DE%20LA%20COVID-19.pdf?sequence=1>> s. e. t. 13.04.2022.

⁷³ **Lafuente Balle**, s. 29.

değildir; dilerse aynen ya da değiştirerek onaylayabilir ya da reddeder.⁷⁴ Onaylanması durumunda, anayasada asıl kaynağını anılan 116. maddeden alan bu olağanüstü yönetim usulü için bu kez hak ve özgürlüklerin durdurulmasına ilişkin genel bir hüküm olma özelliği taşıyan Anayasanın 55. maddesine başvurulur.⁷⁵ Burada bahsedildiğine göre, anayasada olağan dönemlerde güvence altına alınmış olan kişi özgürlüğü ve güvenliği, seyahat özgürlüğü, ifade hürriyeti, grev ve toplanma hakkı gibi özgürlükler, istisna hali süresince ve olağanüstü halin ilanında yayınlanan kararnamede bulunmak kaydıyla sınırlanabilir ya da tamamen durdurulabilir.⁷⁶ Bu doğrultuda anayasanın 17. maddesinde düzenlenen *kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı* makul tutukluluk süreleri bakımından; 18. maddesinde düzenlenen kişilik ve mahremiyet hakları konut dokunulmazlığı ve iletişimin takip edilmesindeki yargısal güvenceler bakımından; 19. maddesinde düzenlenen *seyahat özgürlüğü* hem ulusal sınırlar içerisinde seyahat hem de ülkeye giriş çıkışların kontrolü noktasında; 20 maddesinde düzenlenen *ifade özgürlüğü* fikirlerin serbestçe yayımı, her türlü araçla bilgiye ulaşım hakkı ve her türlü kayda yalnızca mahkeme kararıyla el konulabileceğine ilişkin güvenceler bakımından; 21. maddesinde düzenlenen *barışçıl toplanma hakkı*, izne tabi olmayışı ve yalnızca ciddi güvenlik tehdidi sebebiyle yasaklanabileceğine ilişkin ilkeler noktasında; 28. maddesinde düzenlenen *sendikal özgürlükler* işçilerin grev hakkı bakımından; 37. maddesinde düzenlenen *toplular pazarlık hakkı* ise yine 28. madde ile benzer doğrultuda iş uyuşmazlıkları için kolektif çözüm yollarına başvurulması bakımından kısıtlanabilecek ya da anılan hükümler çerçevesinde bu hak ve özgürlüklerin kullanımının geçici olarak durdurulması söz konusu olabilecektir.⁷⁷

Burada bahsedilen olağanüstü hal rejiminin, olağan hale bir dizi istisna sunmakla birlikte, denetimsiz bir kararlar zinciri olduğunu düşünmemek

⁷⁴ Hergueta Haro, s. 35.

⁷⁵ Martin Gonzales, s. 7 - 8.

⁷⁶ Bru Peral, Eva M. (1999) "Estados de alarma, excepcion y sitio", Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, A.4 N.7, s.155-161.

⁷⁷ Constitución Española, m. 55, <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>> s. e. t. 15.06.2022.

gerekir. İstisna hali, yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki yetki bölümünde bir farklılık doğurmamaktadır.⁷⁸ Öte yandan hali gerektiren koşulların, bir özerk bölgeyi de etkilemesi durumunda merkezi hükümet o özerk bölgenin hükümetiyle koordinasyon halinde olmak durumundadır.⁷⁹ Bu durumun yeni bir yetki paylaşımı, dolayısıyla yeni bir kontrol mekanizması anlamına geldiğini gözden kaçırmamak gerekir. Bu yetki paylaşımı, orantılılık ve yasallık gibi hukuki prensiplerin etkinliğinin yanında, olağanüstü dönemlere ilişkin siyasal denetimi de güçlendirmektedir. Nihayet istisna hali, anayasal düzenin ciddi ve devamlı bir tehdit altında olduğu durumlarda kullanılması öngörülen çok istisnai bir yetki olarak, ne ETA'nın (*Euskadi Ta Askatasuna – Bask Vatani ve Özgürlük*) terör eylemlerine karşı ne de 2004 tarihli küresel terör tehdidine karşı başvurulmuş bir yol olmuştur.⁸⁰

3. Kuşatma Halinde (Estado de Sitio) Koşullar ve Uygulama

İspanya'nın özgürlüğüne, bağımsızlığına ya da toprak bütünlüğüne yönelik bir tehdidin mevcudiyetinde gündeme gelen kuşatma hali, 1978 Anayasasının hazırlık aşamasında görüşülürken “savaş hali” ibaresinin dönüştürülmesiyle oluşturulmuştur.⁸¹ Bunu, silahlı kuvvetler gözetiminde geçirilen bir askeri rejimden sonra oluşturulan anayasa metninde, savaş ihtimalini olabildiğince gözden uzaklaştırmaya yönelik bir çaba olarak görmek mümkündür.⁸² Zira olağanüstü bir rejim dahi olsa, belirli sınırlara tabi olan bu hal bakımından, sınırsız egemenliğin izlerini taşıyan bir kavram olarak savaş, özellikle anayasa metninden çıkarılmıştır.⁸³ Ancak İspanyol Anayasası 15. maddesinde “savaş zamanından” 63. maddesinde “savaş ve barışa karar vermek”ten bahsetmektedir. Bu noktalarda anayasanın kastının bir uluslararası savaş olduğu, kuşatma hali kavramı ile açıklananın ise içten gelen ayaklanma, isyan, sürekli silahlı saldırılar gibi büyük tehditler olduğu ortaya konmaktadır.⁸⁴

⁷⁸ Esen, s. 111.

⁷⁹ Onega Lopez, s. 8.

⁸⁰ Esen, s. 111.

⁸¹ Onega Lopez, s. 10.

⁸² Bru Peral, s. 176.

⁸³ Onega Lopez, s. 11.

⁸⁴ Lafuente Balle, s. 60.

Olağanüstü hal ilanının dahi yeterli olmayacağı geniş çaplı tehditlerden kaynaklanan kuşatma halinde en ilgi çekici değişiklik şüphesiz ki askeri otoritenin ön plana çıkmasıdır.⁸⁵ Buna paralel olarak askeri yargının görev alanı da genişleyecek ve bu genişlemenin temel çerçevesini belirleme işi Kongreye bırakılacaktır.⁸⁶ Kuşatma halinde de tıpkı istisna haline ilişkin yönetim rejiminde sayılan kişi özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, ifade özgürlüğü, barışçıl toplanma hakkı, sendikal özgürlükler ve toplu pazarlık hakkının belirli görünümleri bakımından kullanımı durdurulabilecek ya da kısıtlanabilecek olup⁸⁷, istisna halinden farklı olarak bu spesifik hak ve özgürlüklere tutuklanma durumunda bilgilendirilme ve avukat tesisi gibi diğer güvencelere ilişkin kısıtlamalar da eklenecektir.⁸⁸

Bahsedilen kuşatma hali süresi boyunca alınan önlemlerin işletilmesi ve yürütülmesi için hükümet, kendi kontrolünde olmak üzere bir askeri otoriteyi yetkilendirir. Bu askeri otorite, 1984 tarihli Millî Savunma Yasasının belirlediği çerçeve kapsamında ve belirlenen bölge içinde yetkilerini kararnameler eliyle kullanır.⁸⁹ Bu kararnameler suç tipinin genel ya da askeri karakterde olduğu konusunda belirlemeler içerebilecekken, yeni suç ve cezalar oluşturamayacaktır. Nihayet, askeri kararnameler yalnızca kuşatma halinin sürdüğü zaman zarfında geçerli olacaktır.⁹⁰

Alarm hali ve istisna halinde olduğu gibi kuşatma halinde de gerçekleştirilen her türlü eylem ve işlem idari yargının denetimine tabidir.⁹¹ Bahsi geçen yargısal denetim içinde mahkemeler, idarenin faaliyetini, yasanın izin verdiği çerçeve içinde olup olmadığı ve ölçülülüğü yönünden kontrol etme yetkisine sahiptir.⁹² Belirtmek gerekir ki, 1978 tarihli İspanya anayasasıyla başlayan demokratik yönetim süreci içerisinde şimdiye dek hiç uygulamaya konulmamış olsa da, teorik çerçeve içerisinde yasal metinlerde yer verilen yargı

⁸⁵ Hergueta Haro, s. 36.

⁸⁶ Esen, s. 112.

⁸⁷ Bkz. 2. *İstisna Halinde (Estado de Excepción) Koşullar ve Uygulama*; Ayrıca bkz. dn. 66.

⁸⁸ Bru Peral, s. 160.

⁸⁹ Garrido López, s. 11.

⁹⁰ Onega Lopez, s. 10 – 11.

⁹¹ Esen, s. 116.

⁹² Onega Lopez, s. 12.

denetimine ilişkin bu vurgular kuşatma halinin anayasal düzen içerisindeki yerini belirginleştirmekte; bir hukuki rejim olarak sınırlarını çizmektedir.

SONUÇ

Bu çalışma çerçevesinde, özellikle küresel toplum sağlığına ilişkin ulusal uygulamalarla birlikte hukuk gündemini oldukça meşgul eden tartışmalardan dolayı daha yakından tanıdığımız olağanüstü halin kavramsal boyutu ile ilgilenilmiştir. Belirtmek gerekir ki, daha isminde “olağanüstü” sıfatını taşıyan bir hukuksal rejimin içerik ve sınırlarını kavrayabilmek için, kavramsal bir giriş yapmayı denemek gereklidir. Bu dönemlerde “olağanüstü” olan nedir ya da olağanüstü önlemler kendiliğinden sistemin dışında mı yer alır gibi temel sorular, somut olarak ortaya çıkan uygulamaları kavramsal tartışmalar içinde yeniden ele almayı ve test etmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu çalışmada bahsedilen test anayasallık, hukuk devleti ve insan hakları gibi aslında çok temel ama bir o kadar da özlü kavramları daha en başta ölçüt olarak belirlemiştir. Dolayısıyla olağanüstü dönemlere rahatlıkla uyarlanabilecek, insan haklarının ve özgürlüklerin güvence altına alındığı bir anayasal sistem tanımı bu çalışmanın zeminini oluşturmuştur.

Olağanüstü hallerin, aslında anayasal sistemlerin amacı hilafına birdenbire ortaya çıkıveren durumlar olarak her zaman basitçe öngörülemeyeceğine; ancak tarihsel süreçten süzülen deneyimin bu istisnai haller için dahi çok korunaklı önlemler hazırlayabileceğine dair ipuçları incelenmesi gerekli görülen diğer bir temel meseleydi. Bundan sonra ise modern demokratik bir anayasaya yakın komşularından daha geç sahip olmuş İspanya'nın olağanüstü hallerle ilişkin oluşturduğu hukuksal zemin değerlendirmeye alınmıştır. Bu sistem içerisinde beklenmeyen o istisnai hallerden geçerken, insan hak ve özgürlüklerinin en az hasarla kurtulduğu, yolun sonunda ise kendini hala anayasal bir hukuk devleti olarak tanımlamaya yetecek bir direnç bırakabilen uygulamalara yer verilip verilmediği temel merak konusu olmuştur.

Krizlerden demokratik yöntemlerle arınma rejimi olarak da ele alınan olağanüstü hallerin, bir zorunluluktan doğup hızlı kararlarla kurtarılmayı beklese dahi, hatırlatılmaya muhtaç en önemli özelliğinin geçiciliği olduğu

açıkça tespit edilmiştir. Bunun yanında, elbette, iyi niyet, yasallık, ölçülülük gibi esasen olağan dönemin de en temel ölçütlerinden sayılan kimi kavramların önemi hatırlatılmıştır. Nihayet bunların varlığı veya yokluğu noktasında bir hukuk sistemini olağanüstü dönemlerde eli kolu bağlı köşeye çekilmekten kurtaracak en önemli ilke anayasal denetim olarak belirlenmiştir. Şüphesiz ki hukuki bir rejim olduğu her fırsatta ısrarla iddia edilen olağanüstü hallerin, bu hukuki karakteri ancak ve ancak güçlü denetim mekanizmalarının tesisleriyle belirgin kılınır. Aksi halde hukuk devletinin ve anayasal güvencelerin yerleşik hale getirilmesine ilişkin bütün çabalar ve söylemler beyhude kalacaktır.

Bu kavram ve ilkelerin yardımıyla İspanyol sistemine baktığımızda üç ayrı anayasal olağanüstü yönetim usulü karşımıza çıkmaktadır. Doğal felaketlere, politik krizlere ya da devlet karışıklıklarına yönelen bu üç hal birbirinden farklı olmakla birlikte, istisnai olmaları, sürekli bir denetime tabi olmaları, hali eski normaline döndürmeyi amaçlamak zorunda olmaları ve gereken önlemlerle sınırlı bir ölçülülüğe dayanmaları bakımından ortaklaşmaktadır. Hal ne kadar ciddi ve vahim olursa olsun bu temel ortaklıklarda buluşan olağanüstü rejimlerin, hak ve özgürlükleri sürekli olarak kısıtlama potansiyeli ve eğilimi devam etmesine rağmen teorik anlamda önemli bir hukuki güvence sisteminin parçaları olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç itibariyle incelemeye dair en iç açıcı noktanın İspanyol anayasa tarihinde bu üç halin de – tüm Dünyayı etkileyen COVID-19 salgını da dahil olmak üzere– çok sınırlı sayıda gün yüzüne çıkarılması olduğunu söylemek gerekir. Bununla birlikte, yürürlüğe konuldukları dönemlerde, idarece gerçekleştirilen işlemleri tamamen denetime açan bir sistem olarak ve gerek Kongrenin gerekse özerk bölge hükümetlerinin zaman zaman siyasi müdahalelerine de olanak tanıyan bu olağanüstü hal rejimleri bu dönemlerin demokratik yönetimine ilişkin ortaya koyduğumuz ölçütler bakımından yerinde kurallar barındırmaktadır. Ancak ilkesel olarak bu ölçütlerle büyük ölçüde uyumlu görülen bu sistem, uygulamada, insan hak ve özgürlüklerine getirilen kısıtlamalar yönünden tartışmalar doğurmuştur. Bu tartışmaların temelini olağanüstü uygulamaların beklenenden uzun sürmesi ve önlemlerin istisnai doğasını yitirmesinde bulmak mümkündür. Dolayısıyla bu durum, anayasal ve yasal sınırları önceden belirlenmiş bu istisnai hallerin demokratik

meşruiyet zemininin - kâğıt üzerinde çeşitli başka testlere tabi tutulsa da - geçiciliğiyle sıkı sıkıya bağlı olduğunun açık bir kanıtıdır. İspanya Anayasasının ve ilgili organik yasanın olağanüstü hallerle ilgili ortaya koyduğu hukuki sistem, ancak bu şekilde, olağanüstü yönetim rejiminin, bir devletin olağan yükümlülükleri çerçevesinde beklenen güvenlik, barış, özgürlük ve toplumsal huzur gibi amaçların yok olmasına müsaade etmeyecek; olması gerektiği gibi gelen ve geçip giden bir yapıya işaret etmiş olabilecektir.

Son olarak çalışma kapsamında ele alınan İspanyol anayasal sisteminde, olağanüstü yönetim usulünü gerekli kılan sebeplere dayalı olarak birbirinden farklı kategoriler ve bunlara bağlı olarak farklı kural, önlem ve usuller belirlendiği görülmüştür. Bu uygulamanın halin gerektirdiği hususlarla sınırlı olarak, orantılılık ve elverişlilik bakımından yetkilerin kötüye kullanılmasını engelleyecek bir yöntem olabileceğini belirtmek gerekir. Dahası, bu olağanüstü hallerin yönetilmesi noktasında yetkili otoritelerin, sürelerin ve getirilecek kısıtlamaların niteliğinin de doğrudan bu çeşitli hallerin içeriği göz önüne alınarak oluşturulduğu düşünüldüğünde bu çoklu rejimin olağan anayasal sistemin krizlerle demokratik olarak başa çıkma kapasitesini artırmaya katkı sunduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Aba Catoira, Ana** (2011) “El estado de alarma en España”, *Teoria y Realidad Constitucional*, N.28, s. 313 – 341, s.313, 337.
- Agamben, Giorgio** (2003) *Stato di Eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri (Çev: Atakay, Kemal (2018) *İstisna Hali*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları).
- Arroyo Gil, A.** (2021) “La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante”: Garrido López, Carlos (Coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad.
- Belling, Vojtěch** (2020) “The State of Exception and Limits of the Rule of Laws”: Jinek, Jacob / Kollert, Lukáš (Eds), *Emergency Powers*, Baden – Baden, Nomos.
- Bru Peral, Eva M.** (1999) “Estados de alarma, excepcion y sitio”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, A.4 N.7, s. 141 – 187.
- Cercel, Cosmin** (2021) “Through a Glass, Darkly’ Law, History and Frontispiece of the Exception”: Cercel, Cosmin / Fusco, Gian G. / Lavis, Simon (Eds), *State of Exception – Law, History, Theory*, Oxon, Routledge.
- Dedov, Dmitry** (2021) “How State of Emergency Affects Democracy: Fair Trial for Political Activists”: Elósegui, María / Miron, Alina / Motoc, Iulia (Eds), *The Rule of Law in Europe - Recent Challenges and Judicial Responses*, Cham, Springer.
- Doehring, Karl** (2002) *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, İstanbul, İnkılap.
- Esen, Selin** (2008) *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Fusco, Gian Giacomo** (2021) “Exception, Fiction, Performativity”: Cercel, Cosmin / Fusco, Gian G. / Lavis, Simon (Eds), *State of Exception – Law, History, Theory*, Oxon, Routledge.
- Garrido López, Carlos** (2021) “Las limitaciones como derecho del Derecho constitucional de excepción”: Garrido López, Carlos (Coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad.

- Gemalmaz, M. Semih** (1994) *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, İstanbul, Beta Yayınları.
- Gemalmaz, M. Semih** (2012) *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, 8. Bası*, İstanbul, Legal Yayınları.
- Gragl, Paul** (2022) “Lawless Extravagance: The Primacy Claim of Politics and the State of Exception in Times of COVID-19”: Kettemann, M. C. / Lachmayer, K. (Eds), *Pandemocracy in Europe – Power, Parliaments and People in Times of COVID-19*, Oxford, Hart.
- Grogan, Joelle** (2020) “States of Emergency”, *VerfBlog*, 2020/5/26, <<https://verfassungsblog.de/states-of-emergency/>, DOI: 10.17176/20200526-133657-0> s. e. t. 12.04.2022.
- Guruparan, Kumaravadivel** (2020) “Constitution and Law as Instruments for Normalising Abnormalcy: States of Exception in the Plurinational Context”: Albert, Richard / Roznai, Yaniv (Eds), *Constitutionalism Under Extreme Conditions - Law, Emergency, Exception*, Cham, Springer.
- Hergueta Haro, Jennifer** (2021) *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Jurídico Español: Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio* (Master), Universitat Jaume I, <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/194035/TFG_2021_HerguetaHaro_Jennifer.pdf?sequence=1&isAllowed=y> s. e. t. 12.04.2022.
- Hernández Negrín, D. Adela / de la Rosa Valverde, D. Teresa** (2021) *El Estado de Alarma en España en la Pandemia de la Covid - 19* (Grado), Universidad de Laguna, <<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/24153/EL%20ESTADO%20DE%20ALARMA%20EN%20ESPANA%20EN%20LA%20PANDEMIA%20DE%20LA%20COVID-19.pdf?sequence=1>> s. e. t. 13.04.2022.
- Kaboğlu, İbrahim** (2016) *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Kadelbach, S. / Roth-Isigkeit, D.** (2017) “The right to invoke rights as limit to sovereignty security interests, state of emergency and review of un sanctions by domestic courts under the european convention of human rights”, *Nordic Journal of International Law*, 86 (3), s. 275-301.
- Kılıç, Muharrem** (2020) “Pandemi Dönemi İnsan Hakları Siyaseti: Hak ve Özgürlükler Düzeninin Kırılma Doğası”, *Adalet Dergisi*, S: 64, s. 17-55.

- Kuo, Ming-Sung** (2020) “From Institutional Sovereignty to Constitutional Mindset: Rethinking the Domestication of the State of Exception in the Age of Normalization”: Albert, Richard / Roznai, Yaniv (Eds), *Constitutionalism Under Extreme Conditions - Law, Emergency, Exception*, Cham, Springer.
- La Torre, Massimo** (2010) “Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y «estado de excepción»”, *Res Publica*, N. 23, s. 17 - 35.
- Lafuente Balle, J. M.** (1990) “Los estados de alarma excepcion y sitio (I)”, *Revista de Derecho Politico*, N.30, s. 31 - 34, <<https://doi.org/10.5944/rdp.30.1989.8427>>
- Larrazábal Basáñez, Santiago** (2008) *Curso de Derecho Constitucional*, Bilbao, Universidad de Deusto, s.
- Lopez Guerra, Luis** (Ed.) (2009) *Constitucion Española*, Madrid, Tecnos.
- Lurie, Guy** (2020) “Introduction: Emergency, Exception and Normalcy”: Albert, Richard / Roznai, Yaniv (Eds), *Constitutionalism Under Extreme Conditions - Law, Emergency, Exception*, Cham, Springer.
- Martín González, Paulo** (2020) *La Suspensión y Limitación Colectiva de los Derechos Fundamentales; Especial Referencia al Estado de Alarma (Master)*, Universidad de la Laguna, <<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/21623/La%20suspension%20y%20limitacion%20colectiva%20de%20los%20derechos%20fundamentales%3b%20especial%20referencia%20al%20estado%20de%20alarma%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> s. e. t. 12.04.2022.
- Molas, Isidre** (2009) *Derecho Constitucional, Cuarta Edicion*, Madrid, Tecnos.
- Onega Lopez, J. Ramón** (1988) “Estados de alarma, excepcion y sitio”, *CESEDEN Boletin de Informacion* No: 207 - X.
- Özler, Murat** (1982) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na Göre Olağanüstünün Olağanlaşması ve Kriz Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi.
- Presno Linera, Miguel Ángel** (2021) “El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por Covid-19”: Garrido López, Carlos (Coord.), *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad.
- Ramraj, Victor V. / Guruswamy, Menaka** (2013) “Emergency Powers”: Tushnet, M. / Fleiner, T. / Saunders, C. (Eds), *Routhledge Handbook of Constitutional Law*, New York, Routledge.

- Sağlam, Fazıl** (1982) *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Saygılı, Abdurrahman** (2014) *Kutsallık ve Rasyonellik Sarkacında Devlet*, Ankara, İmaj Yayınevi.
- Schmitt, Carl** (1996) *Politische Theologie*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH (Çeviren: Zeybekoğlu, E. (2005) *Siyasi İlahiyat - Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları).
- Şirin, Tolga** (2016) “1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C: 5, S:10, Y:2016, s. 475 - 526.
- Teziç, Erdoğan** (2021) *Anayasa Hukuku*, 25. Tıpkı Bası, İstanbul, Beta Yayınları.
- Tunaya, Tarık Zafer** (1980) *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Turhan, Mehmet** (1992) “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C:25, S:3, Ankara, s.13-36.
- Van der Sloot, Bart** (2020) “The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for privacy cases”, *JIPITEC* 160, para 1, <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-11-2-2020/5098>> s. e. t. 13.02.2022.
- Villareal, Pedro A.** (2021) “Public Health Emergencies and Constitutionalism Before COVID-19: Between the National and the International”: Elósegui, María / Miron, Alina / Motoc, Iulia (Eds), *The Rule of Law in Europe - Recent Challenges and Judicial Responses*, Cham, Springer, s. 221.

ÖZEL HUKUK

‘BOLAGSUPPLYSNINGEN OÜ’ İLE ‘eDATE AND MARTINEZ’ KARARLARI IŞIĞINDA BRÜKSEL Ia TÜZÜĞÜ UYARINCA KİŞİLİK HAKKININ İNTERNET ORTAMINDA İHLÂLİNDE MİLLETLERARASI YETKİLİ MAHKEME*

Arş. Gör. Elif Hande ALTINTAŞ AÇIKGÖZ**

ÖZET

İnternet, verinin her yere yayılması ve her yerden erişilebilmesine imkân sağlayan sistemdir. İnternetin bu özel yapısı, kişilik hakkını oluşturan değerlerin internet ortamında korunmasını her geçen gün zorlaştırmaktadır. Verinin internetteki yayılım hızı arttıkça internet ortamından gerçekleşen kişilik hakkı ihlâl sayısı ve çeşitliliği de artar. Bu durum internet ortamında kişilik hakkı ihlâl edilen mağdurun hangi mahkemeye başvuracağı, başka bir deyişle kişilik hakkının internet ortamından ihlâlinde milletlerarası yetkili mahkemenin neresi olduğu sorusunu gündeme getirir. Günümüzde sıklıkla tartışılan konu hakkında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), yakın tarihlerde iki karar vermiştir. Çalışma, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti noktasında ABAD’ın görüşleri ve Brüksel Ia Tüzüğü’nün uygulamasını yansıtan 25 Ekim 2011 tarihli *eDate and Martinez* kararı ile 17 Ekim 2017 *Bolagsupplysningen OÜ* kararının incelenmesine ilişkindir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği (AB), İnternet, İnternet Ortamında Kişilik Hakkı İhlâli, Brüksel Ia Tüzüğü, Milletlerarası Yetki.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1090295- Geliş Tarihi: 19.03.2022 – Kabul Tarihi: 13.06.2022. Çalışma, TUBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında desteklenmiştir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ehandedaltintas@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0060-7094.

**INTERNATIONAL JURISDICTION ON THE VIOLATIONS OF
PERSONALITY RIGHTS ON THE INTERNET IN ACCORDANCE WITH
REGULATION BRUSSELS Ia IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF
BOLAGSUPPLYSNINGEN OÛ AND eDATE AND MARTINEZ**

ABSTRACT

The internet is a system that allows data to spread everywhere and be accessible from anywhere. In this sense, it becomes increasingly harder to protect the values that constitute the right of personality on the internet. As the rate of spread of data on the internet increases, the types and number of violations of personal rights on the internet also increase. This raises the question of which court has the international jurisdiction in case of the violation of personal right on the internet. The Court of Justice of the European Union (ECJ) has recently made two decisions on this controversial issue. This article presents and analyses the judgment of the Grand Chamber of the ECJ of 25 October 2011 in the cases of *eDate and Martinez* and 17 September 2017 in the cases of *Bolagsupplysningen OÛ* which reflecting the ECJ's views on the application of EU jurisdictional rules (Brussels Ia Regulation) to disputes arising out of alleged violations of personality rights on the internet.

Keywords: European Union (EU), Internet, Violations of Personality Rights on the Internet, Brussels Ia Regulation, International Jurisdiction.

GİRİŞ

İnternet, verinin her yere yayılmasına, her yerden erişilmesine ve devletlerin çizdiği ülke sınırlarından bağımsız bir dolaşıma¹ sahip olmasına imkân sağlayan sistemdir². Bu bağımsız dolaşım, internet ortamında gerçekleşen ihlâlin artmasının yanında çeşitlenmesine de neden olur³. Günümüzde taşınabilen görüntü ve ses kayıt cihazlarının varlığı, kişilere ait özel bilgilerin bilgisayarlar aracılığıyla kolaylıkla depo edilebilmesi ve medyanın toplum içerisindeki konumu, kişilik hakkını oluşturan kişisel değerlerin⁴ koruma altına alınmasını iyice zorlaştırmıştır. Diğer bir ifade ile internet, aleniyeti arttırıp kişilik hakkına müdahale alanını genişletmiştir⁵. Bu itibarla

-
- ¹ **Svantesson, Dan Jerker Börje** (2016) *Private International Law and the Internet*, 3. Baskı, Kluwer Law International B.V, Hollanda, s. 58 vd; **Wendy A. Adams** (2002) “Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve”, *International Journal of Law and Information Technology*, C: 10, S: 1, s. 71-131, s. 87.
- ² **Mefford, Aron** (1997) “Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet,” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C: 5, S: 1, s. 211-237, s. 216; **Márton, Edina** (2016), *Violations of Personality Rights through the Internet: Jurisdictional Issues under European Law*, 1. Baskı, Baden, Nomos, s. 56; **Wandell, Tracie E.** (2011) “Geolocation and Jurisdiction: From Purposeful Availment to Avoidance and Targeting on the Internet”, *Journal of Technology Law & Policy*, C: 16, S: 2, s. 275-306, s. 275; **Kernen, Alexander** (2014) *Persönlichkeitsverletzungen im Internet Zuständigkeit schweizerischer Gerichte im internationalen Verhältnis*, 1.Baskı, Dike Verlag, Zürich, s. 28.
- ³ **Oğuz, Habip** (2012) *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması*, 2. Baskı, Adalet, Ankara, s. 58.
- ⁴ Kişinin ses kaydı, vücut bütünlüğü, beden sağlığı, fikri mülkiyet hakları, malî hakları ya da konut gibi taşınabilir eşyaları ile eğitim diploması gibi değerler kişilik hakkını oluşturan maddî değerlerdir. Toplumdaki itibar, şeref ve haysiyet, özel hayatın gizliliği, din ve vicdan hürriyeti, ad, evlilik ilişkileri gibi değerler ise bireyin kişilik hakkını oluşturan manevî değerlerdir. Bkz. **Tandoğan, Haluk** (1963) “Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 20, S: 1, s. 1-36, s. 8; **Serozan Rona** (1977) “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler” *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 11, S: 14, s. 93-112, s. 93.
- ⁵ **Siebert, W.** (1969) “Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler”, (Çeviren Bilge Öztan), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 26, S: 1, s. 217-230, s. 217 vd.; **Dural, Mustafa/**

hak ihlâline yol açan veri, yalan, iftira veya kişinin mahremiyetini ihlâl edecek nitelikteyse mağdur, başvurduğu devletin yasalarına göre tazminat talep etme ve/veya zararlı verinin düzeltilmesini veya kaldırılmasını talep etme gibi bazı haklara sahip olabilir⁶. Ancak bu noktada, hukukî korumadan yararlanmak isteyen mağdurun hangi devlet mahkemelerine başvuracağı sorusu öncelikle cevaplandırılmalıdır.

İnternet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde mağdurun hangi mahkemeye başvuracağı, başka bir deyişle, milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti; dergi, gazete, radyo ya da TV yayını gibi geleneksel medya araçlarıyla işlenen kişilik hakkı ihlâllerine oranla daha karmaşıktır. Şöyle ki; internet

Öğüz, Tufan (2021) Türk Özel Hukuku-Cilt II Kişiler Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 99.

- ⁶ **Bogdan, Michael** (2018) "Regulation Brussels Ia and Violations of Personality Rights on the Internet", *Nordic Journal of International Law*, C: 87, S: 2, s. 212-220, s. 212. Türk hukukunda internetteki yayınlar sebebiyle meydana gelen kişilik hakkı ihlâllerinde mağduru koruyan düzenlemelere, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da özel olarak yer verilmiştir (5651 sk. m. 9, 9/A). Kanun'a göre, kişilik hakkı internet ortamında ihlâl edilen mağdur, içerik sağlayıcıya, içerik sağlayıcıya ulaşamaması durumunda ise yer sağlayıcıya başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasını talep edebilir (5651 sk m. 9/1). Talep, içerik ve yer sağlayıcı tarafından 24 saat içerisinde cevaplandırılır (5651 sk m. 9/2). Bu talepten ayrı mağdur, sulh ceza hakimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini isteme hakkına da sahiptir (5661 sk m. 9/1). Türk hukuku, internet ortamındaki verinin mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlâl etmesi durumunda ise mağdura daha sıkı bir koruma sağlayarak ona, doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na başvurma hakkı tanımıştır. Bu halde mağdur, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteme hakkına sahiptir (5651 sk m. 9/A/1). Mağdurun Kurum'a yaptığı talep, doğrudan Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne bildirilmekte ve erişim sağlayıcılardan, tedbir talebinin derhâl ve en geç dört saat içinde yerine getirmesi istenmektedir (5651 sk m. 9/A/3). Ancak mağdur da internet ortamındaki yayının içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini, Kurum'a talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hakiminin kararına sunmalıdır. Aksi hâlde erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkacaktır (5651 sk m. 9/A/5). İlave olarak mağdur, erişimin engellenmesi ya da yayından çıkarma taleplerinin yanında Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca önleme, durdurma tespit davalarını açabileceği gibi internetteki verinin yol açtığı zararların tazmini amacıyla maddî ya da manevî tazminat davası da açabilecektir (TMK 25/son).

ortamındaki kişilik hakkı ihlâli, farklı aşamaların bir araya gelmesi ile gerçekleşir. Çok genel bir anlatımla kişilik hakkı ihlâlüne yol açan veri, öncelikle içerik sağlayıcı tarafından hazırlanır. Daha sonra hazırlanan veri, internete yüklenir. Yüklenen veri, bir sunucuda depolanmaya başlar. Depolanan veri, bir internet kullanıcısı tarafından sunucudan talep edilir ve yönlendiriciler (*traceroute*) aracılığıyla onu talep eden kullanıcının bilgisayarına ulaşır. Artık veri, onu talep eden kullanıcının bilgisayar ekranında görünür konumdadır. Bu aşamadan sonra ise veri, onu talep eden kullanıcı tarafından algılanır⁷. İşte internet ortamında gerçekleşen ihlâllerdeki farklı aşamalar, bu aşamaların hangisinin internette kaynaklanan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkili mahkemenin tespitinde dikkate alınacağı sorusunu akla getirir.

Kural olarak egemenlik yetkisinin bir yansıması olarak her devlet, kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlemekte özgürdür⁸. Ancak günümüzde bazı uluslararası araçlar, ulusal hukuklardaki milletlerarası yetki kurallarının birbiri ile uyumunu ve hatta yeknesaklaştırılmasını amaçlar. İşte bu uluslararası araçlardan biri 12 Aralık 2012 tarihli Medenî ve Ticarî Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Ia Tüzüğüdür (*Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments In Civil and Commercial Matters (recast)*)⁹. Tüzük, yetki kurallarının birbiri ile uyumunu ve hatta yeknesaklaştırılmasını amaçladığından, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde yetkili

⁷ Márton, s. 28.

⁸ Ekşi, Nuray (2000) Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, Beta, İstanbul, s. 2, 14; Dardağan, Esra (2005) Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı, 1. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, s. 1, 3; Bigos, Oren (2005) “Jurisdiction over Cross-Border Wrongs on the Internet”, The International and Comparative Law Quarterly, C: 54, S: 3, s. 585-620, s. 586; Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, Beta, İstanbul, s. 409, 425; Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır B. (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, Beta, İstanbul, s. 566; Nomer, Ergin (2021) Devletler Hususî Hukuku, 23. Baskı, Beta, İstanbul, s. 383.

⁹ Regulation (EU) No 1215/2012 of The European Parliament And Of The Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgments In Civil and Commercial Matters (recast), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>>s.e.t.14.02.2022.

mahkemenin neresi olacağı sorusunun cevaplandırılmasında, Tüzük hükümlerinin yorumu büyük öneme sahiptir.

Brüksel Ia Tüzüğü m. 4/1 hükmüne göre, davalının yerleşim yeri mahkemesi, genel yetkili mahkemedir. Bu anlamda internet ortamında kişilik hakkı ihlâl edilen mağdur, ilk olarak davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilir. Ayrıca Tüzük, genel yetki kurallarının yanında bazı uyuşmazlıklarda, mahkeme ile uyuşmazlık arasında sıkı irtibata dayanan özel yetki kurallarına da yer vermiştir¹⁰. Haksız fiiller bakımından özel yetki kuralı, Tüzüğün 7/2. maddesi hükmünde yer alır. Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2 hükmüne göre, haksız fiillerden kaynaklanan davalar “*haksız fiilin vuku bulduğu ya da zararın meydana gelebileceği yer*” (*harmful event occurred or may occur*) mahkemesinde de açılabilir. Dolayısıyla internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde, özel yetki kuralından hareketle milletlerarası yetkili mahkemenin belirlenebilmesi için “*haksız fiilin vuku bulduğu ya da zararın meydana gelebileceği yer*” ifadesi açıklanmalıdır. Diğer bir ifade ile “*haksız fiilin vuku bulduğu ya da zararın meydana gelebileceği yer*” ifadesinin internetteki ihlâl oluşum aşamalarından (verinin oluşturulması, internete yüklenmesi, verinin sunucuda depolanması ya da kullanıcı tarafından erişilmesi gibi) hangisi ya da hangilerine karşılık geldiği tespit edilmelidir. Bu amaçla aşağıda Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) konu hakkında verdiği *eDate and Martinez ve Bolagsupplysningen OÜ* kararları incelenecek ve kararlar uyarınca internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde milletlerarası yetkili mahkemenin neresi olduğu izah edilecektir.

¹⁰ Özel yetki kuralları, mahkeme ile uyuşmazlık arasındaki sıkı irtibata dayanan ve uyuşmazlığın hukukî niteliğinin dikkate alındığı kurallardır: **Ekşi**, s. 76.

I. BRÜKSEL Ia TÜZÜĞÜ DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİNDE BRÜKSEL SÖZLEŞMESİ M. 5/3 HÜKMÜ İLE BRÜKSEL I TÜZÜĞÜ M. 5/3 HÜKMÜNÜN YORUMU

Brüksel Ia Tüzüğü, 2000 tarihli Brüksel I Tüzüğü'nün¹¹ yerini almış, Brüksel I Tüzüğü ise 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesinin¹² yerine getirilmiştir¹³. Avrupa Birliği (AB) hukukunda, mahkemelerin milletlerarası yetkisini düzenleyen mevzuat zaman içerisinde değişim göstermişse de haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisini düzenleyen hüküm, her üç düzenlemede özü itibarıyla aynı kalmaya devam etmiştir. Nitekim hem Brüksel Ia Tüzüğü'nde (m. 7/2) hem de Brüksel I Tüzüğü'nde (m. 5/3) haksız fiilden kaynaklanan davalarda "*haksız fiilin vuku bulduğu ya da zararın meydana gelebileceği yer*" mahkemeleri, Brüksel Sözleşmesi'nde ise (m. 5/3) "*haksız fiilin vuku bulduğu*" yer mahkemesi yetkili kabul edilmiştir. Bu itibarla Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)¹⁴ kararlarında, haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespitine ilişkin bugüne kadar yapılmış yorumlar, Brüksel Ia Tüzüğü'nün m. 7/2 hükmü bakımından da geçerlidir¹⁵. Öğreti 2012 yılındaki Brüksel I Tüzüğü değişikliği öncesinde, internet ortamında gerçekleşen haksız fiillerde, mahkemelerin milletlerarası yetkisini konu alan özel bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu vurgulamaktaydı. Ancak öğretilerdeki görüşlere rağmen Brüksel Ia Tüzüğü'nde, Brüksel I Tüzüğü'ndeki hüküm aynen korunmuştur. Bu sebeple Brüksel I Tüzüğü'ndeki "*haksız fiilin vuku bulduğu ya da zararın meydana gelebileceği yer*" kuralının yorumları da

¹¹ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R0044&from=EN>>, s.e.t.14.02.2022.

¹² Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41968A0927(01)&from=EN)>s.e.t. 14.02.2022.

¹³ **Bogdan** (2018), s. 213.

¹⁴ 1 Aralık 2009 tarihli Lizbon Antlaşmasından önce Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD).

¹⁵ **Bogdan** (2018), s. 213.

günümüzde halen geçerli ve önemlidir¹⁶. Yine ABAD’a göre, Brüksel Sözleşmesi ve Brüksel I Tüzüğü m. 5/3’te yer alan “*haksız fiilin vuku bulduğu yer*” kuralına istinaden mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespitine ilişkin internet öncesi dönemde verilen kararlardaki yorumlar, internet ortamında gerçekleşen ihlaller bakımından da aynen geçerlidir.

ABAD, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde milletlerarası yetkili mahkemenin neresi olduğuna ilişkin kararlarını, internet ortaya çıkmadan önce verdiği iki kararındaki görüşlerine dayandırmıştır. ABAD’ın görüşlerini dayandırdığı ilk karar, 1976 tarihli *G. J. Bier BV v Mines de potasse d’Alsace SA* davasında verilmiştir.¹⁷ Karar, Divan’ın mesafeli haksız fiillerde¹⁸ mahkemelerin milletlerarası yetkisini ele aldığı ve Brüksel Sözleşmesi m. 5/3’teki “*haksız fiilin vuku bulduğu yer*” ifadesini yorumladığı ilk karardır. Kararda ABAD, mesafeli haksız fiiller bakımından “*haksız fiilin vuku bulduğu yer*” ifadesinin haksız fiilin işlendiği yer ve zarar yerine karşılık geldiğine¹⁹ ve haksız fiil mağdurunun (davacının) seçimine bağlı, haksız fiilin işlendiği yer ya da zarar yeri mahkemelerinden birisinde dava açılabilmesine karar vermiştir²⁰. Böylece ABAD ilk kararıyla, fiilin işlendiği yerin ve zarar yerinin farklı

¹⁶ **Roth, Wulf-Henning** (2013) “Persönlichkeitsschutz im Internet: Internationale Zuständigkeit und Anwendbares Recht”, IPRax, S: 3, s. 215-227, s. 216. ABAD’da bu yorumu kabul eder: Bolagsupplysningen OÜ ve Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB, Case C-194/16, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195583&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9292600>> s.e.t. 15.02.2022, paragraf 24; eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, Cases C-509/09 and C-161/10, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2E69E1CEAE7012275835E39E5157C36F?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1277589>>, s.e.t. 17.02.2022, paragraf, 38.

¹⁷ *G. J. Bier BV v Mines de potasse d’Alsace SA*, Case 21/76, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0021&from=EN>>, s.e.t.16.02.2022.

¹⁸ Mesafeli haksız fiil, fiili gerçekleştiren eylem ile haksız fiil sonrasında meydana gelen zararın farklı ülkelerde vuku bulmasını ifade eder: **Márton**, s. 133; **Oster, Jan** (2012) “Rethinking Shevill. Conceptualising the EU Private International Law of Internet Torts Against Personality Rights, *International Review of Law*, C: 28, S: 2-3, s. 115.

¹⁹ *G. J. Bier BV v Mines de potasse d’Alsace SA*, s. 1747, 1748 (paragraf 24).

²⁰ *G. J. Bier BV v Mines de potasse d’Alsace SA*, s. 1748 (paragraf 25).

devletlerde bulunduğu mesafeli haksız fiillerde²¹, birbirine eşit konumda olan fiilin işlendiği yer ya da zarar yeri mahkemelerinden birisinde davacının kendi seçimine bağlı dava açabileceğine hükmetmiştir (*twin criteria*)²². Karardaki Brüksel Sözleşmesi m. 5/3 hükmünün bu şekildeki yorumu, fiilin işlendiği yer ve zarar yerinin farklı devletlerde olduğu sonraki davalarda, bir ilke haline gelmiştir.

Bier kararından sonra 1995 yılında ABAD, farklı devletlere dağıtımı yapılan bir gazetede makaleden kaynaklanan kişilik hakkı ihlâlinde, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespiti için yeniden Brüksel I Tüzüğü m. 5/3 hükmündeki “*haksız fiilin vuku bulduğu yer*” ifadesini yorumlamıştır. *Shevill and Others v Presse Alliance SA*²³ kararında ABAD, kişilik hakkı ihlâli mağdurunun, haksız içeriğin yer aldığı gazetenin yayımcısına karşı nerelerde dava açabileceğini göstermiştir²⁴. Kararında Mahkeme, *Bier* davasındaki görüşünü aynen sürdürmüş ve “*haksız fiilin vuku bulduğu yer*” ifadesinin fiilin işlendiği yer ve zarar yerine karşılık geldiğini ifade etmiştir. Bu itibarla geleneksel basılı medya yoluyla işlenen kişilik hakkı ihlâllerinde fiilin işlendiği yer ve zarar yerinin tespitini yapan Mahkeme, mağdurun, fiilin işlendiği yer

²¹ **Márton**, s. 133; **Oster**, s. 115; **Wagner, Gerhard** (1998) “Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, C: 62, S: 2, s. 243-285, s. 247.

²² G. J. *Bier BV v Mines de potasse d'Alsace SA*, s. 1748 (paragraf 25); **Mankowski, Peter** (2012) “European Commentaries on Private International Law Brussels I Regulation Revised Edition”, Magnus, Ulrich / Mankowski Peter (eds), Sellier European Law Publishers, Munich, s. 239; **Márton**, s. 134; **Lehmann, Matthias** (2015) *The Brussels I Regulation Recast*, (Eds: Dickinson, Andrew/ Lein, Eva/ James, Andrew), 1. Baskı, Oxford University Press, Londra, s. 156.

²³ *Shevill and Others v Presse Alliance SA*, Case C-68/93, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0068&from=EN>> s.e.t. 16.02.2022.

²⁴ Karar hakkındaki ayrıntılı değerlendirme için bkz: **Özel, Sibel** (2003) “Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum: Fiona Shevill and Others v. Pres Alliance SA Davası”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, (Eds: Öztekin, Selçuk/ Yıldırım, Kamil/ Yıldırım, Nevhis Deren), s. 263-279. **Özel, Sibel** (2004) *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 126 vd.

olan yayıncının kurulu bulunduğu (yerleştiği) yer²⁵ mahkemesinde (*place of establishment*) ya da haksız fiilin zarar yerine karşılık gelen derginin dağıtıldığı ve mağdurun zarar gördüğünü iddia ettiği üye ülke mahkemesinde yayıncıya karşı dava açabileceğine hükmetmiştir. Ancak ABAD'a göre, haksız fiilin işlendiği yere karşılık gelen yayıncının kurulu bulunduğu üye ülke mahkemesi, AB ülkelerinde meydana gelen tüm zararlar hakkında karar verebilecekken, haksız fiilin zarar yerine karşılık gelen derginin dağıtıldığı ve mağdurun zarar gördüğünü iddia ettiği üye ülke mahkemesi, sadece o yayından kaynaklı kendi ülkesinde meydana gelen zararları sınırlı yargılama yapabilecektir (*mosaic principle*)²⁶.

II. eDATE AND MARTINEZ DAVASI

ABAD, *Shevill* kararından 16 yıl sonra ilk kez, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkla ilgilenmiş ve yetkili mahkemenin neresi olduğu sorusunu Brüksel I Tüzüğü m. 5/3 (Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2) hükmünü yorumlayarak çok daha açık bir şekilde cevaplandırmıştır. ABAD, 25 Ekim 2011 tarihli *eDate and Martinez*²⁷ kararında, *Shevill* ve *Bier* davasındaki görüşlerini, internette kaynaklanan uyuşmazlıkların niteliğine uygun düşecek şekilde uyarlamıştır. Esasen ABAD, *Shevill* kararındaki görüşlerin, diğer medya ve iletişim araçları aracılığıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlâli türlerinin tamamına uygulanabileceğini kabul etmiştir²⁸. Bu anlamda *eDate and Martinez* davasında da ABAD, *Bier* davasında benimsediği "*haksız fiilin vuku bulunduğu yer*" ifadesinin fiilin işlendiği yer ve zarar yerine karşılık geldiği görüşü ile zarar yeri mahkemeleri bakımından *Shevill* davasındaki mozaik yaklaşım görüşünü devam ettirmiştir.

²⁵ Öğretilerde yayıncının tesis yeri olarak da kullanılmaktadır: Özel (2004), s. 137.

²⁶ *Shevill and Others v Presse Alliance SA*, s. 462 (paragraf 33).

²⁷ *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, Cases C-509/09 and C-161/10, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=2E69E1CEAE7012275835E39E5157C36F?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1277589>>, s.e.t. 18.02.2022.

²⁸ *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, paragraf 44.

A. SOMUT OLAYDAKİ UYUŞMAZLIK

Aslında *eDate and Martinez* kararında ABAD, iki ayrı davada kendisine yöneltilen soruları tek bir kararla cevaplandırmıştır. Kararda, ABAD'ın önüne gelen ilk dava *eDate* davasıdır. Almanya'da ikamet eden davacı X, 1993 yılında erkek kardeşiyle birlikte tanınmış bir aktörü öldürmek suçundan ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış, Ocak 2008'de ise şartlı tahliyle serbest bırakılmıştır. Ancak Avusturya'da kurulmuş eDate Advertising şirketi, 'www.rainbow.at' adresli internet portalının eski haberlere ayrılan kısmında, Almanya'da yürütülmüş ceza yargılamalarına ilişkin bir rapora yer vermiştir. Raporda, X'in ve erkek kardeşinin adı, yargılama sürecinde temyize başvurdukları, işledikleri suçun kısa açıklaması gibi bazı verilere de yer verilmiştir. Bunun üzerine X, eDate Advertising'e başvurarak ondan kendisine ilişkin verileri siteden kaldırılmasını ve kendisi hakkında gelecekte yayın yapmaktan kaçınacağına ilişkin bir taahhüt vermesini istemiştir. eDate Advertising her ne kadar X'in talebini yanıtsız bırakmışsa da bu başvuru üzerine sitedeki verileri yayından kaldırmıştır. Ancak X, eDate Advertising'in işlenen suçla bağlantılı kendisi hakkında haber yaparken tam adını kullanmaktan kaçınması istediğini de kapsayan bir ihtiyati tedbir talebi ile Alman mahkemelerine başvurmuştur. eDate Advertising ise Alman mahkemelerinde açılan bu davaya, 'www.rainbow.at' adresli internet sitesinin Avusturya'dan yönetilmesi sebebiyle Alman mahkemelerinin bu konuda karar vermeye yetkili olmadığı iddiasıyla karşı çıkmıştır²⁹.

ABAD'ın ele aldığı ikinci uyuşmazlıkta ise 'www.sundaymirror.co.uk' adresli internet sitesinde, İngilizce yayımlanan bir haber dolayısıyla Fransız vatandaşı ve aktör Olivier Martinez ile babası Robert Martinez özel hayatlarının gizliliğinin ihlâli ve haber metninde yer alan fotoğraf dolayısıyla da Olivier Martinez'in şeref ve haysiyetinin ihlâl edildiği iddialarıyla internet sitesini işleten İngiliz MGN Limited şirketine karşı Paris mahkemelerinde dava açmıştır. Açılan davada davacılar, uğradıkları manevî zararın tazminini talep ederken davalı, verilerin internete yüklenmesi ile Fransız topraklarında

²⁹ eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, paragraf 16-19.

meydana geldiği iddia edilen zarar arasında yeterli bağlantı bulunmadığı gerekçesiyle Fransız mahkemesinin yetkisine itiraz etmiştir³⁰.

Yukarıda uyuşmazlık konusu olayların kısaca özetlendiği *eDate and Martinez* davasında Alman ve Paris mahkemeleri ABAD'a, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespitine ilişkin Brüksel I Tüzüğü m. 5/3 (Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2) hükmündeki "*haksız fiilin vuku bulduğu yer*" ifadesinin internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri bakımından nasıl yorumlanacağını sormuştur. ABAD ise kendisine iki ayrı davada yöneltilen bu soruyu, tek bir kararda yanıtlamıştır³¹. Esasen ABAD'ın iki ayrı dava ile kendisine yöneltilen soruyu tek bir kararla yanıtlaması, Brüksel I Tüzüğü m. 5/3 (Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2) hükmünün yorumunun, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlali türlerinin tamamı için geçerli olduğunu gösterir. Bu anlamda karar, Brüksel I Tüzüğü m. 5/3 (Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2) hükmünün yorumunda internet ortamındaki haksız fiilin, özel hayatın gizliliğini ihlâl ya da şeref ve haysiyetin ihlâlî gibi, kişilik hakkı ihlâlinin farklı türleri olması bakımından bir ayırım yaratmayacağını açıkça ortaya koymaktadır³².

eDate davasında Alman mahkemesi ABAD'a internette gerçekleşebilecek muhtemel kişilik hakkı ihlâlinde "*haksız fiilin vuku bulduğu yer ya da zararın meydana gelebileceği yer*" ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiğini de sormuştur³³. ABAD kendisine sorulan bu soruyu kabul etmesine³⁴ rağmen kararında, sorunun cevabına ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Ancak o dönemde öğretî, Tüzüğün haksız fiillerde yetkiyi düzenleyen hükmünün sadece tazminat taleplerini değil ihtiyatî tedbir taleplerini de kapsadığını ve ABAD'ın

³⁰ eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, paragraf 25, 26.

³¹ eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, paragraf 24, 29.

³² Nagy, Csongor Istvan (2012), "The World is Dangerous Weapon: Jurisdiction Applicable Law and Personality Rights in EU Law Missed and New Opportunities", Journal of Private International Law, C: 8, S: 2, s. 251-296, s. 259, 260.

³³ eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, paragraf 24.

³⁴ eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, paragraf 35.

eDate and Martinez kararındaki görüşlerinin muhtemel kişilik hakkı ihlalleri için de geçerli olduğunu kabul etmişti³⁵.

B. İNTERNET ORTAMINDA GERÇEKLEŞEN KİŞİLİK HAKKI İHLÂLİNDE YETKİLİ MAHKEME

ABAD, *eDate and Martinez* kararında öncelikle, Brüksel I Tüzüğü m. 5/3'in (Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2), genel yetki kriteri olan davalının yerleşim yeri yetki kriterinden ayrı, uyuşmazlık ve mahkeme arasındaki sıkı irtibatı sağlayan özel bir yetki kuralı olduğunu, deliller ve yargılamanın yürütülmesinde kolaylık sağladığını ve hükümdeki “*haksız fiilin vuku bulduğu yer*” ifadesinin fiilin işlendiği yer ve zarar yeri mahkemelerine karşılık geldiğini yeniden vurgulamıştır³⁶. *Bier ve Shevill* davasına yaptığı bu atıfların ardından ABAD, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde fiilin işlendiği yerin ve zarar yerinin neresi olduğunu açıklamıştır.

1. Fiilin İşlendiği Yer Mahkemesi

ABAD, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde fiilin işlendiği yerin tespitinde, *Shevill* kararında benimsediği görüşünü hiç değiştirmeksizin aynen kabul etmiştir. Geleneksel yazılı medya aracılığıyla işlenen kişilik hakkı ihlâlden kaynaklanan bir uyuşmazlığı konu alan *Shevill* kararına göre; haksız fiilin işlediği yer, haksız içeriğe sahip derginin yazılıp, basıldığı ve dağıtımına sunulduğu yerdir³⁷. Zira derginin yazılıp, basıldığı ve dağıtımına sunulduğu yer, zarara sebep olan fiilin gerçekleştiği yer yani o fiilin menşe yeridir³⁸. Bu yer, uyuşmazlıkla sıkı irtibatlı olduğundan yargılamanın yapılması ve delillerin toplanması bakımından da kolaylık sağlayacaktır³⁹. Bu

³⁵ Hess, Burkhard (2012) “Der Schutz der Privatsphäre im Europäischen Zivilverfahrensrecht” *Juristen Zeitung*, C: 67, S: 4, s. 189-193, s. 191; Lehmann, s.160. Ancak ABAD, aşağıda incelenecek *Bolagsupplysningen OÜ* kararı ile öğretinin bu görüşünün haklı olmadığını ortaya koymuştur: Bakınız aşağıda *Bolagsupplysningen OÜ* kararı.

³⁶ *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, paragraf 40, 41.

³⁷ *Shevill and Others v Presse Alliance SA*, s. 460, 461 (paragraf 24).

³⁸ Nagy, s. 257.

³⁹ *Shevill and Others v Presse Alliance SA*, s. 460 (paragraf 21).

anlayış, *eDate and Martinez* kararıyla internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri için de kabul edilmiştir. ABAD'a göre, internetteki kişilik hakkı ihlâli; verinin hazırlanması, yükleme kararının alınması ve internete yüklenmesiyle oluşur. Tüm bu aşamaların organizasyonu ise yayımcının kurulu bulunduğu yerden gerçekleştirilir. Dolayısıyla internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde haksız fiilin işlendiği yer, ihlâle yol açan fiillerin tamamının organize edildiği, yayımcının faaliyetlerde bulunduğu, yayım için faaliyetlerini icra ettiği yerdir⁴⁰. ABAD'a göre, uyuşmazlıkla sıkı ilişkili ve haksız fiilin işlendiği yer olan yayımcının kurulu bulunduğu yer mahkemesinde açılacak davada mağdur, AB'ye üye devletlerde meydana gelen zararın tamamının tazminini talep edebilecektir⁴¹.

2. Zarar Yeri Mahkemesi

İnternet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâli bakımından esas sorun ise haksız fiilin zarar yerinin neresi olduğudur. ABAD zarar yerinin tespitinde, *Shevill* davasındaki görüşünü takip etmişse de bu görüşünün internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri için uyarlaması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, geleneksel basılı medyadaki dağıtımın aksine, internete yüklenen verinin her yere yayıldığı ve verinin, onu internete yükleyen kişinin niyetinden ve kontrolünden bağımsız, dünya çapında ve sınırsız sayıdaki internet kullanıcılarına ulaşabildiğini vurgulamıştır⁴². Mahkemeye göre, yazılı medya aracılığıyla işlenen kişilik hakkı ihlâlinde zarar yeri mahkemesinin tespitinde kullanılan "dağıtım yeri" kriteri⁴³, internetteki yayılımın evrenselliği sebebiyle internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinin zarar yerinin tespitinde dikkate alınamaz. Ayrıca münhasıran bir üye devlette meydana gelen zararın tespitinde, verinin o üye devletteki yayılımının kesin ve doğru şekilde ölçülebilmesi de teknik açıdan pek mümkün değildir⁴⁴.

⁴⁰ Márton, s. 238.

⁴¹ eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, paragraf 40, 41.

⁴² eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, paragraf 45.

⁴³ Shevill and Others v Presse Alliance SA, s. 461 (paragraf 29).

⁴⁴ eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, paragraf 45.

Dolayısıyla internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde zarar yerinin tüm dünyaya yayılabilme ihtimâline binaen, *Shevill* davasındaki görüşlerin uyarlanması şarttır⁴⁵. Ayrıca verinin yayılımının genişliği ele alındığında mağdura, internetteki veriden kaynaklanan tüm zararlarının tazminini talep edebileceği bir yer mahkemesi de gösterilmelidir.

ABAD'a göre, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâllerinde mağdur, öncelikle haksız fiilin zarar yeri olarak menfaatlerinin merkezi olan (*the centre of his interests*) yerde dava açabilir. Menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde mağdur, AB üyesi ülkelerde meydana gelen tüm zararların tazminini talep edebilir. Zira internetteki veri, etkisini en çok mağdurun menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yerde gösterir. Bu yer mahkemesi, uyuşmazlıkla en sıkı ilişkiye sahip mahkeme olarak verinin kişilik hakkı üzerindeki etkisini en doğru şekilde değerlendirebilecektir⁴⁶. Ayrıca mağdurun menfaatlerinin merkezi kriteri, mağdurun dava açabileceği mahkemeyi kolayca belirleyebilmesine, davalının da kendisine karşı hangi mahkemede dava açılabilirliğini makûl bir şekilde tahmin edebilmesine imkân verdiği için öngürülebilirliği de sağlayacaktır⁴⁷.

ABAD'a göre, mağdurun menfaatlerinin merkezi olan yer, kural olarak mağdurun mutad meskenin bulunduğu yere karşılık gelir. Dolayısıyla internette kişilik hakkı ihlâl edilen mağdur, mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açarak AB üyesi ülkelerde meydana gelen tüm zararlarının tazminini talep edebilir. Ancak mutad mesken dışında iş ilişkileri gibi çeşitli sebeplerle başka bir üye devletle sıkı ilişkisinin tespit edilebildiği hallerde, mağdurun sıkı ilişkisinin bulunduğu üye devlet de menfaatlerinin merkezi kabul edilebilir⁴⁸. Bu anlamda mağdurun menfaatlerinin merkezi, onun mutad meskenin bulunduğu yerde olabileceği gibi iş ilişkilerini yürütmek gibi çeşitli sebeplerle sıkı ilişki içerisinde bulunduğu başka bir üye devlette de bulunabilir.

⁴⁵ *Shevill and Others v Presse Alliance SA*, s. 461 (paragraf 33).

⁴⁶ *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, paragraf 48.

⁴⁷ *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, paragraf 50.

⁴⁸ *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, paragraf 49.

Ancak bu hallerde bu iki ülke mahkemesinin yetkisinin alternatif olduğundan söz edilemez. Mağdur, menfaatlerinin merkezi olan yerin neresi olduğunu uyuşmazlık konusu olaya bakarak kendisi belirlemelidir⁴⁹. Zira ABAD kararında “*a centre of his interests*” ifadesi yerine “*the centre of his interests*” ifadesine yer vererek, davacının birden çok yerde menfaatlerinin merkezi olabileceğine ilişkin yorumların önü kapatmıştır⁵⁰. Ayrıca mağdur, AB’ye üye devletlerden birisinde menfaatlerinin merkezine sahip değilse, mağdurun menfaatlerinin merkezi yetki kriteri etkisiz kalacak ve internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde yetkili mahkemenin tespitinde dikkate alınmayacaktır⁵¹.

ABAD’a göre mağdur, menfaatlerinin merkezi olan yer mahkemesinden ayrı, zarar yeri yetki kriterinden hareketle verinin “erişim yeri” mahkemelerine de başvurabilir. Bu görüşüyle ABAD, *Shevill* davasındaki *mozaik yaklaşım* anlayışını internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri bakımından da kabul etmiştir. Bu anlamda, internetteki verinin yayılımının genişliği ele alındığında mağdur, zararın meydana geldiği üye devletlerin tamamında sadece o üye ülkede meydana gelen zararlarla sınırlı olarak tazminat davası açabilmelidir. Diğer bir ifadeyle, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde, internetteki verinin önceden ya da mevcut durumda erişilebilir olduğu tüm üye devlet mahkemeleri (erişim yeri mahkemesi), o veriden kaynaklı olarak yalnızca kendi ülkesinde meydana gelen zararların tazmini amacıyla açılan davalarda yetkilidir⁵². Erişim yeri mahkemelerinin yetkisinin tespiti bakımından ise veriye erişim sayısı önemsizdir⁵³. Bu itibarla mozaik

⁴⁹ **Hartley, Trevor** (2012) “Cross-Border Privacy Injunctions: The EU Dimension,” *Law Quarterly Review*, S:128, s.197-202, s. 199; Márton, s. 262; Nagy, s. 271.

⁵⁰ **Bogdan, Michael** (2011) “Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case”, *Yearbook of Private International Law*, C: 13, s. 483-492, s. 486.

⁵¹ **Márton**, s. 288.

⁵² *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, paragraf 51.

⁵³ Hatta verinin üye ülkeden erişimi engellenmiş olmasına rağmen, veriye bu ülkeden erişim sağlanmışsa o üye ülke mahkemesi, zarar yeri mahkemesi olarak yetkili olmaya devam edecektir: **Márton**, s. 255.

yaklaşım ile ABAD, verinin erişilebildiği tüm üye devlet mahkemelerinin, internetten kaynaklanan kişilik hakkı ihlalleri bakımından yetkili olduğuna ancak verinin erişilebildiği her üye devlet mahkemesinin yalnızca o veriden kaynaklanan ve kendi ülkesinde meydana gelen zararlar sınırlı bir yargılama yapabileceğine hükmetmiştir. ABAD, verinin erişim yeri mahkemelerinin tespitinde mağdurun for devletindeki tanınırlığının dikkate alınıp alınmayacağı ile for devletinden veriye gerçek erişimin sağlanmasının gerekli olup olmadığı hususlarını ise cevapsız bırakmıştır⁵⁴.

Özetle *eDate and Martinez* kararıyla ABAD, internet sitesindeki veri sebebiyle kişilik hakkının ihlâl edildiğini düşünen mağdurun, AB üyesi ülkelerde verinin neden olduğu tüm zararların tazmini amacıyla dava açabileceği gibi yalnızca belirli bir üye ülkede meydana gelen zararların tazmini amacıyla da dava açabileceğini kabul etmiştir. Verinin AB üyesi ülkelerde sebep olduğu tüm zararların tazmini amacıyla dava açmak isteyen mağdur, fiilin işlendiği yere karşılık gelen yayıncının kurulu bulunduğu yer mahkemesinde ya da haksız fiilin zarar yeri olan mağdurun menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devlet mahkemesinde dava açabilir. Yine mağdurun, verinin erişilebilir olduğu her bir üye devlet mahkemesinde yalnızca, o üye devletin topraklarında meydana gelen zararın tazminini talep etme hakkı da vardır⁵⁵. Tabiidir ki davacının genel yetki kuralından hareketle davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açarak tüm zararları tazmin etme hakkının saklı olduğu da unutulmamalıdır.

⁵⁴ ABAD'ın cevapsız bıraktığı hususlar hakkında öğretinin görüşleri için bkz: **Nagy**, s. 277; **Villalón, Cruz** (2011) "Opinion of Mr Cruz Villalón — Joined Cases C-509/09 and C-161/10 Opinion of Advocate General Cruz Villalón Delivered on 29 March 2011, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0509&from=FR>>, s.e.t.18.02.2022, s. 10286, 10287 (paragraf 47, 50); **Hess**, s. 191. **Márton**, s. 254; 260, 261; **Kernen**, s. 343.

⁵⁵ *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited*, paragraf 52.

III. BOLAGSUPPLYSNINGEN OÜ DAVASI

ABAD, *eDate and Martinez*, kararından sonra 17 Ekim 2017 tarihli *Bolagsupplysningen OÜ ve Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB*⁵⁶ davasında, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâline ilişkin “*haksız fiilin vuku bulduğu yer ya da zararın meydana gelebileceği yer*” ifadesini, ikinci kez değerlendirerek kararını vermiştir. *Bolagsupplysningen OÜ* kararı, ABAD’ın kişilik hakkı ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda verdiği diğer kararlarının aksine kişilik hakkı ihlâli mağdurunun tüzel kişi olması ve internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlinde, ihtiyati tedbir talepleri bakımından yetkili mahkemenin açıkça gösterildiği ilk karar olması sebepleriyle önemlidir. Kararda, Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2 hükmünde yer alan “haksız fiilin vuku bulduğu yer” ve “haksız fiilin zarar yeri” yetki kriteri inceleme konusu yapılmıştır. Nitekim dava ile tüzel kişi mağdur açısından zarar yerinin neresi olduğu sorusu açığa kavuşturulduğu⁵⁷ gibi *eDate and Martinez* kararından sonra öğretinin tarafından benimsenen, verinin erişilebilir olduğu her yer mahkemesinin ihtiyati tedbir talepleri bakımından yetkili olup olmadığı⁵⁸ sorusunun cevabı da verilmiştir.

A. SOMUT OLAYDAKİ UYUŞMAZLIK

Uyuşmazlık konusu olayda Estonya hukukuna göre kurulmuş ancak esas faaliyetlerini İsveç’te yürüten bir şirket, işçisiyle birlikte Estonya mahkemelerinde İsveç tâbiyetindeki bir tüzel kişiye karşı dava açmıştır. Davacılar göre, davalı tüzel kişinin internet sitesindeki yanlış bilgiler ve aşağılayıcı yorumlar, davacıların kişilik hakkını ihlâl etmektedir. Bu anlamda davacılar, Estonya mahkemesinden, davalının internet sitesindeki yanlış bilgilerin düzeltilmesini, kişilik hakkını ihlâl edici nitelikteki yorumların silinmesini ve davacı şirketin maruz kaldığı ekonomik zararlar ile şirket çalışanının uğradığı manevî zararların tazminini talep etmiştir. Davacının

⁵⁶ Bolagsupplysningen OÜ ve Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB, Case C-194/16, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195583&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9292600>>s.e.t. 15.02.2022.

⁵⁷ Bolagsupplysningen Case, paragraf. 22 vd.

⁵⁸ Bolagsupplysningen Case, paragraf. 45 vd.

iddiasına göre, davalının internet sitesindeki yorumlar, şirketin İsveç'teki ticarî faaliyetlerini felce uğratmıştır⁵⁹. Davaya bakan ilk derece mahkemesine göre, internet sitesindeki ifade ve yorumların İsveççe olması, onların çevirisi yapılmadıkça Estonya'da mukim kişilerin bu ifade ve yorumlardan haberdar olmasını önler. Dolayısıyla söz konusu içeriğin anlaşılabilmesi dile bağlı bir husustur ve zararın Estonya'da meydana geldiği ispatlanamamıştır. Sonuç olarak ilk derece mahkemesi, zararın Estonya'da meydana gelmemesi sebebiyle Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2 hükmünün uygulanamayacağına ve Estonya mahkemesinin yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, internet sitesinin Estonya'da erişilebilir olması, açılacak hukuk davalarında Estonya mahkemelerinin yetkili olduğu anlamına da gelmeyecektir⁶⁰. Kararın temyizi üzerine davayı inceleyen Estonya Yüksek Mahkemesine göre ise en azından Estonya menşeli Bolagsupplysningen şirketinin, Estonya'da meydana gelen zararlarının tazmini bakımından Estonya mahkemeleri yetkili olmalıdır⁶¹. Ancak Estonya Yüksek Mahkemesi, davalı tüzel kişinin ikametgahının İsveç'te bulunması, uyuşmazlık konusu internet sitesinin dilinin İsveççe olması ve sitenin esas olarak İsveçli okuyuculara yönelmesi sebepleriyle Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2 hükmü uyarınca Estonya mahkemelerinin yetkisi konusunda şüpheye düşmüş ve uyuşmazlığı ön karar usulü ile ABAD'a götürmüştür⁶².

Davada ABAD'a

1. İnternetteki yanlış bilgiler ve bu bilgilerin yayından kaldırılmaması sebebi ile kişilik hakkı ihlâl edilen mağdurun, internetteki verinin daha önce ya da mevcut durumda erişilebilir olduğu her bir üye devlet mahkemesinden o üye devlette meydana gelen zararla ilgili olarak bu verilerin düzeltilmesi ve yayından kaldırılmasını talep edip edemeyeceği,
2. Bürüksel Ia Tüzüğü'nün m. 7/2 hükmünün gerçek kişiler dışında tüzel kişiler için de kullanılıp kullanılamayacağı ve internetteki verinin düzeltilmesi, yayından kaldırılması, veriye yönelik ihtiyati

⁵⁹ Bolagsupplysningen Case, paragraf 9, 10.

⁶⁰ Bolagsupplysningen Case, paragraf 11.

⁶¹ Bolagsupplysningen Case, paragraf 16.

⁶² Bolagsupplysningen Case, paragraf 19, 20.

tedbir taleplerinin ya da verinin yol açtığı zararların tazmininin sağlanması amacıyla tüzel kişinin menfaatlerinin merkezinde dava açılıp açılmayacağı,

3. Tüzel kişinin menfaatlerinin merkezinde dava açılabileceğinin kabulünde ise bu yerin tüzel kişinin idare merkezine mi karşılık geldiği yoksa zarar yerinin tespiti bakımından tüzel kişinin menfaatlerinin merkezi, tüm şartlar çerçevesinde şirketin idare merkezi, müşterilerinin bulunduğu yer, ticarî faaliyetlerinin icra edildiği yer gibi bütün hususların değerlendirilmesi suretiyle mi belirleneceği,

hususları sorulmuştur.

B. İNTERNET ORTAMINDAN GERÇEKLEŞEN KİŞİLİK HAKKI İHLÂLİNDE TÜZEL KİŞİ MAĞDUR AÇISINDAN HAKSIZ FİİLİN ZARAR YERİ

Daha önce de ifade edildiği gibi *Bolagsupplysningen OÜ* davası, tüzel kişi mağdur açısından haksız fiilin zarar yerinin neresi olduğu sorusunu cevaplandırmaktadır⁶³. Dava ile ABAD, *eDate and Martinez* kararında internet ortamında kişilik hakkı ihlâl edilen gerçek kişi mağdur açısından haksız fiilin zarar yerinin tespitinde esas aldığı mağdurun menfaatlerinin merkezi kriterinin, tüzel kişi mağdur bakımından da uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiştir. Bu anlamda ABAD, öncelikle kendisine yöneltilen ikinci ve üçüncü soruyu ele almıştır.

Mahkeme ikinci ve üçüncü sorunun cevabını, *eDate and Martinez* kararındaki görüşlerine dayandırmıştır. ABAD'a göre, Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2'deki özel yetki kuralı, uyuşmazlık ve mahkeme arasındaki sıkı irtibata dayanır ve haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda karar verebilecek en uygun forumdur⁶⁴. Hükümdeki zarar yeri yetki kriteri; uyuşmazlıkla yakınlık, delil toplama kolaylığı ve hukukî kesinliği sağlamanın yanında davalı taraf açısından yetkili mahkemenin makûl bir şekilde öngörülebilmesine de olanak

⁶³ Bolagsupplysningen Case, paragraf 30.

⁶⁴ Bolagsupplysningen Case, paragraf 26.

tanır⁶⁵. Mahkemeye göre, kişilik hakkı sahibinin toplumdaki itibarı dikkate alındığında, mağdurun menfaatlerinin merkezi, internetteki veriden kaynaklanan hasarın en çok hissedildiği yerdir. Bu anlamda haksız fiilin zarar yeri olarak mağdurun menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, verinin mağdurun kişilik hakkı üzerinde yarattığı etkiyi en doğru değerlendirebilecek mahkemedir. Ayrıca mağdurun menfaatlerinin merkezi kriteri hem davacının dava açabileceği mahkemeyi kolayca belirleyebilmesine hem de davalının hangi mahkemede dava açılabileceğini makul bir şekilde öngörmesine izin verdiğinden, yetkili mahkemenin öngörülebilirliğinin sağlanması amacı ile de uyumludur⁶⁶. Bu açıklamalardan hareketle ikinci sorunun ilk bölümüne cevap veren ABAD, mağdurun menfaatlerinin merkezi kriterinin yalnızca gerçek kişi mağdur açısından değil tüzel kişi mağdur açısından da kullanılabilmesine karar vermiştir. Diğer bir ifadeyle, ABAD'a göre, Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2, gerçek kişi dışında tüzel kişi mağdur için de kullanılabilir niteliktedir⁶⁷.

İkinci olarak ABAD, mağdurun menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin, mağdurun uğradığı maddî ya da manevî zararların tamamını tazmin edebileceğine de karar vermiştir. ABAD'ın kişilik hakkı ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında daha önce verdiği *Shevill ve eDate and Matinez* kararları, gerçek kişi mağdurların manevî zararlarına ilişkindi. Dolayısıyla kararla, Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2 hükmünün tüzel kişi mağdurun maddî zararlarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlandığının açıklanması, kişilik hakkı ihlalleri bakımından önemli bir gelişme olmuş⁶⁸ ve tüzel kişi mağdurun menfaatlerinin merkezi mahkemesinin, internetteki veri sebebiyle tüzel kişinin uğradığı maddî zararların tamamının tazmini bakımından da yetkili olduğu açıkça ortaya konulmuştur⁶⁹. ABAD, Tüzüğün m. 7/2. maddesinde yer alan zarar yeri yetki kriteri hakkında yaptığı bu

⁶⁵ Bolagsupplysningen Case, paragraf 27, 28.

⁶⁶ Bolagsupplysningen Case, paragraf, 33, 34, 35.

⁶⁷ Bolagsupplysningen Case, paragraf, 38.

⁶⁸ **Bogdan** (2018), s. 216.

⁶⁹ Bolagsupplysningen Case, paragraf 36.

açıklamalarının ardından, kendisine yöneltilen tüzel kişi mağdurun menfaatlerinin merkezinin nasıl tespit edileceği sorusunu da yanıtlamıştır.

1. Tüzel Kişi Mağdurun Menfaatlerinin Merkezi

a. Tüzel Kişinin Ticarî İtibarının En Yoğun Olduğu Yer

ABAD'a göre, somut uyuşmazlıktaki mağdur gibi ekonomik faaliyetler yürüten tüzel kişi mağdurun menfaatlerinin merkezi, onun ticarî itibarının yoğunlaştığı yer olan ekonomik faaliyetlerinin esas bölümünü icra ettiği yere karşılık gelir. Bu yer tüzel kişi mağdurun sicil yeridir (*registered office*)⁷⁰. Ancak tüzel kişinin sicil yerinin onun menfaatlerinin merkezi olarak kabulü, tüzel kişinin, ekonomik faaliyetlerinin tamamını ya da büyük bir kısmını bu yerde gerçekleştirmesine bağlıdır. Aksi halde tüzel kişinin sicil yerindeki itibarı, diğer ülkelerdeki itibarından fazla olamayacağından tüzel kişinin sicil yeri, onun menfaatlerinin merkezi kabul edilemez⁷¹. Bu anlamda somut uyuşmazlıkta olduğu gibi tüzel kişi, ekonomik faaliyetlerinin büyük bir bölümünü sicil yerinde değil de bir başka üye devlette yürütüyorsa o üye devletteki itibarı herhangi bir üye devletteki itibarından fazla olacağından, kişilik hakkı ihlâli de en çok ekonomik faaliyetlerinin esaslı bölümünü yürüttüğü bu üye devlette ihlâl edilecektir. Bu anlamda tüzel kişinin ekonomik faaliyetlerinin esas ya da büyük kısmını sicil yeri dışında yürüttüğü uyuşmazlıklarda, hak ihlâlinin varlığı ve ihlâlin kapsamının değerlendirmesini en doğru yapacak mahkeme; sicil yeri dışında, tüzel kişinin ekonomik faaliyetlerinin esas ya da büyük kısmını yürüttüğü üye devlet mahkemesi olacaktır⁷². Diğer bir ifade ile bu hallerde tüzel kişi mağdurun menfaatlerinin merkezi, ekonomik faaliyetlerinin önemli

⁷⁰ Şirketler hukukunda şirketin kurulu bulunduğu yer, “*place of incorporation*” kavramı ile açıklanırken “*registered office*” kavramı, şirketin sicil yeri (kayıtlı/tescilli ofisi)’nin bulunduğu yeri ifade eder. Ancak şirketin kurulu bulunduğu yer (*place of incorporation*) şirketin yetkili bir kurum tarafından tutulan sicile kaydedildiği yeri (*registered office*) ifade etmek için de kullanılır. Bu kullanım için bkz. Brüksel Ia Tüzüğü m. 63/2. Dolayısıyla ABAD’ın, tüzel kişi mağdurun menfaatlerinin merkez yeri olarak kabul ettiği sicil yerinin (*registered office*), şirketin kurulu bulunduğu yerle aynı yeri ifade edebileceği de hatırlatılmalıdır: **Aygül, Musa** (2007) Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 89, 90.

⁷¹ Bolagsupplysningen Case, paragraf 41.

⁷² Bolagsupplysningen Case, paragraf 42.

bölümünü yürüttüğü ve itibara sahip olduğu yerdir⁷³. Görüldüğü gibi ABAD, *eDate and Martinez* davasında gerçek kişi mağdurun menfaatlerinin merkezinin belirlenmesinde kabul ettiği mağdurla daha sıkı irtibatlı üye devlet yaklaşımını, tüzel kişi mağdur açısından da benimsemiştir⁷⁴.

Kararda, sicil yeri dışında ekonomik faaliyetlerde bulunan bir tüzel kişinin, menfaatlerinin merkezini belirlerken, hak ihlâline yol açan internet sitesinin İsveç'te profesyonelce yönetilmesi ve dilinden internet sitesinin, özellikle İsveç'te yaşayan kullanıcılar tarafından anlaşılmayı amaçlandığı gibi davalıyı ilgilendiren unsurlara atıf yapılması kafa karıştırıcı görülebilir. Zira davalıya atfedilebilen bu tür koşulların, davacının menfaatlerinin merkezini belirlemekte nasıl bir etki yaratacağı belirsizdir. Ancak ABAD'ın görüşüne göre, aynı davacının menfaatlerinin merkezi; zararın, davalının ve uyuşmazlık konusunun özelliklerine bağlı değişebilir. Örneğin, bir gerçek kişinin menfaatlerinin merkezi, zararın niteliğine bağlı, kendisinin ya da ailesinin yaşadığı bir yerde olabileceği gibi tüzel kişi mağdurun menfaatlerinin merkezi de zararın, davalının ve uyuşmazlık konusunun özelliklerine bağlı ekonomik faaliyetlerin asıl ya da büyük bir bölümünün yürütüldüğü üçüncü bir devlette olabilir. Bu anlamda yapılan bu atıf, kafa karıştırıcı nitelikte olmayıp somut olayın özelliklerine göre değerlendirilebilecek unsurları göstermektedir⁷⁵.

b. Ekonomik Faaliyetlerinin Esas Bölümünün Yürütüldüğü Yerin Tespit Edilememesi-Verinin Erişim Yeri Mahkemesinin Yetkisi

Tüzel kişi mağdurun ekonomik faaliyetlerinin esas ya da önemli kısmını yürüttüğü üye devlet mahkemesinin kesin olarak tespit edilemediği hallerde mağdur, menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yer kriterinden yararlanamaz⁷⁶.

⁷³ Yorum her ne kadar tüzel kişi mağdurun menfaatlerinin merkezinin belirlenmesinde bir esneklik sağlamışsa da şirketlerin dolaşım serbestisi sebebiyle yetkili mahkemenin öngörülebilirliği hususuna zarar vermiştir. Bkz. **Kontogeorgou, Margarita** (2018) "Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen von juristischen Personen im Internet Anmerkung zu EuGH 17.10.2017 – C-194/16 (Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan /Svensk Handel AB), GPR 2018- Internationales Privat- und Verfahrensrecht, C:1, s. 23-28, s. 27.

⁷⁴ Bolagsupplysningen Case, paragraf 40, 41, 42.

⁷⁵ **Bogdan** (2018), s. 217.

⁷⁶ Bolagsupplysningen Case, paragraf 43.

Yine tüzel kişinin ekonomik faaliyetlerinin esaslı bölümünü gerçekleştirdiği yer, AB üyesi olmayan bir devletse ise mağdur, bu yer mahkemesinde, internetteki veri sebebiyle AB üyesi devletlerde meydana gelen tüm zararların tazmini amacıyla dava açamaz. Başka bir deyişle, bu ihtimalde mağdurun menfaatlerinin merkezi, zarar yeri mahkemesi olarak değerlendirilemez. Mağdurun zarar yeri kriterinden hareketle başvurabileceği mahkemeler ise verinin önceden ya da mevcut durumda erişilebildiği üye devlet mahkemeleridir. Ancak bu ihtimalde de verinin önceden ya da mevcut durumda erişilebildiği üye devlet mahkemeleri, yalnızca kendi ülkesinde meydana gelen zararların tazminine ilişkin karar verebilecek, AB üyesi ülkelerin tamamında meydana gelen zararlar, zarar yeri yetki kriterinden hareketle talep edilemeyecektir⁷⁷.

Özetle, Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2 hükmü uyarınca, internetteki veri sebebiyle kişilik hakkı ihlâl edilen tüzel kişiler de zararlarının tazmini amacıyla kendi menfaatlerinin merkezi mahkemesine başvurabilecek ve AB'ye üye tüm devletlerde meydana gelen zararlarının tazminini talep edebilecektir. Aynı zamanda tüzel kişi mağdur da gerçek kişi mağdur gibi verinin erişilebilir olduğu yer mahkemelerine başvurarak sadece o üye ülkede meydana gelen zararların tazmini amacıyla dava açabilecektir.

2. İnternet Ortamından Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlallerinde İhtiyati Tedbir Talepleri Bakımından Yetkili Mahkeme

ABAD'a ön karar usulü ile sorulan bir diğer soru ise internetteki verinin daha önce ya da mevcut durumda erişilebilir olduğu her üye devlet mahkemesinden, o üye devlette meydana gelen zararlar ilgili olarak, internetteki verinin düzeltilmesi ve yayından kaldırılmasının talep edilip edilemeyeceğidir. Sorunun yanıtlanması öncesinde öğretide, verinin erişilebilir olduğu yer mahkemelerinin, kaldırma ve düzeltme kararları verebileceği ve kararının tüm üye ülkelerde geçerli olacağı görüşü hakimdir⁷⁸. Ancak ABAD, düzeltme ve

⁷⁷ Ancak genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesi ile fiilin işlendiği yer mahkemesi halâ AB üyesi devletlerde meydana gelen tüm zararların tazminine ilişkin yargılama yapabilecek mahkemelerdir. Bkz. **Bogdan** (2018), s. 217. Ayrıca bkz: *eDate and Martinez ve Shevill* kararları.

⁷⁸ **Kontogeorgou**, s. 27.

kaldırma taleplerinin bölünemez nitelikte kararlar olmasından hareket etmiş⁷⁹ ve öğretinin görüşünün aksine soruya olumsuz cevap vermiştir.

ABAD'a göre, internetteki veri ve verinin içeriği her yerdedir ve her yere yayılabilir. Bu anlamda internetteki verinin düzeltilmesi ya da yayından kaldırılması talebi bölünmez nitelikte, tek bir taleptir⁸⁰. Dolayısıyla bu talep, sadece internetteki veriden kaynaklanan zararın tamamının tazmini için başvurulabilecek yer mahkemesinden istenebilir⁸¹. Ancak ABAD'ın belirlediği tüm zararların tazmininin talep edilebileceği yer mahkemeleri de sadece AB üyesi devletlerde meydana gelen zararlar sınırlı yargılama yapabilir. Bu mahkemeler de tüm dünyada meydana gelen zararlar hakkında karar veremeyecektir. Sonuçta *Bolagsupplysningen OÜ* kararı uyarınca verilecek tedbir kararları da sadece AB üyesi ülkelerde meydana gelen zararlara ilişkin olacağından, ABAD'ın kaldırma ve düzeltme taleplerinin bölünemez niteliğinden hareketle verdiği bu karar eleştiriye açıktır⁸². Ancak öğretide, ABAD'ın bu yönde karar vermesinin gerekçesinin kaldırma ve düzeltme taleplerinin bölünemez niteliği olmadığı, verinin erişilebildiği tüm üye devletlere ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanınmasının ifade özgürlüğü karşısında kişilik hakkının sıkı korunması anlamına geleceği ve ABAD'ın bu sonucu istememesi olduğu ileri sürülür⁸³.

Sonuç olarak ABAD'ın *Bolagsupplysningen OÜ* davasındaki kararı, *Shevill ve eDate and Martinez* kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, AB üyesi ülkelerde hukuka aykırı veriden kaynaklanan tüm zararların tazmininin

⁷⁹ **Krome, Stefanie / Lüdecke, Hannah** (2018) "Tendenz Zur Einheitlichkeit Im Deliktsrecht – Oder Wie Das Mosaik Zusammengesetzt Wird", GPR, S: 4, s. 192-196, s. 195.

⁸⁰ Oysa internetteki verinin düzeltilmesi ya da kaldırılması talepleri, teknolojik gelişmelerle bölünemez nitelikte talepler olmaktan çıkmıştır. Günümüzde yalnızca belirli bir devletteki internet kullanıcıları açısından internet sitesindeki verinin içeriğinin değiştirilmesi ya da verinin o siteden kaldırılabilmesi mümkündür. Bu itibarla ABAD'ın kaldırma ve düzeltme taleplerinin bölünemez nitelikte olduğu iddiası kabul edilemez. Bkz. **Bogdan** (2018), s. 218.

⁸¹ *Bolagsupplysningen Case*, paragraf 48, 49.

⁸² **Svantesson, Dan Jerker Börje** (2018) "European Union Claims Of Jurisdiction Over The Internet", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, C: 9, S: 2, s. 113-125, s. 121.

⁸³ **Kontogeorgou**, s. 27.

talep edilebileceği; fiilin işlendiği yer mahkemesine karşılık gelen yayımcının kurulu bulunduğu yer mahkemesi, haksız fiilin zarar yeri olan mağdurun menfaatlerinin merkezi mahkemesi ve davalının yerleşim yeri mahkemesinin, internetteki veriden kaynaklanan ihtiyati tedbir talepleri bakımından da yetkili olduğu kabul edilir.

SONUÇ

Kişilik hakkı internet ortamında ihlâl edilen mağdur, Brüksel Ia Tüzüğü m. 7/2 hükmü uyarınca, gerçek ya da tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın, AB üyesi ülkelerde verinin neden olduğu maddî ya da manevî tüm zararların tazmini amacıyla haksız fiilin işlendiği yere karşılık gelen yayımcının kurulu bulunduğu yer mahkemesinde ya da haksız fiilin zarar yeri olan mağdurun menfaatlerinin merkezinin bulunduğu üye devlet mahkemesinde dava açabilir. Bu yer mahkemeleri, sadece tazminat talepleri bakımından değil internetteki veriden kaynaklanan ihtiyati tedbir talepleri için de yetkilidir. İlave olarak mağdur, verinin daha önce ya da mevcut durumda erişilebilir olduğu üye ülke mahkemelerine de başvurabilir. Ancak verinin erişim yeri mahkemeleri, yalnızca internetteki veriden kaynaklı, kendi topraklarında meydana gelen zararların tazmini amacıyla açılacak davalarda yetkilidir. Mahkemeler, internetteki veri sebebiyle AB üyesi ülkelerde meydana gelen tüm zararlar hakkında karar veremediğinden, ihtiyati tedbir talepleri bakımından da yetkisizdir. Son olarak internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlâli mağduru, Brüksel Ia Tüzüğü m. 4/1 uyarınca, genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilir. Davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılan bu davada mağdur, kişilik hakkı ihlâli sebebi ile AB üyesi ülkelerde meydana gelen tüm zararlarının tazminini talep edebileceği gibi ihtiyati tedbir talebinde de bulunabilir.

Kararlardan da anlaşılacağı üzere ABAD; verinin oluşturulması, internete yüklenmesi, sunucuda depolanması ya da erişilmesi gibi ihlâlin oluşum aşamalarından hiçbirisini, mahkemelerin milletlerarası yetkisini tesis eden kriter olarak tek başına kullanmamıştır. Mahkeme, fiilin işlendiği yerinin belirlenmesinde, verinin oluşturulmasından internete yüklenmesine kadar ki sürecin organize edildiği yere odaklanmıştır. Bu yolla ABAD, yetkili

mahkemenin, içerik sağlayıcının o an için bulunmuş olabileceği, verinin internete yüklendiği ya da metninin hazırlandığı yer gibi, tesadüfi bir yer olmasının önüne geçmiştir. Esasen mahkeme, içerik sağlayıcının tek bir fiilinden ziyade haksız fiilin tüm unsurları ile organize edildiği yere odaklanarak; uyuşmazlıkla gerçek irtibata sahip, fiile ilişkin ciddi delillerin bulunabileceği, tesadüfi nitelik taşımayıp yetkili mahkemenin taraflarca öngörülebilmesine hizmet eden yer mahkemesinin fiilin işlendiği yer olduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde zarar yeri mahkemesinin tespitinde de ABAD, uyuşmazlıkla sıkı irtibat ilkesine dayanmış ve internetteki verinin etkisinin, mağdur ve üçüncü kişilerce en çok hissedildiği yer olan mağdurun menfaatlerinin merkezinin, haksız fiilin zarar yeri olduğuna hükmetmiştir. Çözüm, zarar yeri mahkemesinin yetkisinin tesadüfi olmasının önüne geçtiği gibi zararın en çok hissedileceği yerin dikkate alınması suretiyle taraflarca öngörülebilecek bir yerin yetkilendirilmesine de imkân sağlamıştır. Yine mahkeme, verinin erişildiği ve mağdurun zarar gördüğünü iddia ettiği yerlerdeki mahkemelerin yetkisini de göz ardı etmeyerek, kişilik hakkı ihlali mağdurunu korumuştur.

Son olarak *eDate and Martinez* ve *Bolagsupplysningen OÜ* kararları her ne kadar internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında verilmişlerse de öğretinin de kabul ettiği gibi kararlarda benimsenen yaklaşımlar, internet ortamında gerçekleşen fikrî mülkiyet hakkı ihlalleri ile TV ve radyo yayını gibi içeriğin sınır ötesi yayılımının yoğun olduğu ihlaller için de kullanılabilir niteliktedir⁸⁴. Ayrıca mağdurun menfaatlerinin merkezi kriteri, sadece internet ortamında gerçekleşen uyuşmazlıklarda değil radyo, TV, dergi ya da gazete yoluyla işlenen ihlaller için de kullanılmalıdır. Zira çözüm, verinin hem internette hem de geleneksel yazılı medyada yer aldığı uyuşmazlıklarda, zararın hangi kısmının internete atfedileceğinin tespitinin yapılması ihtiyacı ile geleneksel yazılı medyadan kaynaklanan zararlar için ayrı dava açılması zorunluluğunu da ortadan kaldıracaktır⁸⁵.

⁸⁴ **Bogdan** (2018), 219.

⁸⁵ **Kernen**, s. 326.

KAYNAKÇA

- Aygül, Musa** (2007) *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara.
- Bigos, Oren** (2005) “Jurisdiction over Cross-Border Wrongs on the Internet”, *The International and Comparative Law Quarterly*, C: 54, S: 3, s. 585-620.
- Bogdan, Michael** (2011) “Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case”, *Yearbook of Private International Law*, C: 13, s. 483-492.
- Bogdan, Michael** (2018) “Regulation Brussels Ia and Violations of Personality Rights on the Internet”, *Nordic Journal of International Law*, C: 87, S: 2, s. 212-220.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır B.** (2021) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, Beta, İstanbul.
- Dardağan, Esra** (2005) *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı*, 1. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan** (2021) *Türk Özel Hukuku-Cilt II Kişiler Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Ekşi, Nuray** (2000) *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Baskı, Beta, İstanbul.
- Hess, Burkhard** (2012) “Der Schutz der Privatsphäre im Europäischen Zivilverfahrensrecht”, *Juristen Zeitung*, C: 67, S: 4, s. 189-193.
- Kernen, Alexander** (2014) *Persönlichkeitsverletzungen im Internet Zuständigkeit schweizerischer Gerichte im internationalen Verhältnis*, 1.Baskı, Dike Verlag, Zürich.

- Kontogeorgou, Margarita** (2018) “Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen von juristischen Personen im Internet Anmerkung zu EuGH 17.10.2017 – C-194/16 (Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan /.Svensk Handel AB), GPR 2018-Internationales Privat- und Verfahrensrecht, C: 1, s. 23-28.
- Krome, Stefanie / Lüdecke, Hannah** (2018) “Tendenz Zur Einheitlichkeit Im Deliktsrecht – Oder Wie Das Mosaik Zusammengesetzt Wird”, GPR, S: 4, s. 192-196.
- Lehmann, Matthias** (2015) The Brussels I Regulation Recast, (Eds: Dickinson, Andrew/ Lein, Eva/ James, Andrew), 1. Baskı, Oxford University Press, Londra.
- Mankowski, Peter** (2012) “European Commentaries on Private International Law Brussels I Regulation Revised Edition”, Magnus, Ulrich / Mankowski Peter (eds), Sellier European Law Publishers, Munich.
- Márton, Edina** (2016) Violations of Personality Rights through the Internet: Jurisdictional Issues under European Law, 1. Baskı, Baden, Nomos.
- Mefford, Aron** (1997) “Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet,” Indiana Journal of Global Legal Studies, C: 5, S: 1, s. 211-237.
- Nagy, Csongor Istvan** (2012), “The World is Dangerous Weapon: Jurisdiction Applicable Law and Personality Rights in EU Law Missed and New Opportunities”, Journal of Private International Law, C: 8, S: 2, s. 251-296.
- Nomer, Ergin** (2021) Devletler Hususî Hukuku, 23. Baskı, Beta, İstanbul.
- Oğuz, Habip** (2012) İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması, 2. Baskı, Adalet, Ankara.
- Oster, Jan** (2012) “Rethinking Shevill. Conceptualising the EU Private International Law of Internet Torts Against Personality Rights”, International Review of Law, C: 28, S: 2-3, s. 113-128.

- Özel, Sibel** (2003) “Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum: Fiona Shevill and Others v. Pres Alliance SA Davası”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, (Eds: Öztekin, Selçuk/ Yıldırım, Kamil/ Yıldırım, Nevhis Deren), s. 263-279.
- Özel, Sibel** (2004) Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, 2. Baskı, Seçkin, Ankara.
- Roth, Wulf-Henning** (2013) “Persönlichkeitsschutz im Internet: Internationale Zuständigkeit und Anwendbares Recht”, IPRax, S: 3, s. 215-227.
- Serozan Rona** (1977) “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler” İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 11, S: 14, s. 93-112.
- Siebert, W.** (1969) “Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler”, (Çeviren Bilge Öztan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 26, S: 1, s. 217-230.
- Svantesson, Dan Jerker Börje** (2016) Private International Law an the Internet, 3. Baskı, Kluwer Law International B.V, Hollanda.
- Svantesson, Dan Jerker Börje** (2018) “European Union Claims Of Jurisdiction Over The Internet”, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, C: 9, S: 2, s. 113-125.
- Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci** (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, Beta, İstanbul.
- Tandoğan, Haluk** (1963) “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 20, S: 1, s. 1-36.

- Villalón, Cruz** (2011) “Opinion of Mr Cruz Villalón — Joined Cases C-509/09 and C-161/10 Opinion of Advocate General Cruz Villalón Delivered on 29 March 2011, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0509&from=FR>>, s.e.t.18.02.2022.
- Wagner, Gerhard** (1998) “Ehrenschutz und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, C: 62, S: 2, s. 243-285.
- Wandell, Tracie E.** (2011) “Geolocation and Jurisdiction: From Purposeful Availment to Avoidance and Targeting on the Internet”, *Journal of Technology Law & Policy*, C: 16, S: 2, s. 275-306.
- Wendy A. Adams** (2002) “Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve”, *International Journal of Law and Information Technology*, C: 10, S: 1, s. 71-131.

HÂKİMİN HUKUKU RE'SEN UYGULAMASI İLKESİ VE İSTİNAF İNCELEMESİNİN SEBEBE BAĞLILIĞI*

Prof. Dr. Murat ATALI**

ÖZET

Hâkimin hukuku re'sen uygulaması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesi gereğince, hâkime verilmiş bir ödevdir. Kanunda, bu ilkenin yalnızca ilk derece yargılamasıyla sınırlı olarak uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu ilkenin kanun yolu aşaması için de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Fakat “hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi”nin istinaf incelemesi bakımından nasıl yorumlanması gerektiği, izaha muhtaç bir husustur. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355. maddesine göre istinaf incelemesinin, kamu düzenine aykırılık istisnası bir kenara, dilekçede belirtilen hususlarla sınırlı olarak yapılması gerekmektedir. Bu yönüyle söz konusu hükmün, yargılamaya hâkim temel ilkelerden olan hâkimin hukuku re'sen uygulama ilkesini göz ardı ettiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte, istinaf incelemesinden farklı olarak temyiz incelemesinde, temyiz sebeplerine bağlı olmaksızın incelemenin yapılacağını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 369 hükmü sebebiyle, istinafta ileri sürülmeyen hususların Yargıtay tarafından ele alınıp alınamayacağı sorunu doğmaktadır.

Anahtar kelimeler: İstinaf, hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi, temyiz, kanun yolu, sebebe bağlılık.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1143664, Geliş Tarihi: 13.07.2022 – Kabul Tarihi: 29.07.2022.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, muratatali@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0279-365X.

THE PRINCIPLE OF “*IURA NOVIT CURIA*” AND CAUSALITY OF APPEALING PROCEDURE

ABSTRACT

Iura novit curia is a duty of the judge according to article 33 of Code of Civil Procedure. In this code, this principle is not obligated only by the court of first instance, it also needed to be accepted valid for legal remedy process. But the principle of *iura novit curia* needed to be explained in terms of appealing procedure. One of the prevailing principles of judging *iura novit curia*, needs to be explained in view of the examination of courts of appeals. According to the article 355 of Code of Civil Procedure, appealing procedure, except contradiction to public order, restricted by the content of the petition. It could be told that, this article of the code takes no account of the judging principle *iura novit curia*. However, in the cassation procedure, in contrast of the appealing procedure, because of the article 369 of Code of Civil Procedure, which regulates the examination must be done without the content of the petition, the question of The Court of Cassation should or should not examine the points that are not mentioned in the appealing process.

Keywords: Appeal, *iura novit curia*, cassation, legal remedy, causality.

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinaf kanun yolunda "incelemenin kapsamı" başlıklı 355'inci maddesi, istinaf incelemesinin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılmasını; ancak bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine aykırılık görmesi halinde bunu re'sen gözetmesini öngörmektedir. Aynı Kanun'un "istinaf dilekçesi" başlıklı 342'nci maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendi, dilekçenin başvuru sebepleri ve gerekçesini ihtiva etmesi gerektiğini belirttikten sonra, üçüncü fıkra, bu gereğe riayet edilmemenin sonucunu şöyle düzenlemektedir: *"İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp, 355 inci madde çerçevesinde gerekli inceleme yapılır."*

Temyiz incelemesinin kapsamını düzenleyen hükümler ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 364'üncü maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin 2'nci fıkrasının (f) bendi gereğince, temyiz dilekçesinin unsurlarından birisi de temyiz sebepleri ve gerekçesidir. Ancak aynı maddenin 3'üncü fıkrasına göre, temyiz dilekçesinin, temyiz edenin kimliği ve imzasıyla temyiz olunan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması hâlinde, diğer şartlar bulunmasa bile reddolunmayıp temyiz incelemesi yapılır. Temyiz açısından konuyla ilgili bir başka hüküm ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369'uncu maddesinde bulunmaktadır. Bu maddenin 1'inci fıkrasına göre, Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir.

Sözü edilen bu hükümlerin yanında bir de genel ilke niteliğinde olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesi söz konusudur. Buna göre, hâkim, Türk hukukunu re'sen uygular.

Bütün bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde iki soru öne çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, özellikle istinaf incelemesinin – kamu düzenini ilgilendiren hususlar dışında – istinaf dilekçesinde ileri sürülen sebeplerle sınırlı olarak yapılmasını öngören düzenleme karşısında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesinin nasıl bir anlam ifade ettiği sorusudur. Diğer bir ifadeyle, hâkimin Türk hukukunu re'sen uygulaması ilkesi

acaba istinafta geçerli olmayacak mıdır? Bununla bağlantılı bir başka soru ise, temyiz incelemesinin sebebe bağlı olmaması karşısında, istinafta ileri sürülmeyen bir hususun, temyiz incelemesinde (re'sen yahut talep üzerine) dikkate alınabilip alınamayacağıdır.

I. İSTİNAF İNCELEMESİNİN KAPSAMI VE SEBEPLE BAĞLILIĞIN SINIRI

A. GENEL OLARAK

En genel tanımıyla istinaf, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarına karşı başvuru, maddi vakıaların değerlendirilmesinin ve hukuki denetimin bir arada yapılmasını mümkün kılan bir kanun yoludur¹. Kendisini temyiz kanun yolundan farklılaştıran en önemli yönü, istinaf incelemesinde, ilk derece yargılamasında olduğu gibi, tahkikat işlemlerinin yapılabilmesi, bu anlamda delillerin incelenebilmesi ve vakıaların değerlendirilebilmesidir². Söz konusu bu maddi vakia denetiminin ilk derece yargılamasına ne ölçüde yaklaştığına bakılarak, dar istinaf ve geniş istinaf ayrımı yapılır. İlk derece yargılamasına büyük ölçüde yaklaşan bir istinaf, geniş istinaf olarak nitelendirilirken; aksi durum dar istinaf modelini ortaya çıkarmaktadır³.

Bu genel açıklamayla yetinerek ve bir kanun yolu olarak istinafa ilişkin tarihi ve teorik ayrıntılı değerlendirmeleri bir tarafa bırakarak, Türk hukukunda istinaf incelemesinin kapsam ve sınırlarını belirlemede halen geçerli pozitif düzenlemelerin nasıl bir durum arz ettiğini ortaya koymak gerekmektedir. Zira bir taraftan yukarıda “Giriş” kısmında işaret ettiğimiz HMK m. 355 ve 342 düzenlemeleri, diğer tarafta ise HMK m. 33 hükmü bir çelişki gibi gözükmektedir. Nitekim uygulamada da HMK m. 33 hükmünün istinaf bakımından geçerli olmadığı şeklindeki yaygın anlayışın ortaya çıkardığı

¹ Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin (2021) Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 609-612.

² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 615,625.

³ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayyavaz, Sema/Hanağası, Emel (2021) Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 629.

sorunları aşmak için HMK m. 355 hükmünde yer alan “kamu düzeni” kavramının duruma göre geniş yorumlanması yoluna gidildiği görülmektedir.

B. İSTİNAF SEBEPLERİ

İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesince verilen kararın kaldırılması yahut değiştirilmesi (veya ilk derece mahkemesine iade edilmesi) nedeni olabilecek nitelikteki hususlar istinaf sebebi olarak adlandırılır. Bunların neler olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından açıkça düzenlenmiş değildir; sadece Kanun’un 353’üncü maddesinde istinaf sebebi sayılan önemli usûl hataları sayılmıştır. Bununla birlikte istinafin ilk derece mahkemesi kararına karşı, onun yanlış yahut hatalı veya eksik olduğu iddiasına dayalı olarak değiştirilmesi ya da kaldırılması talebiyle gidilebilen bir kanun yolu olduğu nazara alındığında, söz konusu iddiayı temellendirebilecek nitelikteki her hususun, ister maddi hukuka isterse usûl hukukuna ilişkin olsun, istinaf sebebi teşkil ettiği söylenebilir⁴. Bu anlamda istinaf sebeplerini, delillerin değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak maddi vakıaların tespitine ilişkin olanlar (kısaca maddi vakıaya ilişkin sebepler) ile maddi hukukun ve usûl hukukunun uygulanmasındaki yanlışlıklara dayananlar olmak üzere iki ana kategoride mütalaa edebiliriz⁵.

Maddi vakıaya ilişkin istinaf sebepleri delillerin toplanması, incelenmesi ve değerlendirilmesi temelinde ortaya çıkar ve neticede maddî mesele hakkında yanlış sonuca ulaşılmasına yol açar. İlk derece mahkemesinin kararının doğru olabilmesi, kararın dayanağı olan vakıaların eksiksiz ve gerçeğe uygun olarak

⁴ **Öztek, Selçuk** (2021) Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 448 (kn. 448); Yazar, Kanun’da istinaf sebepleri konusunda ayrı ve özel düzenleme bulunmamasının nedenini – bizce de isabetli bir şekilde – şöylece izah etmektedir: “*Bunun nedeni, ilk derece mahkemesinin yaptığı yargılamada ve verdiği kararda ortaya çıkan her türlü yanlışlığın, eksikliğin, kısacası hatanın giderilmesini amaçladığı için istinafin yapısının istinaf sebeplerinin Kanunda sayılmasına uygun olmamasıdır. Şu halde, genel bir yaklaşımla, ilk derece mahkemesi kararının yanlış veya eksik olmasına yol açan her ahata istinaf sebebi olarak kabul edilebilecektir.*”

⁵ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 633; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 612; **Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2019) Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 472.

tespit edilmiş olmasına bağlıdır. İlk derece mahkemesi, delilleri yanlış değerlendirir (ör. tanık beyanlarının yanlış değerlendirilmesi), dosya münderecatına aykırı karar verir⁶ (ör. dosyadaki belgeler ile vakıa tespitleri arasında çelişki olması) veya vakıaları yanlış tespit ederse (ör. iki aracın çarpışma hızının yanlış tespit edilmesi), ortaya maddi vakıaya ilişkin bir istinaf sebebi çıkar.

Maddî hukuk kurallarına aykırılık, somut olayda uygulanması gereken maddî hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış ya da eksik uygulanması şeklinde gerçekleşebilir. Bunun neticesinde kararın yanlış yahut eksik olması kaçınılmazdır. Bu anlamda maddi hukukun yanlış yahut eksik uygulanmış bulunmasının mutlak bir istinaf sebebi teşkil etmesi gerektiği açıktır⁷.

Buna karşılık usûl hukuku kurallarına aykırılık bakımından bir ayırım yapılması icap eder. Şöyle ki, usûl hukukuna ilişkin kuralların yargılama sırasında yanlış yahut eksik uygulanmasının, karara tesir edip etmediğine (daha doğrusu tesir etme ihtimali olup olmasına) bakılmaksızın bunu bir istinaf sebebi olarak kabul etmek gerekiyorsa, mutlak istinaf sebebi olarak nitelendirilmek uygun olur. Eğer ilk derece yargılamasında usûl kuralının yanlış yahut eksik uygulanmış olmasının bir istinaf sebebi sayılması, bunun ancak neticede verilmiş olan karara tesir etmesi ihtimaline bağlı tutulacaksa, bu takdirde söz konusu husus, nisbi istinaf sebebi olarak nitelendirilebilir⁸.

Usûl hukukuna dayanan istinaf sebeplerinden “mutlak istinaf sebepleri” olarak nitelendirilecek olanlar, ilk derece mahkemesinin hükmünü etkileyip

⁶ Dosya münderecatına aykırı karar verilmesinin en tipik görünüm biçimlerinden birisi, borcun sona ermiş (örneğin ödenmiş) yahut hiç doğmamış (örneğin geçerlik şekline riayetsizlik yahut ehliyetsizlik) olmasına ve bu durumun ilk derecede dosyaya girmiş olan belgelerden anlaşılmasına rağmen orada bu hususun gözetilmemesidir. Bu ihtimalde, maddi hukuk ve usûl hukuku (savunma sebepleri) açısından “itiraz” niteliği taşıyan söz konusu husus, dosyaya girmiş belgelerden anlaşılmak koşuluyla, açıkça ileri sürülmemiş, ileri sürülmüş ama değerlendirmeye alınmamış ya da değerlendirmeye alınmış ama yanlış yere reddedilmiş olması ihtimalinde, buna istinafa müracaat edilirken açıkça ve ayrıca işaret edilmese dahi, istinafta re’sen gözetilmek gerekir; **Öztek**, s. 179-180 (kn. 119).

⁷ **Kuru, Baki/Aydın, Burak** (2021) *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 494; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 613.

⁸ **Kuru/Aydın**, s. 494; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 614.

etkilemediğine (daha doğrusu, etkileme ihtimali olup olmadığına) bakılmaksızın, bölge adliye mahkemesince re'sen dikkate alınması gereken önemli ve ağır usûl hatalarıdır⁹. Bunları kendi içinde dört gruba ayırmak mümkündür: Mahkemeye, taraflara, dava konusuna ilişkin temel usûl kurallarının ihlâl edilmesi ve son olarak diğer mutlak istinaf sebepleri.

Mahkemeye ilişkin mutlak istinaf sebeplerinin başında, mahkemeye yönelik dava şartlarının ihlâl edilmesi gelir. Bu çerçevede yargı yetkisine, yargı koluna, göreve ve kesin yetkiye ilişkin usûl kurallarına (dava şartlarına) uyulmamış olması, mutlak istinaf sebebidir (HMK m. 114, I, a-c). Yasaklı hâkim tarafından veya haklı ret istemine rağmen reddedilen hâkim tarafından karar verilmiş olması da mahkemeye ilişkin esaslı (temel) usûl kurallarının ihlâli olarak mutlak istinaf sebebi sayılmalıdır.

Taraflara ilişkin mutlak istinaf sebeplerinin başında, taraflara yönelik dava şartlarının eksik olması gelir. Davada iki tarafın bulunmaması, taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisinin bulunmaması veya davaya vekâlet ehliyeti ve geçerli vekâletnamesi bulunmayan temsilci huzurunda davaya bakılması, taraflara ilişkin dava şartlarının ihlâl edilmesi sonucunu doğurur (HMK m. 114, I, d-f).

Dava konusuna ilişkin olarak, davacının dava açmakta hukukî yararının bulunmaması, aynı dava hakkında daha önce verilmiş bir kesin hüküm bulunması, davacı tarafından gider avansının yatırılmaması, teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmemesi, derdest bir davanın tekrar açılması mutlak istinaf sebebidir (HMK m. 114, I, g-i)¹⁰.

Yukarıda belirtilen istinaf sebepleri dışında kalan ağır yargılama hataları ise, diğer mutlak istinaf sebepleri başlığı altında toplanabilir. Örneğin, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesiz olması, kanuna aykırı olarak aleniyet ilkesinin ihlâl edilmesi, bir tarafın hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş olması, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin

⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 642.

¹⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 613.

toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması yahut talebin bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması bu grupta sayılabilir¹¹.

Mutlak istinaf sebeplerinden birinin var olduğunu tespit eden bölge adliye mahkemesi, davanın esası hakkında bizzat karar veremez. Örneğin, davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması, görevli ve yetkili olmayan mahkeme tarafından karar verilmiş bulunması veya dava şartlarına aykırılık durumunda, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak, dosya kararı veren mahkemeye veya görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmelidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde:

- a) *davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması;*
- b) *ileri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması;*
- c) *mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması;*
- d) *diğer dava şartlarına aykırılık bulunması;*
- e) *mahkemece usûle aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilmiş olması;*
- f) *Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması*

hâllerinde, bölge adliye mahkemesinin esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar vereceği öngörülmüştür¹².

¹¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 613.

¹² Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 613-614.

Mutlak istinaf sebepleri dışında kalan usûle aykırılıklar ise nispi istinaf sebebidir. Bu çerçevede, ilk derece mahkemesinin kararının yanlış olması sonucunu doğuran sair tüm usul ihlalleri nispi istinaf sebebi olarak kabul edilir. Bu tür usul hatalarının istinaf sebebi olarak kabul edilebilmesi için ilgili usûli hatanın mahkemenin kararını etkilemiş olduğu yahut bunun muhtemel bulunduğu (illiyet bağının varlığı) ortaya konulmalıdır¹³.

C. İSTİNAF İNCELEMESİNİN İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEBİYLE SINIRLI OLMASI MESELESİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355'inci maddesinde "incelemenin kapsamı" başlığı altında aşağıdaki hükme yer verilmiştir: "*İnceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir.*" Kanun'un "istinaf dilekçesi" başlıklı 342'nci maddesinin üçüncü fıkrası ise şöyledir: "*İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği ve imzasıyla, başvuru kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması durumunda diğer hususlar bulunmasa bile reddolunmayıp, 355'inci madde çerçevesinde gerekli inceleme yapılır.*" Konuyla ilgili bir başka düzenleme de Kanun'un 352'nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, istinaf ön incelemesinde yapılması gereken kontrollerden birisi de istinaf başvurusunda sebep ve gerekçe gösterilmiş olup olmadığıdır; öyle ki, neticede buna bağlı olarak gerekli karar verilecektir¹⁴.

Öğretide hâkim görüş, bu düzenlemeleri bir arada değerlendirilerek, kamu düzenine ilişkin olanlar dışında, istinaf sebebi olup istinaf başvuru dilekçesinde gösterilmeyen sebeplerin, bölge adliye mahkemesince re'sen dikkate alınmayacağı istikametindedir¹⁵. Hatta öğretide, zikredilen bu hüküm

¹³ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 614.

¹⁴ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 617-618.

¹⁵ Kuru/Aydın, s. 507; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 640; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 480; Ünal Kaya, Hilal (2020) "Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı", İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 78, S: 4, s. 1907. Buna karşılık, resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda sebeple bağlılık kuralının uygulanmayacağı yönünde bkz. Albayrak, Adem (2017) Hukukta İstinaf Uygulaması, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, s. 190.

ile istinaf kanun yolu incelemesi açısından, hâkimin hukuku re'sen uygulayacağı ilkesinden vazgeçildiği görüşü ileri sürülmüştür¹⁶. Bu görüşün uygulamada ortaya çıkardığı sonuç, istinaf dilekçesinde belirtilmediği için dikkate alınamayacak olan istinaf sebeplerinden önemli bir kısmının, bunların istinafta gözetilmemesinin kabul edilemez görülmesi sebebiyle, “kamu düzenine aykırılık” kavramını mümkün olduğunca geniş yorumlamak şeklinde kendini göstermektedir¹⁷. Bu yorum biçimine ayrıca, yazarının ulaşmak istediği sonuçla paralel olarak, usûlî kamu düzeni ve genel (maddî hukuk açısından söz konusu olan) kamu düzeni bağlamında yapılan sınırlayıcı ve genişletici değerlendirmeler eşlik etmektedir.

Kamu düzenine aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabının çok açık ve kesin olmadığı, buna her durumda ve her zaman geçerli olacak bir çerçevenin çizilemeyeceği açıktır¹⁸. Bunun yanında, kamu düzeni kavramı içinde mütalaa edilebileceği tartışmasız olan başkaca kavram ve ilkelerin sınırlarının da genişletilmeye müsait olması sebebiyle, istinaf incelemesinde sebebe bağlılıktan ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabı çoğu zaman tam bir belirsizlik içinde kalmaktadır. Örneğin, kamu düzeniyle ilgisi tereddütsüz olan hukuk devleti, hak arama hürriyeti, mahkemeye erişim, adil yargılanma, hukuki dinlenilme gibi temel ilke ve kavramların ihata ettiği alan neredeyse tüm mutlak istinaf sebeplerine şamildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin özellikle bireysel başvuru üzerine yaptığı inceleme neticesinde verdiği pek çok “ihlal” kararı dikkate alındığında, Yüksek Mahkeme'nin sadece usûlî mutlak istinaf sebeplerini değil; aynı zamanda maddî hukuk müesseselerini de (örneğin mülkiyet hakkına) temel hak saydığı gerçeğinden hareketle, bunların da kamu düzeniyle ilgili sayılması kaçınılmaz olacaktır. Öte yandan – en azından bir kısmı – kamu düzeniyle ilgili olmayan yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturabilecek durumların, istinaf talebinde bunlara açıkça yer verilmemiş olsa bile, re'sen gözetilmek gerektiği kuşkusuzdur. Zira ileride

¹⁶ **Kurtoğlu, Tülin** (2017) *Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 160; **Akil, Cenk** (2008) “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulama İlkesi”, AÜHFD, C: 57, S: 3, s. 26.

¹⁷ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 640.

¹⁸ **Aktepe Artık, Sezin** (2018) “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, TBB Dergisi, S: 134, s. 260.

kesinleşmiş bir hükmü ortadan kaldırmaya yeterli görülebilecek bir sebebin istinafta dikkate alınabilmesi için bunun mutlaka açıkça dermeyan edilmiş bulunması koşulunu aramak açık bir çelişki oluşturur.

D. HÂKİMİN HUKUKU RE'SEN UYGULAMASI İLKESİNİN İSTİNAFTA UYGULANIRLIĞI VE BUNUN SEBEPLE BAĞLILIK BAKIMINDAN SONUCU

Hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu ilke, hâkim için açık bir görevi (ödevi) ihtiva etmektedir. Bu görev hem maddî hukuku hem de usûl hukukunu kapsamaktadır¹⁹.

Öte yandan hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin sadece ilk derece mahkemesi hakimleri açısından geçerli olmasını gerektiren sınırlayıcı bir düzenleme mevcut değildir. Bundan dolayıdır ki, söz konusu ilkenin ilk derece mahkemelerinde olduğu kadar kanun yollarında da uygulanması gerektiği hususu izahtan varestedir²⁰.

Bu noktada izaha muhtaç olan soru, istinafta sebebe bağlı inceleme kuralı ile hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin bir çelişki teşkil edip etmediğidir. Daha açık bir ifadeyle, acaba istinaf incelemesini yapan bölge adliye mahkemesi hâkimi, istinaf dilekçesinde açıkça ileri sürülmemiş olan ancak maddi hukuka veya usûl hukukuna ilişkin bir kuralın eksik yahut yanlış uygulanması sadedindeki bir istinaf sebebini, hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinden hareketle gözetmek suretiyle inceleyip, gerekli kararı verebilecek midir?

Konuya ilişkin olarak gerek öğretilerde ve gerekse uygulamada farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir²¹. Meseleyi “Medenî Usûl Hukukunda İstinaf” adlı kapsamlı monografisinde istinaf incelemesinin niteliği ve buna ilişkin pozitif düzenlemeler (filhakika 1086 sayılı Kanun’a 5236 sayılı Kanun’la eklenen hükümler çerçevesinde) açısından değerlendiren *Akkaya*, maddî

¹⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.133.

²⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 134; aksi yönde bkz. Kurtoğlu, s. 160; Akil, s. 26.

²¹ Bkz. Öztekin, s. 448 vd. (kn. 285 vd.).

hukuk kurallarına aykırılığın her halükarda mutlak bir bozma sebebi²² teşkil etmesinden hareketle, bu çerçevedeki bir istinaf sebebinin istinafta dikkate alınabilmesi için başvuruda açıkça ileri sürülmüş olması koşulunun aranmayacağı görüşündedir²³. Buna karşılık, usûl kurallarının yanlış yahut eksik uygulanması durumu için Yazar, mutlak ve nisbî istinaf sebebi teşkil edecek hususlar bakımından ayrı sonuca ulaşılması gerektiğini belirtmektedir. Yazar'a göre, başta dava şartları ve kamu düzenine ilişkin diğer usûlî hususlar olmak üzere, usûl hukukuna ilişkin mutlak bozma sebepleri bakımından da başvuruda bunların açıkça ileri sürülmüş olması koşulu aranmamalı; buna karşılık, usûle ilişkin nisbî bozma sebepleri ile salt maddi vakıalar ve deliller bakımından ise, bunların istinaf incelemesinde dikkate alınabilmeleri için mutlaka başvuruda açıkça ileri sürülmüş olması koşulu aranmalıdır²⁴.

Meseleyi medenî usûl hukukunda hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi açısından ele alan *Bolayır*'ın da netice itibarıyla bu görüşü paylaştığı söylenebilir²⁵.

Kapsam ve gerekçesine özet ve sonuç olarak yer verilen bu görüşün, konu hakkında öğretilerde ileri sürülen görüşler arasında istinaf incelemesinin mahiyetine en yakın düşeni olduğu söylenebilir. Bununla birlikte söz konusu bu görüş hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi ile tam bir ahenk içinde olmadığı gibi netice itibarıyla pratik de değildir.

Öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesinde düzenlenen hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin hem maddi hukuku hem de usûl hukukunu kapsadığı noktasında bir tereddüt bulunmadığı açıktır.

²² Maddî hukuk kurallarının eksik yahut hatalı uygulanması durumunda hükmün yine de bundan etkilenmemesi (sonucun/hükmün maddî hukuk açısından buna rağmen doğru/eksiksiz olması aklen muhal olacağından) düşülemez. Bu sebeple maddî hukuk kurallarına aykırılık temyiz açısından geleneksel olarak hep mutlak temyiz/bozma sebebi olarak görülmüştür.

²³ **Akkaya, Tolga** (2009) *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 263; Karş. **Öztek**, s. 450 (kn. 289); **Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet** (2017) *Medeni Usul Hukuku*, C. III, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 2214-2215.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akkaya**, s. 262 vd.

²⁵ **Bolayır, Nur** (2019) *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 309 vd.

Bunun yanında, söz konusu ilkenin istinaf yahut temyiz kanun yolunda geçerli olmayacağı yahut ancak sınırlı yahut koşullu olarak uygulanacağına dair hiçbir açık düzenleme mevcut değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesindeki düzenlemenin açıklığı ve kesinliği karşısında, aynı Kanun'un yukarıda içeriklerinden söz edilen 342'nci, 352'nci ve 355'inci maddelerindeki düzenlemelerin bir sınırlama olarak yorumlanamayacağı kanaatindeyim. Bilakis bu hükümlerin istinafin işleyişine ilişkin pratik düzenlemeler olarak görülmesi kaçınılmazdır. Aksi takdirde, bir sonraki kanun yolu aşaması durumundaki temyizde geçerli olduğu tereddütsüz ve tartışmasız kabul edilen "hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin", bir önceki kanun yolunda uygulanmamasının yahut sınırlı veya şartlı olarak uygulanmasının düşünülmesi tutarsız hatta açık bir çelişki meydana getirir.

Bu noktada ortaya çıkabilecek bir zorluk da istinaf sebebi olarak maddi hukuka yahut usûl hukukuna ilişkin bir hukuk kuralının yanlış yahut eksik olduğuna ilişkin iddia bağlamında öne çıkarılan eksiklik yahut yanlışlığın varit olması; buna karşılık açıkça mesnet gösterilen (ifade edilen – dayanılan) somut hükümde (düzenlemede) isabet kaydedilmemiş olmasıdır. Bu ihtimalde istinaf talebinin salt bu nedenle dikkate alınmaması her şeyden önce "hâkimin hukuki sebeple bağlı olmaması" şeklinde ifade edilen ve HMK m. 33'e dayanan genel yargılama ilkesine ters düşer²⁶. İstinaf açısından hâkimin hukuki sebeple bağlı olmasının kabulü ise, avukatla takip zorunluluğunun bulunmadığı bir hukuk sisteminde düşünülebilecek bir durum değildir²⁷.

Öte yandan, söz konusu görüş pratik de değildir. Zira kamu düzeni kavramının içeriğinin belirsizliğine ve değişkenliğine ilişkin haklı mülahazalar kadar, usûle ilişkin mutlak ve nisbî istinaf sebebi ayırımının sun'i oluşu ile özellikle nisbî istinaf sebeplerinin neler olduğunun belirlenmesindeki zorluk, uygulayıcılar açısından her somut olayda önemli bir sorun teşkil eder. Bu aynı zamanda usûl kurallarının fonksiyonlarının belki de en önemlileri

²⁶ Hâkimin hukuku resen uygulayacağı ilkesinin istinaf incelemesi aşamasında geçerli olmadığını ifade etmesine rağmen, hukuki nitelendirme hatasının bölge adliye mahkemesi tarafından düzeltilebileceği yönünde bkz. **Kurtoğlu**, s. 161.

²⁷ **Ünal Kaya**, s. 1913.

durumundaki “belirlilik”, “öngörülebilirlik”, “hukuki güvenlik” ve “keyfilğin önlenmesi” amaçları açısından çok önemli bir sakınca oluşturur.

Netice itibarıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 355’inci maddesinde yer alan bölge adliye mahkemesinin kamu düzenine ilişkin hususlar saklı kalmak kaydıyla, istinaf sebepleri ile bağlı olduğuna ilişkin hükmünü, maddi vakıaların denetimine ilişkin istinaf sebepleri ile sınırlı anlamak icap eder. Hukukun (ister maddi hukuk ister usûl hukuku olsun) eksik veya hatalı uygulanıp uygulanmadığı hususlarının ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33’üncü maddesi uyarınca, hukuku re’sen uygulamak ödevi bulunan bölge adliye mahkemesince, tarafların ileri sürmesinden bağımsız olarak incelenmesi gerekir.

Burada yapılan “mutlak” ve “nisbi” istinaf sebepleri ayrımı ise bölge adliye mahkemesince yapılacak incelemenin kapsamıyla yahut bunun re’sen mi yoksa talebe bağlı olarak mı dikkate alınacağı meselesi ile ilgili değildir. Bilakis bu ayrım, ilgili istinaf sebebinin tespit edilmesi üzerine verilecek kararın ne olacağının belirlenmesi açısından önem taşır. Mutlak istinaf sebebi olarak zikredilen usûlî eksiklik ve hataların bulunması halinde artık bölge adliye mahkemesi, esas bakımından istinaf incelemesi yaparak (esas hakkında) bir karar veremez. Bilakis söz konusu usûlî eksikliği yahut yanlışlığı ya kendisi giderip bilahare esas bakımından verilen kararı değerlendirmesi yahut evveleminde ilgili usûlî eksikliğin yahut yanlışlığın giderilmesi için -hükmü kaldırarak- dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi icap eder. Ortada usûle ilişkin bir nisbi istinaf sebebi bulunması halinde ise bölge adliye mahkemesi, duruma göre, kararın esas bakımından doğru olması (ve başkaca bir istinaf sebebinin mevcut olmaması) durumunda artık istinaf talebini esastan reddeder veya ilgili eksikliği kendisi giderilerek gerekirse esas hakkında yeniden karar verir.

E. İSTİNAFTA İLERİ SÜRÜLMİYEN SEBEBİN TEMYİZDE DİKKATE ALINABİLİR ALINAMAYACAĞI

İstinaf incelemesinin maddi vakıa denetimi ve hukuki denetimi kapsamına karşılık temyiz incelemesinin münhasıran hukuki denetimle

sınırlı olduğu noktasında tereddüt yoktur²⁸. Temyiz açısından bu durumun Kanun'da açıkça düzenlendiği söylenebilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bozma (temyiz) sebeplerini konu edinen 371'inci maddesinde hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması, dava şartlarına aykırılık bulunması, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi, karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması bozma (temyiz) sebebi olarak kabul edilmiştir. Bunların yanında, açık düzenleme bulunmamakla birlikte, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin tamamının aynı zamanda temyiz sebebi olarak kabul edilmesi işin doğası gereğidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "temyiz dilekçesi" başlıklı 364'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi, "temyiz sebepleri ile gerekçesinin" temyiz dilekçesinin içermesi gereken hususlar arasında olduğunu düzenlemektedir. Bununla birlikte, aynı maddenin üçüncü fıkrası ise şöyledir: "*Temyiz dilekçesinin, temyiz edenin kimliği ve imzasıyla temyiz olunan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması hâlinde, diğer şartlar bulunmasa bile reddolunmayıp temyiz incelemesi yapılır.*" Söz konusu bu hüküm karşısında, temyiz incelemesinde sebep bildirme zorunluluğu bulunmadığı açıktır²⁹. Zaten temyiz sebeplerinin bütünüünün hukukun uygulanmasına taalluk etmesi (maddi hukuk – usûl hukuku – tarafların hukuku olarak sözleşme) ve hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi birlikte değerlendirildiğinde bu sonuç kendiliğinden ortaya çıkar.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yakın zamanda vermiş olduğu bir karara yansıyan görüşün benimsenmesi halinde, temyiz sebeplerinin Yargıtay'ca re'sen gözetilmesi kuralına önemli bir sınırlama getirilmiş olacaktır. Zira sözü edilen karardaki görüşe göre, bir temyiz sebebinin Yargıtay'da ileri sürülebilmesi ve dikkate alınabilmesi için, buna önceki kanun yolu aşaması olan istinafta dayanılmış olması şarttır. Hukuk Genel Kurulu kararında bu görüş şu ifadelerle dile getirilmiştir:

²⁸ Kuru/Aydın, s. 512; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 648; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 486; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 643.

²⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 645; Ünal Kaya, s. 1913.

“68. Temyiz incelemesinde istinaf incelemesinden farklı olarak kanuna aykırılık maddi hukuk ve usul hukuku yönünden incelenecek, maddi vakıaların denetimi ile delil değerlendirilmesine girilmeyecektir. İstinaf mahkemelerinin hukuk sistemimize girmesi ile Yargıtay bir hukuki denetim ve içtihat mercii olmuştur. Yargıtay artık denetim mahkemesi olduğundan vakıaları (istisnalar dışında) inceleyemez. Mahkemenin vakıayı tespit ederken kanuna aykırı davranması, delillerle çelişik vakıa tespitinde bulunulması, maddi vakıa tespitinin akla aykırı bir konuya ilişkin bulunması durumlarında bu durumları inceleyip bozma sebebi yapabilecektir. Ancak bu maddi vakıa incelemesi sınırlı durumlarda ve bu öngörülen hâller dâhilinde yapılabilecektir.

69. Tüm yasal düzenlemeler ışığında her ne kadar Yargıtay’ın temyiz sebepleri ile bağlı olmaksızın kanunun açık hükmüne aykırılık hâllerini inceleyebileceği öngörülmüşse de, istinaf incelemesinde ileri sürülmediği için istinaf dairesince incelenmeyen bir konunun temyizde ileri sürülmesi durumunda Yargıtay’ın bu temyiz sebebinin incelemesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle temyiz incelemesinin sınırlarından biri ve en önemlisi ileri sürülen temyiz sebebinin istinafta ileri sürülüp sürülmediği ve ileri sürülen sebebin istinaf mahkemesince hukuka aykırı olarak değerlendirilip değerlendirilmediği hususudur.”³⁰

Hukuk Genel Kurulu kararında yer verilen bu görüşün isabetli olmadığını düşünüyoruz. Kararın (68.) paragrafında her ne kadar “tüm bu yasal düzenlemeler ışığında” ifadesine yer verilerek, ulaşılan bu sonucun sanki açık yasal düzenlemelerden çıkarılan kaçınılmaz bir değerlendirme olduğu vurgusu varsa da esasen karar metninde değinilen kanun hükümlerinin hiçbirinden böyle bir anlam çıkarılması mümkün gözükmemektedir. Açıkçası dayanılan düzenlemeler, yukarıda yer verdiğimiz ve yakından irdelediğimiz istinaf ve temyiz hakkındaki maddelerdir. Bunlardan ve özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 371’inci maddesinden böyle bir sonuç için değil olsa olsa tam tersi bir görüş için gerekçe oluşturulabilir.

³⁰ Hukuk Genel Kurulu, E: 2020/6, K: 2021/342, T: 25.03.2021, <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2020-6-k-2021-342-t-25-03-2021-kidem-ihbar-ve-sendikal-tazminat-istemi/4158672/>> s.e.t. 13.07.2022.

Belirtmek gerekir ki, HGK kararında (68. paragraf) temyiz sebeplerinin (temyiz incelemesinin sınırlarının) “istisnai olarak” vurgusu yapmak suretiyle de olsa vakıalara teşmil edilmesini kabul eden şu değerlendirmelere nasıl bir dayanak bulunduğu belirtilmemiştir: *“Yargıtay artık denetim mahkemesi olduğundan vakıaları (istisnalar dışında) inceleyemez. Mahkemenin vakıayı tespit ederken kanuna aykırı davranması, delillerle çelişik vakıa tespitinde bulunulması, maddi vakıa tespitinin akla aykırı bir konuya ilişkin bulunması durumlarında bu durumları inceleyip bozma sebebi yapabilecektir. Ancak bu maddi vakıa incelemesi sınırlı durumlarda ve bu öngörülen hâller dâhilinde yapılabilecektir.”* Hukuk Genel Kurulu bununla, bir taraftan temyiz sebeplerini hiçbir dayanak göstermeksizin (aslında çok geniş bir uygulamaya alan açabilecek ifadelerle) vakıa denetimine teşmil ederken; bir sonraki paragrafta, yine hiçbir somut yasal dayanak belirtmeksizin, temyiz incelemesinin sınırlarını (hukuki denetim açısından dahi bir istisna yapmaksızın) bunların istinafta ileri sürülmüş olmaları koşuluna bağlamak suretiyle önemli derecede sınırlandırmaktadır.

Aslında kararda vakıalar bakımından temyiz incelemesi kapsamına dahil edilmek istenen hususların kısmen ya “altlama” faaliyeti olarak maddi hukuka yahut da usûl hükümlerine riayetsizlik olarak usûl hukukuna ilişkin bulunmakla, temyizdeki “re’sen dikkate alınma”nın (HMK m. 33) içinde olduğu açıktır. Ancak buna işaret edilmeksizin temyiz denetiminin “istisnai olarak” da olsa vakıalara teşmil edilmesi yanlış anlaşılmaya ve genişletilmeye elverişli gözükmektedir. Bu yön bir tarafa bırakılacak olursa, en azından temyiz incelemesinde dikkate alınabilecek sebepler bakımından daraltıcı yorumu haklı gösteren herhangi bir hüküm kanaatimizce mevcut değildir. Bilakis, ne hâkimin hukuku re’sen uygulamasını emreden HMK m. 33 hükmünde istinaf (yahut temyiz) bakımından bir sınırlama getirilmekte ne de temyiz incelemesinin hangi sebeplere istinaden ve nasıl yapılacağıнын ölçüsü koyan HMK m. 371 ile HMK m. 364/III düzenlemelerinde “istinafta ileri sürülmüş olma” şeklinde bir kayıt bulunmaktadır.

Özetle, maddi hukuka yahut usûl hukukuna ilişkin olup istinafta ileri sürülmeyen bir sebebe temyizde dayanılabilmesi veya Yargıtay tarafından re’sen gözetilmesi durumunun ortaya çıkardığı çelişki, istinaf incelemesini

maddi hukuk ve usûl hukuku denetimi bakımından sebebe bağlamaktan ileri gelmektedir. Oysa, yukarıda da izah edildiği üzere, maddi hukuk ve usûl hukuku kurallarının (filhakika mutlak istinaf sebepleri ile sınırlı anlaşılabilir) istinafta da re'sen gözetilmesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, bunların ilk defa temyizde ileri sürülmesi yahut Yargıtay'ca re'sen dikkate alınması artık bir çelişkili, mantıksız yahut kabul edilemez bir durum olmaktan çıkar. Yargıtay (kapatılan) 22. Hukuk Dairesi'nin kararlarına açıkça yansıyan bu görüşe üstünlük tanınması, pek çok sorunu kendiliğinden çözecektir:

*“Bölge Adliye Mahkemesi maddi vakıa denetimi bakımından istinaf sebepleri ile bağlıdır. Ancak, bölge adliye mahkemesi aynı zamanda hukukilik denetimi de yapmak durumundadır. Hukukilik denetimi bakımından ise istinaf sebepleri ile bağlı değildir...”*³¹

SONUÇ

Medenî usûl hukukunun en temel ilkelerinden biri durumunda olan ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesinde düzenlenen “hâkimin hukuku re'sen uygulaması” kuralı mutlak olup, hem maddi hukuk kurallarını hem de usûl hukuku kurallarını kapsar. Bu ilkenin sadece ilk derece yargılamasında ve temyizde geçerli olduğu, buna karşılık istinaf incelemesinde uygulanmayacağı şeklindeki bir görüşün kendisine dayandırılabilmesi hiçbir düzenleme yoktur. Kaldı ki bir anlamı ve gerekliliği olmayan böyle bir görüş içinden çıkılmaz sorunlara da yol açar. Yukarıda kendisine değinilen HGK kararında ulaşılan sonuç, esas itibarıyla bu yanlışlı değerlendirilmenin ortaya çıkardığı bir durumdur.

Bu durum karşısında, istinaf incelemesinde maddi hukuk ve usûl hukuku kurallarına aykırılığın denetlenebilmesini, bunun istinaf dilekçesinde açıkça ileri sürülmüş bulunması koşuluna bağlamak isabetli olmaz. Buna karşılık, delillerin eksik toplanmış veya yanlış değerlendirilmiş yahut vakıa tespitlerinin eksik ya da hatalı yapılması sadedindeki istinaf sebeplerinin istinafta

³¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T:30.05.2017, 33666-12649; Aynı yönde, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T:14.02.2019, 1137-3457, Legalbank, s.e.t.13.07.2022.

incelenebilmesi, kural olarak bunların taraflarca açık ve somut bir biçimde ileri sürülmüş olmasına bağlıdır.

İstinaftan sonra gidilen temyiz açısından değerlendirildiğinde, istisna öngören hükümlerin ve sınırlama getiren düzenlemelerin açık olması ve dar yorumlanmasının hukuk biliminin temel yorum kurallarından birisi olduğu dikkate alınmalıdır. Bu kural gözetildiğinde, HMK m. 33 hükmünün istinafta da geçerli olduğu açıktır. Yine aynı kural gözetildiğinde, HMK m. 371 ile HMK m. 364/III düzenlemelerine dayalı olarak gerçekleştirilen temyiz incelemesinde maddi hukuka yahut usûl hukukuna ilişkin temyiz sebeplerinin ileri sürülmesini veya re'sen gözetilmesini “istinafta ileri sürülmüş olma” şeklinde bir koşula bağlamak mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk** (2008) “Hakimin Hukuku Kendiliğinden Uygulama İlkesi”, AÜHFD, C: 57, S: 3, s. 1-32.
- Akkaya, Tolga** (2009) Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Aktepe Artık, Sezin** (2018) “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, TBB Dergisi, S: 134, s. 257-292.
- Albayrak, Adem** (2017) Hukukta İstinaf Uygulaması, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2021) Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2021) Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Bolayır, Nur** (2019) Medenî Usûl Hukuku’nda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kurtoğlu, Tülin** (2017) Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Yargılaması, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kuru, Baki/Aydın, Burak** (2021) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Öztek, Selçuk** (2021) Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet** (2019) Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanitez, Hakan/Özkes, Muhammet** (2017) Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Ünal Kaya, Hilal** (2020) “Medeni Yargıda İstinaf Sebepleriyle Bağlılık Kuralı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 78, S: 4, s. 1899-1919.

TÜRKİYE İŞ KURUMU TARAFINDAN HAZIRLANAN YURT DIŞI HİZMET AKİTLERİNDEKİ HUKUK SEÇİMİNE DAİR KAYITLARIN GEÇERLİLİĞİ*

Prof. Dr. Musa AYGÜL**

Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN***

ÖZET

Günümüzde Türk girişimciler tarafından yurt dışında üstlenilen işlerin ifası için Türkiye'den çok sayıda işçi yurt dışına götürülmektedir. Türkiye İş Kurumu da bu şekilde götürülen işçilere asgarî bir koruma sağlamak amacıyla matbu bir yurt dışı hizmet akdi hazırlamıştır.

Yurt dışı hizmet akitlerinde hukuk seçimine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Yurt dışı hizmet akitlerinde yer alan hukuk seçimi sözleşmelerinin geçerliliği, *lex fori* olarak Türk hukukuna tâbidir. Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan yurt dışı hizmet akdinin hükümleri, genel işlem koşulu olarak kabul edilebileceği için, hukuk seçimine dair kayıtların geçerliliği, genel işlem koşulları için aranan şartlara da uygun olması gerekir. Bu kapsamda hukuk seçimine ilişkin kayıtlar, yürürlük ve içerik denetimine tâbidir.

Bu çalışma kapsamında, yurt dışı hizmet akitlerinde yer verilen hukuk seçimine ilişkin kayıtlarının geçerliliği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yurt Dışı Hizmet Akitleri, Genel İşlem Koşulları, İş Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi, Kısmî Hukuk Seçimi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1105528 - Geliş Tarihi: 18.04.2022 – Kabul Tarihi: 30.05.2022. Bu makale, hukuk seçimine dair kayıtların geçerliliği ile yurt dışı hizmet akdinin hukukî niteliğinin inceleme konusu yapıldığı çalışmamızın ilk kısmı olarak hazırlanmıştır. Yurt dışı hizmet akdinin hukukî niteliğine ilişkin çalışmamız ayrı bir makale olarak yayınlanacaktır.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, musaaygul1@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0363-9101.

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, canan.p02@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5656-5655.

THE VALIDITY OF THE RECORDS REGARDING THE CHOICE OF LAW IN THE FOREIGN SERVICE CONTRACT PREPARED BY THE TURKISH EMPLOYMENT AGENCY

ABSTRACT

Today, many workers from Turkey are taken abroad for the performance of the works undertaken abroad by Turkish entrepreneurs. The Turkish Employment Agency has also prepared a printed foreign service contract to provide a minimum protection for the workers who are taken in this way.

Provisions regarding the choice of law are included in foreign service contracts. The validity of the choice of law contracts in foreign service contracts is subject to Turkish law, *lex fori*. Since the provisions of the foreign service contracts prepared by the Turkish Employment Agency can be accepted as general terms and conditions, the validity of the records regarding the choice of law must also comply with the conditions sought for these general terms and conditions. In this context, the validity and content of the records regarding the choice of law are subject to control.

Within the scope of this study, the validity of the choice of law records included in foreign service contracts will be examined.

Keywords: Foreign Service Contracts, General Terms and Conditions, Choice of Law in Employment Contracts, Partial Choice of Law.

GİRİŞ

Günümüzde pek çok Türk, yurt dışında da ticaret yapmakta ya da yurt dışına hizmet sunmaktadır. Özellikle Türk müteahhitlerinin yurt dışında büyük taahhüt işlerini aldıkları ve ifa ettikleri bilinmektedir¹. Yurt dışında hizmet ve taahhüt işi yapan Türk girişimciler, bu hizmetlerin ifasında Türkiye’den de işçi götürülebilmektedir. Türkiye’den yurt dışına işçi götürülmesi sırasında işverenlere bazı yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülüklerden birisi de yurt dışına işçi götürülmesi sırasında, Türkiye İş Kurumu (bundan sonra *Kurum* olarak anılacaktır) tarafından hazırlanan yurt dışı hizmet akitlerinin Kuruma onaylatılmasıdır. Bu yükümlülüğe aykırı davrananlar için 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’nda idarî para cezası (m. 20) öngörülmüştür.

Kurum, Türkiye ile imzalanan ikili işgücü anlaşmalarının gereği olarak, Almanya, Katar ve Libya’ya² götürülecek işçiler için özel hizmet sözleşmeleri hazırlamıştır³. Çünkü bu ülkeler ile yapılan uluslararası işgücü anlaşmalarında iş sözleşmesini düzenleyen müstakil hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler, milli hukuka nazaran öncelikle uygulanır (Anayasa m. 90/5 ve MÖHUK m. 1/2).

Bu çalışmanın amacı, işçi ve işveren arasında imzalanan yurt dışı hizmet akdinde yer alan yabancı hukuk seçimine dair kayıtların geçerliliğinin incelenmesidir. Bu bağlamda inceleme konusu yapılacak yurt dışı hizmet akitleri, münhasıran yabancı ülkede çalıştırılmak üzere götürülen işçilere ilişkindir. Diğer bir ifade ile Türkiye’de çalışmakta iken işveren tarafından geçici⁴ olarak yurt dışında çalıştırılmak üzere götürülen işçiler, çalışmanın

¹ Türkiye Müteahhitler Birliği tarafından yayınlanan Ekim 2021 “İnşaat Sektörü Analizi”ne göre, Türk müteahhitleri tarafından yurt dışında yılın 9 ayında toplam 17,7 milyar dolar değerinde proje yapıldı. Rapor için bkz. <<https://www.tmb.org.tr/tr/pubs/60645e1862b4983868938aef/tmb-analiz-bulteni>>, s.e.t. 25.03.2022.

² Türkiye ile İsrail arasında ikili işgücü ya da sosyal güvenlik anlaşması olmamasına rağmen, İsrail’e götürülecek işçiler için de ayrı bir hizmet sözleşmesi hazırlanmıştır.

³ Sözleşmeler için bkz.< <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam>>, s.e.t. 01.03.2022.

⁴ Geçici gönderme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan, Vahit** (1996) İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlam Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, 1.Baskı, Ankara, Yetkin

kapsamı dışında tutulmuştur. Yine çalışmamız kapsamında, kendi imkânları ile yurt dışında iş bulan ve bu ülkelerdeki yetkili makamlardan çalışma izni aldığı için yurtdışı hizmet akdi yapmak zorunda olmayanlar da ele alınmayacaktır. Ayrıca yurt dışı hizmet akitlerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de çalışmamız kapsamına dâhil değildir.

I. GENEL OLARAK

İşçi ile işveren arasında imzalanan ve Kurum tarafından onaylanan yurt dışı hizmet akdi, işçi edimini yabancı ülkede ifa ettiği için yabancı unsurludur⁵. Yargıtay bir kararında iş sözleşmelerinde yabancılık unsurunu şu şekilde açıklamıştır.

“Yabancılık unsuru, bir hukukî işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. İşçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılması gibi hâllerde iş sözleşmesinde yabancılık unsurunun bulunduğu söz edilir.”⁶

Yabancı unsurlu yurt dışı hizmet akdinden doğan uyuşmazlıklarda öncelikle MÖHUK’a göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir (MÖHUK m. 2). Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde zayıf taraf durumunda olan işçinin korunması amacıyla, iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için özel hükümler kabul edilmektedir. Türk hukukunda da iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 27/1’de düzenlenmiştir. Bu maddede hukuk seçimine izin verilmiş ancak işçi lehine sınırlandırılmıştır⁷. Söz

Yayınları, s. 80 vd.; **Elçin, Doğa** (2012) Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 129 vd.

⁵ İş akitlerinde yabancı unsur hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Elçin**, s. 42 vd.

⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/5617, K: 2020/16556, T: 24.11.2020, <www.karararama.yargitay.gov.tr.>, s.e.t. 24.04.2022.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Elçin**, s. 92; **Nomer, Ergin** (2021) Devletler Hususî Hukuku, 23. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, s. 349-350; **Tekinalp, Gülören** (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 331-332; **Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman-**

konusu maddeye göre, mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla taraflara hukuk seçme hakkı tanınmıştır. Buna göre seçilen hukuk, mutad işyeri hukukundan daha az koruma sağlamakta ise, dikkate alınmayacaktır⁸. Bir sonraki paragrafta ayrıntılı olarak görüleceği üzere, yurt dışı hizmet akitlerinde mutad işyeri hukuku⁹ seçilmiştir. Bu sebeple yurt dışı hizmet akitlerinde yer verilen hukuk seçimi kayıtları, MÖHUK m. 27/1'deki sınırlamadan etkilenmeyecektir. Çünkü taraflar arasında hukuk seçimi yapılmamış olsaydı dahi, MÖHUK m. 27/4'teki istisna hariç, iş akdi mutad işyeri hukukuna tâbi olacaktı (MÖHUK m. 27/2). MÖHUK m. 27'ye göre tespit edilen hukuk, yurt dışı hizmet akdinin ya da bir hükmünün¹⁰ geçerliliği (MÖHUK m. 32/1) dâhil uyumsuzlukla ilgili bütün konulara uygulanır.

MÖHUK m. 27/1'e göre tarafların seçtikleri hukukun uygulanabilmesi için öncelikle yurt dışı hizmet akdindeki hukuk seçimine dair kayıtların geçerliliğinin incelenmesi gerekmektedir.

Figanmeşe, İnci (2020) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, s. 319-320; **Çelikel, Aysel/Erдем, B. Bahadır** (2021) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, s. 435; **Güngör, Gülin** (2021) *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 197-198.

⁸ **Doğan, Vahit** (2010) "5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi 2, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, s. 104.

⁹ İsrail için hazırlanan yurt dışı hizmet akdinde, çalışma süresi ve fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatiller hariç mutad işyeri değil, Türk hukuku seçilmiştir (m. 16). Dolayısı ile Türk hukuku mutad işyeri hukuku olan İsrail hukukundan daha az bir koruma sağlamakta ise, dikkate alınmayacaktır (MÖHUK m. 27/1).

¹⁰ Hukuk seçimi sözleşmeleri, esas sözleşmeden ayrı ve bağımsızdır. Bu sebeple hukuk seçimine dair kayıtların geçerliliği katıldığımız görüşe göre, Türk hukukuna tâbidir. Konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. **Şanlı/Esen/Ataman- Figanmeşe**, s. 296-297; **Güngör**, s. 182.

II. YURT DIŞI HİZMET AKDİNDE YER ALAN HUKUK SEÇİMİ KAYITLARI

Yurt dışı hizmet akdinde¹¹ hukuk seçimi kayıtlarına yer verilmiştir:

“5- SÖZLEŞMENİN SÜRESİ ve SONA ERDİRİLMESİ”¹²:

Çalışma mevzuatı bulunan ülkelerde ilgili ülke mevzuatına göre, bulunmayan ülkelerde ise 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24 ve 25’inci maddelerindeki hükümler çerçevesinde, sözleşme bildirimlessiz olarak işçi veya işveren tarafından feshedilebilir.

“8- ÇALIŞMA SÜRESİ VE FAZLA ÇALIŞMA”¹³:

İşveren işçiyi çalışma saatleri ve koşulları hakkında önceden bilgilendirmek ile yükümlüdür. Çalışma süresi, fazla çalışma saatleri ve fazla çalışma nedeniyle yapılacak ödemelerle ilgili olarak, çalışılan ülkedeki mevzuat hükümleri uygulanır. Çalışma süresi, fazla çalışma saatleri ve fazla çalışma nedeniyle yapılacak ödemelerle ilgili olarak çalışılan ülke mevzuatında düzenleme bulunmaması halinde; 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.

9- HAFTA TATİLİ VE GENEL TATİLLER”¹⁴:

Hafta tatili, bayram tatili ve genel tatil günlerine ve bu günlerde çalışma yapılması halinde ödenecek ücretlere ilişkin çalışılan ülke mevzuatı uygulanır. Çalışılan ülke mevzuatında yer alan hafta tatili, bayram tatili ve genel tatil günlerinde yapılacak çalışma ve bu

¹¹ Katar için hazırlanan yurt dışı hizmet sözleşmesinde ise, sözleşme bir bütün olarak Katar hukukuna tâbi kılınmıştır (m. 18). Bu genel hukuk seçiminin yanında bazı maddelerde de Katar mevzuatına ayrıca gönderme yapılmıştır. Örneğin yıllık izin hakkı (m. 10) ve iş akdinin sona erdirilmesi (m. 16) gibi hususlarda, Katar hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Örneğin Ramazan ayında 36 saat diğer aylarda 48 saat çalışma süresi öngören hüküm (m. 8) gibi bazı maddelerde de sözleşme hükümleri, tamamen Katar hukuku esas alınarak hazırlanmıştır.

¹² İsrail, Libya ve Almanya için hazırlanan sözleşmelerde bu konuda hukuk seçimi bulunmamaktadır.

¹³ İsrail için hazırlanan sözleşmede (m. 8), Almanya için hazırlama sözleşmede (m. 9) ve Libya için hazırlanan sözleşmede (m. 8) benzer hüküm yer almaktadır.

¹⁴ İsrail için hazırlanan sözleşmede (m. 9) Almanya için hazırlanan sözleşmede (m. 9) Libya için hazırlanan sözleşmede (m. 9) benzer hüküm yer almaktadır.

çalışmalara ilişkin ödemeler, çalışılan ülke mevzuatına uygun olarak yapılır.

10- YILLIK ÜCRETİ İZİN¹⁵:

İşçi, çalışılan ülke mevzuatı esasları doğrultusunda yıllık ücretli izin hakkına sahiptir. Yıllık ücretli izinlerin başlangıç tarihi işçinin görüşü de alınarak işveren tarafından tespit edilir. İşçi, yıllık ücretli iznini Türkiye’de geçirirse gidiş-dönüş yol parası işverence karşılanır.”

16- ANLAŞMAZLIK HALİNDE UYGULANACAK MEVZUAT VE YETKİLİ MAKAMLAR¹⁶:

“...Sözleşme maddelerinde, çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır.”

Öncelikle ifade etmek gerekirse, hukuk seçimine dair kayıtlarda, milletlerarası özel hukukta genel kabul görmüş “*mutad işyeri*” ifadesi yerine “*çalışılan ülke*” kavramı kullanılmıştır. Kanaatimizce çalışılan ülke ile kastedilen, mutad işyeridir. Çünkü mutad işyerinden, tarafların iradesi dikkate alınarak, esas olarak işçinin fiilen işini yaptığı yer anlaşılmaktadır¹⁷. Bu sebeple Kurum tarafından hazırlanan bir sözleşmede “*mutad işyeri*” yerine “*çalışılan*

¹⁵ Libya için hazırlanan sözleşmede (m. 10) benzer hüküm yer almakta iken İsrail (m. 10) ve Almanya (m. 10) için hazırlanan sözleşmede Türk hukukuna tabi olması kararlaştırılmıştır.

¹⁶ Libya için hazırlanan sözleşmede (m. 18) maddenin başlığı “anlaşmazlık durumunda uygulanacak mevzuat olmasına rağmen madde metninde, hukuk seçimine dair bir kayda yer verilmemiştir. Madde metninde “İhtilaf durumunda çalışılan ülkenin idari ve adli makamları yetkilidir.” şeklinde yetki sözleşmesini andırır bir ifade yer almaktadır. Ancak sözleşmenin bütün maddeleri ve özellikle de 19. maddedeki “İşçi, Libya’da: Libya’lı ve yabancı işçilerin haiz olduğu hak ve imtiyazlardan, yürürlükteki iş ve sosyal Mevzuat ile bütün diğer yasaların vermiş olduğu haklardan istifade eder. İşçi ile işveren arasındaki bu sözleşme Libya’da işçilere tanınan hakların tamamlayıcısı mahiyetindedir.” ifadelerinden mutad iş yeri olan Libya hukukunun seçildiğini sonucuna varılabilir. İsrail ile imzalanan sözleşmede (m. 16) Türk hukuku seçilmiştir. Almanya ile imzalanan sözleşmede (m. 18) ise benzer hüküm yer almaktadır.

¹⁷ Aygül, Musa/Çoban, Nazlı (2020) “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 15, S: 16, s. 1822.

ülke” kavramının kullanılması eleştiriye açıktır¹⁸. Çünkü MÖHUK’ta “*çalışılan ülke*” değil, karşılaştırmalı hukukta da genel kabul görmüş “*mutad işyeri*” kavramı kullanılmıştır. Dolayısı ile alanında yurt dışında da kullanılabilecek bir sözleşmede, karşılaştırmalı hukukta benimsenmiş ve hukukumuzda kanunî bir kavram olarak kabul edilmiş “*mutad işyeri*” kavramının tercihi daha uygun olurdu.

İkinci olarak, hukuk seçimi kayıtlarında “*mevzuat*” tabirinin kullanılması da yerinde değildir. MÖHUK’ta ve karşılaştırmalı hukukta kullanılan kavram, “*hukuk*”tur. Çünkü mevzuat sadece yazılı hukuk kaynaklarını ifade etmek için kullanılırken; hukuk hem yazılı hem de örf ve âdet hukuku gibi yazılı olmayan kurallara karşılık gelmektedir. Özellikle içtihat hukukunun egemen olduğu bir ülkede çalışılması hâlinde söz konusu kayıtlar, tartışma konusu olabilir. Bu sebeple yurt dışı hizmet akitlerinde hukuk seçiminde kullanılan terminoloji eleştiriye açıktır.

Nihayet sözleşmenin süresi ve sona erdirilmesi, çalışma süresi ve fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatiller ve yıllık izin konularında ayrı ayrı mutad işyeri hukukunun seçilmiş olmasının da pratik faydası yoktur. Hukuk seçimine dair 16. maddede mutad işyeri hukukunun seçilmiş olması da aynı sonucu sağlar.

III. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ TÂBİ OLDUĞU HUKUK

Hukuk seçimi anlaşması ister ayrı yapılsın ister bir kayıt olarak yer alsın, mevcudiyeti ve geçerliliği, esas sözleşmeden bağımsızdır¹⁹. Bu sebeple tâbi olduğu hukuk ve bu hukukun tespiti de farklı düzenlemelere tâbi olabilir. Nitekim 1980 yılında imzalanarak 1991 yılında yürürlüğe giren Sözleşmeden

¹⁸ Aynı yönde eleştiri için bkz. **Akyigit, Ercan** (2017) Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler), Ankara, İNTES Yayınları, s. 31.

¹⁹ **Güngör**, s. 93; **Çalışkan, Yusuf** (2014) Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Meseleleri, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 70; **Tiryakioğlu, Bilgin** (1996) Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, s. 25-26; **Güner, Cemil** (2014) Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 147.

Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesinin²⁰ yerine 2008 yılında yürürlüğe giren Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 sayılı Roma I Tüzüğü'nde²¹ bu iki konu, iki ayrı kural ile birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Hukuk seçimi anlaşmalarının geçerliliğinin hangi hukuka tâbi olacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Türk doktrininde ağırlıklı olarak benimsenen görüşe²² ve Roma Konvansiyonu m. 3/4²³ ve Roma I Tüzüğü 3/5²⁴ hükümlerine göre hukuk

²⁰ Roma Konvansiyonu tam metni için bkz. *Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations (80/934/EEC)*, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41980A0934&from=EN>> s.e.t. 29.03.2022, Roma Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aygül, Musa** (2001) “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 3-4, s. 223 vd.

²¹ Roma I Tüzüğü için bkz. *Regulation (EC) No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council of 17 June 2008 on The Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)*, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN#d1e1032-6-1>>, s.e.t. 29.03.2022.

²² **Nomer**, s. 27; **Şanlı/Esen/Ataman-Figante**, s. 296-297; **Güngör**, s. 93; **Bayata Canyaş** (2012) AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 82; **Tarman, Zeynep Derya** (2010) “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, *BATİDER*, C: 26, S: 1, s. 150; **Elçin**, s. 106; **Güner**, s. 147; **Çalışkan**, s. 70. Bir başka görüş ise, hukuk seçimi sözleşmesinin millî hukuk sistemleri dışında sınır aşan (*transnational*) hukuka tâbi olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Demirkol, Berk** (2014) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2.Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık, s. 85. Biz de geçmişte yaptığımız bir çalışmada, milletlerarası tahkimde, hakemlerin uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit ederken millî hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilâfı kurallarına tâbi olmayabileceklerini savunmuştuk. Bkz. **Aygül, Musa** (2004) “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması”, *SÜHFD*, C: 12, S: 3-4, s. 5 vd.

²³ “Hukuk seçimi sözleşmesinde tarafların iradelerinin varlığı ve geçerliliği, 8, 9 ve 11 madde hükümlerine tâbidir”. Maddenin orjinal hali, “The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 8, 9 and 11” şeklindedir.

²⁴ “Hukuk seçimi sözleşmesinde tarafların iradelerinin varlığı ve geçerliliği, 10, 11 ve 13 madde hükümlerine tâbidir”. Maddenin orjinal hali, “The existence and validity of the consent of the

seçimine dair anlaşmaların geçerliliği, seçilen hukuka tâbidir. Roma Tüzüğü'ndeki hükme göre, tarafların iradelerinin varlığı ve geçerliliği, Tüzüğün 10, 11 ve 13. madde hükümlerine tâbidir. Tüzüğün 10. maddesi sözleşmenin esas bakımından, 11. maddesi şekli bakımından, 13. maddesi ise ehliyet bakımından geçerliliği düzenlemektedir. Tüzüğün 10. maddesine göre bir sözleşmenin mevcudiyeti ve geçerliliği, Tüzükte uygulanması öngörülen hukuka tâbidir. Tüzükte de öncelikle tarafların seçtikleri hukukun uygulanması öngörülmüştür (m. 3/1). Benzer bir düzenleme, İsviçre hukukunda da yer almaktadır (İsviçre MÖHK m. 116/2). Bu görüşe göre, hukuk seçimine *lex fori* uygulanamaz; çünkü hukuk seçiminin yapıldığı anda *lex fori* belirli değildir ve hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği dava açılıncaya kadar belirsiz kalacaktır²⁵.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği *lex fori*'ye tâbidir²⁶. ABD hukukunda da bu görüşün benimsendiği ileri sürülmektedir²⁷. Millî mahkemeler bakımından, kanunda aksine bir düzenleme yapılmadıkça hukuk seçimi anlaşmasının, *lex fori*'ye tâbi olması gerekir. Çünkü hâkim, kendi hukukunun emredici hükümleri ile bağlıdır. Eğer hâkimin hukuku, hukuk seçimine izin vermiyor ya da sınırlıyorsa, hâkimin bu kuralları göz ardı etmesi mümkün değildir. Örneğin konumuz ile ilgili işçi ve işveren arasında hukuk seçimini hiçbir şekilde sınırlandırmayan bir hukuk seçilmiş ise, MÖHUK m. 27'de hukuk seçimini sınırlandıran hükmün hâkim tarafından dikkate alınmamasını gerektirir ki, kanaatimizce bu mümkün değildir. Hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği ya da mevcudiyetinin, taraflarca seçilen hukuka tâbi olması demek, MÖHUK m. 24 ve devamı maddelerindeki, örneğin hukuk seçiminin sınırlandırılması, zımnî hukuk seçimi ya da hukuk seçiminin zamanı gibi, hukuk seçimine ilişkin düzenlemelerin ancak taraflarca Türk hukukunun seçildiğinde uygulanabileceğinin kabulü anlamına gelir. Kanunda açıkça bir düzenleme

parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Articles 10, 11 and 13." şeklindedir.

²⁵ Nomer, s. 329; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 296; Tiryakioğlu, Satım Akitleri, s. 26-27

²⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 296; Güvercin Şahan, Ayşe (2018) "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini", MHB, C: 38, S: 2, s. 459. Görüşün eleştirisi için bkz. Demirkol, s. 79 vd.

²⁷ Demirkol, s. 79.

yapılmadıkça bu şekilde bir kabulün hukukî dayanağının olmadığını düşünmekteyiz. Bir başka örnek de kira sözleşmeleri üzerinden verilebilir. Türk hukukunda, kira sözleşmelerinde hukuk seçimine izin verilmemiştir. Türk mahkemeleri önüne gelen ve taraflarca İsviçre hukukunun uygulanmasının kararlaştırıldığı bir kira uyuşmazlığında, hâkim İsviçre hukukuna göre (İsviçre MÖHK m. 119/2) geçerli bir hukuk seçiminin varlığını dikkate alarak kira uyuşmazlığına İsviçre hukukunu uygulayamaz. MÖHUK m. 25 emredicidir ve taraflara hukuk seçimi imkânı tanımamaktadır²⁸. Diğer bir ifade ile Türk hukuk düzeni, kira sözleşmelerinde taraflara hukuk seçimi konusunda bir hak bahşetmemiştir. Bu hâlde hâkim, MÖHUK m. 25'e göre tespit ettiği hukuku uygular. Elbette söz konusu hukuk seçiminin, seçilen hukuk sistemine göre geçerli olması ve o ülkede dava açılması hâlinde, o ülkeden verilecek mahkeme kararının Türkiye'de tanınması ve tenfizi ise ayrı bir konudur ve tanıma ve tenfiz şartları çerçevesinde söz konusu kararının tanınması ve tenfizi mümkün olabilir.

MÖHUK m. 32 hükmünün hukuk seçimi anlaşmalarında da uygulanabileceği düşünülse de²⁹ kanaatimizce, Türk hukukunda hukuk seçiminin tâbi olacağı hukukla ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır³⁰. Öncelikle düzenlemenin yeri, söz konusu hükmün hukuk seçimi anlaşmalarına uygulanmasına mânidir. Çünkü söz konusu hüküm esas sözleşmelere ilişkin özel konuları düzenleyen kısım içindedir. Nasıl MÖHUK m. 33 ve m. 31 hukuk seçimi anlaşmasıyla değil esas sözleşmeyle ilgili ve esas sözleşmeye uygulanabilecek kurallar ise, MÖHUK m. 32 de esas sözleşmeye ait bir konuyu

²⁸ **Nomer**, s. 340; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 312; **Tekinalp**, s. 305; **Doğan, Vahit** (2022) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 424.

²⁹ Bu görüşte bkz: **Doğan, Vahit**, (2016) Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 4. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 138; **Demir Gökyayla, Cemile** (2013) Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 295. **Güngör**, s. 93. “*Hukuk seçimi, idare ettiği temel sözleşmeden ayrı bir sözleşmedir (principle of separability). Bu niteliği sebebiyle, fıkrimizce “Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir” (MÖHUK m. 32/1) hükmü, hangi hukuki ilişki sebebiyle yapılmış olursa olsun, hukuk seçimi sözleşmesi hakkında da uygulama alanı bulur.*”. Bkz. **Güngör**, s. 93.

³⁰ Aynı yönde **Demirkol**, s. 82, dpn. 279.

düzenlemektedir³¹. İkinci olarak MÖHUK m. 32 getiriliş amacı, esas sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülerek sözleşmenin başka bir hukuka tâbi olmasına engel olmaktadır³². Hukuk seçimi anlaşması ise esas sözleşmenin bir hükmü olmadığı için MÖHUK m. 32'nin hukuk seçimi anlaşmalarına uygulanmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Kanunlaştırma sürecinde esas alındığı ifade edilen³³ Roma Konvansiyonundaki düzenleme de bu görüşü doğrulamaktadır. Çünkü Roma Konvansiyonunda m.32'ye karşılık gelen m.8 hükmüne rağmen hukuk seçimi anlaşması için konuyu düzenleyen m. 3/4'te ayrı bir hüküm getirilmiştir.

Kanaatimizce Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalarda yurt dışı hizmet akitlerinde yer alan hukuk seçimi sözleşmelerinin mevcudiyeti ve geçerliliği, yukarıdaki katıldığımız görüş uyarınca Türk hukukuna tâbidir. Ayrıca yurt dışı hizmet akitlerinin Kurum tarafından hazırlanması ve onaylanmasına ilişkin düzenlemelerin emredici³⁴ olması da bu görüşü destekler

³¹ **Bayata Canyaş**, s. 84.

³² **Demirkol**, s. 82, dñn. 279.

³³ “Ayrıca Avrupa Birliği'nin 04.07.2008 tarihinde Tüzük haline getirilen Akdi Borç İlişkilerine Uygulanan Hukuk Hakkındaki Sözleşme (Roma I Sözleşmesi) ile o dönemde tüzük teklifi aşamasında olan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 11.07.2007 tarihli Tüzük (Roma II Tüzüğü) dikkate alınmıştır”, **Tekinalp, Gülören/Uyanık, Ayfer** (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, s.11. Kanunun genel gerekçesinde de Roma Konvansiyonu açık olarak zikredilmiştir. Bkz: <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>>, s.2.

³⁴ Kanaatimizce yurt dışı hizmet akitlerinin Kurum tarafından hazırlanması ve onaylanmasına ilişkin düzenlemeler, doğrudan uygulanan kurallar niteliğindedir (MÖHUK m. 6). Doğrudan uygulanan kurallar, devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerine hizmet eden kanunlar ihtilâfı kurallarına hiç başvurmadan, kuralın uygulama alanına giren her olay ve ilişkiye uygulanan kurallardır. Özellikle iş hukukunda doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan**, (1996) s. 99; **Uşan, M. Fatih/ Aygöl, Musa** (2007) İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Legal YKİ Dergisi, Mayıs, s. 87; **Vural Çelenk, Belkıs** (2017) “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, YBHD, C: 3, S: 1, s. 284 vd.; **Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan** (2016) “Türkiye'den Yurtdışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C: 13, S: 50, s. 955 vd.

niteliktedir. Nitekim bazı ikili işgücü anlaşmalarında işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların işçinin istihdam edildiği ülke hukukunca çözüleceği kararlaştırılmıştır. Kurum da yurt dışı hizmet akitlerine bu anlaşmalara uygun olarak hukuk seçimi kayıtları koymaktadır. Diğer bir ifade ile Kurum, kendi hukukundaki bağlayıcı düzenlemeleri esas almaktadır. Örneğin Katar ile akdedilen ikili işgücü anlaşmasının 8. maddesinde³⁵ işçi ile işveren arasında bir sözleşmesinin imzalanacağı ve bu sözleşmede tarafların haklarının anlaşma hükümlerine ve Katar İş Kanunu'na göre belirleneceği düzenlenmiştir. Kurum da bu anlaşma hükmüne istinaden, Katar için hazırladığı yurt dışı hizmet akdinde, Katar hukukunun seçimine dair bir kayıt koymuştur (m. 18).

IV. YURT DIŞI HİZMET AKİTLERİNDE YER ALAN HUKUK SEÇİMİ KAYITLARININ TÜRK HUKUKUNA GÖRE GEÇERLİLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Gerek iç hukukumuzda gerek milletlerarası özel hukukta, iş sözleşmeleri sosyal içerikli kabul edilmekte ve bu sözleşmede zayıf taraf durumunda olan işçi, emredici düzenlemeler ile korunmaktadır. Milletlerarası özel hukukta söz konusu koruma, hukuk seçiminin işçi lehine sınırlandırılması ve işçiyi korumaya yönelik objektif bir bağlama kuralının tercih edilmesi yolu ile sağlanmaktadır. Nitekim Kanunumuzdaki hükmün esas alındığı³⁶ Roma Sözleşmesi ile Roma I Tüzüğünde de hukuk seçimi işçi lehine sınırlandırılmış ve objektif bağlama noktası olarak “*mutad işyeri hukuku*” kabul edilmiştir³⁷.

³⁵ “Katar’daki Türk işçilerinin çalışma şartları örneği ekte bulunan ve yalnızca iki Hükümetin karşılıklı rızasıyla değiştirilebilecek olan, işçi ve işveren arasında imzalanacak ferdi iş sözleşmeleri ile belirlenir. Bu sözleşmede, haklar ve yükümlülükler de dahil olmak üzere, temel çalışma şartları da bu Anlaşma hükümlerine ve Katar İş Kanunu hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde açıkça belirtilir.”

³⁶ **Doğan, Vahit** (2007) “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1-2, s. 148.

³⁷ **Çelikel/ Erdem**, s. 428-429; **Gulotta, Carla** (2013) “The First Two Decisions Of The European Court Of Justice On The Law Applicable To Employment Contracts”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol: 5, No: 2, s. 589. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Grušić, Uglješa** (2015) The European Private International Law of Employment, United Kingdom: First Edt., Cambridge University Press, s. 35-55.

Aynı şekilde MÖHUK m. 27/1'e göre de taraflar, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla hukuk seçebilirler³⁸.

B. HUKUK SEÇİMİNE DAİR MÖHUK DIŞINDA GETİRİLEN KISITLAMALAR

Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili işgücü anlaşmalarında anlaşmanın kapsamına giren iş sözleşmelerinde taraflara hukuk seçimi hakkı tanınmamış ve işçi ile işveren arasındaki ihtilâfların çözümünün belirli bir ülke hukukuna göre çözülmesi esası benimsenmiştir. Örneğin Türkiye-Katar İşgücü Anlaşması m. 8'de işçi ile işveren hak ve yükümlülüklerinin, Anlaşma ve Katar hukukuna aykırı olmayacak şekilde taraflarca imzalanan iş sözleşmesine göre belirleneceği kabul edilmiştir. Nitekim Kurum tarafından Katar için hazırlanan sözleşmede de uyuşmazlıkların tamamen Katar hukukuna göre çözümleneceği kabul edilmiş, diğer genel nitelikteki ya da diğer bazı ülkeler için hazırlanan yurt dışı hizmet akitlerinde olduğu gibi, Türk hukukunun şarta bağlı olarak uygulanması imkânına da yer verilmemiştir³⁹. Kanaatimizce söz konusu anlaşma hükmü

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Nomer**, s. 350; **Tekinalp**, s. 332; **Şanlı / Esen / Ataman- Figanmeşe**, s. 319; **Çelikel/ Erdem**, s. 435; **Güngör**, s. 197-198.

³⁹ Katar ve Kuveyt ile yapılan ikili işgücü anlaşmalarında Katar'da ifa edilen iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de kaldırılmıştır. Katar ile yapılan Anlaşmanın 15. maddesi şu şekildedir: “İşçi ile işveren arasında bir ihtilaf çıkması halinde, ihtilafı karara bağlamak üzere Katar Devleti Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı'ndaki yetkili birime şikayette bulunulur. Dostane bir çözüm bulunmazsa, şikayet Katar'daki yetkili adli makamlara havale edilir.” Maddede münhasıran Katar mahkemeleri yetkili kabul edilmiştir. Bu hüküm, Katar İş Kanununun 68. maddesinde kabul edilen usulü çağrıştırmaktadır. Kanunun 68. maddesinde işçi ile işveren arasında bir ihtilâf çıkması hâlinde öncelikle uyuşmazlığın dostane çözümü için tarafların Çalışma Bakanlığına müracaatı öngörülmüştür: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/49369/65107/e87qat01.htm#c11>>, s.e.t. 31.03.2022. Yine Kuveyt ile yapılan ikili işgücü Anlaşmanın 8. maddesinde “İşçiler ile işverenler arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde ilgili hükümetin yetkili makamları kendi yasa, kural ve düzenlemelerine göre uyuşmazlığın dostane çözümü için çalışır. Dostane çözüm çabalarının başarılı olamaması halinde, uyuşmazlık, istihdam eden ülkenin yasaları uyarınca çözümlenmek üzere yetkili mahkemeye taşınır.” şeklinde bir kural getirilmiştir. Bu anlaşma hükmünün bir milletlerarası yetki kuralı getirip getirmediği, maddenin yorumuna bağlıdır.

gereği, yurt dışı hizmet akdinde Katar hukuku seçilmemiş ya da başka bir hukuk seçilmiş olsa bile, Katar'da istihdam edilen işçilerle ilgili uyuşmazlıklarda *lex specialis* olarak öncelikle uluslararası anlaşmanın uygulanması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile bu anlaşmalarda, taraflara hukuk seçme hakkı tanınmamıştır. Söz konusu ikili iş gücü anlaşmasının kapsamına giren iş sözleşmesinden kaynaklanan ihtilâf, Katar hukukuna göre çözümlenmelidir. Aynı değerlendirmenin Kuveyt ile yapılan ikili işgücü anlaşması için de geçerli olduğunu düşünmekteyiz⁴⁰.

Söz konusu madde hükmünün, Anlaşmadaki diğer maddeleri ile birlikte yorumlandığında bir milletlerarası yetki kuralı getirdiği kabul edilebilir. Anlaşmanın esas aldığı temel ilke, istihdam eden ülkenin hukukuna uygun çalışmadır. Örneğin Sözleşmenin 5. maddesindeki “*Temel istihdam koşulları ile işçi ve işverenin hak ve ödevleri, istihdam eden ülkenin ilgili yasa ve düzenlemelerine uygun olarak hazırlanan iş sözleşmesinde belirtilir*” düzenlemesi ile işçi ve işveren arasındaki sözleşmenin istihdam eden ülkenin hukukuna aykırı olmaması kuralı getirilmiştir. Ayrıca Kuveyt İş Kanununun 146. maddesinde işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın çözümünde öncelikle Kuveyt Çalışma Bakanlığına müracaat şartı getirilmiştir. İhtilâf Bakanlık tarafından bir ay içinde dostane bir şekilde çözülmezse, dosya ilk derece mahkemesine intikal ettirilmektedir: <<https://www.manpower.gov.kw/docs/LaborLaw/KuwaitLaborLaw-English.pdf>>, s.e.t. 31.03.2022. İhtilâfın mahkemeye intikal ettirilmesi Bakanlık tarafından yerine getirilmektedir. Anlaşmadaki “*uyuşmazlık, istihdam eden ülkenin yasaları uyarınca çözümlenmek üzere yetkili mahkemeye taşınır*” ifadesi, Kuveyt hukukunda yer alan düzenlemeyi çağrıştırmaktadır. Bu düzenlemeler dikkate alındığında, Anlaşmanın temel mantığı ve amacı, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların istihdam eden ülkenin makamları tarafından istihdam eden ülkenin hukukuna göre çözümlenmesidir. Yerindeliği tartışmaya ve eleştiriye açık olmakla birlikte Anlaşmada işçi ile işveren arasındaki ihtilâfın münhasıran mutad işyeri mahkemesinde görülmesi hususunda bir yetki kuralı getirilmiştir. Dolayısı ile Katar ve Kuveyt'te ifa edilen uyuşmazlıklardan dolayı işçi ile işveren arasındaki ihtilâflardan doğan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığını değerlendirmekteyiz.

⁴⁰ Kuveyt ile imzalanan ikili işgücü anlaşmasında da taraflara hukuk seçimi hakkı tanınmamıştır. İlgili maddeler şu şekildedir: Madde 5: “*Temel istihdam koşulları ile işçi ve işverenin hak ve ödevleri, istihdam eden ülkenin ilgili yasa ve düzenlemelerine uygun olarak hazırlanan iş sözleşmesinde belirtilir.*”

Madde 8: “*İşçiler ve işverenler arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde ilgili hükümetin yetkili makamları kendi yasa, kural ve düzenlemelerine göre uyuşmazlığın dostane çözümü için çalışır. Dostane çözüm çabalarının başarılı olamaması hâlinde, uyuşmazlık, istihdam eden ülkenin yasaları uyarınca çözümlenmek üzere yetkili mahkemeye taşınır.*”

C. KISMÎ HUKUK SEÇİMİ

Yurt dışı hizmet akitleri bakımından üzerinde durulması gereken bir konu da kısmî hukuk seçimidir. Çünkü yurt dışı hizmet akitlerinde belirli konular, çalışılan ülke mevzuatına tâbi tutulmaktadır. MÖHUK m. 24/2 düzenlemesine göre taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilir. MÖHUK m. 27’de konuya ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen MÖHUK m. 24/2 gereğince, işçi ile işveren de kısmî hukuk seçimi anlaşması yapabilir⁴¹. Kaldı ki, yurt dışı hizmet akitlerinde belirli konuların mutad işyeri hukukuna tâbi kılınması gerçek anlamda bir kısmî hukuk seçimi olarak da nitelendirilmeyebilir. Çünkü yurt dışı hizmet akitlerinde hukuk seçimi yapılan fazla çalışma, ücret, yıllık izin, hafta tatili ve genel tatile ilişkin taleplerin her birisi, aynı dava dilekçesinde ileri sürülmüş olsa bile ayrı dava konusudur; burada bir dava yığılması (HMK m. 110) vardır. Dava yığılmasında, davacının talep sayısı kadar dava mevcuttur. Yargıtay’ın bir kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

“6100 sayılı Kanununun 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanununun 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.”⁴²

Dolayısı ile aslında yurt dışı hizmet akitlerinde hukuk seçimi yapılan konuların her birisi ayrı dava olduğundan, her bir dava için ayrı hukuk seçiminin varlığından bahsedilebilir⁴³. Ayrıca kısmî hukuk seçimi yapılan hafta

⁴¹ Elçin, s. 106.

⁴² Karar için bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2016/5276, K: 2016/9211, T: 23.3.2016, <www.lexpera.com.tr>, s.e.t. 29.03.2022.

⁴³ Her ne kadar söz konusu taleplerin her biri ayrı dava olarak değerlendirilse de bu taleplerin farklı hukuk sistemlerine tâbi tutulması, tarafların hak ve mükellefiyetlerinin tespitinde karışıklıklara sebebiyet verebilir. Gerçekten bir sözleşmenin farklı kısımlarının farklı

tatili ve genel tatil gibi konular, mutad işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kuralların hâkimiyeti altındadır⁴⁴. Dolayısı ile belirtilen konular bakımından mutad işyeri hukukunun seçilmiş olması da işin tabiatına uygundur.

D. ŞARTA BAĞLI HUKUK SEÇİMİ

Yurt dışı hizmet akitlerinde üzerinde durulması gereken bir başka konu ise, “*çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır*”⁴⁵ şeklinde ikinci basamakta Türk hukukunun seçilmiş olmasının dikkate alınıp alınmayacağıdır. Maddedeki Türk hukukunun seçilmesine ilişkin kayıt, geciktirici şarta bağlıdır⁴⁶. Kanunda şartlı hukuk seçimine dair bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretilerde şarta bağlı hukuk seçiminin yapılabileceği genel olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Yargıtay da bir kararında şartlı hukuk seçimini kabul etmiştir⁴⁸.

hukuklara tâbi kılınması (parçalanma), bütünlüğü bozduğu ölçüde uyumsuzluklara neden olabilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sargın, Fügen** (2002) Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi, s. 51 ve s. 204; **Demirkol**, s. 229; **Bayata Canyaş**, s. 69 vd.

⁴⁴ Bu konular için bkz. **Erdoğan/Erdoğan**, s. 955 vd.; **Vural Çelenk**, s. 277 vd.

⁴⁵ Yurt dışı hizmet akdininin 5. maddesinde “*Çalışma mevzuatı bulunan ülkelerde ilgili ülke mevzuatına göre, bulunmayan ülkelerde ise 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24 ve 25’inci maddelerindeki hükümler çerçevesinde, sözleşme bildirimizsiz olarak işçi veya işveren tarafından feshedilebilir.*” ve yurt dışı hizmet akdininin 8. maddesinde “*Çalışma süresi, fazla çalışma saatleri ve fazla çalışma nedeniyle yapılacak ödemelerle ilgili olarak çalışılan ülke mevzuatında düzenleme bulunmaması halinde; 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.*” şeklinde benzer hükümler yer almaktadır.

⁴⁶ Şartlı hukuk seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Demir Gökyayla**, s. 282; **Demirkol**, s. 189; **Bayata Canyaş**, s. 73 vd. Demir Gökyayla ise, buna benzer bir hukuk seçimi kaydını kademeli hukuk seçimi olarak nitelendirmiştir. Bkz. **Demir Gökyayla**, s. 283.

⁴⁷ **Nomer**, s. 331; **Tekinalp**, s. 281-282, **Demir Gökyayla**, s. 292; **Doğan** (2022), s. 426; **Bayata Canyaş**, s. 74.

⁴⁸ Yargıtay “*Sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin olarak Suudi hukukunun uygulanacağı; bu mümkün olmazsa Türk hukukunun uygulanacağı*” şeklindeki hukuk seçimin geçerli kabul etmiştir. Karar için bkz. **Çelikel, Aysel/Nomer, Ergin** (2014) Devletler Hususi Hukuku (Çözümlemiş Örnek Olaylar- Seçilmiş Mahkeme Kararları), 14. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, s. 490. Doktrinde bir görüş söz konusu karardaki hukuk seçimini kademeli hukuk seçimi olarak değerlendirmiştir: **Demir Gökyayla**, s. 299.

Yurt dışı hizmet akdinde Türk hukukunun uygulanması, mutad işyeri hukukunda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaması şartına bağlanmıştır. Türk hukukunun böyle bir şarta bağlı olarak uygulanması eleştirilebilir. Çünkü hüküm statüsünde uyumsuzluk hakkında hüküm bulunmaması, her zaman başka bir ülke hukukunun uygulanmasını gerektirmez. Bir hukuk sisteminde konuya ilişkin düzenleme yapılmaması aslında sorunun menfi şekilde çözülmesi anlamına gelebilir. Diğer bir ifade ile uyumsuzluk konusu hak kişilere tanınmadığı için konuya ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin bir hukuk sisteminde ihbar ya da kıdem tazminatına ilişkin düzenlemenin olmaması, hukuk boşluğundan⁴⁹ ziyade, bu hakkın işçilere tanınmaması sebebiyle olabilir. İşte Kurumun, bu şekilde sonucun ortaya çıkmaması için yurt dışı hizmet akitlerinde, Türk hukukunun da şarta bağlı olarak uygulanması şeklinde bir sözleşme hükmüne yer verdiği kanaatindeyiz. Türk hukukunun uygulanmasının şartı, yabancı hukukta bir düzenlemenin olmaması, yani söz konusu hakkın işçiye tanınmamasıdır. Eğer yabancı hukukta konuya ilişkin düzenleme varsa, velev ki Türk hukukunun bahsettiğinden daha az bir hak tanımış olsun, Türk hukukunun uygulanması için gereken şart oluşmamış kabul edilmelidir. Örneğin yurt dışı hizmet akdinin 5. maddesinde bildirimsiz fesih şartlarının çalışılan ülke hukukuna, bu ülke hukukunda düzenleme bulunmaması hâlinde Türk hukukuna tâbi kılınmıştır. Feshin Türk hukukuna göre yapılabilmesi için konuya ilişkin yabancı hukukta bir düzenleme bulunmamalıdır; aksi hâlde yabancı hukuk uygulanmalıdır. Elbette kamu düzenine ilişkin hüküm (MÖHUK m. 5) saklıdır.

E. GENEL İŞLEM KOŞULU İLE HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASI YAPILMASI

TBK m. 20'e göre genel işlem koşulu, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Gerçekten de söz konusu yurt dışı hizmet akitleri çok sayıda benzer

⁴⁹ Hukuk boşluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Edis, Seyfullah** (1989) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, s. 123.

sözleşmelerde kullanılmak amacıyla idare tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmıştır. Genel işlem koşullarının sözleşmenin bir tarafınca hazırlanması zorunlu değildir; üçüncü bir kişi tarafından da hazırlanabilir⁵⁰. Dolayısıyla bir meslek örgütü, dernek ya da şirket tarafından hazırlanan metinler de genel işlem koşulu olarak kabul edilebilir⁵¹. Bir kamu makamı tarafından hazırlanan ya da onaylanan genel işlem koşulları da bu kapsamda kabul edilmelidir⁵². Yine Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı hizmet akitlerinin, *standart/tip sözleşme* olarak kabulü de mümkündür. Standart/tip sözleşmeler de genel işlem koşullarının ağırlıklı olarak kullanıldığı sözleşmelerdir⁵³. Bize göre Kurum tarafından hazırlanan ve onaylanan yurt dışı hizmet akdinin hükümleri, genel işlem koşulu (TBK m. 20) niteliğindedir⁵⁴.

Yukarıdaki kabulümüze göre yurt dışı hizmet akitlerindeki hukuk seçimine dair anlaşmalar, genel işlem koşulu ile yapılmış olmaktadır. Kanaatimizce genel işlem koşulu ile hukuk seçimi anlaşması yapılabilir⁵⁵.

⁵⁰ Bkz. **Aydoğdu, Murat** (2011) “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, DEÜHFD, C: 13, S: 2, s. 14. Genel işlem koşullarında yararlanan tarafın sözleşmeyi bizzat kendisinin hazırlamasının gerekli olmadığı yönünde bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut** (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 165. Genel işlem koşulu niteliğindeki tip iş akitlerinin ya da iç yönetmeliklerin işverenin kendisi ya da işveren vekili tarafından hazırlanmasının gerekli olmadığı, meslek kuruluşları ya da sendikalar tarafından hazırlanan metinlerinde bu kapsamda kabul edildiği yönünde bkz. **Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, s. 69.

⁵¹ **Atamer, Yeşim M.** (2011) “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f.1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 15.

⁵² **Atamer** (2011), s. 15.

⁵³ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Aydoğdu**, s. 6. Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan tek tip kira sözleşmelerinin de bu şekilde olduğu yönünde bkz. aynı yazar, s. 7 dn. 19.

⁵⁴ Aynı yönde bkz: **Baycık, Gaye** (2017) “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk”, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler), Ankara, İNTES Yayınları, s. 106; **Kar, Bektaş** (2017) Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler), Ankara, İNTES Yayınları, s. 44.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Demirkol**, s. 183; **Demir Gökyayla**, s. 341. Nomer ise genel işlem şartları içerisinde yer alan bir hukuk seçiminin, sözleşmede diğer âkit tarafın genel işlem şartından

Katıldığımız görüş uyarınca hukuk seçimi anlaşması Türk hukukuna tâbi olduğu için, genel işlem koşulu ile yapılan hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olabilmesi için, TBK m. 20 ve devamı maddelerinde aranan şartların yerine gelmiş olması gerekir. Diğer bir ifade ile herhangi bir genel işlem koşulunun taraflar için bağlayıcı olabilmesi için gerekli olan şartlar, hukuk seçimi anlaşmaları için de geçerlidir. Bu kapsamda yurt dışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçimine dair kayıtların geçerliliği, TBK m. 20 ve devamı hükümlerine göre, yürürlük denetimi (TBK m. 21)⁵⁶, yorum denetimi (TBK m. 23)⁵⁷ ve içerik denetimine (TBK m. 25)⁵⁸ tâbidir.⁵⁹

Öncelikle yurt dışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçimine dair kayıtların yürürlük denetimi bakımından geçerliliği üzerinde durulmalıdır. TBK m. 21'deki, *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”* hükmü gereğince genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, karşı tarafa söz konusu

bilgisi olduğu yönünde bir kaydın yer alması hâlinde geçerli olacağını ifade etmektedir: **Nomer**, s. 325.

- ⁵⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 167-169; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı** (2008) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 238; **Eren, Fikret** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 221.
- ⁵⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 272; **Oğuzman/Öz**, s. 170; **Eren**, s. 222. Ayrıca bkz. **Kaşak, Fahri Erdem** (2019) “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m.23)”, AHBVÜ-HFD, C: 23, S: 3, s. 195 vd.
- ⁵⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 275; **Oğuzman/Öz**, s. 170. Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 254-257; **Eren**, s. 223.
- ⁵⁹ Bir Yargıtay kararında da ifade edildiği gibi, *“Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olduğunun anlaşılması halinde, genel işlem koşullarının üç aşamalı denetime tabi tutulması gerekir. Söz konusu denetim aşamaları; yürürlük (kapsam) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.”*. Karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2016/11123, K: 2018/3743, T: 21.05.2018, <www.legalbank.com.tr>, s.e.t. 13.04.2022.

koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip⁶⁰, içeriğinin öğrenmesi imkânı sağlamalıdır⁶¹. Aksi hâlde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Yurt dışı hizmet akitleri bakımından hem işçinin hem işverenin sözleşmenin genel işlem koşulu ile kurulduğunu bilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Öncelikle yurt dışı hizmet akitleri, Kurum tarafından hazırlanmakta, taraflarca imzalanmakta ve yine Kurum tarafından onaylanmaktadır. Yurt dışı hizmet akitlerinin taraflarca imzalanması ve Kuruma onaylatılması kanunî bir yükümlülüktür. İşçilerin, Kurumun internet sayfasında yayınlanan yurt dışı hizmet akdinin hükümlerini öğrenebilme imkânı bulunmaktadır⁶². Bu sebeple tarafların yurt dışı hizmet akdi hükümlerinin varlığından haberdar olmadıklarını ileri süremeyecekleri kanaatindeyiz⁶³. İkinci olarak yurt dışı hizmet akitleri, tip sözleşme şeklinde hazırlandığı ve genel işlem koşulu kabul edilen hükümler bizzat sözleşmede yer alması ve ayrı bir metne gönderme yapılmaması sebebiyle işçinin genel işlem şartlarını öğrenme imkânına sahip olduğu kabul edilebilir⁶⁴. Bu hâlde işçi, yurt dışı hizmet akdinin içeriğini öğrenme imkânına sahip olur ve genel işlem koşulları açık (sarih) benimseme ile sözleşme hükmü hâline gelir⁶⁵. Yurt dışı

⁶⁰ Burada sadece sözleşmeyi kullanan tarafın karşı tarafı genel işlem koşulu kullandıkları hususunda uyarması gerektiği, aksine içeriği hakkında bilgi verme yükümlülüğü olmadığı hususunda bkz. **Atamer**, (2011), s. 28-29. Ayrıca bkz. **Atamer, Yeşim M.** (2004) “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar” Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 300-302.

⁶¹ **Süzek**, s. 69.

⁶² Baycık, yurt dışı hizmet akitlerinde yürürlük denetiminde önemli olanın işverenin işçiye sözleşmeyi okuma imkânı vermesi olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, sözleşme örnekleri her zaman internet sitesinde bulunduğundan işçilerin içeriği öğrenme imkânları vardır. Bkz. **Baycık**, s. 109-110. Aynı yönde bkz. **Civan, Orhan Ersun** (2015) Genel İş Koşulları, İstanbul, Beta Basım Yayım, s. 170.

⁶³ Kurumun internet sitesinde yayınlanması sebebiyle işçilerin yurt dışı hizmet akitlerini rahatça okuma ve erişme imkânı olduğu hakkında bkz. **Baycık**, s. 110.

⁶⁴ **Baycık**, s. 109. Aydoğdu, karşı tarafa genel işlem koşulunun içeriğini öğrenme olanağı sağlanmasının yeterli olduğunu ve mutlaka karşı tarafın bunları okuması zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Aydoğdu**, s. 25.

⁶⁵ “*Yalnız, bunun için ya genel işlem şartları imzalanan metnin ön veya arka yüzünde yer almalı (arka yüzde yer alan genel işlem şartlarına müşterinin imzasının üstünde bulunan bölümde yazı ile yahut metin imzalanmadan sözlü olarak yollama yapılmış olmalıdır) veya ayrı ve*

hizmet akdinin işçi tarafından okunmadan ya da düşünülmeden imzalanması ya da okusa bile teknik terimler sebebiyle anlamadan imzalaması da söz konusu hükümlerin genel işlem koşulu olmasına mâni değildir⁶⁶. Çünkü bu hâlde global benimseme söz konusudur⁶⁷.

Yurt dışı hizmet akdindeki hükümlerin, TBK m. 21/2 uyarınca “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma sebebiyle yazılmamış” sayılmasının da mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü hukuk seçimi dâhil yurt dışı hizmet akdindeki bütün düzenlemeler, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine uygundur. Burada yazılmamış sayılma, hükmün içeriği ile ilgili olmayıp karşı tarafın sözleşme hükmü karşısındaki durumu ile ilgilidir⁶⁸.

TBK m. 23'teki, “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” hükmü gereğince genel işlem koşullarının yorumlaması ihtiyacı hâsıl olduğunda, düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine olan yorum benimsenmelidir. Bu ilke ve iş hukukunda benimsenmiş işçi lehine yorum ilkesi gereğince, yurt dışı hizmet akdindeki bir hükmün, işçi lehine yorumlanması gerekir.

TBK m. 25'teki, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz” hükmü gereğince içerik bakımından da denetlenir. İlgili düzenleme uyarınca, genel işlem koşulları TBK m. 21 hükmüne göre yazılmamış sayılma yaptırımını ile karşılaşılmaya bile, bazı hallerde geçersiz sayılabilir. Belirtilen gerekçe ile geçersiz sayılabilmesi için genel işlem

bağımsız bir kağıtta yer alan bu gibi şartlar sözleşme kurulurken diğer tarafa verilmelidir.”. İfadeler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 232.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. Baycık, s. 108-109.

⁶⁷ “Hemen hemen hiçbir yerde, kendisine yollama yapılan ve öğrenme imkanı verilen genel işlem şartları okunmamakta (okunsaydı dahi, içerdikleri teknik hükümler dolayısıyla çok defa doğru dürüst anlaşılmaları mümkün olmayacak idi) ve müşteriler tarafından genellikle “global” biçimde, yani okunmadan, düşünmeden, anlaşılmadan olduğu gibi, bir bütün olarak kabul edilmektedir. Böyle global bir benimseme hiç kuşkusuz geçerlidir”. İfadeler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 236.

⁶⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. Oğuzman/Öz, s. 167-169; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 238; Eren, s. 221.

koşulunun “dürüstlük kurallarına aykırı olacak ölçüde karşı tarafın menfaatine aykırı olması” gerekir. Yurt dışı hizmet akdindeki hukuk seçimi kayıtları, içerik denetimi bakımından da geçerlidir. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi kayıtlarının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ileri sürülemez. Kaldı ki seçilen hukuk, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olsaydı, MÖHUK m. 27/2 uyarınca uygulanması gereken mutad işyeri hukukudur⁶⁹.

Bu bağlamda yurt dışı hizmet akitlerindeki “*çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı*” şeklinde mutad işyeri hukukunun seçilmesi yönündeki genel işlem koşulu ile yapılan hukuk seçimi anlaşmaları, MÖHUK m. 27/1’ye göre geçerlidir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de emsal nitelikte bir kararında yurt dışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçimi anlaşmasını geçerli kabul etmiştir⁷⁰.

“Davacı ile davalı işveren...arasında imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinin fesih, yıllık izin, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağıının belirtildiği, yine sözleşmenin 16. maddesinde de sözleşme maddelerinde belirtilen hususlarda çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun ifade edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tarafların hukuk seçimi anlaşması yaptıkları görülmektedir.”

Yurt dışı hizmet akdinin 3. maddesi de incelenmeye değer. Çünkü Sözleşmenin 3. maddesinde, TBK m. 21’de olduğu gibi, bazı konularda işverene bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Üstelik bu bilgilendirme yükümlülüğü, belirli bir şekle tâbi tutulmuştur. Yurtdışı hizmet akdinin 3. maddesindeki işverenin bilgilendirme yükümlülüğü ve genel işlem koşullarının yürürlük denetimi kapsamında hukuk seçimine dair kayıtların geçerliliği ihtilâf konusu olabilir. Sözleşmenin 3. maddesi şu şekildedir:

⁶⁹ Aynı yönde bkz. **Baycık**, s. 113.

⁷⁰ Karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/5070, K: 2021/3194, T: 02.02.2021, <[www.https://karararama.yargitay.gov.tr/](https://karararama.yargitay.gov.tr/)>, s.e.t. 28.03.2022. Kararda açıkça yurt dışı hizmet akdinden bahsedilmemektedir. Ancak metinde yer alan ifadelerden ihtilâfın yurt dışı hizmet akdinden kaynaklandığı anlaşılabilir.

“3- İŞVERENİN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ:

İşveren; işin yapılacağı ülkedeki çalışma koşulları, ücret, günlük, haftalık ve fazla çalışma süreleri ile ücretlerini, hafta tatili, bayram tatili ve genel tatillere ilişkin koşullar ile bu günlerde çalışma yapılması halinde ödenecek ücreti içeren açıklayıcı belgeyi işçiye, işçi tarafından imzalanmış işverenin kaşesini ve yetkili kişinin imzasını taşıyan bir nüshasını da Kuruma verir. Bu belgedeki bilgiler, ilgili ülkedeki çalışma mevzuatına uygun olarak hazırlanır. İşveren tarafından işçiye verilecek belge içeriğindeki bilgi ile işin yapılacağı ülkedeki uygulama arasında farklılıklar bulunması halinde işveren belgede belirtilen hususları uygulamakla sorumludur. İşin yapılacağı ülkedeki çalışma mevzuatında değişiklik söz konusu olduğunda, değişiklikler işçiye yazılı olarak bildirilir.”

Sözleşmenin bu maddesine göre işverenin işçiye bildirmesi gereken hususlar, daha çok mutad işyeri hukukunun seçildiği ve dolayısı ile yabancı hukuka tâbi konulardır. Üçüncü madde kapsamına giren konularda işveren, bilgilendirmeyi işçinin imzasını hâvi bir belge ile ispat etmeli ve bu belgenin bir nüshasını Kuruma vermelidir⁷¹. Eğer söz konusu bilgilendirmeye aykırı bir durum ya da farklılık ortaya çıkarsa, bilgilendirmedeki şartlar esas alınmalıdır. Söz konusu sözleşme hükmü, TBK m. 21/1’de düzenleyen için öngörülen yükümlülüklerin benzerini işverene yüklemektedir. Ancak sözleşmede, bu bilgilendirmenin yapılmamasının müeyyidesi yoktur. Bilgilendirmenin yapılmaması, diğer sözleşme hükümlerinin ya da hukuk seçimine dair kayıtların geçerliliğine engel olmaz. Diğer bir ifade ile TBK m. 21’deki “yazılmamış sayılma” müeyyidesinin, 3. maddenin ihlâlinde uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü sözleşmenin 3. maddesi geçerli ve taraflar arasında bağlayıcı ise, aynı durum sözleşmenin diğer hükümleri için de kabili tatbiktir.

Ancak bir İstinaf Mahkemesinin direnme kararında, Kurum tarafından onaylanan hukuk seçimi anlaşmasının yurt dışı hizmet akdinin 3. maddesinde

⁷¹ Bu koşul, tip iş akitleri ve iç yönetmelik hükümlerinin tereddüte yer bırakmayacak şekilde işçi tarafından öğrenilmesi gerekmesine benzemektedir. Bu konu hakkında bkz. **Süzek**, s. 69-70.

yer alan işverenin işçiyi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle geçersiz olduğuna karar verilmiştir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesinin kararı⁷² şu şekildedir:

“Ancak sözleşmenin 3. maddesinde “işverenin bilgi verme yükümlülüğü” başlığı altında düzenlenen maddede işverenin ilgili ülkedeki çalışma mevzuatına uygun olarak hazırlanacak çalışma koşulları, haftalık ve fazla çalışma süreleri ile ücretlerini, hafta tatili ve genel tatillere ilişkin koşullar ile bu günlerde çalışma yapılması halinde ödenecek ücreti içeren açıklayıcı belgeyi işçiye, işçi tarafından imzalanmış işverenin kaşesini ve yetkili kişinin imzasını taşıyan nüshasını da Kuruma verir. Bu belgedeki bilgiler, ilgili ülkedeki çalışma mevzuatına uygun olarak hazırlanır. İşveren tarafından işçiye verilecek belge içeriğindeki bilgi ile işin yapılacağı ülkedeki uygulama arasında farklılıklar bulunması halinde işveren belgede belirtilen hususları uygulamakla sorumludur. İşin yapılacağı ülkedeki çalışma mevzuatındaki değişiklik söz konusu olduğunda değişiklikler işçiye yazılı olarak bildirilir’.

Görüleceği üzere taraflar arasında hukuk seçimi yapıldığından söz edilebilmesi için işverenin işçiyi çalışılan ülke mevzuatına göre tabi olacağı çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmesi ve tarafların imzalanması ile Kurum nezdinde bu bilgilendirmenin saklanması gerekmektedir. Davada taraflarca sadece matbu nitelikte sözleşme imzalanmış olup davacı işçi için uygulanacak yer hukukunun dahi yazmadığı belirlenmektedir. İş hukukunun güçsüz tarafı olan işçinin korunması amaçlı olarak sözleşmeye getirilen emredici nitelikteki 3. maddenin uygulanmaması karşısında taraflar arasında hukuk seçimi yapıldığı kabulüne imkan bulunmamaktadır. Davalı işveren tarafından ibraz edilen şahsi sicil dosyasında da böyle bir belge bulunmamaktadır. Bu nedenle uyumsuzluğa Türk İş Hukukunun uygulanmasında bir aykırılık bulunmamaktadır. İşçilerin belirtilen yurt dışı hizmet akitlerini

⁷² Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi, E:2020/3000 K:2021/407 T:18.02.2021. Karar yayınlanmamıştır.

imzalayarak ve işverenleri ile aralarında doğan uyumsuzluklarda Türkiye’de açtıkları davalarda kamu düzeni yönünden Türk İş Hukukunun uygulanması nedeniyle (Yargıtay 9. HD 2017/28074 E-2018/916 K. 22.01.2018 T. ve yöndeki yerleşik içtihatlar) çalışılan ülke mevzuatının uygulanmayacağı yönünde hukukî güvenlik/koruma içinde olduğu kabul ettiği de değerlendirilmelidir. Belirtilen genel bilgilerin yer aldığı sözleşme/lerin imzalanması ile İş Hukuku mevzuatının unsurlarını bilerek imzaladığının kabulü sözleşmenin güçsüz tarafı olan işçinin korumasız bırakılması anlamını taşıyacaktır. Açıklanan nedenlerle davalı işverenin imzalanan sözleşme uyarınca uygulanacak çalışılan ülke mevzuatı ile ilgili davacı işçiye uygulanacak hükümler ve çalışma şartları yönüyle yapılması gerekli bilgilendirmeyi yapmaması nedeniyle taraflar arasında hukuk seçimi yapılmadığı sonucuna varılmaktadır.”

İstinaf Mahkemesi, hukuk seçimi kaydının kabul edilebilmesi için seçilen hukuk hakkında işçinin bilgilendirilmesi gerektiği, aksi hâlde işçinin hukuk seçimine dair gerçek bir iradesinin olmadığı yönünde bir kabulden hareket etmektedir. Yine İstinaf Mahkemesi’nin kararına göre, bu bilgilendirmenin yapıldığına dair bir belge taraflarca imzalanmalı ve Kuruma teslim edilmelidir. Kanaatimizce İstinaf Mahkemesinin kararı yerinde değildir.

Öncelikle yukarıda izah edildiği üzere yurt dışı hizmet akitlerindeki hükümler, yürürlük denetimi bakımından geçerlidir. Bu kapsamda genel işlem koşulu ile yapılan hukuk seçimi kayıtları da geçerlidir. Kanunda (MÖHUK m. 27) hukuk seçimi için, seçilen hukuk muhtevası bakımından işçinin bilgilendirilmesi yönünde bir şart aranmamıştır. Olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından bu bilgilendirmenin yapılmasının aranması savunulabilir. Gerçekten de seçilen hukuk konusunda işçinin bilgilendirilmesi ve buna göre de hukuk seçimi anlaşmasının kabul edilmesi tercihe şayandır⁷³. Ancak

⁷³ Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı hizmet akdinin değiştirilmesi söz konusu olursa, taraflarca seçilen mutad işyeri hukukunun ilgili konulara ilişkin mevzuatının Türkçe tercümesinin sözleşmenin eki hâline getirilmesi konusunda işverene bir yükümlülük getirilmesi, aksi hâlde sözleşmenin onaylanmaması şeklinde bir uygulamanın işçinin yararına olacağını ve hukuk seçimi konusunda tereddütleri kaldırabileceğini düşünmekteyiz.

Kanunda buna ilişkin bir düzenleme yapılmadıkça hukuk seçimi anlaşmalarında bunu ileri sürmenin mümkün olmayacağını değerlendirmekteyiz. Yurt dışı hizmet akitlerinde hukuk seçimi kayıtları, 3. maddedeki bilgilendirme şartına bağlanmamıştır. Yurt dışı hizmet akdi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, mutad işyeri hukukunun seçiminin şarta bağlı olarak yapılmadığını değerlendirmekteyiz. Sözleşmenin 8. maddesinde de ilk olarak işverenin işçiyi çalışma saatleri ve koşulları hakkında önceden bilgilendireceği kabul edildikten sonra söz konusu hususlar hakkında mutad işyeri hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Bu maddede de hukuk seçiminin geçerliliği, işçinin bilgilendirilmesi şartına bağlı tutulmamıştır. Kurumun bu şekilde bir amacı olsa idi, şarta bağlı olarak Türk hukukunun uygulanmasında olduğu gibi bunu lafzen de sözleşmeye yazması gerekirdi. Eğer maddede, söz konusu hukuk seçiminin geçerliliği bilgilendirme şartına tâbi tutulsaydı, İstinaf Mahkemesinin kararı yerinde olabilirdi. Kaldı ki, maddî hukukumuzda da işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin geçerli olabilmesi için işçinin çalışma şartları hakkında bilgilendirilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır. İş Kanunu m.8/3'te iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadığı bazı hâllerde, işverene işçinin belirli süre içinde yazılı olarak bilgilendirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. İşveren bu yükümlülüğü yerine getirmezse Kanunda idarî para cezası öngörülmüştür (m. 99); yoksa iş sözleşmesi bu sebeple geçersiz olmayacaktır.

İkinci olarak, İstinaf mahkemesinin yurt dışı hizmet akdinin bir hükmünü emredici olarak nitelendirmesi de kanaatimizce doğru değildir. Çünkü genel işlem koşulu olarak kabul edilen bir sözleşme hükmünün emrediciliği söz konusu olmaz. Emredicilik karakteri, hukuk kuralları için söz konusu olabilir; sözleşme hükmünün ise ancak bağlayıcılığın (ahde vefa ya da *pacta sunt servanda* ilkesi) bahsedilebilir. Elbette bir sözleşmedeki iki hüküm birbiri ile çelişkili olabilir. Ancak bu hâlde sözleşme hükümlerinin yorumu gündeme gelir ve söz konusu çelişki giderilmeye çalışılır⁷⁴. Yurt dışı hizmet akdinin 5, 8, 9, 10 ve 16. maddelerindeki hukuk seçimi, sözleşmenin 3. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.

⁷⁴ Akylol, Şener (2010) Sözleşmelerin Yorumu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 80.

Üçüncü olarak İstinaf Mahkemesi, seçilen yabancı hukukun işçi aleyhine olacağı varsayımından hareket etmektedir. Bu varsayım her olay bakımından doğru değildir. İstinaf Mahkemesi, dava konusu olayda seçilen mutad işyeri hukuku olan Umman Hukukunun muhtevasını tespit etmemiştir. İstinaf Mahkemesi, herhangi bir araştırma yapmaksızın Umman hukukunun işçi aleyhine olduğu varsayımından hareket etmektedir. Hâlbuki somut uyuşmazlıklar çerçevesinde yabancı hukuk, işçi lehine de olabilir. Örneğin yabancı hukukta kıdem tazminatının miktarı daha yüksek olabilir ya da işçi her durumda kıdem tazminatına hak kazanabilir. Dolayısı ile İstinaf Mahkemesi'nin seçilen yabancı hukukun muhtevasını tespit etmeden işçinin bilgilendirilmediği gerekçesi ile hukuk seçiminin geçersizliğine karar vermesi işçi lehine yorum ilkesine de aykırıdır.

Dördüncü olarak İstinaf Mahkemesi'nin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önceki kararlarına da atıfla “işçilerin belirtilen yurt dışı hizmet akitlerini imzalayarak ve işverenleri ile aralarında doğan uyuşmazlıklarda Türkiye’de açtıkları davalarda kamu düzeni yönünden Türk İş Hukukunun uygulanması nedeniyle” gerekçesiyle Türk iş hukukunun uygulanması gerektiği yönündeki değerlemesi, Kanuna (MÖHUK m. 5) aykırıdır. Milletlerarası özel hukukta kamu düzenine, biri günümüzde terkedilmiş ya da terk edilmesi gereken diğeri de modern hukuk sistemlerince kabul edilen iki yaklaşım söz konusudur. Birincisi, kamu düzeninin genel bir bağlama kuralı olarak kabul edilmesidir. Buna göre, bir uyuşmazlık kamu düzenini ilgilendiriyorsa, hâkimin hukukuna tâbi olur⁷⁵. Bu anlayışta kamu düzeni, uygulanacak hukuku tespit eden genel bir bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir⁷⁶. Bu anlayış günümüzde terkedilmiştir. Günümüzde geçerli olan modern anlayış ise, kamu düzeninin istisnâi karakterini kabul etmektedir. Buna göre, uygulanması gereken yabancı hukuk, hâkimin hukuku kamu düzenine açıkça aykırı ise, yabancı hukukun

⁷⁵ İtalyan Hukukçu Mancini ve Fransız Hukukçu Pillet kamu düzeninin for devletinin uygulanmasına olanak sağlayan bir bağlama kuralı olarak uygulanmasını desteklemiştir. Bkz. **Dayındarlı, Kemal** (1998) “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara, s. 664.

⁷⁶ Kamu düzeninin genel bir bağlama olarak kullanılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ökçün, Gündüz** (1997) Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, s. 27.

uygulanmasından vazgeçilmekte ve onun yerine hâkimin hukuku uygulanmaktadır (MÖHUK m. 5). Bu anlayışa göre, kamu düzenine aykırılıktan bahsedebilmek için uyumsuzlığa uygulanması muhtemel yabancı bir hukuk kuralının bulunması gerekmektedir. Ancak İstinaf Mahkemesi, kamu düzenimize aykırı somut bir yabancı hukuk kuralının tespitini yapmadan kamu düzeni gerekçesi ile Türk hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir. İstinaf Mahkemesi'nin bu değerlendirmesi, artık terk edilmiş kamu düzeni anlayışına dayanmaktadır. Bu anlayışa göre, kamu düzenini ilgilendiren iş hukukuna ilişkin uyumsuzlıklarda hukuk seçimi de yapılamaz gibi bir sonuç çıkmaktadır ki, bu değerlendirme açıkça MÖHUK m. 27/1'e aykırıdır.

Son olarak İstinaf Mahkemesi, “...İş Hukuku mevzuatının unsurlarını bilerek imzaladığının kabulü sözleşmenin güçsüz tarafı olan işçinin korumasız bırakılması anlamını taşıyacaktır...” şeklindeki gerekçe ile yurt dışı akitlerinin işçiler tarafından bilerek imzalandıklarının kabul edilemeyeceğini değerlendirmiştir. İstinaf Mahkemesi'nin bu gerekçesi de yerinde değildir. Öncelikle yukarıda ifade ettiğimiz üzere, söz konusu sözleşme hükümleri işveren tarafından değil, Kurum tarafından hazırlanmıştır. İkinci olarak, işçinin sözleşmenin unsurlarını bilmeyerek imzalaması da (*global kabul*) hukuk seçimi kayıtlarını geçersiz kılmaz. Diğer bir ifade ile işçinin, söz konusu sözleşmeyi okumaksızın, düşünmeksizin, okusa bile teknik terimler olması sebebiyle anlayamadığı hâlde imzalaması “global kabul” olarak nitelendirilir; bu hâlde dahi sözleşme geçerlidir⁷⁷. Hem maddî hukukumuzda hem de milletlerarası özel hukukta bu şekilde bir geçersizlik sebebi bulunmamaktadır.

İstinaf Mahkemesi, taraflar arasında geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının olmadığı değerlendirmesinden sonra uyumsuzlığa Türk hukukunun uygulanmasının MÖHUK m. 27/4'e de uygun olduğunu değerlendirmiştir. Çalışmamız kapsamında olmamakla beraber MÖHUK m. 27/4'e göre uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için işçi ile işveren arasında hukuk seçimi yapılmamış olması ya da yapılan hukuk seçiminin geçersiz olması gerekir. Dolayısı ile İstinaf Mahkemesi'nin hukuk seçimi anlaşmasını geçersiz kabul etmesinden sonra MÖHUK m. 27/4'e göre

⁷⁷ Baycık, s. 108.

uygulanacak hukuku tespit etmesi yerinde ise de söz konusu maddede hâkime tanınan takdir yetkisinin işçi lehine olup olmadığı değerlendirilmeden Türk hukuku lehine kullanılması da eleştiriye açıktır.

SONUÇ

Yurt dışında ticaret yapan pek çok Türk girişimci, işin ifası için Türkiye'den yurt dışına işçi götürme yolunu tercih etmektedir. Bu şekilde yurt dışına götürülen işçilere asgarî bir koruma sağlanması amacıyla, Türkiye İş Kurumu tarafından “*yurt dışı hizmet akitleri*” hazırlanmaktadır. Belirtilen akitler, Kurumun resmi internet sitesinde yer almaktadır. Yurt dışına işçi götüren Türk girişimciler, matbu nitelikteki bu sözleşmeleri Kuruma onaylattırmak zorundadır. Ancak belirtmek gerekir ki, imzalanan sözleşmelerin Kuruma onaylatılmaması işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi geçersiz kılmamaktadır. Sadece Kanunda sözleşmeleri Kuruma onaylattırmayan işverenlere idarî para cezası öngörülmüştür. Sözleşmenin belirli kısımları hariç, hepsi Kurum tarafından hazırlanmaktadır.

Yurt dışı hizmet akitlerinde hukuk seçimine ilişkin kayıtlara da yer verilmektedir. Farklı görüşler olmasına rağmen, kanaatimizce, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği *lex fori*'ye tâbidir. Hâkim ancak kendi hukuku tarafından hukukî sonuç bağlanan bir anlaşmaya hukukî geçerlik tanıyabilir. Bu bağlamda Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalarda yurt dışı hizmet akitlerinde yer alan hukuk seçimi sözleşmelerinin mevcudiyeti ve geçerliliğinin, Türk hukukuna tâbi olduğunu düşünmekteyiz.

Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı hizmet akdinin hükümleri, genel işlem koşulu niteliğinde olduğu için, hukuk seçimi anlaşmaları da genel işlem koşulu ile yapılmış olmaktadır. Genel işlem koşulunun taraflar için bağlayıcı olabilmesi için TBK 20 ve devamı maddelerinde öngörülen yürürlük, yorum ve içerik denetimi açısından geçerli olması gereklidir. Buna göre yurt dışı hizmet akitlerinde yer alan “*çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı*” şeklinde mutad işyeri hukukunun seçilmesine ilişkin hukuk seçimi anlaşmaları, TBK (m. 20 ve devamı) MÖHUK (m. 27/1) kapsamında geçerlidir.

Yurt dışı hizmet akdinde “*çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır*” ifadesine yer verilmiştir. Kanunda şarta bağlı hukuk seçimine yönelik bir düzenleme yer almasa da öğretide bunun yapılabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre, Türk hukukunun uygulanmasının şartı, yabancı hukukta bir düzenlemenin bulunmamasıdır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan** (2017) Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler), Ankara, İNTES Yayınları, s. 30-37.
- Akyol, Şener** (2010) Sözleşmelerin Yorumu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Atamer, Yeşim M.** (2004) “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar” Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 291-331.
- Atamer, Yeşim M.** (2011) “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 9-73.
- Aydoğdu, Murat** (2011) “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, DEÜHFD, C: 13, S: 2, s. 1-50.
- Aygül, Musa** (2001) “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 3-4, s. 223-264.
- Aygül, Musa** (2004), “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması”, SÜHFD, C: 12, S: 3-4, s. 45-85.
- Aygül, Musa/Çoban, Nazlı** (2020) “Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 15, S: 16, s. 1815-1832.
- Bayata Canyaş** (2012) AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Baycık, Gaye** (2017) “Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk”, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler), Ankara, İNTES Yayınları, s. 104-122.
- Civan, Orhan Ersun** (2015) Genel İş Koşulları, İstanbul, Beta Basım Yayım.
- Çalışkan, Yusuf** (2014) Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Meseleleri, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır** (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım.
- Çelikel, Aysel/Nomer, Ergin** (2014) Devletler Hususi Hukuku (Çözümlemiş Örnek Olaylar- Seçilmiş Mahkeme Kararları), 14. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım.
- Dayındarlı, Kemal** (1998) “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı, Ankara.
- Demir Gökyayla, Cemile** (2013) Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Demirkol, Berk** (2014) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2. Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık.
- Doğan, Vahit** (1996) İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlam Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Doğan, Vahit** (2007) “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1-2, s. 147-164.

- Doğan, Vahit** (2010) “5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi 2, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, s. 105-123.
- Doğan, Vahit** (2022) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Doğan, Vahit**, (2016) Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 4. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Edis, Seyfullah** (1989) Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları.
- Elçin, Doğa** (2012) Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, Adalet Yayınevi.
- Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan** (2016) “Türkiye’den Yurtdışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C: 13, S: 50, s.955-988.
- Eren, Fikret** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Grušić, Uglješa** (2015) The European Private International Law of Employment, United Kingdom: First Edt., Cambridge University Press.
- Gulotta, Carla** (2013) “The First Two Decisions Of The European Court Of Justice On The Law Applicable To Employment Contracts”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol: 5, No: 2, s. 584-591.
- Güner, Cemil** (2014) Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkinine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Güngör, Gülin** (2021) Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

- Güvercin Şahan, Ayşe** (2018), “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini”, MHB, C: 38, S: 2, s. 441-479.
- Kar, Bektaş** (2017) Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları (Makaleler), Ankara, İNTES Yayınları, s. 42-46.
- Kaşak, Fahri Erdem** (2019) “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m.23)”, AHBVÜ-HFD, C: 23 S: 3, s. 195-222.
- Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı** (2008) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Nomer, Ergin** (2021) Devletler Hususi Hukuku, 23. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut** (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Ökçün, Gündüz** (1997) Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları.
- Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım.
- Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman- Figanmeşe, İnci** (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım.
- Tarman, Zeynep Derya** (2010) “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, BATİDER, C: 26, S: 1, s. 143-171.
- Tekinalp, Gülören** (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

- Tiryakioğlu, Bilgin** (1996) Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları (Satım Akitleri).
- Uşan, M. Fatih/ Aygöl, Musa** (2007) İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Legal YKİ Dergisi.
- Vural Çelenk, Belkis** (2017) “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, YBHD, C: 3, S: 1, s. 277-296.

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU VE ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN KADROYA GEÇİŞ SONRASI KURUMA YAPTIĞI BAŞVURULAR*

Fatma BENLİ YALÇIN**

ÖZET

Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK), yargıya gitmeden önce başvurulabilen, ücretsiz, en geç altı ay içinde karar veren ve idare ile vatandaş arasındaki arabulucu rolü nedeniyle, tavsiye kararı dahi vermesine gerek kalmadan pek çok dosyada dostane çözüm ile başvuru sahibinin sorununun çözülmesine imkan sağlayan Anayasal bir kurumdur. KDK, yasadaki özel düzenleme gereği idari yargı denetiminden farklı olarak, idari işlem ve eylemlerin yanı sıra, idarenin tutum ve davranışlarını denetleyebilmektedir. Ayrıca KDK, yasal mevzuat denetimi dışında hakkaniyet ve yönetim ilkeleri yönünden denetim gerçekleştirmektedir. Kimliğin açıklanması gerekmeyen şahsi nitelikteki başvurular dışında, talep haline gizlilik kaydıyla da Kuruma başvuru yapmak mümkündür. Bu avantaj işvereni niteliğinde idare ile olan uyumsuzluklarını yargı dışında çözmek isteyen Devlet Memurları Kanunu'nun 4/d bendi kapsamı çalışan işçileri, Kuruma yönlendirmiştir. KDK'ya yapılan başvuruların incelenmesi, başvuru sahipleri özelinde var olan başlıca sorunların tespitine imkân vermektedir. Bu çalışmamızda KDK'nın, kamuda alt işveren işçisi olarak çalışırken kadroya geçirilen ve 4/d'li olarak kabul edilen kamu işçilerinin geçiş sonrası yaşadığı sorunlara ilişkin başvurulara karşı geliştirmiş olduğu uygulamayı ve sorunların çözülüş biçimlerini inceleme konusu yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Denetçiliği Kurumu, Ombudsman, İyi Yönetim, Taşeron, Alt İşveren İşçileri.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1120238 - Geliş Tarihi: 23.05.2022 - Kabul Tarihi: 22.07.2022.

** avfatmabenli@yahoo.com ORCID ID: 0000-0003-4915-4935, Bu makale, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Özel Hukuk Bölümü) bünyesinde yazılan "Taşeron İşçilerinin Kadroya Geçirilmesi ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

OMBUDSMAN INSTITUTION AND SUBCONTRACTOR WORKERS' APPLICATIONS TO THE INSTITUTION AFTER TRANSITION TO STAFF

ABSTRACT

The Ombudsman Institution of the Republic of Turkey (KDK) is a constitutional public entity that can be applied before going to the judiciary, is free of charge, and decides within six months at the latest. In addition, due to its role as a mediator between the administration and the citizen, the Ombudsman Institution allows the applicants' problems to be resolved through a friendly settlement, in many cases without even having to issue a recommendation. The Ombudsman Institution can audit the attitudes and behaviours of the administrations, as well as administrative acts and actions, unlike the administrative judicial review empowered by special legal regulation. The institution conducts investigation not only on legislative audit but also equity and administration principles. Complaints can be filed confidentially at the request of the applicant. By means of this advantage, workers working within the scope of subparagraph 4/d of the Civil Servants Law, who want to resolve disputes with the administration without applying to the judiciary have begun to apply the Ombudsman Institution. Examining the applications made to the KDK allows the identification of problem areas arising from the administration's transactions and actions. The subject of this study is the practice developed by the KDK against the applications related to the problems experienced by the public workers who were recruited and accepted as 4/d while working as a subcontractor in the public sector. Additionally, the approaches to solve the problems are examined.

Keywords: The Ombudsman Institution, Ombudsman, good governance, subcontractor, subcontractor worker.

GİRİŞ

Vatandaşların idare karşısında mağdur olmaması için, idarenin gerçekleştirmiş olduğu bütün işlem ve faaliyetlerin yargı denetimine açık olduğu Anayasa'nın 125. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Bu noktada idari organlar tarafından haklarının ihlal edildiğini düşünen vatandaşlar, yargı yoluna başvurma imkanına sahip olmuşlardır. Kamu Denetçiliği Kurumu ise, bireylerin yargı makamlarına başvurmalarına gerek kalmadan başvuru konusu uyuşmazlığı çözümlenmesi için, çalışma yapmaktadır. Hem hukuk, hem hakkaniyet ve hem iyi yönetim denetimi yapan KDK'nın, Anayasal bir dayanağa sahip olması, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yanı sıra tutum ve davranışları inceleyip, denetleme yetkisine sahip olması, yargıya gitmeden sorun çözümüne imkan sağladığı için en başta hukuk devleti açısından önem arz etmektedir.

KDK, sadece bireysel nitelikteki başvurularda vatandaşın problemini doğrudan çözmekle kalmamaktadır. Aynı zamanda benzer durumdaki kişilerin de hukuki durumlarını açıklığa kavuşturmaktadır. Bilgilendirme talepleri kapsamında yapılan başvurularda ise vatandaşın sorununa çözüm bulmakta ve vatandaşa hukuki yardımda bulunarak ilgili yönlendirmeler gerçekleştirmektedir. 2021 yılında KDK, 19.740 karar vermiş olup, 125.028 kişiye sağlanan hukuki yardım ve yol gösterme faaliyetlerinde bulunmuştur¹.

KDK, kararlarında sosyal devlet ilkesi ve hakkaniyetin gerçekleşmesini incelemektedir. Hakkaniyetin gerçekleşmesi, hukuk kuralının somut olaya uygulanmasında ortaya çıkan sonucun adil olmasını sağlamaktadır. Bu durum iyi yönetim ilkeleri açısından idareye yol gösterici olmaktadır. Kurumun temel misyonlarından biri, iyi yönetim ilkelerinin tüm idarelerde yaygınlaşmasıdır.

KDK, özellikle aynı konulu başvurular hakkında çalışma yaparak ilgili idare ile görüşmek suretiyle, dostane çözüm oranlarını artırmaktadır. Bu suretle aynı iyi yönetim uygulamalarının, KDK'na müracaat etmeyen başvuru sahipleri de kapsamına sağlanmaktadır. Önemli olan başvuru üzerinde tek karar verilmesi kadar, aynı nitelikteki kişilere başvuru yapılmadan etkileyecek nitelikli genel kararların alınabilmesidir. Bu nedenle Kurum kararlarının katma değeri, aynı

¹ Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) (2022) 2021 Yıllık Raporu, Ankara, s.25.

konumda olan ve başvuru yapmadan da karardan etkilenen yüzbinlerce vatandaşı etkileyebilmesi nedeniyle oldukça yüksektir.

KDK'na yapılan başvuruların yoğunlaştığı konuların tespiti, tematik sorunların ortaya konması açısından ciddi bir veri sağlamaktadır. Bu noktada çalışmamızda, sürekli işçilerin yaptığı, iş hukukuna ilişkin başvurular inceleme konusu yapılmıştır. Zira iş hukukunda asıl olan işverenin kendi işçisi ile mal veya hizmet üretmesidir. Ancak, çeşitli ekonomik ve teknolojik sebeplerden dolayı işverenler, bazen işin bir bölümünü başka bir işverenin işçileri vasıtasıyla yapmaktadırlar. Bu durum kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçileri olarak çalışan işçilerinin kadro taleplerine yol açmış, siyaset makamlarının bu talebi kabul etmeleri üzerine yapılan mevzuat değişiklikleri de, alt işveren işçilerinin sürekli işçi kadrosuna geçişine neden olmuştur.

Türkiye'de kamuda ciddi sayılara ulaşan alt işveren işçileri, bugüne kadar iki defa, 2007 yılında 5620 sayılı Kanun ve 2017 yılında ise 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile sürekli işçi kadrolarına geçirilmiştir. Bu geçişle uygulamada var olan bir kısım sorunun giderilmesi amaçlanmış iken, kadroya geçiş süreciyle başka problemler de oluşmuş, sorunlar tamamen ortadan kalkmamıştır.

696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin etki alanının sekiz yüz elli bin işçi olarak ifade edilmesi, buna karşın Kanun Hükmünde Kararnamede detaylı hükümlerin öngörülmemesi, işçilerin iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarının daha önce işe alındıkları ihale şartnamesindeki işçi ve işveren arasındaki bireysel sözleşme ile değil toplu olarak Yüksek Hakem Kurulu Kararı ve akabinde işçi ve işveren sendikası tarafından imzalanacak olan toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre belirlenecek olması, sürekli işçi kadrosuna geçtikten sonra Kanun Hükmünde Kararname ile Devlet Memurları Kanunu'nun 4/d bendinde açıklanan işçiler haline Devlet Memurları Kanunu'nun 4/a ve 4/b bendinde belirlenen kamu çalışanları ile aynı haklara sahip olacakları yolundaki beklentiler, tam karşılanamamıştır. Yine, Toplu İş Sözleşmelerinden kaynaklanan sorunlar, özellikle değişik kamu kurumlarındaki toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret farklılıkları, hatta aynı şekilde yasanın 4/d statüsünde olan ancak farklı ihale şartnameleri ile işe

alındıkları için toplu iş sözleşmelerinde ve protokollerle belirlenen skalalarda da ücretlerin farklı değerlendirilmeleri, kadroya geçiş süreci sonrası bir çok problemi ve anlaşmazlığı ortaya çıkarmıştır.

Şüphesiz, işçiler açısından bahsi geçen anlaşmazlıkların çözümü için yargıya müracaat ederek nihai çözüm tesis etmek mümkündür. Ancak mahkemeye başvuru yolu, hem maliyetli olduğu ve hem de uzunca bir sürede sonuçlanmadığı için, özellikle de yargı yoluna müracaatın işçinin çalıştığı kurum ile olan ilişkileri zedelemesi ve çalışma barışını bozması nedeniyle, devam eden iş hukuku uyuşmazlıkları açısından çok da fazla tercih edilememektedir. Zira taraflar arası devam eden bir yargılama, doğal olarak çalışma barışının bozulmasına sebebiyet verecek ve daha sonra iş ilişkisinin sağlıklı bir şekilde devam etmesi fiilen mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla çalışmaya devam eden işçilerin kendileri çalıştıkları kuruma karşı dava açmak istememeleri, onları taleplerini dile getirmek için farklı alternatifler aramaya itmiştir.

Bu noktada Kamu Denetçiliği Kurumu önem kazanmaktadır. KDK'na Devlet Memurları Kanunu'nun 4/d maddesi uyarınca sürekli işçi kadrosunda çalışan işçilerin yaptığı başvuruların tespiti, idarelerin bu konuya karşı verdiği cevapların irdelenmesi, Kanun Hükmünde Kararname ile kadroya geçirme sonrası işçilerin devam eden sorunlarını göstermek açısından, oldukça önem arz etmektedir. Sürekli işçilerle ilgili düzenlemelerin önemli bir kısmı devam eden süreçte Toplu İş Sözleşmeleri ile düzenlenmiştir. Toplu İş Sözleşmelerinde nihai karar verici, İşçi ve İşveren Sendikalarıdır. İdare, Toplu İş Sözleşmesinde kesin olarak düzenlenmiş konularda ilgi hükümlerini yerine getirmek zorundadır. İdarenin takdir yetkisinin bulunmadığı konularda, Kamu Denetçiliği Kurumunun da yetkisi yoktur. Bu konu yasa ya da Toplu İş Sözleşmesi değişikliği ile çözülmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte 4/d li işçilerin Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvuruları, kadroya geçiş sonrası devam eden sorunlarını ve taleplerini göstermesi açısından değerlidir. Sorunun tespiti ile kararda çözüm bulunamayan konuların ilgili idareye, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanının ilgili komisyon ve kurullarına bildirilerek nihai mevzuat düzenlemesinin yapılmasına katkı sağlayacaktır. Bu noktada başvuru ve

kararların değerlendirilmesi, genel sorunların çözülmesine imkan sağlamak açısından önem arz etmektedir.

I. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU

A. GENEL OLARAK

Kamu, bürokrasinin günden güne büyümesi, vatandaşlara etkili ve verimli bir biçimde hizmet sunulamaması sorununu beraberinde getirmektedir. Geçmişte olduğu gibi günümüzde de kamuda vatandaşların istek ve şikâyetlerini dikkate alan, sorunların üzerini örtmeyen, aksine var olan sorunların ortadan kaldırılması için çaba harcayan kurumların oluşturulması amacıyla uğraş verilmektedir².

Vatandaşların, kendilerini yönetenlerin uygun bulmadıkları davranışlarına karşı tepkilerini iletmeleri, yöneticiler hakkında şikâyetçi olmaları, bu şikâyetlerin bağımsız bir denetim organınca araştırılması ve vatandaşların isteklerinin yerine getirilmesi, tarihin hemen her döneminde var olan bir taleptir³. Yargısal denetimin sonuçlarının kesin olmasına karşın uzun sürmesi ve maliyetli olması, idari denetimin hiyerarşik kaygıları barındırması gibi bir takım hususlar, denetim için alternatif yolların aranmasına neden olmaktadır⁴.

Dünyada, hukuk devleti ve insan hakları alanında yaşanan değişimler ile geleneksel denetim araçlarının kamu yönetimlerini denetlemede yetersiz kalması, İsveç modeli çerçevesinde ombudsmanlık kurumunun yaygınlaşması ile sonuçlanmıştır⁵. Çünkü ombudsmanlık kurumları, insan haklarının

² **Demir, Alp** (2014) “Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Türkiye’ye Sağlayacağı Katkılar ve İşlevselliği Üzerine Tartışmalar”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İİBF, S:1, s.2.

³ **Okur, Yaşar** (2011) “Ombudsmanlık Kurumu: Tarihi Gelişimi ve Türkiye’de Başlangıçta Birkaç Öneri”, Denetim, S:6, s.72.

⁴ **Zopa, Keziban** (2019) “Kamu Denetçiliği Kurumuna Yapılan Yerel Yönetimlere İlişkin Başvuruların Analizi”, (Yüksek Lisans), İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.12.

⁵ **Aktel, Mehmet/ Kerman, Uysal/ Altan, Yakup/ Lamba, Mustafa/ Burhan, Orhan** (2014) “Türkiye için yeni bir Denetim Modeli; Kamu Denetçiliği (Ombudsman) A New Inspection

korunması ve geliştirilmesinde önemli bir rol oynamakta ve insan hakkı ihlallerine ilişkin iddialar olması durumunda, bireylere şikâyetle bulunma yolu sağlamak ve bahsi geçen hususların çözümlenmesine yol açabilmektedir⁶.

Türkiye'deki adı Kamu Denetçiliği Kurumu olan, ombudsmanlığın temel amacı, idarenin iş ve işlemlerinden dolayı zarar gören vatandaşların haklarının yargı dışı yollarla savunulmasıdır. Bu amacı gerçekleştirebilmek için çeşitli alanlarda, bölgelerde ya da ülke genelinde ombudsmanlık kurumları oluşturulmuştur⁷. Dünyada tek tip bir ombudsmanlık müessesesi bulunmamaktadır. Ülkeler görev, yetki, atanma, başvurma koşulları vs. açılarından kendi ihtiyaç ve anlayışları çerçevesinde farklılıklar arz eden ombudsmanlık müesseseleri kurmuşlardır. İngiltere'de "Yönetim İçin Halk Komiseri", Fransa'da "Arabulucu", Kanada'da "Yurttaş Koruyucusu", İtalya'da "Sivil Haklar Savunucusu", Avusturya'da "Halk Avukatı", Polonya'da "Yurttaş Hakları Savunucusu" gibi adlarla ortaya çıkan ombudsmanın bu farklılıkları daha çok kurumun faaliyetlerini yoğunlaştırdığı alana göre belirginleşmektedir⁸. Ülkemizde, 2010 yılında Anayasa'da değişiklik yapılarak, iyi yönetimin sağlanması adına Kamu Denetçiliği Kurumu ülkemize kazandırılmıştır. Türkiye'de, dünyada kullanılan isim olan Ombudsmanlık yerine, Kamu Denetçiliği Kurumu adının kullanılması tercih edilmiştir.

Kamu Denetçiliği Kurumu, kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlendirilen bir kurumdur⁹. Bu bağlamda KDK, vatandaşla idare arasındaki

Model for Turkey; Publis Inspectorship (Ombudsman)", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:5 S:9, s.21.

⁶ **Avrupa Konseyi**, Ombudsmanlık Kurumunun Korunması, Desteklenmesi ve Geliştirilmesi (2020) <<https://rm.coe.int/ombudsmanl-k-kurumunun-korunmas-desteklenmesi-ve-gelistirilmesi/1680a139ff>> s.e.t. 29.04.2022, s. 3.

⁷ **Aktel/Kerman/Altan ve diğerleri**, s. 33.

⁸ **Okur**, s. 77.

⁹ **Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)** (2020) İyi Yönetim İlkeleri Rehberi, 2. Baskı, İleri, Ankara, s.25.

uyuşmazlıkta, alternatif bir mekanizmadır. Çalışmalarını gerçekleştirilirken, idareyle yakın temasa geçerek hukuken uygun işlemleri tesis etmeye yönlendirmekte, dostane çözüm yöntemlerini benimsemekte, başvuruların gerektirdiği durumlarda hakkaniyet ilkesini esasa alarak kamunun vicdanı olmaktadır¹⁰.

Kurumun amaçları arasında, yasada yer alan işlevlerin yanı sıra kamusal alanda şeffaflık ve hesap verebilirliğin yaygınlaşması, kamu kurumları ile vatandaşların arasında diyalog ve iş birliği geliştirilmesi ve katılımcı demokrasinin yaygınlaştırılması gelmektedir. Kurum bu amaçlar doğrultusunda idare ile uyuşmazlık yaşayan vatandaşların başvurularını incelemekte ve dostane çözüm ve tavsiye karar başta olmak üzere uyguladığı çeşitli yöntemlerle söz konusu uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasını sağlamaktadır¹¹. KDK, öncelikle birey ve idare arasında bir köprü vazifesi görmek suretiyle, uyuşmazlıkları dostane çözüme kavuşturmayı hedeflemektedir.

Kamu denetçisinin varlık nedeni, bireylerin temel haklarını korumak, kişi hak ve özgürlüklerini savunmak, idare karşısında zor durumda kalan yurttaşlara yardım etmek ve kötü yönetimden kaynaklanan haksızlıkları önlemek amacıyla, idarenin eylem ve işlemlerinin iyileştirilmesine çalışmaktır¹². Kurumun bu anlamda, vatandaşlar ile idareler arasındaki uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, daha şeffaf ve katılımcı bir yönetim anlayışının sergilenmesinde önemli katkısı bulunmaktadır¹³.

Kamu Denetçiliği Kurumu'na gerçek ve tüzel kişiler, isterlerse başvuruları gizli tutulmak kaydıyla şahsen, elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla başvuru yapabilmektedir. Başvurularda herhangi bir aracıya

¹⁰ Türkiye Büyük Millet Meclisi (2021), 2020 Yılı Kamu Denetçiliği Kurumu Raporu Hakkında Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı:4, <<https://www5.tbmm.gov.tr//sirasayi/donem27/yil01/ss264.pdf>> s.e.t. 23.03.2022. s. 14.

¹¹ **Duran, Hazal** (2021) "Türkiye'de İdari Denetim ve Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)", SETA, S:344, Ankara, s.9.

¹² **Kahraman, Mehmet** (2011) "Hukuk Devletine Katkıları Bakımından Kamu Denetçiliği", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, C:8, S:16, s.356.

¹³ **Duran**, s.18.

ihtiyaç duyulmaması ve her türlü kolaylığın sağlanması, kamu denetçiliğinin şekilcilikten uzak, basit, masrafsız ve hızlı işleyen niteliklerine uygun¹⁴ çalışması her geçen gün daha çok vatandaşın başvurmasına yol açmaktadır.

KDK ile kötü yönetimin etkilerinin azaltılması amaçlandığı kadar, insan hakları kültürünün yerleştirilmesi, demokrasi bilincinin sağlanması ve farkındalığın artırılması gibi amaçların da gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmektedir. Hak arama kültürünün ve kamu denetçisi sisteminin yerleştiği ülkelerde, ombudsmanın aldığı kararların uygulanma oranı ve kamuoyundaki etkisi artmaktadır. Yargı gibi kesin karar vermediği için klasik denetim yollarına oranla etkisi sınırlı olmakla birlikte, kamuoyundaki yansımaları bakımından Kurumun gücünün daha etkili ve hızlı olduğunu söylemek mümkündür¹⁵. Nitekim KDK tarafından şikâyetlerin alınmaya başlandığı tarihten bu yana tavsiye kararlarına uyum oranı 2021 yılında, %79,50'a ulaşmıştır¹⁶. KDK, sadece bireysel nitelikteki başvurularda vatandaşın problemini doğrudan çözmekle kalmamaktadır. Aynı zamanda benzer durumdaki kişilerin de hukuki durumlarını açıklığa kavuşturmaktadır.

B. TANIM

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 74. maddesi uyarınca Kamu Denetçiliği Kurumu, idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemekle yükümlü olan kurumdur. "Kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak" üzere 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'na dayalı olarak kurulmuştur¹⁷.

Kamu Denetçiliği Kurumunu, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemek üzere, Türkiye Büyük Millet

¹⁴ Aktel/Kerman/Altan ve diğerleri, s.33.

¹⁵ Zopa, s.229.

¹⁶ Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) (2022), s.16.

¹⁷ Duran, s. 8.

Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan, Anayasa’da yer aldığı için anayasal bir güce sahip olan, başdenetçisinin TBMM Genel Kurulu tarafından, 5 denetçisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon tarafından seçildiği, görevi, kuruluşu, inceleme sonucunda yapacağı işlemler, çalışması, Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin seçimi, nitelikleri ve özlük haklarının kanunda yer aldığı, yasasında belirtilen görevleri yerine getirmek amacıyla kurulmuş olan, Anayasal bir Kurum olarak tanımlamak mümkündür.

Dünya’da yüzden fazla¹⁸ ülkede ve kuruluşta uygulama alanı bulan Kamu Denetçisi Kurumunun, bütün ombudsmanlar için geçerli, sabit bir düzenlenme biçimi yoktur. Kurum olarak “ombudsman”, bugün parlâmento tarafından, parlâmento adına idareyi denetlemek için seçilmiş kimse veya kimseleri ifade etmektedir. “Ombudsman” kelimesinin Türkçe karşılığı olarak; “halk denetçisi”, “kamu denetçisi”, “kamu hakemi”, “arabulucu”, “halk avukatı”, “yurttaş sözcüsü” gibi ifadeler kullanılmaktadır¹⁹. Ombudsman, Türkçe bir kelime değildir. Ombudsman İsveç diline ait olup “vekil” ve “temsilci” anlamlarına gelmektedir. Resmi metinlerde, 2010 yılı Anayasa değişikliğinde, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nda (önce Tasarıda sonra Kanunda) ombudsman kelimesi yerine Kamu Denetçisi terimi kullanılmıştır. Bu nedenle, Türkiye uygulamasında kişi “Kamu Denetçisi” ve kurum da “Kamu Denetçiliği Kurumu” olarak ifade edilmektedir²⁰.

¹⁸ Uluslararası Ombudsmanlık Enstitüsü, Afrika, Asya, Avustralya ve Pasifik, Avrupa, Karayipler ve Latin Amerika ile Kuzey Amerika olmak üzere altı bölgesel alanda organize olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Creutzfeldt, Naomi/O’Brien Nick/Nowick Marek** (2021) Avrupa Birliği/Avrupa Konseyi/Türkiye Cumhuriyeti Ortak Projesi, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi, Ombudsmanlıklara İlişkin Karşılaştırmalı Rapor, Nihai Taslak, <<https://rm.coe.int/design-1-comparative-rep-karsilastirmali-rap/1680a2a471>> s.e.t. 14.04.2022, s.8.

¹⁹ **Erhürman, Tufan** (2000) “Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:49, S:1-4, s.156.

²⁰ **Demir**, s.2.

C. TARİHİ GELİŞİM

Ombudsmanlık Osmanlı Devleti'ndeki yönetim teşkilatlanmasından esinlenilmiş olsa da günümüzdeki anlamıyla ilk defa İsveç'te uygulanmıştır. Aynı şekilde başarılı sonuçlar elde edilmesi üzerine, önce İsveç'te anayasal bir nitelik kazanmıştır²¹. Ombudsman, modern yapı ve biçimiyle ilk kez 1809 Anayasası ile, yasaların ve düzenleyici işlemlerin uygulanmasını gözeterek tüm kamu idarelerini ve mahkemeleri denetlemek; memurların ve yargıçların hatalı, keyfi tutumlarından zarar gören, haksızlığa uğrayan vatandaşların şikâyetlerini dinlemek; alınması gerekli tedbirleri önermek ve hatta memurlar ve yargıçlar aleyhine her türlü davayı açmak görevlerini yüklenmek ve yürütmek amacıyla İsveç'te kurulmuştur²².

Buna karşın ombudsmanlığın Osmanlı İmparatorluğu dönemi uygulamalarından esinlendiğine dair görüşler de bulunmaktadır. Çünkü ombudsmanlığın modern anlamda ilk olarak oluştuğu İsveç'te, İsveç kralının Osmanlı İmparatorluğu'nda kaldığı zamanda bu uygulamaya başlanılmıştır. İsveç Kralı VII. Charles'ın Osmanlı'da kaldığı dönemde İslam Hukuku'nun Türkler arasında nasıl geliştiğini öğrendiği ve ülkesine döndüğünde kamu idarecilerini daha sorumlu hale getirmek için ombudsmanlık kurumunu kurduğu ifade edilmektedir²³.

Tarihsel kaynaklar ise, Osmanlı öncesi Selçuklu döneminde benzer kurumların varlığına işaret etmektedir. Selçuklu Veziri Nizamülmülk nasihatleri içeren eseri Siyasetname'de, devlet adamlarında olması gereken özelliklerin yanısıra, dönemin ombudsmanlık kurumu olan Divan-ı Mezalimin işleyişine yönelik önerilere de yer vermiştir. Selçuklularda, hükümdarın haftanın iki günü halkın şikâyetlerini dinlediği, bu şikâyetlerin hükümdar adına ülkeyi yönetenlerin uygulamalarına, günümüz tabiriyle idarenin uygulamalarına karşı olduğu, hatta bir kanun veya nizam aleyhine de şikâyette bulunulabildiği, bunun sonucunda hükümlerin süratle verildiği mekanizma etkin bir şekilde işlemiştir. Mevlana'nın Mesnevisi ile Sadi Şirazi'nin Bostan ve

²¹ Zopa, s.229, Aktel/Kerman/Altan ve diğerleri, s.25.

²² Okur, s.74.

²³ Zopa, s.5.

Gülistan adlı eserleri, dönemin yönetici ve kamu görevlileri için adalet ilkesine riayet, adaletsizlikten kaçınma ile iyi yönetim konularında kılavuz eserler olmuşlardır²⁴.

Aslında bu durum geçmişten günümüze her yönetim sisteminde, vatandaş ve idare arasında aracı kurumlar olduğu, bu aracı kurumlar vesilesi ile vatandaşın kendisi ile ilgili işlemleri iletebildiğini, bu noktada Kamu Denetçiliği Kurumunun misyonunun büyüklüğünü göstermektedir. Nitekim ombudsmanlık, ilk olarak kurulduğu İsveç dışında hemen hemen hiç tanınmadan bir buçuk asır kadar devam etmiş, akabinde 1919 yılında Finlandiya tarafından uygulamaya konulmuştur. Yakın tarihte ise önemi ve değeri anlaşılmış ve yaygın bir şekilde dünyanın çeşitli ülkelerine yayılmıştır²⁵.

D. KDK KARAR ÇEŞİTLERİ

Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvurular hakkında, başvurunun geçersiz sayılması, birleştirme, ayırma, incelenemezlik, gönderme, dostane çözüm, karar verilmesine yer olmadığı, ret, kısmi tavsiye kısmi ret ve tavsiye şeklinde yedi farklı karar tesis edilmektedir.

Başvurular öncelikle ilk incelemeyen geçmekte ve başvurunun geçerli olup olmadığına bakılmaktadır. İlk incelemenin ardından ön inceleme gerçekleştirilmekte, bu aşamada özellikle idari başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği araştırılmaktadır. İdari başvuru yolları tüketilmemişse başvurunun ilgili idareye gönderilmesi sağlanmaktadır. Gönderme kararı sonrası, idarenin talebi yerine getirilmemesi durumunda, tekrar müracaat edilirse inceleme ve araştırma aşaması başlamaktadır. Bu noktada gerekli incelemeler ve araştırmalar yapılırken kurumlardan her türlü bilgi ve belge talebi gerçekleştirilmekte, gerektiğinde bilirkişi görevlendirilmesi ve tanık dinlenmesi yapılmaktadır. Akabinde başvuru ile ilgili karar aşamasına geçilmektedir²⁶.

²⁴ Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) (2020), s.13.

²⁵ Okur, s.74, 75.

²⁶ Duran, s.13.

E. KDK DENETİM ÖLÇÜTLERİ

1. Genel Olarak

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 1. ve 5. maddelerinde, Kurumun idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak üzere kurulduğu belirtilmektedir²⁷. Bu noktada Kamu Denetçiliği Kurumu, “hak arama özgürlüğü”, “hukuk devleti ilkesi” ve “iyi yönetim ilkeleri” ile bağlantılı olarak denetim yapmakta ve başvurusunun haklı bulunduğu tespit halinde tavsiye kararları vermektedir²⁸.

Buna göre, Kamu Denetçiliği Kurumunun denetim ölçütleri aşağıdaki gibidir.

2. Hukuk

Kamu Denetçiliği Kurumunun yapmış olduğu denetim, hukukilik denetimidir. Bu husus Kanunda da düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte ise, inceleme ve araştırma ölçütü olarak “hukuka uygunluk” ifadesi yerine “kanunlara uygunluk” ifadesine yer verilmiştir (madde 6)²⁹. Yönetmelikteki bu düzenlemeyi hukuka uygunluk olarak anlamak gerekmektedir.

Devletin bütün işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olması, hukuk devletinin temel şartlarından birini oluşturmaktadır³⁰. Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri, kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamlaştırmakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin bu

²⁷ **Karakul, Selman** (2015) "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", Ombudsman Akademik, S:3, s.84.

²⁸ **Kaplan, Onur** (2020) “Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi”, Ombudsman Akademik, S:13, s.105.

²⁹ **Karakul**, s.84.

³⁰ **Kahraman**, s.356.

güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar³¹. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullarındandır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koymak, bunları uygulamak ve uygulanmasını sağlamak suretiyle hukuk güvenliğini de yerine getirmiş olur³².

Türkiye'de de Kamu Denetçiliği Kurumu'nun hukukilik denetimi gerçekleştirmesi, idarenin sadece başvuruçular açısından değil, aynı uyumsuzluktan muzdarip diğer vatandaşlar açısından işlem, eylem, tutum ve davranışlarının da hukuka uygun olarak tesis edilmesine imkan sağlaması açısından önem arz etmektedir.

3. Hakkaniyet

Kamu Denetçiliği Kurumu, yargı dışında yer alan bir denetim kurumudur. İdarenin hukuksal denetimi, yargıyı ilgilendiren bir konudur. Bununla birlikte idarenin yalnızca hukuksal denetiminin yapılması yeterli değildir. İdarenin gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlerinin verimlilik, etkililik ve hatta yerindelik denetimleri açısından da incelenmesi gerekir. Ancak yargı organının, mevzuat gereği yerindelik denetimi yapması mümkün değildir³³. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca Kamu Denetçiliği Kurumu, hukuk denetiminin yanısıra hakkaniyet denetimi de yapmaktadır. Gerçekten Kanunun 1. maddesine göre, "Bu Kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmaktır".

Hakkaniyet nihai amaç olan adalete ulaşmak için kullanılan bir araçtır. Kurumun yalnızca hukuki açıdan değil hakkaniyet açısından da denetim

³¹ AYM, E: 2015/94, K: 2016/27, T: 07.04. 2016, Resmî Gazete, S: 29701, T: 03.05.2016.

³² AYM, E:2003/67, K: 2003/88, T: 18.10.2003, Resmî Gazete, S: 25387, T: 28.02.2004.

³³ **Demir**, s.8.

yapabilmesi de kurumun etkinliğini artıran unsurlardandır³⁴. Kamu Denetçiliği Kurumu, kararlarında sosyal devlet ilkesi ve hakkaniyetin gerçekleşmesini incelemekte ve hukuka uygun olan ancak hakkaniyete aykırı olarak gerçekleştirilen, idarenin işlem, eylem, tutum ve davranışları hakkında tavsiye kararları verebilmektedir. Hakkaniyetin gerçekleşmesi, hukuk kuralının somut olaya uygulanmasında ortaya çıkan sonucun adil olmasını sağlamaktadır. Bu durum iyi yönetim ilkeleri açısından idareye yol gösterici olmaktadır.

4. İyi Yönetim İlkeleri

Kamu Denetçiliği Kurumu, sadece idarenin işlem ve eylemlerini değil, mahkemelerden farklı olarak tutum ve davranışları da inceleme ve denetleme yetkisine sahiptir. Ayrıca Kamu Denetçiliği Kurumu yine, yargı makamlarından farklı olarak hukukilik denetim yanısıra iyi yönetim ilkeleri açısından da denetim yapmaktadır. Kurumun temel misyonlarından biri iyi yönetim ilkelerinin tüm idarelerde yaygınlaşmasıdır.

İyi yönetim, en genel anlamda, belirli bir faaliyeti yürütmek için öngörülen usul, ilke ve kurallara uygun hareket edilmesini ifade etmektedir. Yürütülen faaliyet alanına göre farklılıklar gösterse de, tarafsızlık, doğruluk ve çabukluk gibi tüm idari faaliyetler için geçerlidir³⁵. İyi yönetim kavramı, kamu yönetimi, siyaset bilimi, işletme ve hukuk gibi birçok disiplinin ortak çalışma alanına giren, kamu, özel ve sivil toplum sektörleri tarafından farklı yönleriyle de olsa benimsenen geniş bir kullanım alanına sahiptir. İyi yönetim ilkeleri 1990'lı yılların sonlarına doğru ilk defa hukuki denetim ölçütü olarak da kullanılmaya başlanmıştır³⁶.

Hukuk devletinin gereği olarak, bireye dinlenilme, hukuki yardım ve belgelere erişim hakkının tanınması; ilgilinin haklı beklentilerine uygun davranılması; karar verme sürecinde tarafsızlık, usulde paralellik, ölçülülük, oranlılık ve nihayet işlemin tespitinde gerekçe ve başvuru yollarının gösterilmesi gibi pek çok ilke ve hakkın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu noktada iyi yönetim, bireyin, insan onuruna yakışır bir muameleye tâbi

³⁴ Duran, s.16.

³⁵ Karakul, s.62.

³⁶ Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) (2020), s.11.

tutulduğu, makul ve haklı her türlü beklentisinin gerçekleştiği, her zaman yanında hissettiği, kendisine güven duyduğu şeffaf bir yönetimdir³⁷.

İyi yönetim konusunda önemli belgelerden biri, 7.12.2000 tarihinde kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartıdır. Şartın değişik maddelerinde iyi yönetimin sağlanmasına yönelik ilkeler ortaya konulmakla birlikte 41'inci maddesinde özel olarak "İyi Yönetim İsteme Hakkı" düzenlenmiştir. Örneğin; 8'inci maddede kişisel verilerin korunması, 20'nci ve 21'inci maddelerinde eşitlik ve ayrımcılık yasağı, 42'inci maddesinde belgelere erişim hakkı ve 44 üncü maddesinde dilekçe hakkına yer verilmiştir. Avrupa Birliği Ombudsmanının, Avrupa Adalet Divanı kararlarından yararlanarak ve uygulamalardaki kötü yönetim örneklerinden yola çıkarak hazırlamıştır. Avrupa Parlamentosu tarafından 2001 yılında kabul edilen Avrupa Doğru İdari Davranış Yasasının giriş kısmında, yasanın amacının, vatandaşların, AB kurumlarından hangi idari standartları beklemeye hakları olduğu konusunda bilgi sahibi olmalarına yardımcı olmak ve iyi idare ilkesini daha somut hale getirerek, en yüksek idare standartlarının teşvik edilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir³⁸.

Türkiye'de iyi yönetim ilkelerinin hukuki çerçevesi, çoğu Avrupa Konseyi üyesi devlet gibi Anayasa'da açıkça ifade edilmemiştir. Ancak Anayasanın farklı maddelerinde iyi yönetime ilişkin pek çok ilkeye rastlamak da mümkündür. Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi, 10. maddesindeki eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesi, 12. maddesindeki temel hakların niteliği, 40. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin korunması, 74. maddesindeki dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı, 123. maddesindeki idarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği, 125. maddesindeki yargı yolu, 128. ve 129. maddelerindeki kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler iyi yönetime ilişkin birtakım temel kuralları da içermektedir³⁹.

³⁷ **Akyılmaz, Bahtiyar** (2003) "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası", GÜHFD, C:7, S:1-2, s.2.

³⁸ **Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)** (2020), s.18.

³⁹ **Karakul**, s.94.

Türkiye'de 2012 yılında Kamu Denetçiliği Kurumunun kurulması ve şikâyet başvurularını kabul etmesiyle birlikte, iyi yönetim ilkelerinin hukuki ve idari denetim ölçütü olarak değerlendirilmesinde yeni bir dönem başlamıştır⁴⁰.

F. İDARENİN BAŞLICA DENETİM YOLLARI

1. Genel Olarak

Hukuk devleti için, temel kamu haklarının tanınması ve güvence altına alınması ile idarenin hukuka bağlı olması anayasal ve yasal bir yükümlülüktür⁴¹. İdarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması, denetim ile mümkün olmaktadır⁴².

Türkiye Cumhuriyeti'nde, idarenin denetlenmesi konusunda, idari denetim, kamuoyu denetimi, parlamento denetimi ve yargısal denetim gibi farklı seçenekler bulunmaktadır⁴³. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devletin eylem ve işlemleri karşısında korunabilmesi için gerçekleştirilen hukuka uygunluk ve yerindelik denetimi kapsamında yer alan, yargısal denetim, idari denetim, parlamento denetimi (siyasal denetim)⁴⁴ ile kamuoyu denetimi, basın denetimi ve uluslararası denetim yer almaktadır⁴⁵.

Çalışmamızda bu denetim yollarının başlıcalarından olan “İdari Denetim” ve “Yargısal Denetim”e yer verilerek, KDK Denetiminin farklı yönleri açıklanmıştır. Zira Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nda “idare” kavramının geniş biçimde tanımlanması; denetime tabi tutulan öznenin sayısının artmasına ve kapsam olarak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun faaliyet alanının genişlemesine sebep olmaktadır⁴⁶.

⁴⁰ **Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)** (2020), s.6.

⁴¹ **Kahraman**, s.356.

⁴² **Kaplan**, s.97.

⁴³ **Erhürman**, s.179.

⁴⁴ **Kestane, Doğan** (2006) “Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)”, Maliye, S:151, s.130.

⁴⁵ **Aktel/Kerman/Altan ve diğerleri**, s. 22.

⁴⁶ **Kaplan**, s.97.

2. İdari Denetim

İdare, öncelikle iç denetim yaptırarak, kendi işlem ve eylemlerinin usule uygun olarak gerçekleşmesinin sağlamaya çalışmaktadır. Bu denetim idarenin kendi içindeki teftiş kurulları veya benzeri birimlerce gerçekleştirilmektedir. Ancak idarenin kendi içinde denetim gerçekleştirmesi, her zaman objektifliği sağlamamakta ve sonuç alma açısından yeterli olmamaktadır.

Ayrıca Sayıştay ve iç denetim birimlerince yapılan denetim neticesinde idarenin işleyişi ile ilgili sorunların çözülmesi, kaynak kullanımının etkinliği gibi meselelere yoğunlaşmaktadır. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumu, idarelerin yerine getirmiş olduğu eylem ve işlemler ile idarelerin tutum ve davranışlarını idare birey ilişkileri çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu bağlamda henüz işlem ve eylemlerin hukuka ve hakkaniyete uygunluğu incelenirken veya vatandaşın ya da idarenin haklılığı ortaya çıkarılırken Kurumun hem vatandaşa hem de idareye karşı tarafsız olması ve bunu yansıtması gerekmektedir. Sonuçta denetimin hata bulmak, cezalandırmak şeklindeki özelliklerin dışında; rehberlik etmek, yol göstermek ve sorunları uzlaşa ile çözmek amaçlarıyla, Kamu Denetçiliği Kurumu bu alandaki bir ihtiyacı gidermektedir. İdareler açısından bu yönlerde katkı sağlamakla birlikte tarafsız ve bağımsız bir kurum tarafından nitelikli ve kapsamlı incelemeler yapılarak vatandaşlar açısından da oluşabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından önem taşımaktadır⁴⁷.

İdari makamların tesis ettiği idari işlem ve eylemlere karşı bireylerin sahip olduğu hukuki başvuru yollarından biri, Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapılan şikayet başvuruları olmuştur⁴⁸. Zira idareyi denetleyecek olan kurumların merkezi yönetim hiyerarşisi içerisinde yer almaları bu kurumlardan beklenen faydaları azaltmaktadır. Bir denetim kurumunun en önemli özelliği bağımsız olmasıdır. İç denetim organları açısından ise bu imkan mevcut değildir. KDK'nın yerel idarelerle ve merkezi idareyle olan ilişkileri bakımından önemli olan husus; Kurumun klasik bir denetim yöntemi gibi hata bulma odaklı çalışmamasıdır. Bir başka deyişle, Kurum daha çok hataların düzeltilmesi, yönlendirilmesi, cezalandırmaktan ziyade gönüllü bir iş birliği ile

⁴⁷ Zopa, s.221.

⁴⁸ Kaplan, s.113.

haksızlıkların ve hukuksuzlukların giderilmeye çalışılması için çaba göstermektedir. Kurumun verdiği kararlar ile sadece yanlışlar, eksiklikler bulunmamakta vatandaş ve idare arasındaki diyalogun artırılması sağlanmaktadır⁴⁹.

Zira hukuk devletlerinde önemli olan, haksızlığın tespit edilip ortadan kaldırılması için gerekli olan kurumların tesis edilmesidir. Kamu Denetçiliği Kurumu, bu ihtiyacı karşılamakta ve yaptığı çalışmalar neticesi vatandaş ile idare arasındaki bağı güçlendirmektedir. Zira kişi idarenin kendine karşı yaptığını düşündüğü haksızlığı bir başka kurum vasıtasıyla ortadan kaldırmakta, dolayısıyla bu durumun sistemden değil kişiden kaynaklanan bir hata olduğunun idrakine varmasına yol açmaktadır.

3. Yargısal Denetim

İdari yargının, hukuk devletini gerçekleştirmede en önemli denetim araçlarından biri olduğu şüphesizdir⁵⁰. Uyuşmazlık giderilebilmesinde akla gelen ilk yöntem, dava açmak yoluyla yargı mercilerinin uyuşmazlığı çözmesini istemektir. Buna karşın vatandaşın idare ile sorun yaşadığında ilk müracaat edeceği mekanizma olan yargı, uzun sürmekte, masraflı olmakta ve mahkemeler sadece hukukilik denetimi yapmaktadır. Üstelik kişinin yargıya başvurması, çalışma düzenini de olumsuz etkileyebilmektedir. Kişiler bu nedenle, bir başka yöntem olarak gizli müracaatın da mümkün olduğu, Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuruda bulunmayı tercih edebilmektedirler.

Zira 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 11'inci maddesiyle, Anayasa'nın 125. maddesinde değişiklik yapılarak hukuka uygunluk denetiminin hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılmayacağı da vurgulanmıştır. Bu noktada, mahkemeler sadece hukukilik denetimi yapılıp, yerindelik denetiminden kaçınırken Kamu Denetçiliği Kurumu, hukukilik denetimi dışında hakkaniyet ve iyi yönetim ilkeleri yönünde denetim gerçekleştirmektedir. Elbette Kamu Denetçiliği Kurumu kararlarında, vatandaşlık odaklı çalışma yaparken, idarenin takdir

⁴⁹ Zopa, s.231.

⁵⁰ Kahraman, s.356.

yetkisinin varlığını, hizmet verirken öncelikler listesi yapma zorunluğunu da göz önünde tutmaktadır.

4. KDK Denetimi

Ülkemizde Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kurulması ile birlikte var olan denetim mekanizmalarına yeni bir denetim mekanizması da eklenmiştir⁵¹. Elbette özellikle vurgulanması gerektiği üzere Kamu Denetçiliği Kurumu, idari yargının yerini alabilecek bir kurum olarak tesis edilmemiştir. Aksine yasa gerekçesinde Kamu Denetçiliği Kurumunun amaçlarından birinin yargının iş yükünü azaltmak olduğu ifade edilmektedir⁵².

Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından klasik denetim organlarından farklı inceleme ve denetleme gerçekleştirilmektedir. Klasik denetim araçlarında olduğundan farklı olarak kamu denetçiliği kurumu yöneticileri ve personeli var olan sorunların uzlaşısı ile çözülmesi için faaliyet göstermektedir. Yargı yolları denenmesine gerek kalmadan ya da vatandaşların hakları ihlal edilmeden sorunlara hızlı ve pratik çözümler getirilebilmesi, Kamu Denetçiliği Kurumu için beklenen en büyük faydalardan biridir. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun verdiği kararların tavsiye niteliğinde olması, idarelerle doğru iletişim ve işbirliği içerisinde bulunması sorunların çözümünde idarenin olumlu bir yaklaşım benimsemesine imkan sağlamaktadır. Bu itibarla Kamu Denetçiliği Kurumu'nun aslında denetimin yumuşak yüzü olarak görülmesi belki de sorunların daha kolay ve etkili çözülmesine katkıda bulunmaktadır⁵³.

Yargı dışı bir denetim mekanizması olan ombudsmanlık müessesesi, idari işleyişte var olan hukuka aykırılıkların önceden tespit edilmesinde ve bunlardan ileri gelebilecek zararların önüne geçilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu, iyi yönetim ilkeleri çerçevesinde, idari işleyişin iyi olmasına ve bireylerin hak arama özgürlüğüne katkı sağlayan bir kuruluştur⁵⁴.

⁵¹ Zopa, s.226.

⁵² Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Genel Gerekeç, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1158.pdf>> s.e.t. 21.02.2022.

⁵³ Zopa, s.225-226.

⁵⁴ Kaplan, s.113.

Kamu Denetçiliği Kurumunun önemi, kamu gücü otoritesini kullanan ve vatandaşlar karşısında üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılan idarenin eylem ve işlemleri karşısında, daha zayıf ve korumasız olan yurttaşları koruması ve savunması noktasında görülmektedir⁵⁵. Bu noktada Kamu Denetçiliği Kurumu vatandaşın yanında yer almakla birlikte, idarelerin de karşısında olan bir Kurum değildir. Nitekim idareler ile iletişimin açık olması ve işbirliğinin sağlanması denetimlerin baskıdan uzak olduğu anlamına gelmektedir. Bu anlayışla özellikle idarelerle ilişkileri gelişmiş, verilen kararlara önyargı ile yaklaşmayan ve yapıcı ilişkilerin kurulduğu idarelerle kararların uygulanabilirlik oranlarını da artıracakı düşünülmektedir⁵⁶.

Kamu Denetçiliği Kurumu, özellikle aynı konulu başvurular hakkında çalışma yaparak ilgili idare ile görüşmek suretiyle, dostane çözüm oranlarını artırmaktadır. Bir başka ifadeyle, Kurum, idare ile görüşmek suretiyle, aynı sorunla karşılaşan fakat Kuruma başvurmayan kişilerin de problemlerine çözüm aramaktadır. Bu suretle aynı iyi yönetim uygulamalarının, Kamu Denetçiliği Kurumuna henüz müracaat etmeyen/edemeyen başvuruçulara uygulanmasını da sağlanmaktadır. Önemli olan başvuru üzerine aynı konuya ilişkin tek/yeknesak karar verilmesi kadar, aynı nitelikteki kişiler için başvuru yapmadan, onları etkileyecek genel nitelikli kararların verilmesidir. Bu nedenle Kurum kararlarının katma değeri aynı konumda olan ve başvuru yapmadan da karardan etkilenen yüzbinlerce vatandaşını ilgilendirmesi potansiyeli nedeniyle oldukça yüksektir.

Nitekim Türkiye’de köklü bir idari yargı geçmişi olmasına rağmen vatandaş haklarının yargısal korunması aşamasında çeşitli sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Türkiye’deki yargı sistemi ne kadar gelişmiş olursa olsun vatandaşların başvuru yapma aşamalarında belirli kurallar ve yöntemler vardır. Bu biçim kurallarına bağlı olarak çalışan yargı sistemi zaman almaktadır⁵⁷. Şikâyet yoluyla harekete geçen Kamu Denetçiliği Kurumunun en önemli özelliği ise şekilcilikten uzak bir yöntemin benimsenmesidir. Kamu Denetçisi, kendisine yapılacak başvurularda herhangi bir biçim koşulu aramamakta,

⁵⁵ Kahraman, s.356.

⁵⁶ Zopa, s.217.

⁵⁷ Demir, s.5, 6.

başvuru için avukat olmak ya da konu hakkında hukuki bilgiye sahip olmak zorunluluğu da bulunmamaktadır⁵⁸.

İdarenin Kamu Denetçisinin önerilerini dikkate alması durumunda, işleyiş sürecindeki sorunlu alanlarını iyileştirme ve bu sayede de olası uyuşmazlıklar henüz meydana gelmeden onları ortadan kaldırma imkanına kavuşmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu, idari yargıda olduğu gibi idare tarafından gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Bu noktada İdari yargı ile Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görev alanı, çalışma şekilleri, olaylara yaklaşım ve çözüm yöntemleri birbirinden farklıdır⁵⁹.

Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru, kurumun doğası gereği, idari yargıda dava açmaktan daha kolay, daha ucuz ve daha az şekilcidir⁶⁰. Ayrıca idare hakkında şikâyetleri olan vatandaşların yargı yoluna başvurmaları sonucu, yargının iş yükü çoğalmakta ve yargı sürecinin vatandaşların başvurularına hızlı bir şekilde çözüm üretememesi sonucu sorunlar tatminkâr bir ölçüde çözüme kavuşturulamamaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu ise, kötü yönetim uygulamalarına karşı mücadele ederek idare ile vatandaş arasında meydana gelen sürtüşmeleri en aza indirmektedir⁶¹.

Kamu Denetçiliği Kurumu kararları ile sonuç alındığında, uyuşmazlıkların yargı yoluna gidilmeksizin çözülmesi sağlanmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu, hem yargının yükünün azaltılmasına, hem kişilerin ulaşmak istedikleri sonuca daha çabuk ve kolay ulaşmasına katkı sağlamaktadır⁶². Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu gerekçesinde de ifade edildiği üzere, idarenin mümkün olduğu kadar Kurumun önerilerini değerlendirmeye alarak uyması ve idarî yargının yükünün azaltılması hedeflenmektedir⁶³. Kuruma müracaat, idare mahkemelerine müracaat sayısını

⁵⁸ **Erhürman**, s.173.

⁵⁹ **Demir**, s.9.

⁶⁰ **Erhürman**, s.175.

⁶¹ **Demir**, s.8.

⁶² **Kaplan**, s.98.

⁶³ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Genel Gerekeç, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1158.pdf>> [s.e.t. 21.02.2022.](#)

da azaltmaktadır. Ayrıca Kamu Denetçiliği Kurumunun sorunu çözmesi durumunda, başvurucular ya bizzat hizmet aldıkları ya da çalıştıkları idare ile çekişmeli olmaktan da kurtulmaktadır.

II. ALT İŞVERENLİK VE ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN KADROYA GEÇİŞ SÜRECİ

A. GENEL OLARAK

İş hukukundaki üçlü ilişkilerden biri olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi, uygulamada çok sık görülmekte ve çalışma yaşamının önemli sorunlarından birini oluşturan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁴.

İş Hukukunda asıl olan işverenin kendi işçisi ile mal veya hizmet üretmesidir. Ancak, çeşitli ekonomik ve teknolojik sebeplerden dolayı işverenler, bazen işin bir bölümünü başka bir işverenin işçileri vasıtasıyla yapmaktadırlar. Özellikle, teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni uzmanlık alanları, maddi imkânsızlıklar, kamudaki kadro kısıtlılığı, amansız rekabet şartları gibi bir takım mali ve teknik sebeplerden dolayı işverenler, kendi istihdam ettikleri işçilerle birlikte başka işverenin işçilerinin devreye girdiği alt işveren ilişkisi gibi düzenlemelere de yönelmektedirler. Alt işverenlik, işverene işyerindeki mal veya hizmet üretimini başka bir işverenin işçileri vasıtasıyla gerçekleştirme imkânı sağlayan bir uygulamadır⁶⁵. Bu noktada işverenin kendi işçileri ile üretim yapması, iş hukukunda asıl olduğu halde, 1980'li yıllardan itibaren küreselleşme süreci ile ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu, işletmeler, küresel pazarda rekabet koşullarına uyumlu stratejiler izlemeye başlamış ve esneklik aracı olarak, üretim ve istihdamı dışsallaştırma stratejilerini izlemişlerdir⁶⁶.

⁶⁴ **Zincirlioğlu, Candan Albayrak** (2015) "Alt İşveren İlişkisi ve Benzer Hukuki İlişkilerle Karşılaştırılması", Karatahta / İş Yazıları, S:2, s.103.

⁶⁵ **Koç, Muzaffer** (2016) "Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik" Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler, C:4, S:2, s.86.

⁶⁶ **Güzel, Ali** (2010) "Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru", Çalışma ve Toplum, C:4, S:27, s.16.

Dünyada kamu, 1980’li yıllardan itibaren uygulamaya konulan yeni liberal politikalarla küçültülmüştür⁶⁷. Sosyal devlet zayıflamış, 1990’lı yıllarda kamuya ait işletmelerin ve fabrikaların özelleştirilmesi ile hızlanan bu süreç, günümüzde ulaşımdan haberleşmeye, eğitimden sağlığa, kültürel ve sanatsal faaliyetlerden, belediye hizmetlerine kadar bütün alanlarda kamu hizmetlerinin daraltılarak ticarileşmesine yol açmıştır⁶⁸.

Çalışma yaşamındaki taşeron uygulaması, işlerin veya hizmetlerin asıl işveren adına yapılması anlamına gelmektedir⁶⁹. Günümüz Dünyasında iş hukuku, sosyal politika ve endüstri ilişkileri alanında tartışmalara konu olan taşeron işçiliğinin tarihi, neredeyse sanayi toplumuyla özdeşir⁷⁰. Söz konusu işlerin aslında başka işverenlere verilmesi istisnai bir durumdur ve ancak Kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde, gerçekleştirilmesi mümkündür⁷¹. Buna karşın günümüzde özellikle inşaat sektörü gibi bazı sektörlerde ve işletmelerin temel faaliyet alanının dışında kalan işlerde kullanılan taşeron işçiliği artık istisnai bir istihdam biçimi olmaktan uzaklaşarak, egemen bir istihdam biçimi haline gelmiştir⁷².

Kamu kesiminde alt işveren uygulama sebeplerinden bir tanesi de, özelleştirme uygulamalarıdır. Aslında, alt işverenlik, özelleştirmenin uygulama yöntemlerinden bir tanesi olarak görülmüştür⁷³. Zira kamu sektörü, işgücü açısından önemli bir istihdam alanıdır. Dünyada, sosyal devlet politikalarının yerini neoliberal politikaların alması anlayışı, devletin bir başka deyişle

⁶⁷ 2014 yılında yapılan bir çalışma, 27 Avrupa Birliği ülkesinde alt işveren kapsamında çalışan işçi sayısının 4 buçuk milyon civarında olduğunu göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TRT Haber**, “Türkiye’de Kaç Taşeron İşçi Çalışıyor?”, 21.05.2014, <<https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/turkiyede-kac-taseron-isci-calisiyor-128304.html>> s.e.t. 06.03.2022.

⁶⁸ **DİSK/Genel-İş Sendikası** (2014) “Kamu İstihdam Bülteni”, Emek Araştırmaları, s.3. <<https://docplayer.biz.tr/9002834-Kamu-istihdam-bulteni.html>> s.e.t. 15.01.2022.

⁶⁹ **Kaya, Gazanfer** (2015) “Kamudaki Taşeron İşçiler Üzerine Bir Alan Araştırması: Adıyaman Örneği” Elektronik Sosyal Bilimler, C:14, S:55, s.257.

⁷⁰ **Etçi, Hilmi/Kağnıcıoğlu, Deniz** (2017) “Kamuda Taşeron Olarak Çalışan İşçilerin Sendikal Algısı Eskişehir Örneği”, Çalışma ve Toplum, C:1, S:52, s.76.

⁷¹ **Koç**, s.66.

⁷² **Etçi/Kağnıcıoğlu**, s.76.

⁷³ **Aykaç, Hande Bahar** (2011) İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, Beta, s.24.

kamunun küçültülmesi ve de özelleştirmeleri beraberinde getirmiştir. Devletin küçülmesi gerekliliği anlayışı, diğer pek çok alanda olduğu üzere kamu istihdam alanına da yön vermiştir. Türkiye bu sürece 1980'lerin başında dâhil olmuş, akabinde kamu kurumları özelleştirilmeye başlanmıştır⁷⁴. Bu suretle ülkemizde taşeron işçiliği özellikle karayolu, köy hizmetleri ve devlet su işleri alanlarında yoğun bir biçimde kullanılmaya başlanmıştır. Maliyetlerin düşürülmesi için hizmet satın alma yoluyla yapılan taşeron firmalar aracılığıyla personel istihdamı ilk olarak temizlik, güvenlik, yemek vb. uygulamalarla başlamış, daha sonraları kurumların kendi asli işlerini de kapsayacak şekilde genişleyerek devam etmiştir⁷⁵.

Türkiye'de taşeron ilişkisinin iş hukuku alanına girmesi, 3008 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1936 yılına kadar uzansa da, endüstride taşeron uygulamalarının yaygınlaşması, özellikle kamu sektöründe yaygınlaşmaya başladığı dönem⁷⁶ olan 1980'li yıllardan sonra olmuştur⁷⁷. Nitekim Türkiye'de 1980'lerden itibaren kamu sektöründeki taşeron uygulaması öncelikle belediyelerde temizlik işlerinde başlamıştır⁷⁸. Bu noktada alt işverenlik uygulaması, çalışma hayatının gereksinimlerinden biri olarak, ekonomik koşulların etkisiyle 1980'li yıllarda yaygınlaşmaya başlamıştır⁷⁹.

Alt işverenlik uygulamalarının gösterdiği gelişmeye paralel biçimde, alt işveren işçilerinin çalışma koşulları üzerindeki tartışmalar hem ülkemizde, hem de dünyada artmıştır⁸⁰. Zira taşeron işçi uygulaması, sadece Türkiye'de değil tüm dünyada tercih edilen bir istihdam biçimi haline gelmiştir. Almanya ve

⁷⁴ Kaya, s.258.

⁷⁵ Tiyek, Ramazan (2014) "Devletin Endüstri İlişkilerindeki Rolü ve Taşeron Çalışma" HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum, C:3, S:7, Ankara, s.24, Etçi/Kağnıcıoğlu, s.79.

⁷⁶ Etçi/ Kağnıcıoğlu, s.79.

⁷⁷ Şafak, Can (2004) "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi", TBB, S:51, s.111.

⁷⁸ Kaya, s.259.

⁷⁹ Sayın, Ali Kemal (2015) "Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar", Sosyal Siyaset Konferansları, S:69, s.80.

⁸⁰ Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (2012) "Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren", TİSK, Yayın No: 318, s.5.

Hollanda'da işletmelerin yarısından fazlası, İsviçre, Fransa ve İrlanda'da ise yüzde 40'ı taşeron işçi çalıştırmayı seçmişlerdir⁸¹. Bu konuda taşeronlaşmada yaşanan bu yayılmayı doğrular nitelikte yapılan bir araştırmada, Batı Almanya ve Hollanda'da işletmelerin yarısından fazlasının, İngiltere, İsviçre, Fransa ve İrlanda'da ise en az % 40'nın taşeron kullandıklarını göstermektedir⁸².

Alt işveren olgusuna bağlı olarak ortaya çıkan taşeron işçilik, günümüz Türkiye'sinin kamu sektöründe oldukça yaygınlık kazanan bir istihdam biçimidir⁸³. Asıl işveren alt işveren ilişkisi, uzun yıllardan beri Türk İş Hukuku uygulama ve öğretisinin en önemli konularından biri olmuştur⁸⁴. Bir işyerinde, işyerinin sahibi ya da işletmecisi olan asıl işverenden iş alan, bu işi işyerinde kendi işçileriyle gören diğer işverene "alt işveren" denmektedir. Gündelik dilde alt işveren yerine taşeron sözcüğü daha sık kullanılmaktadır⁸⁵.

B. KAMUDA ÇALIŞAN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN KADROYA GEÇİŞİNİ SAĞLAYAN YASAL DÜZENLEMELER

1. Genel Olarak

Kamu kurumlarında alt işveren uygulamasının yaygınlaşması ile, asıl işveren - alt işveren ilişkilerinin getirdiği sorunlar da giderek artmış, adeta kanayan bir yara haline gelmiştir⁸⁶. Özellikle bireysel iş hukuku temelinden başlayan alt işverenlik sorunları, iş sağlığı güvenliği, sosyal güvenlik ve toplu iş hukuku alanlarında da görülmektedir. Bu sorunların ve etkilediği alt işveren işçisi sayısının artması sürekli daha fazla uyuşmazlığın yargıya intikal etmesine yol açmıştır. Yargıtay ve doktrin, asıl işveren - alt işveren ilişkilerine yönelik

⁸¹ **Özkal Sayan, İpek** (2018) "Türkiye'de Kamuda Taşeron İşçi İstihdamı: 696 Sayılı KHK'ya İlişkin Bir Değerlendirme", *Emek Araştırma*, C:3, S:2, s.52.

⁸² **Çolak, Aytül** (2017) "Subcontracting Tendency of Public Sector in Turkey, Türkiye'de Kamu Kesiminin Taşeronlaşma Eğilimi", *International Journal of Social Sciences and Education Research*, C:3(3), s.1005.

⁸³ **Kaya**, s.257.

⁸⁴ **Kabakçı, Mahmut/Hacıoğlu, Arzu** (2016) "Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi", *Sicil İş Hukuku*, S:36, s.92.

⁸⁵ **Etçi/Kağnıcıoğlu**, s.77.

⁸⁶ **Özkal**, s.57.

içtihat ve yorumlarla sorunları çözmeye çalışmışsa da yeterli olmamıştır⁸⁷. Yargıtay, doktrin tarafından isabetli bulunan içtihatları ile kamu kuruluşlarındaki gerçek irade işçi temini olduğu halde alt işveren işçisi olarak çalıştırılan işçiler için yapılan uygulamaları muvazaalı işlem olarak tanımlamakta ve baştan itibaren bu işçileri asıl iş veren işçisi olarak kabul etmektedir⁸⁸.

Hizmet alım ihaleleri ile sürekli işçi istihdam edildiğinde ihale dönemleri sona erdiğinde yeni dönem için ihaleyi bazen aynı alt işveren yeniden almakta, bazen de yeni bir alt işveren devreye girmektedir. Her iki durumda da çoğunlukla çalıştırılan alt işveren işçileri aynı kişiler olmaktadır. Aynı kişilerin çalışmaya devam etmesi asıl işverenin çeşitli açılardan tercih nedeni olmaktadır. Burada hizmetinden memnun kalınan işçilere duyulan güven önemli bir faktördür. Alt işverenler ise asıl işverenin memnun olduğu kişileri çalıştırmaya devam etmekle bir sorun yaşamamakta, ayrıca yeterli sayıda uygun nitelikte işçi arayıp bulma telaşından kurtulmaktadır. Çalışan işçiler ise kamu kurum veya kuruluşlarının veya ortaklıklarının işyerlerini asıl işyerleri olarak değerlendirmekte, alt işverenler değişse bile aynı yerde çalışmaya devam edebildikleri sürece kendilerini güvende hissetmektedirler. Günün birinde asıl işyerinde daimi bir işçi kadrosuna atanabilmek doğal olarak en büyük beklentileri olmaktadır⁸⁹.

Alt işveren işçileri ile ortaya çıkan sorunlar, zamanla siyaset alanında da karşılık bulmuş, kanun koyucu çeşitli yasal değişiklikler yaparak söz konusu sorunlara çözüm aramıştır⁹⁰. Sonuçta, alt işveren işçileri ilgili önemli değişiklikler yapıldığı gibi, taşeron işçilerinin sürekli işçi kadrolarına geçişleri konusunda yasal düzenlemeler yapılmıştır.

⁸⁷ **Karabacak, Emre** (2018) Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, S:22, Ankara, s.1.

⁸⁸ **Süzek, Sarper** (2016) “Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Temini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C: I, İstanbul, s.707.

⁸⁹ **Gerek, Nüvit** (2007) “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, S:15, s.87.

⁹⁰ **Karabacak**, s.1.

Yasa düzenlemesinin en önemli tezahürü kadrodur. Çünkü alt işverenlik müessesesinin neden olduğu bireysel düzeydeki en büyük sorun, iş güvencesine ilişkindir. Türkiye’de yasal zeminde iş güvencesi, işçinin iş sözleşmesinin feshine itiraz şartlarını kapsarken, işçiler tarafından çoğu zaman “işten atılma riskinin olmaması” şeklinde yorumlanabilmektedir. Nitekim bu durum taşeron işçiler ile yapılan görüşmelerde ve derneklerin kamuoyu açıklamalarında sık sık dile getirilmiştir. Buna göre taşeron işçiler tarafından sık sık dile getirilen iş güvencesi kavramı daha çok algılanan kavram ile anlam kazanmakta ve “işten atılma riski olmayan iş” şeklinde yorumlanmaktadır⁹¹.

Belli dönemlerde alt işveren işçilerinin mevcut sorunlarını aşabilmek için kendilerine kadro sözü de verilmiştir. Sonunda bu konuda kadroya geçişe ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır.⁹² Süreç içinde iki yasal düzenleme ile, kamuda çalışan alt işveren işçileri, sürekli işçi kadrosuna alınmıştır. Bunlardan ilki, 5620 Sayılı Kanun 04.04.2007 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiş olup, 31.12.2006 tarihi itibarı ile geçici işçileri kapsamıştır⁹³. Diğeri de, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nca 20.11.2017 tarihinde kararlaştırılan 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise, 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olanları kapsamaktadır⁹⁴.

2. 5620 sayılı Kanunla Geçici İşçi Pozisyonunda Çalışanların, Sürekli İşçi Kadroları veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri

Kamu kurum ve kuruluşlarını genel olarak altı gruba ayırmak mümkündür. Bunlar, genel ve katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler (özel bütçeli idareler), döner sermayeli idareler, kanunlarla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları ile özel kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan banka ve teşebbüslerdir. İş Kanununda kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kurum ve kuruluşlar dışında

⁹¹ **Çelen, Ali İhsan** (2019) “Alt İşverenlik Uygulamalarının İşçi Örgütlenmeleri Üzerindeki Etkileri: Taşeron İşçi Dernekleri”, (Doktora), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.53.

⁹² **Özkal**, s.62.

⁹³ Resmi Gazete, S: 26500, T: 21/04/2007, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt : 46.

⁹⁴ Resmi Gazete, S: 30280, T: 24.12.2017.

“bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıkları” hakkında ayrıcalıklı düzenlemelere yer verilmiştir⁹⁵.

04.04.2007 tarih, 5620 sayılı Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 3’üncü maddesinde, yasa ile kamuda çalışan işçilere kadrolu ya da sözleşmeli işçi olarak istihdam edilmeleri sağlanmıştır.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun; “İnceleme ve araştırma başlıklı 20’nci maddesinin birinci fıkrası; “Kurum, inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırır.” hükmünü içermektedir. Yasadaki 6 ay süre koşulu, Mahkemeler kanalı ile Anayasa Mahkemesine getirilmiş olup, Mahkeme bu düzenlemenin hukuka uygun olduğu ve zaten hak kaybına yol açmayacak şekilde istisnaların düzenlendiği ifadesiyle yasayı iptal etmemiştir⁹⁶. Böylece 5620 sayılı Yasa, Anayasa Mahkemesi denetiminden de geçmiş bulunmaktadır.

Doktrinde ifade edildiği üzere 4857 sayılı Kanun’la getirilen düzenlemelerin, taşeron meselesinin çözümlenmesi açısından yeterli ve tatmin edici olduğunu söylemek güçtür⁹⁷. Bu durum sıklıkla eleştiri ve tartışmalar yol açmıştır. Bu noktada yasa koyucu alt işveren işçilerini sürekli işçi kadrolarına alarak mevcut tartışmaları azaltmıştır. Böylece geçici işçilerin yeterli siyasal baskı gücüne eriştiklerinde sürekli işçi veya sözleşmeli personel kadrolarına geçmesi 2007 yılında mümkün olmuştur⁹⁸.

5620 sayılı Kanununun genel gerekçesinde, kamuda geçici işçi çalıştırılmasının uygulamada geçici olmaktan çıkarak sürekli bir istihdam şekli haline geldiği ve sekreterlik, bilgisayar işletmenliği, hizmetli ve hemşirelik görevlerinde olduğu gibi işçi istihdamıyla ilgili olmayan alanlarda da yaygınlaştığı ifade edilmiştir. Getirilen düzenleme ile kamu kesiminde geçici işçi istihdamının yılın belirli dönemlerinde geçici mahiyette yürütülmesi

⁹⁵ **Güleşçi, Yusuf** (2013) Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması, Ankara, Adalet, s.147.

⁹⁶ AYM, E: 2007/56, K: 2009/84, T: 11.06.2009, Resmî Gazete, S: 27534, T: 27.03.2010.

⁹⁷ **Şafak**, s. 128.

⁹⁸ **Cilavdaroğlu Ahmet A.** (2019) “Personel Hizmeti Sunan Belediye Şirketleri,” Sayıştay, S:113, s.186.

gereken belirli bazı hizmetlerle sınırlandırılmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Yasa koyucu bu amaç doğrultusunda, mevsimlik ve kampanya işleri ile orman yangınıyla mücadele hizmetleri haricinde Yasa'nın 1. maddesindeki kurum ve kuruluşlarda geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırmayacağı kuralını getirmiştir. Söz konusu hizmetlerde ise bir mali yılda altı aydan az olmak üzere vize edilecek geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılabilecektir⁹⁹.

5620 sayılı Kanunu usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay veya daha fazla süreyle çalışmış olan yaklaşık 220 bin geçici işçi¹⁰⁰ sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiştir¹⁰¹.

3. 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Taşeron İşçilerin Kadroya Geçirilişi

5620 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile o zamana kadar işe alınan geçici işçi sıfatıyla belirli süreli iş sözleşmesiyle kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilmek mümkün iken, 5620 sayılı Kanunun yürürlüğe girdikten sonra bu uygulamanın yolu kapanmıştır. Kamu kurumlarında işçi alımının sınırlandırılması üzerine de, kamu işverenleri Kamu İhale Kanunu ve diğer kanun hükümleri çerçevesinde hizmet alımı sözleşmesi yaparak, kamu işyerlerinde yükleniciler vasıtasıyla işçi çalıştırma yoluna gitmişlerdir¹⁰².

Buna ilişkin yasal düzenlemeler yapılırsa da Türkiye'de özellikle son yıllarda kamu kesiminde ihaleler yoluyla çalıştırılan işçilerin yaşadıkları sorunlar önemli bir yer tutmuştur. Son yıllarda kamu kesiminde işçi istihdam politikası, kadrolu işçi istihdam etmek yerine 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

⁹⁹ AYM, E: 2007/56, K: 2009/84, T: 11.06.2009, Resmî Gazete, S: 2753, T: 27.03.2010.

¹⁰⁰ Tezel, Ali (2016) "Taşeron İşçileri ile 5620 Mağdurlarının Haklı Beklentileri", <<https://aliteznel.com.tr/index.php?sid=yazi&id=8321>> s.e.t. 22.03.2022.

¹⁰¹ Cilavdaroğlu, s.186.

¹⁰² Güleşçi, s. 146.

ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde hizmet alım sözleşmesi yolu ile işçi temini olarak şekillenmiştir¹⁰³.

Uygulamada 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde hizmet alım sözleşmeleri yapılarak, kamu işyerlerinde alt işverenler vasıtasıyla işçi çalıştırılmıştır. Hizmet alımı ihalesi yoluyla genellikle yemek, temizlik ve güvenlik görevlisi olarak yardımcı işlerde ve büro hizmetleri, hasta bakımı, teknik servis elemanı olarak asıl işin bir bölümünde işçi çalıştırılabilişlerdir¹⁰⁴.

Bu süreçte farklı çalışma grupları ile gerçekleştirilen araştırmalarda ortaya konan sorunlar, öncelikle yasa değişikliği ile çözülmeye çalışılmıştır. Kamuoyunda Soma Kanunu olarak bilinen 10.09.2014 tarihli 6552 sayılı Kanun bu anlamda önemli olup alt işverenliğe ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir. İlgili yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine kıdem tazminatlarına ilişkin eklenen ve aynı şekilde 6552 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen fıkralarla sendikal hak ihlallerine ilişkin ortaya çıkan sorunlara çözüm getirilmesi amaçlanmıştır. Ancak taşeronluğa ilişkin sorunlar çözülememiştir¹⁰⁵. Bir başka ifadeyle, TBMM'de kabul edilen 6552 sayılı torba yasa ile alt işveren işçilerinin korunmasını ve suiistimal edilmesini önlemek maksadı ile özellikle madencilik sektörünü kapsayan birtakım değişiklikler yapılsa da getirilen düzenlemeler, ülkemizde alt işveren ilişkisi ve bu ilişkiden kaynaklanan işçi haklarının suiistimal edilmesi ve korumasız kalmasını çözmeye yetmemiştir¹⁰⁶.

2014 yılında 6552 sayılı Kanun ile alt işverenlik konusunda yasalarda yapılan değişikliklerin yeterli olmadığı, kamu kurumlarında hizmet alım ihaleleri kapsamında çalıştırılan işçilerin sorunlarının çözümü için istihdam tercihlerin değiştirilmesi, bu işçilerin kamu kurumlarının işçisi yapılması

¹⁰³ Yıldız, Gaye Burcu (2015) "Kamu İşveren Sendikalarının Alt İşverenlerce Yetkilendirilmesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku, S:34, s.90.

¹⁰⁴ Güleşi, s. 166, 167.

¹⁰⁵ Özkal, s.57.

¹⁰⁶ Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (2014) Çalışma Hayatında Güncel Sorunlar, Ankara, s.9.

gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁷. Zira taşeronlaşma sürecinin sonuçları da, çalışma sürelerinden, yıllık ücretli izin hakkının, kıdem tazminatı hakkının uygulanmamasından, iş kazalarının yaygınlaşmasına kadar uzanan geniş bir alanda kendini göstermiştir¹⁰⁸. 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile de, taşeron işçilerin kadro beklentilerini çözüme kavuşturmaya yönelik olarak çıkarılmıştır. 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamuda personel çalıştırılma esasına dayalı, hizmet alımı çerçevesinde çalışma, yüklenici işçilerin sorunları önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır¹⁰⁹.

Taşeron işçilerin sık işveren değişikliği nedeniyle yıllık ücretli izne hak kazanamaması, ücretlerini tam ve düzenli olarak alamamaları, kendileriyle bir yıldan az süreli sözleşme yapılması sebebiyle kıdem tazminatı alamamaları ve işçilere verilen işlerin belirsiz olması sorunlardan bazılarıdır. Taşeron işçilere çeşitli dönemlerde yaşadıkları sorunları tamamen sonlandırmak amacıyla, taşeron işçilerin kadroya geçirilmesi Hükümet tarafından vaat edilmiş ve 2017 yılı itibarıyla 696 sayılı KHK ile yerine getirilmiştir¹¹⁰.

696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici maddeler uyarınca, madde kapsamına giren kamu kuruluşlarına hizmet veren alt işveren işçilerine ilgili kamu kurumlarında sürekli olarak kadroya geçme imkanı getirilmiştir¹¹¹.

696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 23. ve 34. madde ile kamu kurum ve kuruluşları ile il özel idareleri ve belediyelerde 4734 sayılı kanun ve diğer mevzuat hükümler uyarınca personel çalıştırmasına dayalı hizmet alım sözleşmeler kapsamında yükleniciler tarafından 04.12.2017 tarihi itibarı ile çalıştırmakta olanlarla, Kanunda belirtilen kayıt ve koşullarda söz konusu kurum ve kuruluşlara geçiş

¹⁰⁷ Yıldız, s.102.

¹⁰⁸ Öngel, Serkan (2014) “Türkiye’de Taşeronlaşmanın Boyutları”, DİSK-AR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü, s.49.

¹⁰⁹ Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra (2020) Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Onikilevha, s.164.

¹¹⁰ Özkal, s.50.

¹¹¹ Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin, s.61, 62.

hakkı tanınmıştır¹¹². Amaç kamuda çalışan alt işveren işçilerinin, her sene ihale sürecinde sözleşmelerinin uzatılıp uzatılmayacağı konusunda kaygı yaşamak zorunda kalmamalarıdır.

696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 126 ve 127. maddeleri ile 375 sayılı KHK'ya eklenen maddeler, kamu kurumlarında personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı kapsamında çalıştırılan alt işveren işçilerinden bir kısmının, aynı şekilde işçi statüsünde olacak şekilde, kamu kurumları bünyesine geçişlerini düzenlemektedir. İlgili düzenlemeye göre 04.12.2017 tarihi itibarıyla, 5018 sayılı Kanun'a ekli cetvelerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı KHK'ya ekli listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatlarında; ödemeleri merkezi yönetim, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), fon, Kefalet Sandığı, Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı, Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürlüğü bütçelerinden karşılanan veya il özel idareleri ve belediyeler ile bağlı kuruluşlarında ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketlerde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesi kapsamında çalıştırılan alt işveren işçilerinden 02.01.2018 tarihinden itibaren on gün içerisinde yazılı olarak başvuranların, söz konusu maddede düzenlenen şartları taşımak kaydıyla, kamu kurumlarında sürekli işçi statüsünde istihdam edilmek üzere geçişinin yapılacağı düzenlenmiştir¹¹³. 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 127. maddesi ile "Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımı Sözleşmeleri Kapsamında Çalıştırılmakta olan İşçilerin Sürekli İşçi Kadrolarına veya Mahalli İdare Şirketlerinde İşçi Statüsüne Geçirilmesine İlişkin 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 23. ve 24. maddelerine göre, kamuda çalışan alt işveren işçileri sürekli işçi kadrosuna veya işçi statüsüne geçirilmiştir. Kanun Hükmünde Kararname ile merkezi bütçeye tabi kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan alt işveren işçileri Devlet Memurları Kanunu'nun 4/d kadrosuna

¹¹² Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canpolat Talat (2020) İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, İstanbul, Beta, s.121.

¹¹³ Karabacak, s.30.

geçirilmiş, belediye ve il özel idareler ayrık tutulmuş, burada çalışanlar belediye ve iştirak şirketlerinde işçi statüsünde istihdam edilmişlerdir¹¹⁴.

Kanun Hükmünde Kararname sonrasında Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından geçiş sürecinin nasıl işleyeceğine dair bir tebliğ yayınlanmıştır¹¹⁵. Tebliğ ile, incelenme kriterleri, başvuruların incelenmesi, sürekli işçi kadrolarına geçiş yapamayanların tespit komisyonuna itirazı, sınav kurulu ve sınav kararlarına itiraza ilişkin hükümlere ve sürekli işçi kadrolarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Kadroya geçirilme işlemi 02.04.2018 tarihinde sona ermiştir¹¹⁶.

Tebliğe uygun olarak geçiş sürecinin tamamlanmasından sonra daha önce alt işveren işçisi olarak çalışan işçiler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/d maddesi uyarınca işçi olarak istihdam edilmeye başlanmıştır. Bunun sonucunda alt işveren işçilerinin, alt işveren ile olan iş sözleşmeleri sona ermiş, artık kadrolu işçi olarak çalışmalarını, kamu kurumlarında sürdürmeye başlamışlardır¹¹⁷. 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden yaklaşık 850 bin taşeron işçinin yararlandığı ifade edilmektedir¹¹⁸.

III. KADROYA GEÇİRİLEN VE 4/D STATÜSÜNDE KABUL EDİLEN İŞÇİLERİN BAŞVURULARI

Kamu Denetçiliği Kurumuna 2021 yılında yapılan toplam başvuru sayısı 18.843'tür¹¹⁹. 2021 yılında yapılan başvurulardan 726 tanesi ise, "Kamu Personeli-1 alanı" olarak tanımlanan 4/d'li işçilerin başvurularına ilişkindir.

¹¹⁴ Senyen - Kaplan, Tuncay (2019) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi, s.63.

¹¹⁵ Uşan/ Erdoğan, s.62.

¹¹⁶ Senyen - Kaplan, s.64, 65.

¹¹⁷ Uşan/ Erdoğan, s.62.

¹¹⁸ Eriş, Hüseyin/Kabalcıoğlu, Bucak Feray (2018) "Taşeron İşçilerin Kadroya Geçirilmeleri Hakkında Kamu Hastane Yöneticilerinin Görüşleri", Hacettepe Sağlık İdaresi, C:21, S:4, s.724.

¹¹⁹ Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) (2022), s.25. Bu başvurular neticesi, 1.201 adet tavsiye, 403 adet kısmen tavsiye kısmen ret olmak üzere toplam 1.604 adet tavsiye yönünde karar verilmiştir. Ayrıca 3.160 tane dostane çözüm kararı ile sonuçlanan mevcuttur. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) (2022), s.15.

2021 yılında iş hukukuna ilişkin 726 başvuru hakkında; dostane çözüm kararı 52, tavsiye kararı 18, kısmen tavsiye kısmen ret kararı 4, ret kararı 21, gönderme kararı 156, incelenemezlik kararı 102, karar verilmesine yer olmadığına kararı 52, birleştirme kararı şeklinde 233 karar tesis edilmiş olup, 2022 yılına 88 dosya devredilmiştir. 2020 yılına yönelik ise, 2021 yılına devreden 161 dosya mevcuttur. Devreden dosyalara ilişkin, 31 tavsiye kararı, 2 kısmen tavsiye kısmen ret kararı, 41 ret kararı, 26 dostane çözüm kararı, 37 gönderme kararı, 23 incelenemezlik kararı ve 1 karar verilmesine yer olmadığına kararı bulunmaktadır. 2020 yılında devreden ve 2021 yılında yapılan başvurularla ilgili olarak Kamu Denetçiliği Kurumunca, 801 karar tesis edilmiştir. Bu suretle 2021 yılında 4/d’li işçilere ilişkin verilen kararlar; 51 tavsiye kararı, 6 kısmen tavsiye kısmen ret kararı, 62 ret kararı, 78 dostane çözüm kararı, 193 gönderme kararı, 125 incelenemezlik kararı, 53 karar verilmesine yer olmadığına kararı, 233 birleştirme kararı şeklindedir.

Kamu Denetçiliği Kurumuna 2021 yılında yapılan 4/d’li işçilere ilişkin başvurular genel olarak, fiilen yürütmekte olduğu hizmeti ile meslek kodunun birbirine uygun hale getirilmesi, sağlık, aile birliği, engellilik ve can güvenliği gibi mazeretlere dayanan nedenlerle idareler arası yer değişikliği (nakil ve becayiş) talepleri, aynı işi yapan işçiler arasında iş barışını ve iş huzuru ile birlikte hizmet kalitesini düşüren farklı ücret skalası (maaş farklılığı) uygulamasının sona erdirilmesi, maaşların yanlış hesaplanması, maaşlarda yapılan kesintiler, yapılan fazla, gece, bayram mesailerinin, yol ve yemek ücretleri, ikramiyeleri, tazminatları ve alacaklarının ödenmesi, aynı yerde çalıştıkları için diğer istihdam şekillerinde istihdam edilenlere verilen hakların ve ödemelerin kendilerine de verilmesi gibi çeşitli adlar altındaki hakların ödenmesi ve mali haklarında gereken düzeltmelerin yapılması, görev tanımı dışında çalıştırılmaması, başka bir birimde çalıştırılmasının sağlanması, geçici görevlendirmesinin iptal edilmesi, meslek kodunun değişmesi sonucunda da geçmişe dönük olarak maaşında (teknik hizmet farkı gibi) düzeltme yapılması, eğitim durumuna uygun kadrolara atanma, disiplin cezalarının kaldırılması, İŞKUR aracılığı yapılan işe alım ilanlarındaki eksiklikler ve işe alımlarda idarelerce usulsüzlük yapıldığı iddiaları, işyerinde mobbing’e (bezdirmeye) maruz kaldığı iddiaları, çeşitli gerekçelerle sözleşmesi feshedilen ya da kendi

istifa eden işçilerin işe iade talepleri ile fazla mesai ve nöbet uygulamaları, hafta sonu dahil zorla fazla mesai yaptırılması, yıllık izinlerin ve dinlenme saatlerinin kullandırılmaması ve kullandırılmayan izinlerin karşılığının ödenmemesi, emeklilik tarihleri dolduğunda Kanun Hükmünde Kararname de yer alan hüküm gereği idarece istemedikleri halde emekli edilmeleri, geçmişteki görevlendirmelerden kaynaklı harcırah ödemelerinin yapılmaması ve imzalanan toplu iş sözleşmesinin ilgili diğer maddelerine aykırı olduğu iddia edilen diğer hususlar şeklindedir¹²⁰.

Kamu Denetçiliği Kurumu her bireysel başvuru için, her başvurunun somut özellikleri dikkate alınarak ayrı karar tesis etmektedir. Buna karşın kararları bireysel başvuruçularla birlikte, İdare ile aynı sorunu yaşayan diğer kişiler açısından faydalı olmaktadır. Kurum, hukuk, hakkaniyet ve iyi yönetim ilkeleri açısından denetim yaptığı için ana amaç özellikle Tavsiye kararları doğrultusunda, başvuruçuyla aynı konumda olan kişilere de aynı şekilde işlem yapılmasıdır. Bunun için de idarelerle görüşülerek genel uygulamanın değişmesi için çaba sarf edilmektedir. Bu noktada örneğin meslek kodlarına ilişkin verilen Tavsiye kararları sonrası, kişilerin resmi olarak SGK'ya bildirilen işlemlerle uyumlu çalışılması gerektiği noktasında Sağlık bakanlığı gibi genelgeler yayımlanmaya başlanmıştır. Aynı şekilde Kurumun özellikle can güvenliği, kadına karşı şiddete ilişkin ilgili durumlarda yer değişikliği yapılmasına ilişkin tavsiye kararları bulunmaktadır. Akabinde bazı Toplu İş Sözleşmelerinde 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameden farklı olarak, “kadro durumu ve ihtiyaca” göre, nakil konusunda idareye takdir yetkisi verilen hükümlere yer verilmiştir. Ücret artışı gibi bazı başvurular ise, yasa ya da Toplu İş Sözleşmesi değişikliği yapılmasını gerektirdiğinden Kurumun yetkisi dışında kalmaktadır. İdarenin takdir yetkisinin bulunmadığı, konunun yasa ya da Toplu İş Sözleşmesi ile düzenlendiği konularda, idarenin yasa ya da Toplu İş Sözleşmesindeki açık hükme aykırı işlem ya da eylemde bulunma yetkisi mevcut değildir. Bu konular Kamu Denetçiliği Kurumunun yetkisine girmemekle birlikte, başvuruların tespiti, Toplu İş Sözleşmesi ve yasa değişikliğinde kullanılacak veri oluşturması açısından önem arz etmektedir.

¹²⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) (2022) s.349, 350.

SONUÇ

Kamu Denetçiliği Kurumu, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarına saygının geliştirilmesi ile temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında ülkemizde atılan adımların en somut örneklerinden birisini teşkil etmektedir. Kurum, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemektedir. Kamu Denetçiliği Kurumunun bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması olduğu, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli bir kurum olduğu yasa ile de güvence altına alınmıştır.

Kamu Denetçiliği Kurumu, diğer ülkelerdeki Ombudsmanlar gibi mahkeme kararlarından farklı olarak “tavsiye niteliğinde” karar vermektedir. Ancak Kurumun, Anayasal bir güvenceye sahip olması, başdenetçi ve denetçilerin Meclis tarafından seçilmesi ve TBMM adına denetim yaparak, tavsiye kararlarına uymayan idarelerin TBMM Karma Alt Komisyonunun senelik toplantılarına çağrılarak dinlenmesi, Kamu Denetçiliği Kurumu ve kararlarına, başka idarelerde bulunmayan “yumuşak güç” olarak isimlendirilebilecek türden yaptırım gücü sağlamaktadır. Kurumun başvuru almaya başladığı 2013 yılı sonra başvuru sayısının 180 bini bulması, Kurum başarısını ve halkın teveccühünü göstermektedir.

Önemli olan bir Kurumun var olması kadar, etkin olmasıdır. Nitekim Kamu Denetçiliği Kurumunun insan haklarına katkısı bizzat 2021 yılı Mart ayında Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Makamı tarafından açıklanmış olan ve uygulayıcılara yönelik yol haritası olduğu ifade edilen İnsan Hakları Eylem Planında yer almış ve Eylem Planı'nın “Yıllık Uygulama Raporu”nu Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna gönderilmesini düzenleyen güçlendiren düzenlemeler getirilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu şikâyet başvurularını titizlikle inceleyip hak, hukuk, hakkaniyet ve adalet anlayışı içinde sonuçlandırarak, Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi noktasında önemli bir işlev üstlenmiş bulunmaktadır.

2021 yılında tavsiye kararlarına uyum oranının %79'lara ulaşması Kamu Denetçiliği Kurumunun idareler üzerindeki etkinliğinden ve cezalandırma değil, iyi uygulama örneklerini yaygınlaştırmaya yönelik çalışma şeklinden

kaynaklanmaktadır. İdareler, Kamu Denetçiliği Kurumunun Tavsiye kararlarına uymayacaklarsa bunun sebebini yasa gereği 30 gün içerisinde bildirmek zorundadır. Kamu Denetçiliği Kurumunun kararlarının ilan edilmesi, basınla paylaşılması, Kurum sitesinde ilan edilmesi, üniversitelerde hukuk fakültelerinde görüşülmesi, konu yargıya gittiğinde mahkemeye sunulması, İdarelerin kararlara uyum oranının artırılmasını sağlayan unsurlardır.

Kurumun Tavsiye kararı dahi vermesine gerek kalmadan, sadece başvuru ilgilili idareye göndermesi ya da idareden bilgi belge istemesi sonrası idarelerin vatandaşın sorununu çözdüğü dostane çözüm kararları, Kurumun etki ve gücünün göstergesidir. Kurum, kararları ile idareleri iyi yönetim ilkelerine uymaya zorlamaktadır. Kurum, karar tesis edildikten sonra kararlara uyulması için idare temsilcileri ile birebir toplantılar yapmaktadır. Böylece sadece başvuranın müracaat ettiği tek bir karara uyulması ile yetinilmemekte, idarenin uygulama değişikliğine giderek Kamu Denetçiliği Kurumuna müracaat etmemiş kişilerin aynı yöndeki sorunların da çözmesini sağlanmaya çalışılmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun sadece Avrupa'daki emsallerinden farklı olarak, resen inceleme yetkisine sahip olmaması yasa değişikliği yapılması gereken bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Başvuru üzerine karar veren Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvurular, kamu kurumlarında sürekli işçi olarak çalışan başvurular açısından da önem arz etmektedir. Zira Devlet, kamu sektöründe işgücünün önemli bir kısmını istihdam eden bir işveren durumundadır. Kamuda, memur ve sözleşmeli personel olarak işe alımın kesin ve zaman alıcı prosedürlere bağlı olması, aynı zamanda hizmet veren kamu sektöründe bazı işlerin yapılabilmesi için hizmet alım ihaleleri ile alt işveren işçilerinin istihdam edilmesine yol açmıştır. Her sene devam eden hizmet alım ihalelerinde, ihaleyi alan alt işveren değişse dahi, alt işveren işçileri çoğu zaman, işverenlerinin isminden dahi haberdar olmadan aynı kamu kurumunda çalışmaya devam etmişlerdir

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de özel sektörde olduğu gibi kamu sektöründe de alt işveren işçilerinin sayısının artması, kamuda çalışan alt işveren işçilerinin taleplerinin artması ile sonuçlanmıştır. Alt işveren işçileri

çalıştıkları kamu kurumunda, esas işverenleri kamuda çalışan haklarına sahip olmayı talep etmişlerdir. Süreç içinde alt işveren işçilerini korumak için çıkartılan yasa düzenlemeleri ve mahkemelerinin alt işveren işçileri lehine yorumları, mevcut sorunları ortadan kaldırmaya yetmemiştir.

Yapılan araştırmalar, alt işveren işçilerinin en önemli taleplerinin, iş güvencesi olduğunu ortaya koymuştur. Kamuda da çalışsa, alt işveren işçisi, her hizmet alım ihalesinde, yeni alt işverenin sözleşmeyi feshetme tehdidi altındadır. Gelecek sene aynı işi sürdürüp sürdürmeyeceğini bilememek, kişinin borç altına girmesine hatta bankaların kredi vermesini dahi olumsuz etkileyen bir unsurdur. Bu noktada yüzbinlerce alt işveren işçisi, siyasal iradeyi, çalıştıkları asıl işveren olan kamu da istihdam edilmeyi talebinde bulunmuşlardır.

Süreç içinde alt işveren işçilerinin, kamuda sürekli işçi kadrosuna alınmasını sağlayan iki yasal düzenleme gerçekleşmiştir. İlk olarak 04.04.2007 tarih, 5620 sayılı Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yasada yer alan şartları sağlayanların kamuda kadrolu ya da sözleşmeli işçi olarak istihdam edilmeleri sağlanmıştır. 5620 sayılı Kanun ile iki yüz binden fazla geçici işçinin, sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirildiği ifade edilmektedir.

Zaman içerisinde kamuda alt işveren uygulaması tekrar yaygınlaşmıştır. 2014 yılında 6552 sayılı Kanunla alt işveren işçilerine yönelik önemli değişiklikler yapılmış olsa da, yasa değişikliği mevcut sorunları çözmeye yetmemiş, kamu da çalışan alt işveren işçilerinin kadroya geçişini sağlayan ikinci yasal düzenleme yapılmak durumunda kalınmıştır. 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici maddeler uyarınca, madde kapsamına giren kamu kuruluşlarına hizmet veren alt işveren işçilerine ilgili kamu kurumlarında sürekli olarak kadroya geçme imkanı tanınmıştır. Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, personel çalıştırmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 04.12.2017 tarihi itibarı ile çalıştırmakta olanlarla, Kanunda belirtilen kayıt ve koşullarda söz konusu kurum ve kuruluşlara, sürekli işçi

olarak geçiş hakkı sağlanmıştır. Amaç kamuda çalışan alt işveren işçilerinin, her sene ihale sürecinde sözleşmelerinin uzatılıp uzatılmayacağı konusunda kaygı yaşamalarının önüne geçmek olmuştur. Kanun Hükmünde Kararname ile yaklaşık 850 bin işçinin sürekli işçi olarak kamu sektöründe kadroya geçmiştir. Bununla birlikte, sürekli işçi olarak kamuya geçiş, sorunları sonlandırmamış, süreç özellikle ücret, yer değişikliği, ve değişik konularda kamuda çalışan memur ve sözleşmeli personel ile aynı haklara sahip olma talepleri ile devam etmiştir.

Anayasal bir kurum olan Kamu Denetçiliği Kurumunun arabulucu ve uzlaştırıcı rolü, dostane çözümler içinde sorun çözebilme kabiliyeti, en fazla altı ay içinde karar verme zorunluluğu, çok kolay erişilebilir olması ve ücretsiz hizmet vermesi, artık Devlet Memurları Kanunu'nun 4/d statüsünde bulunan işçilerin Kamu Denetçiliği Kurumuna müracaatı sonucunu doğurmuştur. Zira kadroya geçmiş olan sürekli işçilerin yargıya müracaat etmesi yerine, işverenleri olan idarenin işlem, eylem, tutum ve davranışlarını şikayet konusu ettiklerinden Kamu Denetçiliği Kurumuna müracaatları, çalışma barışını olumsuz etkilememektedir. Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurunun ücretsiz ve çok kolay olmasının yanı sıra, bu durum işçilerin yargılama maliyeti, uzun süren davalar, ispat sorunu şeklinde sorunların da ötesinde senelerce kendi işverenleri ile nizalı durumda olmasını engellemektedir.

Nitekim Kamu Denetçiliği Kurumu, tesis ettiği kararlar ile kamu hizmetinin aksamayacağı ve başvuranın haklı olduğunun tespit edildiği durumlarda bireysel mağduriyetlerin çözülmesine vesile olmaktadır. Kurum, talebin haksız olduğu durumlarda İş Kanunu'na tabi olarak çalışmaya devam ettikleri konusunda bilgilendirme yaparak gerekçeyi açıklamakta, bu suretle uzlaştırıcılık görevi ile çalışma barışına katkı sağlamaktadır. Konunun Toplu İş Sözleşmesinde kesin olarak düzenlendiği durumlarda, idarelerin Toplu İş Sözleşmesine aykırı davranma yetkisi olmadığı için Kamu Denetçiliği Kurumu'nun inceleme ve araştırma yapma yetkisi yoktur. Buna karşın sorunların tespiti, yasa değişikliği ya da Toplu İş Sözleşmesi değişikliği için kullanılabilir bir veri alanı sağlamaktadır.

4/d işçi kadrosuna alınan eski alt işveren işçilerinin Kamu Denetçiliği Kurumuna yaptığı başvurular, kadroya geçiş sonrası 4/d'li işçilerin devam eden

sorunlarını göstermesi açısından değerlidir. Resmi olarak SGK'ya bildirilen ile fiili olarak gerçekleşen çalışma arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan meslek kodu değişikliği talepleri, il içi ve il dışı yer değişikliği istemleri, ücretlerin artırılması, ücretlerinin başlangıçtaki ihalelerle göre ayrılaşması değil aynı kadrodaki diğer 4/d'li işçiler ile eşitlenmesi ya da aynı kadrodaki memur ve sözleşmeli personelle eşitlenmesi istemleri, teknik hizmet zammı talepleri, değişen eğitim durumlarına göre statülerinin ve maaşlarının değişmesi, meslekte yükselme sınavına girme, iş tanımının belirlenmesi istekleri, emeklilik yaşına geldiklerinde emekli olmayarak çalışmayı sürdürme yönündeki talepleri, 4/d'li işçilere ilişkin başvuruların belli başlıcaları olarak sayılabilir. Kurum bu taleplere yönelik verdiği kararlarda, hukuki hakkaniyetli ve iyi yönetim ilkeleri yönündeki bilgilendirmeler ile adaletli dostane çözüm yolları ve çalışma barışını tesis ve sürdürme yolunda önemli bir görev ifa etmektedir.

KAYNAKÇA

- Aktel, Mehmet/Kerman, Uysal/Altan, Yakup/Lamba, Mustafa/Burhan, Orhan** (2014) “Türkiye için yeni bir Denetim Modeli; Kamu Denetçiliği (Ombudsman) A New Inspection Model for Turkey; Publis Inspectorship (Ombudsman)”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, C:5 S:9, s.21- 37.
- Akyılmaz, Bahtiyar** (2003) “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, GÜHFD, C:7, S:1-2, s.148-162.
- Aykaç, Hande Bahar** (2011) İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, Beta.
- Cilavdaroğlu Ahmet A.** (2019) Personel Hizmeti Sunan Belediye Şirketleri, Sayıştay, S:113, s.181-205.
- Çelen, Ali İhsan** (2019) “Alt İşverenlik Uygulamalarının İşçi Örgütlenmeleri Üzerindeki Etkileri: Taşeron İşçi Dernekleri”, (Doktora), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canpolat Talat** (2020) İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, İstanbul, Beta.
- Çolak, Aytül** (2017) “Subcontracting Tendency of Public Sector in Turkey, Türkiye’de Kamu Kesiminin Taşeronlaşma Eğilimi”, International Journal of Social Sciences and Education Research, C: 3(3), s.1004-1017.
- Demir, Alp** (2014) “Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Türkiye’ye Sağlayacağı Katkılar ve İşlevselliği Üzerine Tartışmalar”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İİBF, S:1, s.1-12.
- Duran, Hazal** (2021) Türkiye’de İdari Denetim ve Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), SETA, Ankara, S:344, s.1-20.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2020) Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Onikilevha.
- Erhürman, Tufan** (2000) “Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:49, S:1-4, s.155-180.

- Eriş, Hüseyin/Kabalcıoğlu Bucak Feray** (2018) “Taşeron İşçilerin Kadroya Geçirilmeleri Hakkında Kamu Hastane Yöneticilerinin Görüşleri”, Hacettepe Sağlık İdaresi, C:21, S:4, s.719-744.
- Etçi, Hilmi/Kağmıçoğlu, Deniz** (2017) “Kamuda Taşeron Olarak Çalışan İşçilerin Sendikal Algısı Eskişehir Örneği”, Çalışma ve Toplum, C:1, S:52, s.75-105.
- Gerek, Nüvit** (2007) “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, S:15, s.81-90.
- Güleşçi, Yusuf** (2013) Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulaması, Ankara, Adalet.
- Güzel, Ali** (2010) “Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru”, Çalışma ve Toplum, C:4, S:27, s.15-28.
- Kabakçı, Mahmut/Hacıoğlu, Arzu** (2016) “Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi”, Sicil İş Hukuku, S:36, s.91-106.
- Kahraman, Mehmet** (2011) “Hukuk Devletine Katkıları Bakımından Kamu Denetçiliği”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, C:8, S:16, s.355-373.
- Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)** (2020) İyi Yönetim İlkeleri Rehberi, 2. Baskı, İleri Basım, Ankara.
- Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)** (2022) 2021 Yıllık Raporu, Ankara.
- Kaplan, Onur** (2020), “Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi”, Ombudsman Akademik, S:13, s.93-119.
- Karabacak, Emre** (2018) Türk İş Hukukunda Alt işveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, S:22, Ankara.
- Karakul, Selman** (2015) "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", Ombudsman Akademik, S:3, s.61-105.

- Kaya, Gazanfer** (2015) “Kamudaki Taşeron İşçiler Üzerine Bir Alan Araştırması: Adıyaman Örneği” *Elektronik Sosyal Bilimler*, C:14, S:55, s.257 - 267.
- Kestane, Doğan** (2006) “Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)”, *Maliye*, S:151, s.128-142.
- Koç, Muzaffer** (2016) “Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik” *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler*, C:4, S:2, s.65-90.
- Okur, Yaşar** (2011) “Ombudsmanlık Kurumu: Tarihi Gelişimi ve Türkiye’de Başlangıçta Birkaç Öneri”, *Denetişim*, S:6, s.71-83.
- Öngel, Serkan** (2014) “Türkiye’de Taşeronlaşmanın Boyutları”, *DİSK-AR Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü*, s.38-51,
- Özkal Sayan, İpek** (2018) “Türkiye’de Kamuda Taşeron İşçi İstihdamı: 696 Sayılı KHK’ya İlişkin Bir Değerlendirme”, *Emek Araştırma*, C:3, S:2, s.51-64.
- Sayın, Ali Kemal** (2015) “Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar”, *Sosyal Siyaset Konferansları*, S:69, s.59-98.
- Senyen - Kaplan, Tuncay** (2019) *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Gazi.
- Süzek, Sarper** (2016) “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Temini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C: I, İstanbul, s.707- 716.
- Şafak, Can** (2004) “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi”, *TBB*, S:51, s.111-132.
- Tiyek, Ramazan** (2014) “Devletin Endüstri İlişkilerindeki Rolü ve Taşeron Çalışma” *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum*, C:3, S:7, s.8-31.
- Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu** (2012) “Soru, Cevap ve Sorunlarıyla İş Hukukunda Alt İşveren”, *TİSK*, Yayın No: 318.

- Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu** (2014) Çalışma Hayatında Güncel Sorunlar, Ankara.
- Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin.
- Yıldız, Gaye Burcu** (2015) “Kamu İşveren Sendikalarının Alt İşverenlerce Yetkilendirilmesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku, S:34, s.89-102.
- Zincirlioğlu, Candan Albayrak** (2015) “Alt İşveren İlişkisi ve Benzer Hukuki İlişkilerle Karşılaştırılması”, Karatahta / İş Yazıları, S:2, s.103-125.
- Zopa, Keziban** (2019) “Kamu Denetçiliği Kurumuna Yapılan Yerel Yönetimlere İlişkin Başvuruların Analizi”, (Yüksek Lisans), İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Diğer Kaynaklar

- Avrupa Konseyi** (2020) Ombudsmanlık Kurumunun Korunması, Desteklenmesi ve Geliştirilmesi, <<https://rm.coe.int/ombudsmanl-k-kurumunun-korunmas-desteklenmesi-ve-gelistirilmesi/1680a139ff>> s.e.t. 29.04.2022.
- Creutzfeldt, Naomi/O'brien Nick/Nowick Marek** (2021) Avrupa Birliği/Avrupa Konseyi/Türkiye Cumhuriyeti Ortak Projesi, İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi, Ombudsmanlıklara İlişkin Karşılaştırmalı Rapor, Nihai Taslak, <<https://rm.coe.int/design-1-comparative-rep-karsilastirmali-rap/1680a2a471>> s.e.t. 14.04.2022.
- DİSK/Genel-İş Sendikası** (2014) “Kamu İstihdam Bülteni”, Emek Araştırmaları, s. 1-11. <<https://docplayer.biz.tr/9002834-Kamu-istihdam-bulteni.html>> s.e.t. 15.01.2022.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi (2021) 2020 Yılı Kamu Denetçiliği Kurumu Raporu Hakkında Dilekçe Komisyonu ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon Raporu, Yasama

Dönemi: 27, Yasama Yılı:4, <<https://www5.tbmm.gov.tr//sirasayi/donem27/yil01/ss264.pdf>> s.e.t. 23.03.2022.

Council of Europe/Venice Commission (2019) Principles On The Protection and Promotion of the Ombudsman Institution (“The Venice Principles”), <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)005-e)> s.e.t. 29.03.2022

Tezel, Ali (2016) “Taşeron İşçileri ile 5620 Mağdurlarının Haklı Beklentileri”, <<https://aliteznel.com.tr/index.php?sid=yazi&id=8321>> s.e.t. 22.03.2022.

TRT Haber, “Türkiye'de Kaç Taşeron İşçi Çalışıyor?”, 21.05.2014, <<https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/turkiyede-kac-taseron-isci-calisiyor-128304.html>> s.e.t. 06.03.2022.

ENGELLİ BİREYLERE YÖNELİK KAMUSAL SOSYAL YARDIM VE SOSYAL HİZMETLER*

Arş. Gör. Sıdika BULUŞ**

ÖZET

Sosyal güvenlik, her geçen gün artan ve çeşitlenen riskler karşısında herkesin ulaşması gereken bir haktır. Toplumdaki diğer insanlar ile eşit koşullarda hayatını sürdürmek için desteğe ihtiyaç duyan engelli bireyler bakımından ise ayrı bir öneme sahiptir. Türk Hukukunda sosyal sigortalardan faydalanamayan engelli bireyler için sosyal yardım ve sosyal hizmet düzenlemeleri vardır. Geçimini sağlamak için yeterli geliri bulunmayan muhtaç durumdaki kimselere gelir güvencesi sağlamak üzere sosyal yardımlar yapılmaktadır. Engelli bireylerin toplumsal hayata katılması, topluma uyum sağlaması ve faydalı hale gelmesi bakımından ekonomik destek yeterli olmadığından sosyal hizmetler de gerekli görülmüştür. İhtiyaç duyan engelli bireylere evde veya bakım merkezlerinde bakım ve rehabilitasyon hizmeti sunulması, temel ve mesleki eğitim verilmesi gibi hizmetler bu kimselerin topluma kazandırılması bakımından sunulan başlıca sosyal hizmetlerdir. Engelli bireylerin sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanmak için herhangi bir karşılık ödemesi gerekmemektedir. İhtiyaç duyan engelli bireylere sunulan bu sosyal yardım ve hizmetlerin amacına ulaşması için günümüz ekonomik koşullarına uygun düzenlenmesi, uzman kişiler tarafından yönetilmesi ve kişiler arasında ayırım gözetilmeksizin adil şekilde uygulanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal güvenlik, Engellilik, Engelli birey, Sosyal Yardım, Sosyal Hizmet.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1136491 – Geliş Tarihi: 27.06.2022 - Kabul Tarihi: 18.07.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, sdkatopcu7@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4343-2052.

PUBLIC SOCIAL ASSISTANCE AND SOCIAL SERVICES FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

ABSTRACT

Social security is a right that everyone should achieve in the face of increasing and diversifying risks every day. It has a special importance for people with disabilities who need support to maintain their lives on an equal footing with other people in society. In Turkish Law, there are social assistance and social service provisions for individuals with disabilities who cannot benefit from social insurance. Social assistance provides people in need who do not have enough income with income security. Since economic support is not enough for people with disabilities to participate in public life and adapt to society, social services have also been deemed necessary. Services such as providing care and rehabilitation services at home or in care centers for people with disabilities who need it, providing basic and vocational education are the main social services offered to enable them to participate in social life. Individuals with disabilities are not required to pay any price to benefit from social assistance and services. In order for these social benefits and services offered to people with disabilities to achieve their goals, they must be organized in accordance with today's economic conditions, managed by specialists and implemented fairly, regardless of the differences amongst people.

Key Words: Social Security, Disability, People with Disabilities, Social Assistance, Social Service.

GİRİŞ

Sosyal devlet; herkese, insan onuruna yaraşır asgari bir hayat düzeyi sağlamayı amaçlar. Toplumda yer alan her gruba sosyal güvenlik hakkı tanınması bu amaca hizmet etmektedir. Herkesin insan onuruna yaraşır asgari bir hayat düzeyinde yaşaması sosyal güvenlik hakkının temelini oluşturur¹.

Sosyal güvenlik; insanların zaman içerisinde artan güvenlik ihtiyacını karşılamayı, mutluluk ve refah içinde bir yaşam sunmayı amaçlar¹. Muhtaç kalma riskine karşı kişilere ekonomik bakımdan emniyet sağlar. Kişi, bazı riskler ile karşı karşıya geldiğinde gelirinde azalma, kesilme veya giderlerinde artış ortaya çıkabilir. Bu durumda ihtiyaçlarını karşılamakta yaşayacağı güçlük sonucunda muhtaç hale düşen kimse, gerekli yardım ve desteği göremezse zaman içinde artan muhtaçlık hali onu sosyal ve ekonomik açıdan olumsuz sonuçlarla karşı karşıya getirebilir². Bu kişilerin kendi haline bırakılması, hem kendi yaşamları hem de toplumsal hayat bakımından tehlike arz eder³.

Devlet, yoksul olarak dünyaya gelen ya da sonradan yoksulluğa düşen kişilerin yanında olmalıdır. Sosyal güvenlik, çağdaş dünya düzeninde bir insan hakkı olarak kabul edilmekte olup bir kamu görevi olarak görülmektedir⁴. Bu bağlamda sosyal devlet olmanın bir gereği olarak mali olanaklar çerçevesinde muhtaç durumdaki vatandaşların sosyal güvenceye kavuşmasını sağlamak devlete bir görev olarak yüklenmiştir⁵.

Sosyal güvenliğin sağlanmasında temel amaç, yoksulluğu ortadan kaldırmak ve daha eşit ve adil bir toplum oluşturmaktır. Toplumda dezavantajlı gruplar arasında yer alan engelliler ise insan onuruna yakişan asgari bir yaşam

¹ **Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.93.

¹ **Uşan, M.Fatih/Erdoğan, Canan** (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.345.

² **Arıcı**, s.3,4.

³ **Sözer, A. Nazım** (1994) Türkiye’de Sosyal Hukuk, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s.29.

⁴ **Günay, C. İlhan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.492.

⁵ **Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.826; **Yuvalı, Ertuğrul** (2018) “Hak Temelli Sosyal Yardım ve Klientalizm”, TBB Dergisi, S:135, s.384.

seviyesine ulaşabilmeleri için özel olarak korunması, destek görmesi gereken bir gruptur⁶. Engelli bireylerin hayatlarını sürdürürken karşılaştıkları engellerin mümkün olduğu kadar kaldırılması ve bu sayede hayatın her alanında bu bireylerin yer alabilmesi, sosyal devletin uygulayacağı politikalar ile mümkündür.

Bu çalışmada öncelikle Türk sosyal güvenlik hukukunda sosyal yardım ve hizmetlerin yeri değerlendirilmiş, sonrasında engellilik, sosyal yardım ve sosyal hizmet kavramları kısaca açıklanarak engellilere yönelik sosyal yardım ve hizmetlerin amacı ve bu faaliyetlerin uygulanma şeklinin zaman içerisinde gösterdiği değişim üzerinde durulmuştur. Nihayetinde Türk sosyal güvenlik sisteminde engelli bireylere yönelik olarak ülke genelinde devlet tarafından sağlanan sosyal yardım ve hizmetlere ilişkin değerlendirme yapılmıştır.

I. KAVRAMLAR VE SOSYAL HİZMET VE YARDIMLARIN AMAÇ VE TARİHÇESİ

A. GENEL OLARAK

Engellilik durumu, doğuştan itibaren var olan veya kişinin iradesi dışında sonradan ortaya çıkan fizyolojik bir risktir. Fizyolojik riskler, kişinin bedensel veya ruhsal durumunda bozulmaya yol açan, çalışma ve kazanma gücünde geçici ya da sürekli olarak kayıplar doğuran tehlikelerdir⁷. Kişinin engelli hale gelmesi, çalışma gücünün kısmen ya da tamamen kaybedilmesi sebebiyle aynı zamanda sosyal bir risk de oluşturmakta, onu yoksulluk tehlikesi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Engellilik; bakım, sağlık, özel eğitim gibi çeşitli ihtiyaçları beraberinde getirmesi dolayısıyla engelli bireyin yanı sıra onun ailesini ve yakınlarını da yakından etkileyen bir durumdur⁸. Bu nedenle engelli bireylerin asgari bir yaşam düzeyine kavuşması, engeli bulunmayan bireyler ile aralarındaki eşitsizliğin mümkün olduğu kadar giderilmesi, hayatlarının daha

⁶ Ünal, Canan (2012) Özürlülerin Sosyal Güvenlik Hakları, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.1.

⁷ Arıcı, s.6.

⁸ Ünal, s.3.

kolay hale gelmesi için sosyal güvenceye kavuşmaları hem kendileri hem de yakınları bakımından büyük önem arz eder.

Anayasanın sosyal güvenlik hakkı başlıklı 60'ıncı maddesinde herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilmiş, devletin bu hakkı sağlamak üzere gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmakla görevli olduğu ortaya konulmuştur. Anayasanın 61'inci maddesinde ise devlet, engellilerin korunmaları ve toplumsal hayata uyum sağlamalarına yönelik tedbirler almakla görevli kılınmış olup, bu hüküm engellilerin sosyal güvenlik hakkının anayasal dayanağını oluşturmaktadır.

Kişilerin sosyal güvenliği çeşitli sistemler aracılığıyla koruma altına alınabilir. Toplumdaki tüm bireyleri koruma kapsamına almak, sosyal güvenliğin ulaşması gereken son hedeftir. Bu hedef bazı ülkelerde tek bir sosyal güvenlik tekniği ile bazı ülkelerde ise primli sosyal güvenlik rejimlerinin yanı sıra doğrudan devlet bütçesinden finanse edilen sosyal yardım ve hizmetler aracılığıyla gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır⁹. Sosyal güvenlik denildiğinde akla ilk olarak sosyal sigortalar gelse de primsiz rejim kapsamındaki sosyal yardım ve sosyal hizmetler sosyal güvenliği tamamlayıcı niteliktedirler¹⁰. Ülkemizde olduğu gibi sosyal sigorta tekniğinin egemen olduğu sistemlerde sosyal koruma aracı olarak tamamlayıcı nitelik taşıyan sosyal yardım ve sosyal hizmetlere başvurulur. Bu tür sistemlerde sosyal sigortaların yanı sıra ayrı şekilde sosyal yardım ve hizmetler organize edilmektedir¹¹. Engelli bireyler, yaşlılar, muhtaç durumdaki kadın ve çocuklar gibi toplumda korunmaya ve bakıma muhtaç durumdaki grupların insanlık onuruna yaraşır bir yaşam sürmesi ve topluma uyum sağlaması amacıyla herhangi bir karşılık alınmaksızın sosyal yardım ve hizmetler sunulmaktadır¹².

Sosyal yardım ve hizmetlerde, primli sistemden farklı olarak yararlanacak kimselerin sisteme katkıda bulunması beklenmemektedir. Türk

⁹ **Güzel, Ali/Okur, A. Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.49.

¹⁰ **Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.32; **Uşan/Erdoğan**, s.347; **Yuvalı** (2018), s.385.

¹¹ **Günay**, s.493.

¹² **Tuncay/Ekmekçi**, s.836.

sosyal güvenlik sisteminde tamamlayıcı nitelik taşıyan primsiz rejimin temel özelliği, temel olarak vergiler ile devletin finanse ettiği ve kendi denetiminde yürüttüğü sosyal yardım ve hizmetlerin karşılıksız olup bunlardan faydalananların herhangi bir karşılık ödemesinin gerekmemesidir¹³. Sosyal yardım ve hizmetler sosyal adaletin sağlanması bakımından önemli bir araçtır. Ekonomik refah içinde bulunan kimselerden ve sistemden alınan yardımların ihtiyaç sahiplerine ulaştırılması ile gelir dağılımında adaletin sağlanmasına hizmet eder¹⁴. Kişinin sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanması bakımından sosyal risk ile karşılaşmadan önce belirli bir süre sosyal sigortaya tabi olma ya da prim ödemiş olma şartı aranmayıp yardım giderlerine katılması beklenmemektedir. Bu yardım ve hizmetler devlet bütçesinden karşılandığı için kamu yardımı olarak da adlandırılmaktadır¹⁵.

Primsiz rejimin asıl amacı, yoksullukla mücadele etmektir¹⁶. Sosyal güvenlik sistemi içinde primli rejime dahil olamayan muhtaç kişilerin ve primli rejime dahil olsa dahi tam olarak ihtiyaçlarını gideremeyen bazı kişilerin sosyal korumaya ulaşması primsiz rejim ile sağlanmaya çalışılmıştır¹⁷. Sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanabilmek için aranan temel koşul muhtaç durumda bulunmaktır. Kişinin muhtaç durumda olup olmadığı genellikle yardımı yapacak olan kuruluş tarafından belirlenir¹⁸.

B. ENGELLİ KAVRAMI

Bir insanın doğuştan veya sonradan ortaya çıkan bir hastalık ya da kaza sonucunda fiziksel veya psikolojik fonksiyonlarında geçici veya kalıcı bir kayba maruz kalması durumu geçmişten günümüze sakatlık, özürülük, engellilik gibi çeşitli kavramlar kullanılarak ifade edilmiştir. Bu kavramların net bir ayrım

¹³ Arıcı, s.23; Güzel/Okur/Caniklioğlu (2021), s.895; Işık Erol, Sevgi (2019) Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Sosyal Hizmetler, 1. Baskı, Ankara, İksad Yayınları, s.48.

¹⁴ Arıcı, s.34; Yuvalı (2018), s.384; Işık Erol, s.53.

¹⁵ Sümer, H. Hadi (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.323.

¹⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu (2021), s.895.

¹⁷ Yuvalı, Ertuğrul (2017) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Merkezi Sosyal Yardımlar, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.91.

¹⁸ Arıcı, s.22; Uşan (2009), s.32

tabi tutulmayarak genellikle birbirleri yerine kullanıldığı görülmektedir. 6462 sayılı Kanunun¹⁹ 1'inci maddesi ile mevzuatımızda kullanılan “sakat”, “özürlü”, “çürük” gibi ifadeler yerine “engelli” kavramının kullanılacağı düzenlenmiştir. Yapılan değişiklik karşısında, mevzuatta engelli kavramının kullanılması, gelinen noktada sakat ve özürlü ifadelerinin olumsuz bir anlam çağrıştırmaması ihtimaline binaen, bu çalışmada engelli kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunun²⁰ 3'üncü maddesinde engelli; fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuusal yeteneklerinde farklı seviyelerde kayıplar bulunan ve bu nedenle topluma diğer bireyler ile eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayacak nitelikteki davranış ve çevre şartlarından etkilenen kimse olarak tanımlanmıştır. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun²¹ 3/1-c hükmünde engelli; doğuştan ya da sonradan herhangi bir hastalık ya da kaza sebebiyle bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yeteneklerinde meydana gelen çeşitli düzeylerde kayıplar sonucunda normal hayatın gereklerine uyamayan; korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmeti görmeye ihtiyaç duyan kişi olarak tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin 1'inci maddesinde yapılan engelli tanımı, Sözleşmenin Türkiye tarafından 28.09.2009 tarihinde onaylanarak yürürlüğe konulmuş olması sebebiyle önemlidir. Buna göre uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel veya algısal bozukluğu nedeniyle toplumda diğer bireyler ile eşit koşullarda tam ve etkin şekilde yer alamayabilen kişiler engelli kabul edilmiştir.

Engellilik, kişilerin fiziksel veya psikolojik fonksiyonel kayıplar dolayısıyla normal sosyal aktivite ve rolleri üzerinde tıbbi bir durum ya da hastalıktan kaynaklanan sınırlamaların bulunması durumudur²². Kişinin fiziksel veya psikolojik olarak maruz kaldığı engellilik durumu onun yaşamsal

¹⁹ RG, 03.05.2013-28636.

²⁰ RG, 07.07.2005-25868.

²¹ RG, 27.05.1083-18059.

²² **Arıcı**, s.7; **Uşan, M. Fatih** (1999) İş Hukukunda Sakat İstihdamı, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayınları, s.48; **Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat** (2020) Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık, s.120.

faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi bakımından engel oluşturabileceği gibi bu faaliyetler üzerinde önemli bir etkisi bulunmayabilir. Kalıtsal veya başka bir sebeple doğuştan bir engel var olabileceği gibi doğumun tam ve sağ şekilde gerçekleşmesine rağmen sonradan başka sebeplerle de engel ortaya çıkabilir. Kişide hayatı boyunca görülecek ve zaman içerisinde herhangi bir değişiklik olmayacak nitelikteki engel sürekli, belirli bir süre devam ettikten sonra iyileşmenin mümkün olması halinde ise engel geçici niteliktedir²³.

Engellilik çeşitli şekillerde olabilir. Ortopedik engel, görme engeli, işitme engeli, dil ve konuşma engeli, zihinsel engel, sürekli bakım ve tedavi gerektirip çalışma kapasitesi ve fonksiyonunu engelleyen hastalık, bireyin fizyolojik veya psikolojik özelliklerindeki kayıp veya işleyiş bozukluğu, normal bir insanda olması gereken orana göre etkinlik veya hareket kabiliyetinde yetersizlik gibi çeşitli engeller mevcuttur²⁴. Bireylerin engel durumunun çeşitlilik göstermesi her duruma özel olarak bakım, tedavi, eğitim, yardım gibi faaliyetlerin planlanması ve uygulanmasını gerektirmektedir.

C. SOSYAL YARDIM VE SOSYAL HİZMET KAVRAMLARI

Sosyal yardımlar; kendi imkanları ile hayatını sürdürmekte güçlük çeken ve toplumsal dışlanma tehlikesine maruz kalan kimselere, yoksul ve az gelir elde eden insanlara yaşam güvencesi sağlanması bakımından kamu sorumluluğunun kabul edilmesi dolayısıyla ortaya çıkmıştır²⁵. Genellikle vergiler ile finanse edilmesinden dolayı bu yardımlara kamu yardımları da denilmektedir. Aynı veya nakdi şekilde yapılabilecek bu yardımlar, hayatını asgari düzeyde sürdürmekte zorluk yaşayan, temel ihtiyaçlarını karşılayamayacak durumdaki kişilere gelir ve muhtaçlık durumuna göre muhtaçlık hali devam ettiği sürece sağlanan karşılıksız yardımlardır²⁶. Sosyal

²³ Uşan (1999), s.50,51.

²⁴ Evlice, Ertuğrul (2019) “Engellilerin Türk Sosyal Güvenlik Sistemindeki Yeri”, Asya’dan Avrupa’ya Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, S:7 s.82; Karaaslan, Erkan (2013) Engelli Hakları, 1. Baskı, Antalya, Bekad Yayınları, s.3,4.

²⁵ Uşan (2009), s.57.

²⁶ Arıcı, s.503; Sözer, s.31; Tuncay/Ekmekçi, s.832; Uşan/Erdoğan, s.352.

yardımlar daha çok bedensel ve ruhsal bakımdan yeterli olsa da gelir elde etme kabiliyeti bakımından yetersiz kimselere yapılmaktadır²⁷.

Sosyal hizmetler, ellerinde olmayan sebeplerle yoksul ve muhtaç duruma düşen bireylerin ve dar gelirli kimselerin insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmeleri için çeşitli kuruluşlar tarafından sunulan hizmetlerdir²⁸. Bireylerin birbirleri ve çevreleri ile uyum içinde yaşamasını kolaylaştırmayı amaçlayan sosyal hizmetler, bireylerin ihtiyaçlarını maddi edimlerden ziyade çeşitli hizmetler sunarak gidermeye çalışır²⁹. Sosyal yardımların aksine, koruyucu ve önleyici işlev ön plandadır.

Sosyal yardım ve hizmetler; çocuk, aile, genç, yaşlı, engelli, zor şartlarda yaşayan kadınlar, sığınmacılar, göçmenler, hastalar, bağımlılar, suçlular, afetzedeler, yoksullar gibi oldukça geniş bir kitleye hizmet eder. Dezavantajlı grupların ihtiyaçlarının en azından bir kısmının giderilmesi amacıyla parasal yardım, muhtaç durumdaki yaşlılara bakım, kimsesiz çocuklara koruma, yoksullara yardım gibi çeşitli yardım ve hizmetler söz konusudur. Bu faaliyetler devlet tarafından finanse edilir, yararlanacak kimselerin bunların finansmanına katkıda bulunması beklenmemektedir.

Toplumdaki dezavantajlı grupların korunması, kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlanması, toplumsal hayata uyum sağlamaları için önlemler alınması ve topluma kazandırılmaları görevi gereğince ihtiyaç duyan kimseler devletten sosyal güvenlik talep etme hakkına sahiptir. Devlet bu kimselere gerekli sosyal yardım ve hizmetleri sağlamakla yükümlü olsa da devletin yanı sıra özel ve gönüllü kuruluşlar tarafından da çeşitli faaliyetler yürütülmektedir. Yardım ve hizmet faaliyetleri devletin gözetimi ve denetimi altında yapılır. Bu alanda faaliyet gösteren kamu kurumları ile gönüllü kuruluşlar arasında koordinasyon ve işbirliği sağlanarak faaliyetlerin en verimli şekilde yürütülmesi amaçlanır³⁰.

²⁷ Arıcı, s.23.

²⁸ Tuncay/Ekmekçi, s.851,852.

²⁹ Uşan (2009), s.32; Doğan Çelik, Esra (2016) “Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Sosyal Hizmetler”, (Yüksek Lisans), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.22.

³⁰ Arıcı, s.530.

Devletin mali imkanları çerçevesinde ve gelişmişlik düzeyine göre farklı şekillerde sosyal yardım ve hizmetler sunulmaktadır. Sosyal yardım kapsamında yapılan nakdi yardımlar, belirli bir miktar ödeme şeklinde olabileceği gibi, belirli ödemelerin üstlenilmesi ile de yapılabilmektedir. Bu kapsamda su, elektrik gibi çeşitli faturaların, kiraların ödenmesi şeklindeki yardımlar da nakdi yardım kapsamında kabul edilebilir³¹. Sosyal hizmetlerde ise bakım, eğitim ve rehabilitasyon gibi çeşitli hizmetler sunulur, bazı hizmetlerden karşılıksız faydalanma imkanı sağlanabilir³². Sosyal hizmetler, yeterli geçim kaynağına sahip olup olmadığına bakılmaksızın ihtiyaç duyan herkese sunulmaktadır. Sosyal yardımlar bakımından ise esas olan kişinin ekonomik bakımından muhtaç durumda olmasıdır³³. Yardımın yapılma şekli de iki kavram arasındaki ayrımın sebeplerindedir. Sosyal yardımlar genellikle nakdi olarak yapılırken sosyal hizmetlerde bir hizmet sunulması söz konusudur. Ancak bu kesin bir kural olmayıp yardım ve hizmetlerin iç içe geçtiği bazı durumlar ile karşılaşılabilir. İhtiyaç sahibine sosyal hizmet adı altında yapılan parasal yardımlar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu nedenle sosyal yardım kavramı sosyal hizmet kavramını kapsayacak şekilde kullanılabilir. Sosyal yardım ve sosyal hizmet faaliyetleri toplumun sosyal güvenliğini sağlamaya katkıda bulunmaları bakımından ortak bir paydada buluşmaktadır.

D. SOSYAL YARDIM VE HİZMETLERİN AMACI VE TARİHÇESİ

1. Amaç

Sosyal yardım ve hizmetler; çeşitli sebeplerle maddi veya manevi desteğe ihtiyaç duyan, kendi imkanlarını kullanarak hayatını sürdürmekte güçlük çeken ve toplumsal hayata uyum sorunu yaşayan muhtaç durumdaki kişilerin insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmesi ve bu muhtaçlık halinden en kısa zamanda kurtulmasını sağlamayı amaçlar. Yardım gören kimselerin en kısa zamanda tekrar çalışabilmesi, gelir elde edebilmesi ve kendi ihtiyaçlarını

³¹ Günay, s.494.

³² Arıcı, s.24; Korkusuz/Uğur, s.73.

³³ Kesgin, Bedrettin (2013) Kamu Sosyal Politikalarında Sosyal Yardım, 1. Baskı, İstanbul, Açılım Yayınları, s.28.

karşılatabilecek yeterliliğe ulaşmasına hizmet eder³⁴. Bu yardım ve hizmetler yoksullukla mücadele etmenin araçlarından olup, eksikleri kapatma ve tamamlama işlevi görerek öncelikle muhtaç kimseler için sonrasında ise toplumsal barış için oldukça önemlilerdir³⁵.

Temelde toplumsal değişme ve gelişmeye hizmet ederek ihtiyaç sahibi kimseleri fonksiyonel hale getirmeyi amaçlar³⁶. Bireyin gelişmesini, refah içinde ve mutlu bir yaşam sürmesini sağlamak üzere başta zor koşullardaki dezavantajlı gruplar olmak üzere engelliler, kadınlar, çocuklar, aileler, yaşlılar, hastalar, suçlular, göçmenler gibi birçok grubu kapsamına alır³⁷. Bu kişilerin kendine yeterli olabilecek hale gelmesi, başkalarına bağımlılığının azalması, sağlık durumlarının iyileştirilmesi, toplum içinde sosyal işlevlerini yerine getirebilmesine destekte bulunmak amacıyla bu faaliyetler yürütülür³⁸. Desteğe ihtiyaç duyan kimselerin sosyal bütünleşmeye dahil olması, sosyal kalkınmayı sağlaması ve toplumda dışlanmaktan korunması bakımından oldukça önemlidir³⁹. Kişileri ekonomik ve sosyal hayata dahil ederek, gelir güvencesi ve devamlılığı sağlayarak sosyal dışlanma riskinin önüne geçmeyi amaçlar⁴⁰. Bu faaliyetlerden yararlananlar arasında din, dil, ırk mezhep gibi sebeplerle ayırım yapılmaması esastır⁴¹.

2. Tarihçe

Kamu sorumluluğunun gündeme gelmesi yakın tarihlere rastlarsa da tüm toplumlarda sosyal yardım ve hizmetler eskiden beri mevcut olup günümüze kadar gelmiş uygulamalardır⁴². Geleneksel sosyal güvenlik anlayışında sosyal yardımlaşma ve dayanışma gönüllülük esasına dayanır. Kişiler sosyal

³⁴ Korkusuz/Uğur, s.72.

³⁵ Doğan Çelik, s.24; Karabulut, Alpaslan (2011) “Türkiye’de Sosyal Yardım ve Sosyal Yardımların Tek Merkezden Yürütülebilirliği”, (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.32; Yuvalı (2017), s.96.

³⁶ Arıcı, s.505.

³⁷ Yuvalı (2017), s.39.

³⁸ Uşan (2009), s.64; Uşan/Erdoğan, s.353.

³⁹ Arıcı, s.506.

⁴⁰ Arıcı, s.504; Kesgin (2013), s.28; Yuvalı (2018), s.387.

⁴¹ Tuncay/Ekmekçi, s.855.

⁴² Kesgin, (2013), s.11.

yardımlaşma ve dayanışmaya katılma bakımından serbesttir. Bu nedenle kişilerin yardım etme isteği ve gücüne sahip olması önem taşır. Yapılan yardımların zamanı ve miktarı yardım yapacak kişilerin iradesine bağlıdır. Gönüllülük esasına dayalı olan bu sistemde, özellikle bireyselci ve benmerkezci düşüncenin ön plana çıktığı günümüz toplumlarında bu faaliyetler ihtiyaç sahipleri için yeterli olmamaktadır⁴³.

Osmanlı Devleti döneminde sosyal güvenlik; aile içi yardımlaşma, meslek örgütü olan loncalar, özellikle ihtiyaç sahibi çalışanlara hizmet veren ahilik teşkilatı, yardımlaşma sandıkları, esnafların karşılıklı yardımlaşma ve dayanışmasına dayalı şekilde genel olarak dinsel temelde sürdürülmekte olup devletin herhangi bir katkısı olmaksızın sağlanmıştır. Bu dönemde İslam Dininin gerekleri olan zekat, fitre ve diğer bağış ve sadakalar ile dini kaygılar güdülererek ekonomik açıdan refah içindeki kimselerin yoksullara yaptıkları yardımların yanı sıra çeşitli vakıflar aracılığıyla da sosyal yardımlar sürdürülmüştür⁴⁴. Sosyal yardımların yapılmasında en eski kurumlar vakıflardır. Vakıflarda, belli miktarda mal ya da paranın ayrı bir tüzel kişilik oluşturacak şekilde sosyal yardım yapılması amacıyla tahsisi söz konusudur⁴⁵. Osmanlı Devleti döneminde özellikle “avarız vakıfları” sosyal yardım ve hizmet faaliyetleri bakımından ön plana çıkmıştır. Bu dönemde mahalle sakinlerinin katkılarıyla oluşturulan “avarız akçası” adı verilen sandık aracılığıyla ihtiyaç sahiplerine yardımlar yapılmıştır⁴⁶. 1910 yılında çıkarılmış olan “Muhtacin Maaşatı Hakkında Kanun”, Osmanlı Devleti tebaasından olup hiçbir geçim kaynağı bulunmayan ve kendisine bakmakla yükümlü kimsesi de olmayan kimselerden çalışamayacak kadar yaşlı ve malul olanlara veya yetim kimselere sosyal yardım yapılmasına, devletin maaş bağlama yükümlülüğü bulunduğu

⁴³ Arıcı, s.14,15; Ay, Hakan/Akan, Recep (2017) “Tarihsel Süreçte Sosyal Yardımların Gelişimi”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum, C:6, S:18, s.107.

⁴⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu (2021), s.23,24; Uşan (2009), s.33; Uşan/Erdoğan, s.349; Korkusuz/Uğur, s.37.

⁴⁵ Arıcı, s.16.

⁴⁶ Korkusuz/Uğur, s.40; Urhanoğlu, İştâr (2018) “Türk Sosyal Güvenlik Sistemi İçerisinde Yaşlılara Yönelik Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C: 8, S: 2 , s.11.

dair hükme yer vermesi bakımından engellilere yönelik önemli bir sosyal yardım düzenlemesidir⁴⁷.

Cumhuriyetin kurulmasından sonra geç başlamış olsa da sosyal yardım ve hizmetlere ilişkin mevzuatta dağınık şekilde düzenlemeler yapılmıştır. 1961 Anayasasında herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilerek Devleti bu güvenliği gerçekleştirmekle görevli kılan hüküm ile sosyal güvenlik hakkı ve dolayısıyla sosyal yardım ve hizmetler anayasal güvenceye kavuşmuştur (m.60). Sosyal yardımlar bakımından en geniş kapsamlı düzenleme son olarak 6704 sayılı Kanun⁴⁸ ile değişikliğe uğrayan 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun⁴⁹ ile yapılmıştır.

Sosyal hizmetler bakımından ise çeşitli yasal düzenlemeler yapılması ve kurumlar kurulmasıyla beraber başlayan sürecin sonunda devlet kontrolünden uzak ve dağınık şekilde yürütülen sosyal hizmetlerin sosyal devlet ilkesini hayata geçirmeye imkan verecek şekilde yürütülmesine hizmet eden; korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç olan çocuk, yaşlı, aile, engelli ve diğer kimselere yapılan sosyal hizmetleri düzenleyen 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu 24.05.1983 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunun adı 03.06.2011 tarihinde çıkarılan 633 sayılı KHK⁵⁰ ile “Sosyal Hizmetler Kanunu” olarak değiştirilmiştir. Bu Kanun, sosyal hizmetler ile ilgili bütün kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerini, sosyal hizmet veren kuruluşlarda çalışan personelleri, sosyal hizmetlerden faydalananları ve faydalananacak durumda olanları kapsamaktadır⁵¹.

Engelli bireylere yönelik mevzuatımızda dağınık haldeki düzenlemeleri bir araya getirmek üzere 01.07.2005 tarihinde 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Günümüzde engelli bireylere yönelik politika ve hizmetler farklı kurumların görev alanlarına girmekle beraber Aile ve Sosyal

⁴⁷ **Urhanoglu**, s.29-30.

⁴⁸ RG, 26.04.2016-29695.

⁴⁹ RG, 10.07.1076-15642.

⁵⁰ RG, 08.06.2011-27958.

⁵¹ **Süner**, s.330.

Hizmetler Bakanlığı bünyesinde yer alan Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, engelli bireylerin insan hakları ve temel özgürlüklerini tam olarak ve diğer bireyler ile eşit koşullarda kullanmasını sağlamak amacıyla ilgili politika ve hizmetlerin geliştirilmesi, yaygınlaştırılması, izlenmesi ve koordinasyonunu sağlamak üzere faaliyet gösterir⁵².

II. ENGELLİLERE YÖNELİK SOSYAL YARDIMLAR

A. 2022 SAYILI KANUN KAPSAMINDA AYLIK BAĞLANMASI

1. Genel Olarak

65 yaşını doldurmuş muhtaç durumdaki Türk vatandaşlarına koruma sağlamak amacıyla 01.07.1976 tarihinde 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Artık yaşamını çalışarak sürdürmesi mümkün olmayan muhtaç durumdaki bu kimselere, gerekli şartların sağlanması durumunda “65 Yaş Aylığı” olarak bilinen bir aylık bağlanması öngörülmüştür. Kanunda zaman içerisinde birçok değişiklik yapılmış, 14.04.2016 tarihinde 6704 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda 65 yaşını doldurmuş muhtaç durumdaki kimselerin yanı sıra 18 yaşını doldurmuş olan muhtaç haldeki engelli Türk vatandaşları ve 18 yaşını doldurmamış engelli Türk vatandaşı yakınlarının bakımını üstlenen dar gelirli Türk vatandaşları da Kanunun kapsamına alınmıştır. Bu durumda Kanun kapsamında belirli koşullarda aylık bağlanacak kişiler muhtaç yaşlılar, muhtaç engelliler ve engelli yakınlarından oluşmaktadır. 2022 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanmasının esaslarını düzenlemek üzere zaman içerisinde çeşitli yönetmelikler çıkarılmış olup günümüzde 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik⁵³ yürürlüktedir.

2. Aylığa Hak Kazanabilecek Kişiler

Kanun kapsamında muhtaç yaşlılar dışında 65 yaşını doldurmamış olmakla beraber engellilik durumu ile karşı karşıya kalan kimselerden şartları

⁵² Işık Erol, s.115.

⁵³ RG, 25.01.2013-28539.

taşıması halinde aylık bağlanabilecek üç grup öngörülmüştür. Aylık bağlanabilecek ilk grup, başkasının bakımına muhtaç durumdaki engellilerdir. Başkasının yardımı olmadan hayatını sürdüremeyecek derecede engelli olduğu sağlık kurulu raporu ile ortaya konulan 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşı engellilere muhtaçlık süresince ödenmek üzere aylık bağlanacaktır (Kanun m.2/1,a).

Aylık bağlanabilecek diğer bir grup, başkasının bakımına muhtaç olmamakla beraber talepte bulunmasına rağmen İŞKUR tarafından işe yerleştirilmemiş olan Türk vatandaşlarıdır. Sağlık kurulu raporu ile engelli olduğunu kanıtlayan, 18 yaşını doldurmuş ve talepte bulunmasına rağmen İŞKUR tarafından işe yerleştirilmemiş olan Türk vatandaşlarına muhtaçlık süresince ödenmek üzere aylık bağlanacaktır (Kanun m.2/1,b).

Aylık bağlanabilecek son grup ise 18 yaş altındaki engelli bireyin bakımını üstlenen yakınıdır. Türk vatandaşı olan, 18 yaşını tamamlamamış ve sağlık kurulu raporu ile engelli olduğu kanıtlanmış durumdaki engelli yakınlarının bakımını fiilen üstlenen Türk vatandaşlarına muhtaçlık süresince ödenmek üzere aylık bağlanacaktır (Kanun m.2/2). Engelli yakınlarına aylık bağlanması doğrudan engellilere yapılan bir yardım olmasa da dolaylı bir sosyal yardım niteliğindedir⁵⁴.

3. Aylığa Hak Kazanma Koşulları

a. Engelli Olmak

Kanun kapsamında aylık bağlanabilmesi için ilk olarak kişi Kanunda belirtilen oranlarda engelli olmalı ya da engelli bir yakınının bakımını üstlenmiş olmalıdır. İlgili mevzuata göre yetkili hastanelerden alınacak olan sağlık kurulu raporu ile toplamda en az %70 oranında engelli olduğu ortaya koyulmuş olan kişiler başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek derecede engelli olarak kabul edilir (Yön. m.2/1,b). Yine yetkili hastanelerden alınacak sağlık kurulu raporu ile toplamda %40 ile %69 arasında engelli olduğu kanıtlanmış olup talepte bulunmasına rağmen İŞKUR tarafından işe yerleştirilememiş olan kişiler de engellilik koşulunu sağlamaktadır (Yön.

⁵⁴ Ünal, s.148.

m.2/1,c). Diğer koşulların da sağlanması halinde bu kimselere engelli aylığı bağlanabilecektir.

Yetkili hastanelerden alınan sağlık kurulu raporu ile en az %40 oranında engelli olduğu ortaya koyulmuş 18 yaşını tamamlamamış bir yakınının bakımını üstlenen kişilere Kanun kapsamında aylık bağlanması mümkündür (Yön. m.2/1,ç). Engelli yakınına aylık bağlanabilmesi için bakım ilişkisi fiilen gerçekleşmelidir. Bunun yanında bakıcı ile bakılan engelli kişinin aynı hanede ikamet etmesi gerekir (Yön. m.7/4). Engelli yakınına aylık bağlanabilmesi için bakımını üstlendiği 18 yaşını doldurmamış engelli kişiye bakmakla yükümlü olan, zorunlu olarak sigortalı olması gereken bir işte çalışan kimse bulunmamalıdır. Aksi halde aylık bağlanması mümkün değildir.

b. Türk Vatandaşı Olmak

Kanun kapsamında engellilik durumu nedeniyle aylık bağlanabilecek üç grup bakımından da aranan koşul kişinin Türk vatandaşı olmasıdır. Vatandaşlık, aylığın bağlanmasından sonra da devam etmesi gereken bir koşuldur. Türk vatandaşlığından çıkarılma ve Türk vatandaşlığını korumaksızın yabancı devlet vatandaşlığı kazanılması aylığın kesilmesi için bir neden olarak sayılmıştır (Yön. m.11/2-d).

c. Muhtaç Durumda Olmak

Engelli aylığı ve engelli yakını aylığı bağlanacak kimselerin muhtaç durumda olması gerekir. Muhtaçlık hali, kişinin çalışma yeteneğinin bulunmaması, çalışma olanağı bulamaması, gelir getirecek bir mal varlığının olmaması gibi sebeplerden kaynaklanabilir. Kişinin aylığa hak kazanabilmesi için öncelikle sosyal güvenlik kuruluşundan herhangi bir ad altında gelir veya aylık almıyor olması, uzun vadeli sigorta kolları bakımından zorunlu olarak sigortalı olmayı gerektiren bir işte çalışmıyor olması, nafaka bağlanmamış olması ya da bağlanmasının mümkün olmaması gerekir. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamında kendisine harçlık⁵⁵ ödenenlerin de muhtaç kabul edilmeyeceği Kanunda belirtilmiştir (m.2/3).

⁵⁵ Sosyal Güvenlik Kuruluşlarından herhangi bir ad altında gelir veya aylık alanlar ile uzun vadeli sigorta kolları bakımından zorunlu olarak sigortalı olmayı gerektiren bir işte çalışanlar hariç olmak üzere, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının sosyal hizmet kuruluşları ile

Aylık bağlanacak kimseler hakkında Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından muhtaç durumda olup olmadıklarına dair hane ziyareti ve çevre araştırması yapılarak sosyal inceleme gerçekleştirilir. İlgilinin muhtaç durumda olup olmadığı Vakıf tarafından belirlenir. Kişinin aylık almaya hak kazanması durumunda her yıl tekrar sosyal inceleme yapılır. Muhtaçlığın tespiti bakımından sadece ilgilinin kendisi değil geçindirmekle yükümlü olduğu ailesi de dikkate alınmaktadır. Her türlü gelirin toplanması sonucunda hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir miktarı, asgari ücret net tutarının üçte birinden az olduğu ve bu tutardan fazla gelir sağlanmasının mümkün olmadığı hallerde bu kimseler muhtaç kabul edilecektir⁵⁶.

Muhtaçlık durumu belirlenirken Yönetmeliğin 7'inci maddesinin 8'inci fıkrasında sayılmış olan gelir, servet ve harcamalar beraber değerlendirilerek hesaplama yapılır. Ancak muhtaçlık sınırı günümüz ekonomik şartlarında oldukça düşük kaldığından bu koşullarda yapılan aylık yardımının muhtaçlığı ortadan kaldırmaya değil aksine artırmaya hizmet ettiği söylenmektedir. Aylığa hak kazanabilmek için muhtaçlık sınırının altında olma koşulu, kişilerin bu aylık dışında başka bir gelire sahip olamaması anlamına gelir. Bu nedenle kişiler bu aylık ile yetinmek zorundadır. Kişileri gelir getirecek faaliyetlerden uzak durmak mecburiyetinde bırakan bu koşullar kişileri çalışmamaya yönelttiği gibi kayıt dışı istihdama da neden olmaktadır. Kişilerin kendine yetebilir hale gelmesini amaçlayan bu aylıklar düşük tutarda olduğundan başkalarının desteğine muhtaç olma hali devam etmektedir⁵⁷. Bu sakıncaların önüne geçmek için kişinin herhangi bir geliri olsa dahi bu gelir onu ihtiyaç sahibi olmaktan kurtaracak tutarda değilse kişi yine muhtaç sayılmalıdır⁵⁸.

Darülaceze Müessesesinde ücretsiz olarak bakılan veya bakım ücreti verilen ya da Bakanlık tarafından yardım yapılarak desteklenen resmi sosyal hizmet kuruluşlarında verilen bakım hizmetinden yararlanıp da Bakanlığın sosyal hizmet kuruluşlarıncaya verilen bakım hizmetinden ücretsiz yararlanmaya ilişkin koşulları taşıyan yaşlılara ve engelli bireylere, her yıl merkezî yönetim bütçe kanunu ile belirlenen miktar kadar kesinti yapılmadan aylık net harçlık verilmektedir (2828 sK Ek m.11).

⁵⁶ 2022 yılı Haziran ayı için bu sınır 1.417,8 Türk Lirasıdır.

⁵⁷ Ünal, s.150,151.

⁵⁸ Sözer, s.89.

d. Başvuru

Bu Kanun kapsamında engelli aylığından yararlanabilmek için Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına yazılı başvuru yapılmalıdır. Başvuru, kişinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki Vakfa yapılır. Vakıflar illerde valilik, ilçelerde ise kaymakamlık bünyesinde örgütlenmektedir. Başvuru sırasında engel durumunu gösteren sağlık raporu ibraz edilmelidir. Sağlık kurulu raporunun aslı veya onaylı sureti ya da Sağlık Bakanlığı veri tabanında paylaşılan rapor bilgileri Vakıf tarafından kabul edilir. Engelli yakını aylığı bakımından sağlık kurulu raporunun yanında velinin olmadığı hallerde atanmış vasiye ilişkin verilen vesayet kararının aslı veya noter onaylı sureti de ibraz edilmelidir.

İnceleme sonucunda Vakfın vereceği karara karşı itiraz edilmesi mümkündür. Karara karşı yapılacak itiraz ilk olarak Vakfa yöneltilmelidir. Buradan sonuç alınamaması halinde ret kararına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir (Yön. m.10/3). 2022 sayılı Kanun kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlık, iş mahkemesinin görev alanına girmeyip idari nitelikte bir uyuşmazlık olduğundan idari yargıda çözümlenecektir⁵⁹.

4. Aylığın Bağlanması, Kesilmesi ve Durması

Vakfa yapılan yazılı başvuru üzerine yapılan ön inceleme ve sosyal inceleme sonucunda kişinin aylığa hak kazanması durumunda bağlanacak aylık tutarı, Kanunda belirtilen gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpılması ile belirlenir. Buna göre başkasının yardımı olmaksızın hayatını sürdürmesi mümkün olmayan muhtaç engelli bireylere 4.890 gösterge rakamı, talebine rağmen işe yerleştiremeyen muhtaç engelli bireylere ve engelli yakınının bakımını üstlenen muhtaç engelli yakınlarına 3.240 gösterge rakamı ile memur aylık katsayısının çarpımı sonucunda bulunan tutarda aylık

⁵⁹ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E:2011/16468 K:2011/6782, T:05.05.2011: <www.karartek.com.tr>.

bağlanacaktır⁶⁰. Günümüz sosyo-ekonomik koşullarında gösterge rakamı yükseltirse dahi bu yöntemle belirlenen aylık oldukça düşük kalmaktadır⁶¹.

65 yaşı doldurmadan önce Kanunun 2'nci maddesi kapsamında bağlanmış olan aylıklar aynı şekilde ödenmeye devam edilir. Aylık bağlanan kimsenin engellilik durumu veya hayatını tek başına sürdürme kabiliyetinde değişiklik olması halinde bağlanmış olan aylık yeni duruma göre ilgili bent kapsamında güncellenerek aylık miktarı tekrar belirlenecektir. Kanunun 2'nci maddesi dolayısıyla aylık bağlanan kişiler, 5510 sayılı Kanunun m.60/1,e hükmü kapsamında genel sağlık sigortasından da yararlanacaktır.

Bağlanmış olan aylıkların ödenmesi, Yönetmeliğin 11'inci maddesinde belirtilen hallerin gerçekleşmesi halinde durur veya kesilir. Aylık alan kimsenin başka Vakfın görev alanına girecek şekilde ikametgahını değiştirmesi veya engelli raporunun süreli olduğu hallerde sürenin dolması ve yeni raporun ibraz edilmemiş olması aylık ödemesinin geçici olarak duracağı durumlardır. Ölüm, feragat, 18 yaş altı engelli yakını aylığı alanlar bakımından engellinin 18 yaşını doldurması, engelli yakını aylığı alanlar bakımından bakıcı ile bakılanın aynı evde ikamet etmediğinin veya fiili bakımın gerçekleşmediğinin ya da aylığın engellinin bakımı için kullanılmadığının tespit edilmesi, engelli yakının ölmesi⁶², Türk vatandaşlığından çıkarılma ya da Türk vatandaşlığını korumaksızın yabancı devlet vatandaşlığına geçilmesi, süreli raporu bulunanlar bakımından sürenin dolmasından itibaren 1 yıl içinde yeni raporun Vakfa teslim edilmemesi, aylık alırken başka bir Vakfın görev alanına girecek şekilde ikametgahını değiştirenler bakımından 1 yıl içinde yeni ikametgahlarındaki Vakfa başvurulmaması, 10 dönem boyunca aralıksız şekilde aylığın alınmaması, kişinin aylık bağlanmasına engel olacak şekilde gelir elde etmesi veya muhtaçlık sınırında ya da bu sınırın üzerinde olması dolayısıyla aylık bağlanma koşullarını kaybetmesi hallerinde engelli aylıkları kesilecektir.

⁶⁰ 2022 yılı Haziran ayı memur aylık katsayısına göre; başkasının yardımı olmaksızın hayatını sürdürmesi mümkün olmayan engelli bireylere 1124,59731 Türk Lirası (4.890 x 0,229979), İşe yerleştirilemeyen engelli bireyler ve engelli yakınının bakımını üstlenen kişilere 745,13196 Türk Lirası (3.240 x 0,229979) tutarında aylık bağlanır.

⁶¹ **Tuncay/Ekmekçi**, s.841.

⁶² **Uşan** (2009), s.63.

İlgiliye bağlanan aylık, ilgilinin hayatta kaldığı sürece veya aylığın kesilmesine neden olacak bir durumun ortaya çıktığı tarihe kadar ödenir. Aylık miras yoluyla ya da yapılacak bir sözleşme ile başkasına devredilemez. Hak sahibinin rızası olsa bile bağlanan aylıkların haczedilmesi mümkün değildir (Yön. m.18).

Başvuruyu takip eden aybaşından itibaren aylık ödenmeye başlanır (Kanun m.3). Başvurunun kabul edilmesi halinde kişi bu tarihten itibaren aylığa hak kazanmış olsa da başvuru çoğunlukla daha uzun sürede sonuçlandığından ilk ödeme zamanında hak kazanılmış önceki aylar için de ödeme yapılır. Başvuru tarihinden aylık bağlanmasına kadar uzun bir sürenin geçmesi, aylık bağlanması için gerekli prosedürün uzun olması gibi hususlar şikayet konusu olmaktadır⁶³. Bunun yanı sıra özellikle ilçelerde kaymakamlık bünyesinde faaliyet gösteren Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına yapılan başvurularda, kaymakamlık bünyesinde uzman görevli bulunmaması sebebiyle incelemenin konunun uzmanları tarafından yapılamaması da yardımların hak sahiplerine ulaşması önünde engel oluşturabilmektedir.

B. SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMAYI TEŞVİK KANUNU KAPSAMINDA YAPILAN YARDIMLAR

1. Genel Olarak

3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu⁶⁴, fakir ve muhtaç durumdaki vatandaşlar ile herhangi bir şekilde Türkiye'ye kabul edilmiş ya da gelmiş olan kimselere yardım etmek, sosyal adalete hizmet eden önlemler ile gelir dağılımında adaleti sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek amacıyla düzenlenmiştir (m.1). Bu Kanun ile, sosyal yardımların yürütülmesi bakımından kalıcı ve kurumsal nitelikte çözüm sağlamak amacıyla T.C. Merkez Bankası nezdinde Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu, Fona bağlı olarak taşrada yürütülecek yardım faaliyetlerini organize etmek amacıyla her il ve ilçede Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları kurulmuştur. Vakıflar illerde vali, ilçelerde kaymakam

⁶³ Kesgin (2013), s.171.

⁶⁴ RG, 14.06.1986-19134.

başkanlığında oluşturulmuştur. Vakıflar, devletin sağladığı yardımların ihtiyaç sahibi vatandaşlara en kısa sürede ulaştırılması bakımından bir köprü işlevi görmektedir⁶⁵. Vakıf Mütevelli Heyeti, vakıflarda karar organı olarak görev yapmaktadır. Heyet vakfın görev belgesindeki ihtiyaç sahibi kişileri belirlemek, bunların sağlık ve tedavi masraflarını karşılamak, küçük yardımlar ile topluma kazandırılacak kişilere gerekli yardımı yapmak, bölgenin şartlarına göre yardım miktarlarını belirlemek, vakfın finansal durumu ile ilgili işleri yürütmek, vakfa mal alıp satmak ve bunları işletmek, mevcut geliri artırmaya çalışmak, vakfın personel ihtiyacını ve kadrosunu belirlemek, vakfın amacına hizmet etmek üzere tesisler kurmak, işletmek veya işlettirmek gibi işleri yapmaktadır⁶⁶.

Kanunla kurulmuş olan sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayan ve buralardan aylık ve gelir almayan fakir ve muhtaç durumdaki vatandaşlar ile geçici olarak yapılacak küçük bir yardım ile ya da eğitim öğretim imkanı sağlanması durumunda topluma yarar sağlayabilecek duruma gelmesi mümkün olan kişiler Kanunun kapsamındadır. “Küçük bir yardım” ile ifade edilmek istenen, sağlanacak sosyal teşviğin maliyetinin düşük olmasıdır⁶⁷. Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olsa veya bu kuruluşlardan gelir ve aylık alsa da fakir ve muhtaç durumda olan kimseler, Fon Kurulunun belirlediği kriterlere göre hane içindeki kişi başına düşen gelirin aylık net asgari ücret tutarının üçte birinden az olması halinde Kanunun kapsamına girmektedir. Fakir ve muhtaç durumda olmak, kişinin kendini, eşini ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarını veya ana babasını geçindirmek için ihtiyaç duyduğu geliri, malı ya da kazancının bulunmamasıdır⁶⁸. Yalnızca Türk vatandaşları değil, herhangi bir şekilde ülkede bulunan yoksulluk içindeki vatandaş olmayan kimseler de kapsam dahilindedir. Kanunda yapılan değişiklik ile beraber 2022

⁶⁵ **Haspolatlı, Ersin** (2014) “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları Üzerine Bir İnceleme”, İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi, <https://www.insamer.com/tr/sosyal-yardimlasma-ve-dayanisma-vakiflari-uzerine-bir-inceleme_65.html> s.e.t 20.06.2022, s.11.

⁶⁶ **Güzel/Okur/Caniklioğlu** (2020), Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.879-880.

⁶⁷ **Sözer**, s.90.

⁶⁸ **Tuncay/Ekmekçi**, s.847.

sayılı Kanun kapsamında aylık almakta olan kimselerin 3294 sayılı Kanun kapsamında sağlanan yardımlardan yararlanamayacağı düzenlenmiştir.

2. Sağlanan Yardım ve Hizmetler

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları aracılığıyla çeşitli sosyal yardım ve hizmet faaliyetleri yapılmaktadır. Gıda, yakacak, barınma gibi ihtiyaçları karşılamak üzere aile yardımları, 5510 sayılı Kanun kapsamında genel sağlık sigortasından yararlanma bakımından yapılan sağlık yardımları, eğitim yardımları, engelli vatandaşların topluma uyumunu kolaylaştıracak araç ve gereçleri karşılamaya yönelik yardımlar ve bunlar dışında kalan özel amaçlı yardımlar Kanun kapsamında yapılan başlıca yardımlardır⁶⁹.

Kanun doğrudan engelli bireylere ilişkin olarak düzenlenmiş olmasa da bu kimselere yönelik özel hükümler içermektedir. Kanunun 4'üncü maddesine göre, engelli ve yaşlı bireylere yönelik olarak Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan projeler, yapım ve kiralama işleri ve diğer faaliyetlerde kullanılmak üzere Fonun Kanunda sayılan gelirlerinin %5'e kadarı Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı emrine tahsis edilebilecektir. Tahsis edilen bu gelir Fonun onayladığı projelerde kullanılabilir.

Muhtaç haldeki engelli bireylere Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından el-ayak protezleri, tekerlekli sandalye, işitme cihazı gibi tıbbi araç gereçler sağlanabilmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumuna tabi olan veya bu Kurumdan aylık ve gelir alan kimselerin Kurum tarafından karşılanmayan tedavi giderleri ve fonksiyon kazandırıcı nitelikteki araç ve gereçler de bu Vakıflar tarafından karşılanmaktadır⁷⁰.

3. Başvuru ve İnceleme

3294 sayılı Kanun kapsamında yardım başvurusu, kişinin ikametgahının bulunduğu yerdeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına yapılır. Başvuru sahibi hakkında gerekli olan tüm bilgilere Sosyal Yardım Bilgi Sistemi (SOYBİS) üzerinden ulaşılmaktadır. Bu sistem, yardım talebinde bulunan kişilerin evrak toplamasına gerek kalmadan kısa sürede işlemlerin

⁶⁹ Yuvalı (2017), s.207.

⁷⁰ Kesgin, Bedrettin (2012) Kamu Sorumluluğunda Sosyal Hizmet, 1. Baskı, İstanbul, Açılım Yayınları, s.100.

tamamlanması bakımından kolaylık sağlamaktadır⁷¹. Vakfa iletilen yardım başvuruları, vakfın sosyal yardım ve inceleme görevlileri tarafından incelenir. Vakıflarda varsa sosyal hizmet uzmanları, sosyolog veya psikologlar, halkla ilişkiler uzmanları ya da diğer yüksek öğrenim mezunu kişiler bu hususta görevlendirilir. Bu nitelikte çalışan yoksa vakıfta bu görevi o zamana kadar yerine getiren bilgi ve tecrübe sahibi vakıf çalışanları içinden seçilen kimse inceleme görevini yapar. İnceleme, başvuru sahibinin ikametgahında yapılır. İnceleme sonunda görevlinin kanaati ile beraber inceleme raporu düzenlenir. Bu incelemenin süresi 1 yıl olup her yıl yenilenmesi gerekir.

İnceleme sonucunda düzenlenen raporlar mütevelli heyeti tarafından değerlendirilir. Yardım talep eden kişinin muhtaç durumda olup olmadığı ve hangi yardımın hangi miktarda yapılacağına karar verilir. Başvuru sahibinin muhtaç durumda olmadığına karar verilmesi halinde yardım talebi reddedilir. İnceleme sonucunda vakıf mütevelli heyetinin kararına karşı başvuru sahibi bir dilekçe ile itiraz edebilir. İtiraz üzerine başvuru sahibinin dosyası heyet tarafından tekrar incelenir. İncelemenin genişletilerek tekrarlanması yönünde karar verilebilir. İtiraz sonucunda verilen karara karşı idari yargı yoluna başvurulması mümkündür.

Kanun kapsamında ihtiyaç durumuna göre çeşitli sosyal yardımlar yapılıyor olsa da yardım yapılacak olan kesimlerin belirlenmesinde objektif kriterler oluşturulmamıştır. Bu nedenle yapılan yardımların tam anlamıyla hakkaniyetli ve şeffaf olduğu söylenememektedir⁷². Vakfın karar organı olan Mütevelli Heyetinde görev alacak kişiler 3294 sayılı Kanununun 7'nci maddesine sayılmıştır. Hükümde belirtilen kişiler il yönetiminde zaten çeşitli görevler yapmakta olup konuyla ilgili uzman kimseler değildir. Uzman personeller olmadan geleneksel yardım anlayışı ve yöntemiyle hizmet yürütülmektedir. Bu nedenle Vakıf aracılığıyla yürütülen sosyal yardım uygulamalarında bilimsel ve profesyonellikten uzak bir sosyal yardım ve hizmet anlayışının doğması tehlikesi söz konusudur. Bu tehlikenin önüne geçmek amacıyla sosyal hizmet uzmanları istihdam edilmeli, vakıflarda çalışan personelin gerekli eğitimi

⁷¹ Haspolatlı, s.14.

⁷² Yuvalı (2017), s.207.

alması sağlanmalı, eğitimin ulusal düzeye yayılması için çalışılmalıdır⁷³. Fon ve vakıf gelirlerinin uygulamada amacı dışında siyasi amaçlarla kullanıldığı da ileri sürülmektedir⁷⁴.

C. VERGİ İNDİRİMİ

Engelli vatandaşların yaşamları boyunca karşılaştığı zor şartların giderilmesine katkı sağlamak ve engeli bulunmayanlar ile aralarındaki eşitsizliği gidermek amacıyla vergi hukukunda bazı düzenlemeler yapılmıştır⁷⁵. Bu kapsamda bazı vergi çeşitlerinde indirimler, istisnalar ve muafiyetler öngörülmüştür. Engelli bireylere tanınan vergi indirimleri ve muafiyetleri bu kimselerin giderlerini azaltmaya ve refah seviyelerini yükseltmeye hizmet eden uygulamalardır⁷⁶.

1. Gelir Vergisi İndirimi

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda⁷⁷ engellilik indirimini düzenleyen 31'inci maddede çalışma gücünü en az %80 oranında kaybetmiş olan kişiler birinci derece engelli, %60 oranında kaybetmiş olan kişiler ikinci derece engelli ve en az %40 oranında kaybetmiş olan kişiler üçüncü derece engelli olarak kabul edilmiştir. Bu engelli çalışanların ücretlerinden hükümde belirtilen tutarlarda indirim yapıldıktan sonra gelir vergisi buna göre hesaplanacaktır. Buna göre birinci derece engelli bireylerin ücretine 2.000, ikinci derece engelli bireylerin ücretine 1.170, üçüncü derece engelli bireylerin ücretine 500 Türk Lirası engelli indirimi uygulanacaktır.

2. Gümrük Vergisi Muafiyeti

4458 sayılı Gümrük Kanununun⁷⁸ 167'nci maddesinde malul ve engellilerin kullanımına mahsus eşyanın gümrük vergisinden muaf olduğu belirtilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında Cumhurbaşkanı malul ve engellilerin

⁷³ Güzel/Okur/Caniklioğlu (2020), s.879.

⁷⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu (2021), s.910.

⁷⁵ Karaaslan, s.26,27.

⁷⁶ Evlice, s.90.

⁷⁷ RG, 06.01.1961-10700.

⁷⁸ RG, 04.11.1999-23866.

kullanımına mahsus eşyayı geliş süreleri de dahil olmak üzere tanımlamaya, bunların cins, tür ve miktarlarını belirlemeye, muafiyet ve istisna uygulanacak tutarı sifıra kadar indirmeye veya iki katına kadar çıkartmaya ve bu muafiyet ve istisnayı farklı eşya itibarıyla birlikte ya da ayrı ayrı uygulamaya ve ticari nitelikte olmayan vergiye tabi eşyadan alınacak gümrük vergilerini göstermek üzere ilgili kanunlarda belirtilen sınırları geçmemek şartıyla tek ve maktu bir tarife uygulamaya yetkili kılınmıştır.

3. Katma Değer Vergisi İstisnası

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun⁷⁹ 17'nci maddesinde "Diğer istisnalar" başlığı altında engelli bireylerin eğitim, meslek ve günlük yaşamları için özel olarak üretilmiş olan her çeşit araç gereç ve özel bilgisayar programlarının Katma Değer Vergisi'nden istisna tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Vergiden istisna edilmiş olan bu tür işlemlerin faturaları ve benzeri vesikalarında gösterilen Katma Değer Vergisi, mükellefin diğer vergiye tabi işlemleri bakımından hesaplanacak Katma Değer Vergisinden indirilmektedir. Kişinin vergiye tabi işleminin bulunmaması veya hesaplanan verginin düşürülecek vergi tutarından az olması durumunda indirilemeyen Katma Değer Vergisi, Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından belirlenen esaslara göre bu işlemleri yapanlara iade edilmektedir⁸⁰.

4. Motorlu Taşıtlar Vergisi İstisnası

197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun⁸¹ m.4/1-c hükmüne göre %90 ve daha fazla oranda engelli bireylerin adlarına kayıtlı olan taşıtlar ile diğer malul ve engellilerin engel durumlarına uygun hale getirilmiş özel tertibatlı taşıtları motorlu taşıtlar vergisinden istisna tutulmuştur.

5. Özel Tüketim Vergisi İstisnası

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun⁸² "Diğer istisnalar" başlıklı 7'nci maddesine göre ekli (II) sayılı listede bulunan kayıt ve tescile tabi mallardan hükümde belirtilen özellikleri taşıyan motorlu araçların yine

⁷⁹ RG, 02.11.1984-18563.

⁸⁰ Karaaslan, s.31,32.

⁸¹ RG, 23.02.1963-11342.

⁸² RG, 12.06.2002-24783.

hükümde belirtilen engellilik oranını taşıyan kişiler tarafından iktisabı özel tüketim vergisinden istisna tutulmuştur. Bu muafiyetin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla bu tür malların yalnızca beş yılda bir defa iktisap edilmesi halinde istisnanın uygulanacağı belirtilmiştir.

6. Emlak Vergisi İndirimi

Emlak vergisi bakımından engelli bireylere yönelik doğrudan bir indirim ya da muafiyet tanınmamış olmakla beraber Cumhurbaşkanına vergi oranını indirme yetkisi tanınmıştır. 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun⁸³ m.8/2 hükmüne göre engelli bireylerin Türkiye sınırları içerisinde brüt 200 metrekareyi geçmeyen tek meskeni bulunması veya intifa hakkına sahip olması durumunda Cumhurbaşkanı bu meskene ait vergi oranını sifıra kadar indirmeye yetkilidir. Kişi söz konusu meskene hisse ile sahip ise kendi hissesine ait kısım hakkında bu indirim uygulanacaktır. Bu mesken sürekli olarak yaşama amacıyla değil özel bir zaman diliminde dinlenme amacıyla kullanılıyorsa indirim uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

III. ENGELLİLERE YÖNELİK SOSYAL HİZMETLER

A. BAKIM HİZMETİ

Sosyal hizmetlerin yürütülmesinde usul ve esasları düzenleyen temel kaynak olan 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, engellilik sınıflandırmasına göre sağlık kurulu raporu ile ağır derecede engelli olduğu belgelendirilen, günlük hayatın olağan gereklerini önemli ölçüde yerine getirmekten yoksun olması sebebiyle hayatını başkasının yardım ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek durumda olan kişileri 'bakıma ihtiyacı olan engelli' olarak adlandırmıştır (m. 3). Kanunun Ek m.7 hükmünde belirtilen koşulların sağlanması halinde engelli kimselere bakım merkezlerinde ya da kendi evlerinde bakım hizmeti verilecektir. Bakım hizmeti ekonomik durumdan bağımsız olarak bakıma ihtiyaç duyan herkese değil, ekonomik olarak bu hizmeti karşılaması mümkün olmayan muhtaç kimselere sunulmaktadır. Buna göre bakıma muhtaç durumdaki engellilerden her türlü gelirin toplanması ile hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir miktarı, aylık net asgari ücret

⁸³ RG, 11.08.1970-13576.

tutarının üçte ikisinden az olan kimselerin bakımına destek verilecektir. Aynı hanede birden çok bakıma muhtaç engelli bulunması durumunda, kişi başına düşen ortalama aylık gelir miktarının hesabında birinci bakıma muhtaç engelliden sonraki her bakıma ihtiyaç duyan engelli iki kişi sayılacaktır.

Bakım hizmeti, evde veya bakım merkezlerinde olmak üzere iki şekilde sunulabilir. Bakıma ihtiyaç duyan engellinin evde bakımına destek olması amacıyla aylık olarak 10.000 gösterge rakamı ile memur aylık katsayısının çarpımı ile hesaplanacak tutar kadar sosyal yardım yapılmaktadır. Bakım hizmetinin özel bakım merkezlerinde verilmesi halinde ise bakım hizmetinin karşılığı aylık olarak en fazla 20.000 gösterge rakamı ile memur aylık katsayısının çarpımıyla hesaplanacak tutar kadar olabilir (Ek m.7/2).

1. Evde Bakım Hizmeti

Sunulacak bakım hizmetinde esas olan engelli bireye ailesinin yanında evde bakıma öncelik verilmesidir. Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik⁸⁴ m.4/1-d hükmüne göre evde bakım hizmeti; hasta kimselere aileleri ile yaşadıkları ortamda hekimlerin önerileri doğrultusunda sağlık personelleri tarafından rehabilitasyon, fizyoterapi, psikolojik tedavi içeren tıbbi ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde sağlık, bakım ve takip hizmeti sunulmasını ifade etmektedir. Bu hizmet kişisel bakım hizmetlerini; koruyucu, tedavi edici, psiko-sosyal ve diğer destek hizmetlerini ve engelli kimselerin sosyal ihtiyaçlarını kapsar⁸⁵. Evde bakım hizmeti, hem daha verimli ve etkili olması hem de bakım ihtiyacı duyan engelli bireyin kendini daha iyi hissetmesi bakımından faydalı görülmektedir. Hastane kapasitelerinin yetersizliği, hastane enfeksiyonlarından koruma sağlaması, aile değerleri açısından yararlı görülmesi gibi nedenlerle yaygınlaşmaktadır⁸⁶. Kişinin evde bakım hizmeti alması, ev ortamından ve aile yanından uzaklaşmaya gerek duyulmaması sebebiyle kendini daha iyi hissetmesini sağlamaktadır. Bu hizmet aile için de güven duygusu vermektedir.

⁸⁴ RG, 10.03.2005-25751.

⁸⁵ Karaaslan, s.39.

⁸⁶ Işık Erol, s.116; Kesgin (2012), s.111,112.

Sağlık personelleri tarafından sunulan bakım hizmetinin yanı sıra engelli bireyin bakımını bir yakınının üstlenmesi de mümkündür. Bakıma muhtaç engellinin bakımının akrabaları tarafından fiilen üstlenilmesi durumunda bakımı üstlenen kişiye evde bakım ücreti ödenir. Bakıma muhtaç engelli ile bakımını üstlenen yakınının aynı adreste ikamet etmesi gerekir. Ancak engelliye bakacak başka birinin bulunmaması ve engellinin veya yasal temsilcisinin bakım merkezlerinde bakım hizmeti almak istememesi durumunda; bakım hizmetleri değerlendirme heyetinin hizmette sorun veya yetersizlik olmayacağına karar vermesi durumunda her gün rahat şekilde gidip gelinebilecek yakınlıktaki farklı adresteki akraba tarafından da bakım hizmeti verilebilir. Bu durumda engellinin yirmi dört saat içindeki tüm bakım ihtiyacının giderilmesi ve en az sekiz saat fiilen engelli ile birlikte olunması ve bakım raporunda sekiz saatten az olmamak üzere kaç saat birlikte olunacağını belirtilmesi gerekir⁸⁷. Engellinin bakımını üstlenen kimsenin, en az sekiz saatini bakıma ayırması koşulu ile ayrıca başka bir işte çalışmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁸⁸.

2. Bakım Merkezlerinde Bakım Hizmeti

Engelli bireyin evde bakımı tercih etmemesi veya ailesinin yanında bakım sağlanamaması durumlarında alternatif olarak özel veya resmi bakım merkezlerinde bakım ve rehabilitasyon hizmeti sunulur⁸⁹. Özel bakım merkezleri, bakıma ihtiyaç duyan engelli bireylere bakım hizmeti vermek üzere gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından açılan, Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlükleri tarafından denetlenen merkezlerdir. Özel kurumlarda verilen bakım hizmeti yüksek maliyetler doğurması, insanları alıştıkları çevreden ve yakınlarından ayırması, sosyal izolasyona sebep olması gibi dezavantajlı durumlar doğurabilmektedir.

⁸⁷ RG. 30.07.2006 Sayı 26244, Bakıma Muhtaç Engellilerin Tespiti ve Bakım Hizmeti Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik, m.11/5.

⁸⁸ **Özdamar, Murat/Çakar Erden** (2015) “Muhtaç Yaşlılar ile Engellilere Aylık Bağlanması ve Bunların Bakımını Üstlenene Evde Bakım Ücreti Ödenmesinin Şartları”, *İş ve Hayat*, C:1, S:2, s.181.

⁸⁹ **Kesgin** (2012), s.113.

Bakım merkezlerinde fiziki şartların uygun olması ve gerekli düzenlemelerin yapılması durumunda farklı engel, yaş ve cinsiyet grubundaki engellilere hizmet sunulabilmektedir. Bakım merkezleri gündüzlü veya yatılı şekilde hizmet verebilir. Yatılı bakım ve rehabilitasyon merkezlerinde toplumsal hayata uyum sağlama ve günlük ihtiyaçlarını karşılamada zorluk yaşayan engellilere yatılı ve sürekli bakım hizmeti verilir. Gündüzlü bakım merkezlerinde ise yarım veya tam gün hizmet verilmesi esastır. Bu merkezlerde bakım hizmeti ile bireysel ve grup çalışması içeren rehabilitasyon hizmetleri birleştirilerek sunulmaktadır. Ayrıca engelli bireye sahip olan ailelere danışmanlık hizmeti de verilmektedir. Bakım merkezlerinde psikolojik engeli bulunan bireylere hizmet verilmeden önce hastanede tedavi olması, toplu şekilde yaşayacak düzeyde iyileşmesi, atak döneminde nasıl davranacağıının belirlenmesi, hastalığının kontrol altına alınması ve bu hususların sağlık raporu ile tespit edilmesi gerekir. Bakım hizmeti verilen süreç boyunca bu bireylerin hastanelerden destek almaya devam etmesi, düzenli şekilde tedavi ve kontrollerinin yapılması sağlanmalıdır (Yön. m.7)⁹⁰.

Bakım ve rehabilitasyon hizmetinden yararlanmak isteyen engelli birey veya akrabaları il veya ilçe sosyal hizmet müdürlüklerine bildirimde bulunabilir. Mülki amirler, sağlık kuruluşları, köy muhtarı, kolluk kuvvetleri, zabıta memurları, diğer kamu kuruluşları ve vatandaşlar da çevrelerinde bulunan engelli bireyler hakkında bildirimde bulunabilir. Bildirim yapılmasının ardından talep edilen hizmet hakkında bildirimde bulunan kişi ile sosyal hizmet müdürlüğünde ön görüşme yapılır. Görüşme sonrasında gerek görülürse talep formu düzenlenir (Yön. m.12). Yatılı kurumda bakım hizmeti talep edilmesi halinde il veya ilçe sosyal hizmetler müdürlüğü, gündüzlü kurumda bakım hizmeti talep edilmesi halinde ise aile danışma ve rehabilitasyon merkezi kuruluş müdürlükleri tarafından engelli birey incelenir. Engelli ve ailesi hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenir (Yön. m.13)

Geçmiş dönemlerde bakım ihtiyacı duyan engelli bireyin kendisinin veya ailesinin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olması bakım hizmetinden faydalanmaya engel teşkil etmekte idi. Toplum tarafından yanlış

⁹⁰ RG 03.09.2010 Sayı 27691, Engellilerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmelik.

bir algı olsa da sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık alınması ya da bu kuruluşlara tabi olarak çalışılması durumunda bakım hizmetinden faydalanmanın önünde artık bir engel bulunmamaktadır⁹¹.

B. REHABİLİTASYON HİZMETLERİ

Engelli bireylerin toplumsal yaşama uyum sağlaması, sosyal yaşama katılması ve topluma faydalı hale gelmesi bakımından rehabilitasyon önem arz etmektedir. Engelli bireyler sürekli olarak tüketim ve hizmet ihtiyacı içinde olmaktan çıkarılarak yetenekleri doğrultusunda üretime dahil olan, topluma ve ekonomiye katkıda bulunan kimseler haline getirilmelidir⁹². Bu amaçları gerçekleştirmek üzere tıbbi, mesleki ve sosyal içerikli rehabilitasyon hizmeti sunulmaktadır. Rehabilitasyon merkezlerinde engelli bireylere genel olarak özbakım, kendini idare edebilme, fizyoterapi, uğraşı terapisi, konuşma terapisi, işitme terapisi, bağımsız hareket etme eğitimi, iş becerisi kazandırma, abaküs, Braille ve temel eğitim hizmetleri verilmektedir⁹³. Rehabilitasyon hizmeti ne kadar erken başlarsa başarılı sonuç alma olasılığı da o kadar artmaktadır. Erken rehabilitasyon, hizmetin maliyetinin düşmesini de sağlamaktadır.

Engelli bireylere resmi veya özel tedavi ve rehabilitasyon merkezlerinde tıbbi rehabilitasyon hizmeti verilmektedir⁹⁴. Tıbbi tedavi ve rehabilitasyonun öncelikli hedefi engel durumunun tamamen ortadan kaldırılmasıdır. Engel türü, derecesi ve kişinin yetenekleri üzerindeki etkisi tespit edilip buna göre tıbbi rehabilitasyon uygulanmaktadır. Engel durumunun tamamen ortadan kaldırılamayacağını tespit edilmesi halinde engellilik halinin en düşük seviyeye getirilmesi amaçlanır⁹⁵.

Engelliler Hakkında Kanununun mesleki rehabilitasyonu düzenleyen 13'üncü maddesinde engelli bireylerin kendi yeteneklerine göre mesleğini

⁹¹ Özdamar/Çakar, s.179.

⁹² Ay/Akan, s.105.

⁹³ Aydınöz, Gonca (2008) "Engellinin Sosyal Güvenliği Bakımından Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler", (Yüksek Lisans), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.85.

⁹⁴ Karaaslan, s.10.

⁹⁵ Şişman, Yener (2011) "Türkiye'de Özürlülere Yönelik Yasal Düzenlemeler", Sosyal Siyaset Konferansları, S:60 2011/1, s.180.

seçme ve bu alanda eğitim görme hakkının kısıtlanamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre engelli bireyler yetenekleri doğrultusunda yapmaları mümkün olan bir işte eğitilmeli, verimli hale getirilerek ekonomik ve sosyal açıdan refaha ulaşması amacıyla bir meslek sahibi edilmelidir. Bu kişilerin mesleki rehabilitasyonu özel mesleki rehabilitasyon merkezleri, yetenek geliştirme merkezleri, korumalı işyerleri ve özel işyerlerinde kendi yeteneklerine ve gelişimlerine uygun şekilde becerilerini geliştirmeye yönelik olarak uygulanır.

Türkiye İş Kurumu, engelli bireylerin özelliklerini dikkate alarak mesleklerin gerektirdiği nitelik ve şartlara uygun olacak şekilde meslek seçimi, seçilen meslek ile ilgili eğitim alınması, işe giriş sürecinde eğitim, danışmanlık ve rehabilitasyon programları veya işyerinde mesleki eğitim programları uygulanmasını ve iş danışmanlığı hizmeti sağlar. Belediyeler de sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetleri vermektedir. Büyükşehir Belediyeleri, özürülü hizmet birimleri tarafından mesleki rehabilitasyon ve eğitim programlarından faydalanmak üzere başvuran engelli bireyleri nitelikli işgücü haline getirmek, onların çalışma yaşamına katılmalarını sağlamak için gerekli rehabilitasyon ve eğitimleri sağlamaktadır. Belediye, rehabilitasyon için başvuran engelli bireylerin tümünün talebini karşılayamaması halinde en yakın özel rehabilitasyon merkezinden hizmet alabilir. Hizmet satın alınan özel merkeze belediye her yıl bütçede belirtilen miktarda ödeme yapar⁹⁶.

C. EĞİTİM

Anayasanın 42'nci maddesinde kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacağı düzenlenmiş, hükmün devamında ise özel durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyaç duyanların topluma yararlı hale gelmesi için devletin gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Buna göre engelli bireylerin eğitim ihtiyacının karşılanması devletin görevleri arasındadır. 573 sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede⁹⁷, özel eğitime ihtiyaç duyan bireylerin Türk milli eğitiminin genel amaçları ve temel ilkeleri doğrultusunda, genel ve mesleki eğitim görebilmelerinin sağlamaya yönelik

⁹⁶ Karaaslan, s.15.

⁹⁷ RG, 06.06.1997-23011.

esasları düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenleme, özel eğitime ihtiyaç duyan kimseler ile bu kimselere doğrudan ya da dolaylı olarak sunulacak olan eğitim hizmetlerini ve bu hizmetleri sağlayacak olan okul, kurum ve programları kapsamaktadır⁹⁸. Engelli bireylere genel olarak temel eğitim ve mesleki eğitim olmak üzere iki şekilde eğitim hizmeti sunulmaktadır.

Özel eğitim ihtiyacı duyan bireylerin eğitimine katkı sağlamak amacıyla bu kimselerin aileleri ve bakım ve eğitimlerinden sorumlu kişilere rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmektedir. Bu eğitim özel eğitim hizmetleri kurulu tarafından planlanır ve koordine edilir. Rehberlik ve araştırma merkezleri (RAM), özel eğitim kurumları, kaynaştırma eğitim yapılan okullarda aile eğitim hizmetleri yürütülmektedir. Bu kapsamda engelli bireyin anne, baba, kardeşleri ile bakım ve eğitiminden sorumlu kimselere eğitim hizmeti sağlanır⁹⁹.

1. Temel Eğitim

Bireyin başlıca haklarından biri olarak temel eğitim imkanı, ilköğretim çağına gelen herkese sağlanmalıdır. Engelli bireylerin temel eğitim hizmetinden yararlanabilmesi bakımından kişilerin engel türleri önemlidir. Engel durumuna göre birey engeli bulunmayan akranları ile beraber eğitim görebileceği gibi engel durumu temel eğitimden faydalanabilme bakımından bir yetersizlik oluşturuyorsa engel türüne uygun özel eğitim kurumlarına ihtiyaç duyulabilir. Örneğin görme veya işitme engelli bir bireyin temel eğitim veren normal bir kurumda eğitim alması oldukça güçtür. Engelli durumdaki çocuk, genç ve yetişkin bireylere, engel durumları dikkate alınarak bütünleştirilmiş ortamlarda ve engelli olmayan kimseler ile eşit koşullarda eğitim imkanı sağlanmalıdır. Durumun özelliklerine göre temel eğitim ve özel eğitim hizmetleri bir arada aynı kurumda verilebilir. Özel eğitime ihtiyaç duyan bireylere destek eğitim hizmeti de sağlanarak, engeli bulunmayan akranları ile beraber kaynaştırma yolu ile eğitim hizmeti sunulması mümkündür. Bu durumda kişi yaşlıları ile beraber ve genel eğitim sistemi içerisinde eğitim alabilecektir. Bunun yanında resmi veya özel okulların kendi bünyesinde açılacak aynı özellikleri taşıyan öğrencilerin yer alacağı özel eğitim sınıflarında da eğitimin sürdürülmesi

⁹⁸ Sümer, s.334.

⁹⁹ Karaaslan, s.13.

mümkündür¹⁰⁰. Bunun mümkün olmadığı durumlarda ise eğitim tümüyle özel eğitim kurumlarında verilecektir. Özel eğitim okulları ile özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerinde verilmekte olan destek eğitimini almaları uygun bulunan engelli bireylerin eğitim giderlerinin Maliye Bakanlığı tarafından her yıl belirlenen tutarı, Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine bu amaçla konulmuş olan ödenekten karşılanmaktadır.

Engelli olmayan akranları ile aynı sınıfta eğitim gören özel eğitime ihtiyaç duyan bireyler için destek eğitim odalarında ek eğitim hizmeti gerçekleştirilir. Milli eğitim müdürlükleri tarafından okul ve kurumlarda özel eğitim hizmetleri kurulunun önerisi ile destek eğitim odaları açılır. Bu odalarda öğrencilerin eğitim performansları dikkate alınarak gerekli yeterlilik türüne uygun araç gereçler ve eğitim materyalleri bulundurulur. Öğrencinin bu odada alacağı haftalık ders saati, toplam ders saatinin %40'ını aşmayacak şekilde planlanır. Burada verilen dersler kurumun normal ders saatleri içinde yapılır. Kaynaştırma sınıflarında ve özel eğitim sınıflarında eğitim gören öğrencilerin başarısız olması durumunda sınıf tekrarı yaptırılmamaktadır¹⁰¹.

2. Mesleki Eğitim

Engelli bireyler, kendi yeteneklerine göre meslek seçme ve bu alanda eğitim görme hakkına sahip olup bu hak engelli olmaları sebebiyle kısıtlanamaz. İlköğretimi tamamlayıp genel ve mesleki ortaöğretim programlarına devam edemeyecek durumda olan özel eğitime ihtiyaç duyan bireylerden yirmi bir yaşından gün almamış olanların temel yaşam becerilerini geliştirmek, topluma uyum sağlamalarına katkıda bulunmak, iş ve mesleğe ilişkin bilgi ve beceriler kazandırmak için resmi ve özel iş okulları açılır. Bu okulların eğitim programında akademik bilgi ve becerilerin yanı sıra iş eğitimi uygulamaları da yer alır. Dört yıldan oluşan bu programın tamamlanması halinde İş Okulu Diploması verilmektedir. Bu diploma yüksek öğretime devam etme hakkı sağlamamakla beraber işe girme bakımından ortaöğretim kurumlarından mezun olanlara tanınan haklardan yararlanma imkanı tanır.

¹⁰⁰ Karaaslan, s.11; Şişman, s.184.

¹⁰¹ Karaaslan, s.12.

Programı tamamlayamayan bireyler ise işe ve mesleğe, yaygın eğitim programlarına yönlendirilirler.

Zorunlu öğrenim çağını geçmiş olan ve genel eğitim programlarından yararlanamayacak durumdaki özel eğitime ihtiyaç duyan bireylerin temel yaşam becerilerini geliştirmek, topluma uyum sağlamalarına katkıda bulunmak, iş ve mesleğe yönelik beceriler kazandırmak amacıyla çeşitli konularda resmi ve özel yaygın eğitim kurumları tarafından meslek kursları düzenlenir. Programın içeriğine göre belirlenen kurs süreleri çeşitlilik göstermektedir. Bir kursu bitiren kimse diğer bir kursa katılabilir. Bir kurs programının tamamlanması durumunda İş Eğitim Merkezi Kurs Bitirme Belgesi verilmektedir. Bu belge mesleki eğitim merkezlerinde verilen belgeye denk olmamaktadır. Kursu tamamlayan bireyler iş ve mesleğe veya diğer yaygın eğitim programlarına yönlendirilirler¹⁰².

SONUÇ

Ülkemizde sosyal güvenlik sistemi sosyal sigorta esasına dayalı olarak kurulmuş olup sosyal yardım ve hizmetler bu sistemin tamamlayıcı bir parçası niteliğindedir. Toplumda dezavantajlı konumda olan engelli bireylerin insan onuruna yakışan bir hayat sürmesi için bu faaliyetler hayati önem arz etmektedir. Bununla beraber çeşitli olumlu ve olumsuz etkileri bulunmaktadır. Sosyal güvenlik sisteminde bulunan boşlukları kapatması, muhtaç bireylere gelir güvencesi sağlaması, bakıma muhtaç kişilere bakım ve tedavi desteği sunması, rehabilitasyon ve eğitim hizmetleri ile günlük yaşama katılma imkanı vermesi ve diğer psiko-sosyal faydaları gibi birçok olumlu sonuç doğurmaktadır. Bunun yanında yararlanan kişileri tembelleğe yöneltmesi, bağımlılık oluşturması, damgalanmaya neden olması ve istismar edilebilmesi gibi riskleri de beraberinde getirmektedir. Bazı riskler doğuruyor olsa da sosyal yardım ve hizmetler devletin temel görevlerinden olup önemli bir gerekliliktir. Ancak bu yardım ve hizmetlerin amacına ulaşabilmesi için kaynakların verimli kullanılması ve gerçekten ihtiyaç sahibi kimselere ulaşılması büyük önem arz etmektedir.

¹⁰² Karaaslan, s.12,13.

Mevzuatta sosyal yardım ve hizmetler çeşitli kanun ve yönetmelikler ile ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olsa da bu faaliyetlerin tamamının amacına ulaşacak şekilde etkin ve verimli uygulandığını söylemek mümkün değildir. Sosyal yardım ve hizmet faaliyetlerine yönelik mevzuat dağınık olup bu faaliyetler kamu kurumları ve devlet denetimi altında özel kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Uygulayıcıların farklı olması ve mevzuatın dağınıklığı sebebiyle faaliyetlerin planlanması ve uygulanması zorlaşmakta, dağınık ve birbirinden kopuk bir yapı ortaya çıkmaktadır. Sosyal yardım ve hizmet faaliyetlerinin uygulanmasında aksaklıklar doğmakta, engelli bireylerin bu uygulamalar hakkında bilgi sahibi olması ve bunlardan faydalanması güçleşmektedir. Zaman zaman bazı ihtiyaç sahiplerine birden çok yardım yapılırken bazılarında hiç yapılamaması durumu ortaya çıkmaktadır.

Sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanma bakımından uygulanan şart ve kriterlerde birlik bulunmamakta, bu nedenle uygulama birliği sağlanamamaktadır. Sosyal yardım ve hizmet faaliyetlerini yürütmek üzere kurulmuş olan birimlerde alanda uzman personel bulunmadığında değerlendirme, inceleme ve uygulama uzman olmayan kişiler tarafından yapılmaktadır. Bu durum yardım ve hizmetlerin gerçek ihtiyaç sahiplerine ulaşamamasına neden olabilmektedir. Yardım kuruluşlarının ve yardım amacıyla kurulan fonların gelirlerinin amacı dışında kullanıldığı da ileri sürülmektedir. Seçim zamanlarında yapılan yardımlarda artış görülmesi de bu yardımların amacına hizmet edecek şekilde kullanıldığı hususunda şüphe doğurmaktadır.

Engelli bireylere yapılacak yardımlar bakımından muhtaçlık şartı günümüz ekonomik koşullarında oldukça düşük bir gelir sınırında olup sağlanan yardımların tutarı sadece bu yardımlar ile geçinmeye imkan tanımayacak niteliktedir. Yapılan yardımların tutarının yetersiz olması, kişiyi hayatını sürdürebilmek için çalışmaya mecbur bırakırken muhtaçlık sınırının düşük olması kayıt dışı istihdama yöneltmektedir. Sosyal yardım ve hizmetlerin sağlanmasında genellikle hane içindeki toplam gelir esas alınmakta, bu durum gelir güvencesi sağlamadığı gibi kişiyi ekonomik açıdan yakınlarına bağımlı olmaktan kurtaramamaktadır. Bu durumda sistem içerisinde payı küçük olan sosyal yardım ve hizmetler sembolik nitelikte kalmaktadır.

Engellilere yönelik olarak yapılan sosyal yardım ve hizmetlerin amacına ulaşabilmesi için uygulamadaki eksikliklerin giderilmesi, alanında uzman personellerin istihdam edilmesi, yapılan yardımların ekonomik koşullara uygun olacak tutarda belirlenmesi, ihtiyaç duyan herkesin bunlardan yararlanabilmesi için kişilerin sahip oldukları hak ve yükümlülükler konusunda bilinçlendirilmesi gereklidir. Engelli bireylerin günlük yaşamda kendi başlarına yaşayabilme kabiliyeti artırılmaya çalışılmalı, çevre koşulları ulaşılabilir hale getirilmelidir. Engellilerin aile hayatı, kültürel faaliyetler, eğlence ve spor etkinliklerine tam anlamıyla katılması sağlanmalıdır. Doğumdan başlayarak her yaştaki engelli bireye eğitimde fırsat eşitliği sunulmalıdır. Engelli bireyin çalışma hayatına dahil olması kolaylaştırılmalı, bireye yeteneklerine uygun bir meslek becerisi kazandırılmalıdır. Yardım ve hizmetlerden faydalanan kişi sosyal yardımlara bağımlı hale gelmeden en kısa sürede tekrar çalışabilir ve kendi geçimini sağlayabilir düzeyde gelir edebilecek hale getirilmeye çalışılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Aydınöz, Gonca** (2008) “Engellinin Sosyal Güvenliği Bakımından Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler”, (Yüksek Lisans), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ay, Hakan/Akan, Recep** (2017) “Tarihsel Süreçte Sosyal Yardımların Gelişimi”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum, C:6, S:18, s.787-798.
- Doğan Çelik, Esra** (2016) “Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Sosyal Hizmetler”, (Yüksek Lisans), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Evlice, Ertuğrul** (2019) “Engellilerin Türk Sosyal Güvenlik Sistemindeki Yeri”, Asya’dan Avrupa’ya Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, S:7 s.79-92.
- Günay, C. İlhan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Güzel, Ali/Okur, A. Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2020) Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Güzel, Ali/Okur, A. Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Haspolatlı, Ersin** (2014) “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları Üzerine Bir İnceleme”, İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi, <https://www.insamer.com/tr/sosyal-yardimlasma-ve-dayanisma-vakiflari-uzerine-bir-inceleme_65.html> s.e.t 20.06.2022.
- Işık Erol, Sevgi** (2019) Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Sosyal Hizmetler, 1. Baskı, Ankara, İksad Yayınları.
- Karaaslan, Erkan** (2013) Engelli Hakları, 1. Baskı, Antalya, Bekad Yayınları.
- Karabulut, Alpaslan** (2011) “Türkiye’de Sosyal Yardım ve Sosyal Yardımların Tek Merkezden Yürütülebilirliği”, (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kesgin, Bedrettin** (2012) Kamu Sorumluluğunda Sosyal Hizmet, 1. Baskı, İstanbul, Açılım Yayınları.

- Kesgin, Bedrettin** (2013) Kamu Sosyal Politikalarında Sosyal Yardım, 1. Baskı, İstanbul, Açılım Yayınları.
- Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat** (2020) Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık.
- Özdamar, Murat/Çakar Erden** (2015) “Muhtaç Yaşlılar ile Engellilere Aylık Bağlanması ve Bunların Bakımını Üstlenenlere Evde Bakım Ücreti Ödenmesinin Şartları”, İş ve Hayat, C:1, S:2, s. 169-183.
- Sözer, A. Nazım** (1994) Türkiye’de Sosyal Hukuk, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Sümer, H. Hadi** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Şişman, Yener** (2011) “Türkiye’de Özürlülere Yönelik Yasal Düzenlemeler”, Sosyal Siyaset Konferansları, S:60 2011/1, s.169-221.
- Tuncay, A.Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Urhanoglu, İhtar** (2018) “Türk Sosyal Güvenlik Sistemi İçerisinde Yaşlılara Yönelik Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C: 8, S: 2 , s.23-40.
- Uşan, M. Fatih** (1999) İş Hukukunda Sakat İstihdamı, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayınları.
- Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Uşan, M.Fatih/Erdoğan, Canan** (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ünal, Canan** (2012) Özürlülerin Sosyal Güvenlik Hakları, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Yuvalı, Ertuğrul** (2017) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Merkezi Sosyal Yardımlar, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Yuvalı, Ertuğrul** (2018) “Hak Temelli Sosyal Yardım ve Klientalizm”, TBB Dergisi, S:135, s.383-404.

MİRASIN İRADİ REDDİ (MİRASIN GERÇEK REDDİ)*

Dr. Büşra CÖMERT AKBAY**

ÖZET

Türk medeni hukukunda miras, miras bırakanın ölümü ile kanun uyarınca (*ipso iure*) kendiliğinden ve bir kül olarak mirasçılara geçmektedir [Türk Medeni Kanunu (“TMK”) m. 599]. Miras ise miras bırakanın intikali kabil haklarından ve borçlarından oluşur. Mirasçılar (yasal ve/veya atanmış mirasçılar) mirasın kanundan dolayı ve kendiliğinden olarak kendilerine geçmesi ile iradeleri dışında miras bırakanın haklarına ve borçlarına sahip olurlar. Miras bırakanın ölümüyle birlikte, mirasçının hukuki alanında genel malvarlığı ve özel malvarlığı olmak üzere iki ayrı malvarlığı bulunmaktadır. Miras, özel bir malvarlığı teşkil etmekte olup, özel rejime tabidir. Mirasın kanun uyarınca mirasçılara geçmesi, mirasçılarının iradelerine bağlı olmaksızın haklara ve borçlara sahip olmalarına sebep olabilir. Bu tür bir dayatmanın engellenmesi amacıyla, Türk hukukunda, mirasçılara üç aylık ret süresi içerisinde mirası ret hakkı tanınmaktadır. Biz bu çalışmamızda mirasın iradi reddini ele almayı amaçlamaktayız. Bu kapsamda, makalemizde, mirasın iradi reddi kavramına, bunu düzenleyen normun koruma amacına, mirasın reddinin şartlarına, reddin mirasçılar ve alacaklılar (mirasçılarının ve miras bırakanın) üzerindeki etkisine ve son olarak da mirasın açılması ile mirasın reddine kadarki dönemde geçici mirasçının yapmış olduğu işlemlerin mirasın reddinden sonraki akıbetine değinmeyi planlamaktayız.

Anahtar Kelimeler: Miras, Mirasın Reddi, Mirasın Reddinin Etkisi, Mirasçılarının Korunması, Alacaklıların Korunması.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1105579 – Geliş Tarihi: 18.04.2022 – Kabul Tarihi: 07.07.2022.

** LL.M. (Augsburg), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, bcomert@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2329-7172.

DISCLAIMING AN INHERITANCE

ABSTRACT

According to Turkish Civil Law the inheritance passes on the heirs ipso iure and universally [Turkish Civil Code (“TCC”) Art. 599]. The inheritance consists of rights and debts of the deceased. The heirs (statutory and/or appointed heirs) become the right holders and debtors without their will. By the death of the deceased, two separated assets that are general asset of an heir and special asset start existing together in the legal sphere of an heir. The special asset corresponds to the inheritance passed on which is subject to a special regime. Although the inheritance passes on the heirs, they shall not be forced to have rights or undertake obligations against their will. Therefore, under Turkish law, heirs are entitled to disclaim the inheritance under a certain period which is three months. In this article, the meaning of disclaiming an inheritance, the aim of the norm that regulates disclaiming, the conditions for disclaiming and the effects of disclaiming on the successors of the heirs, on the creditors of both heirs’ and the deceased, and lastly the situation of the legal transactions took place in the disclaiming period after an heir disclaims her/his inheritance will be examined.

Keywords: Inheritance, Disclaiming an Inheritance, The Effects of Disclaiming an Inheritance, The Protection of the Heirs, The Protection of the Creditors.

GİRİŞ

Miras bırakan öldükten sonra, mirası bir küllük olarak mirasçılara geçer (TMK m. 599). Mirasçılar, kanun uyarınca bir elbirliği ortaklığına dahil olurlar (TMK m. 640). Elbirliği ortaklığı burada hukuki bir olguya dayanır¹. Miras bırakan öldüğünde, onun intikale elverişli malvarlığı değerleri ve borçları bir bütün halinde mirasçılara geçer². Bu malvarlığı, miras paylaşılana kadar bölünmeksizin kalır ve bu aşama miras ortaklığı olarak adlandırılır³. Mirasçı, mirasçı olduğunu bilmeseyse bile miras bırakanın ölümü ile birlikte miras ortaklığına dahil olur⁴. Mirasçılar terekedeki değerler üzerinde elbirliği ile hak sahibidirler ve miras bırakanın borçlarından müteselsilen ve şahsen sorumludurlar (TMK m. 640 ve 641). Miras ortaklığının kanundan kaynaklanan (TMK m. 640) bir elbirliği ortaklığı⁵ olması sebebiyle burada elbirliği ortaklığına ilişkin hükümler uygulanır. Mirasçıların terekeye ait değerler üzerinde tasarruf işlemlerini birlikte yapmaları, elbirliği ortaklığının bir sonucudur (TMK m. 640/f. 3). Tüzel kişiliği olmayan bu elbirliği ortaklığının konusu miras bırakanın devri kabil malvarlığı değerlerinin oluşturduğu malvarlığı, yani terekedir. Tereke her bir mirasçının genel malvarlığı yanında özel malvarlığı (“*Sondervermögen*”) teşkil eder⁶.

¹ **Ayiter, N.** (1977) Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Ankara, Sevinç Matbaası, s.98.

² **Ayiter** (1977), s.98; **Oğuzman, K. M.** (1978) Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s.7, 337-339; **İmre, Z. /Erman, H.** (2021) Miras Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, s.10; **Akbıyık, C.** (2003) Miras Sebebiyle İstihkak Davası Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Işığında Bilimsel Bir Sentez Denemesi, İstanbul, DER Yayınları, s.10; **İnan, A. N. /Ertaş, Ş./Albaş, H.** (2019) İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, s.550.

³ **Ayiter** (1977), s.98; **İnan /Ertaş /Albaş**, s.550.

⁴ **Ayiter** (1977), s.98; **Serozan, R./Engin, B. İ.** (2021) Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin, s.70, para.68.

⁵ **Ayiter** (1977), s.98; **Oğuzman**, s.10; **İmre/Erman**, s.12; **Serozan/ Engin**, s.87, para.103; **İnan /Ertaş /Albaş**, s.550.

⁶ **Serozan/Engin**, s.122-123; **Oğuzman**, s.380 bkz. dn.230'daki açıklama, **Ayiter, N.** (1961) Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara, Yeni Desen Matbaası, s.105; **Dural/Öz**, terekenin mirasçılardan ayrı bir malvarlığı olduğunu belirtmekte olup bunun miras taksim edilmeye kadar kendine özgü bir elbirliği ile hak sahipliği olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Dural, M./Öz, T.** (2021) Miras

Miras bırakanın ölümüyle kanun uyarınca, kendiliğinden ve kül olarak mirasçılara geçen miras, yasal ve atanmış mirasçılar tarafından reddedilebilir. Mirasın reddi kurumu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") 605. ve 618. maddeleri arasında düzenlenmektedir.

Mirasın iradi reddi, buna ilişkin şartlar, reddin hükümleri ve özellikle ret gerçekleşene kadarki terekenin durumu makalemizin esas konusunu oluşturmaktadır. Bu sebeple, makalemizde öncelikle, mirasın iradi reddi kavramından, bunun hukuki niteliğinden, reddin hüküm doğurması için gereken şartlardan; ret gerçekleşmişse, bunun hükümlerinden ve mirasın geçmesi ile mirasın reddi arasında *geçici*⁷ mirasçının ("*vorläufige Erbe*") yaptığı işlemlerin akıbetinden bahsetmeyi hedeflemekteyiz.

I. KAVRAM VE TERMİNOLOJİ

Mirasçılık sıfatına bağlı⁸ bir hak olan mirasın reddi ("*die Ausschlagung*"), bir mirasçının kendisine intikal eden mirası kendi iradesi ile reddetmesidir⁹.

Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.455-456, para.1866. Bu malvarlığı özel rejime tabidir. Mirasçılarının bu süre içerisinde terekeye ilişkin olarak yaptıkları geçerli hukuki işlemler sonucu iktisap ettikleri değerler aynı ikame kuralı uyarınca terekeye ait olur. Bunun dışında hukuki işlem dışı yollardan elde edilen değerler de doğrudan terekeye girer. Örneğin, terekeye ait bir malın üçüncü kişinin haksız fiili ile zarara uğraması durumunda, ödenen tazminat mirasçılarının genel malvarlığı ile karışmaksızın özel malvarlığına ait olur.

⁷ **Helvacı, İ.** (2014) Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK m. 605- MK m. 618), İstanbul, 1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, Filiz Kitabevi, s.11. Özdemir, mirasın reddi süresi içerisinde, mirasçılıktan doğan hakların ve borçların, mirasın reddedilmesi mümkün olmayınca kadar askıda kalacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Özdemir, H.** (2012) "Mirasçılarının Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 1-2, s.191-223, s.191. Ayrıca bkz. **Sarı Fidan, Ö.** (2015) "Mirasçılık Sıfatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı İle İlişkileri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 2, s.149-164, s.159.

⁸ **Helvacı, s.10; Çabri, S.** (2018), Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.520, para.774.

⁹ **Oğuzman, s.345; Kocayusufpaşaoğlu, N.** (1978) Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.601; **Berki, Ş.** (1975) Miras Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, s.59; **Dural/Öz, s.414, para.1696; Helvacı, s.9; Öztan, B.** (2021) Miras Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.386; **Ayiter, N./ Kılıçoğlu, A.** (1993), Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı,

Asıl olan, mirasçılardan açık irade beyanı ile mirası reddetmeleriyken¹⁰, bazı hallerde, mirasın reddi yalnızca mirasçılardan iradesi ile değil, kanun uyarınca da gerçekleşebilir. Bu ikinci durum, miras bırakanın ölümü tarihinde borca batık olduğu durumda söz konusudur. Kanunda düzenlenen bu adi karine uyarınca, miras bırakanın borca batık olması halinde, mirasçılardan mirası reddettikleri kabul edilmektedir (TMK m. 605/f. 2). Reddin bu karineye dayalı olarak gerçekleştiği hale mirasın *hükmen reddi* denilmektedir¹¹. Burada mirasçılardan mirası reddettiklerine ilişkin beyanda bulunmaları gerekmemektedir. Bu hal, mirasçının irade beyanı ile mirası reddedeceği kuralına bir istisna teşkil etmektedir¹².

743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisinin 545. maddesinin başlığında *ret* “*Hakiki ret veya hükmi ret*” şeklinde ayrıma tabi tutulmuştu. Bu ayırmada yasal ve atanmış mirasçılardan mirası reddi “*hakiki reddi*”, borca batık olan terekenin varlığı durumunda da mirasın kanun uyarınca reddedilmiş sayılması da “*hükmi reddi*” karşılamaktaydı. 743 sayılı mülga Türk Kanununu Medenisinin 545. maddesinin karşılığı teşkil eden 4721 sayılı TMK’nın 605. maddesinin başlığında ise böyle bir ayırımın artık mevcut olmadığı tespit edilmektedir. Her ne kadar doktrinde yerleşmiş ifade mirasın hakiki reddi (gerçek *ret*) olsa da biz makalemizde, bu maddenin yan başlığında “*hakiki ret*” teriminin kullanılmaması, kanuni ve atanmış mirasçılardan mirası reddinin onların iradesine dayanması gerekçeleriyle, “*mirasın hakiki reddi*” (“*mirasın gerçek reddi*”) yerine “*mirasın iradi reddi*” ifadesini kullanmayı tercih

Ankara, Savaş Yayınları, s.231; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.506; **Eren/Yücer Aktürk**, s.517; **Antalya, G./ Sağlam, İ.** (2019), Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s.425; **Ayan, M.** (2016) Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, s.276; **Turan Başara, G.** (2012) “Türk Hukuku Bakımından Mirasın Kazanılmasında Kabul Edilen Prensipler ve Mirası Ret Hakkı”, Erzurumluoğlu Armağanı, Badur, Emel (Editör), Ankara, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/Sitelere/2012yayin/2011sonrasikitap/erzurumluoglu-armagani.pdf>> s.e.t. 22.06.2022, s.147; **Çabri**, s.519, para.774.

¹⁰ **İmre/Erman**, s.355.

¹¹ **Oğuzman**, s.345; **İmre/Erman**, s.355; **Öztan**, s.387; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.511.

¹² **İmre/Erman**, s.355.

etmekteyiz¹³. TMK'nın 609. maddesi incelendiğinde de kural olarak mirasın reddinin mirasçılar tarafından sulh mahkemesine sözlü ve yazılı beyanla hüküm doğurduğu yani mirasın reddinin mirasçıların irade beyanı ile söz konusu olduğu görülmektedir. Bu sebeple, makalemizde mirasın gerçek reddi ibaresi yerine mirasın iradi reddi yahut yalnızca mirasın reddi ibaresini kullanmayı tercih etmekteyiz.

II. NORMUN KORUMA AMACI

Mirasın iradi reddini düzenleyen TMK m. 605'in koruma amacı, Türk miras hukukunda kabul edilen küllilik ilkesi ile bağlantılıdır. TMK'nın 599. maddesi uyarınca, intikale elverişli malvarlığı hakları doğrudan, kanun uyarınca, bir kül olarak miras bırakanın mirasçılarına geçmekte olup¹⁴; onlar miras bırakanın borçlarından kişisel olarak ve birlikte sorumlu olurlar (TMK m. 641)¹⁵. Bu intikal için teslim, tescil, temlik, borcun nakli işlemlerine ihtiyaç

¹³ Berki de mirasın gerçek reddinden iradi ret olarak bahsetmektedir. Bkz. **Berki** (1975), s.54. Doktrin ve mahkeme kararlarında hakiki ret- hükmî ret şeklindeki kullanımın devam etmesi sebebiyle mirasın iradi reddinden mirasın gerçek reddi şeklinde bahsedilmesi hakkında bkz. **Helvacı**, s.9, dn.15. **Aybay, A.** (2003) Miras Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, Safa Matbaacılık ve Tanıtım Hizmetleri, s.91, dn.7.

¹⁴ Mirasın *ipso iure* geçmesi kuralının, ret hakkının düşmesini düzenleyen Art. 571 ZGB ile uyumlu olmadığı yönünde bkz. **Hefti, R. P.** (1948) Die Verwirkung des Ausschlagungsrechtes im schweizerischen Erbrecht: (Art. 571 II ZGB), Bern, Stämpfli, 66 vd. bkz. **Leimgruber, T.** (1978) Die Befugnisse des einzelnen Miterben beim Erbgang und bei der Nachlaßverwaltung, Basel und Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, s.2. **Guhl, T.** (1950) "Neuere Ansichten in Theorie und Praxis zum schweizerischen Erbrecht" ZBJV, Band 86, s.329-350, s.342 vd.; **Leimgruber, s.2.** Guhl, mirasın ipso iure geçişi kuralının Art. 571 ZGB ile çeliştiğini ileri sürmektedir. Buna göre, *ipso iure* geçiş kuralı uyarınca mirasçının mirasa ilişkin işlemleri yapmasının, miras üzerinde hak sahibi olması dolayısıyla tereke işlerine karışma sayılmaması gerekmektedir. Hak sahibi mirasçının işlemleri yaparken bu işlemleri yapmaya yetkili olması gerekçesiyle, mirası ret hakkını kaybetmemesi gerekirken, bu hakkını kaybetmiş kabul edilmesi mirasın *ipso iure* geçişi kuralı ile uyumsuzluk teşkil etmektedir. Kısacası Guhl, mirasçının, mirasa hak sahibi olarak yaptığı işlemlerin terekeye yabancı işler değil, mirasçıya ait, onun kendi işlemleri sayılması ve bu işlemlerin terekeye karışma ("*Einmischung*") niteliği taşımaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **Guhl**, s.342-343.

¹⁵ **Serozan/Engin**, s.72-73, para.72-74; **İmre/Erman**, s.12; **Öztan**, s.21.

yoktur¹⁶. İfade edildiği üzere miras bırakanın ölümüyle birlikte bu intikal kanundan dolayı, doğrudan, külli olarak gerçekleşmektedir. Mirasın doğrudan mirasçılara geçmesi ile miras bırakanın malvarlığının sahipsiz kalmasının yol açacağı problemlerin önüne geçilmiş olur¹⁷. Külli halefiyet kurumu, miras bırakanın alacaklılarının menfaatine hizmet ettiği gibi onun mirasçılarının menfaatine de hizmet etmektedir. Varlığı bilinmese dahi mevcut bulunan hakların tamamının miras bırakanın borçları ile birlikte mirasçılara geçmesi¹⁸, miras bırakanın alacaklılarının alacaklarını tahsil edebilmelerindeki maddi çıkarlarını¹⁹ korumaktadır. Yalnızca hak sahibi olarak mirasçılar değil, onların alacaklıların dahi menfaati korunmaktadır. Zira, her ne kadar miras bırakanın alacaklılarının hakları, TMK m. 603/f. 1 uyarınca mirasçılarının alacaklılarının hakından önce gelmekte ise de TMK m. 603/ f. 2'de, mirasçılarının miras bırakanın mirasını kayıtsız şartsız kabul etmeleri durumunda miras bırakanın alacaklıları ile mirasçılarının alacaklılarının aynı haklara sahip olacakları düzenlenmekte olup, mirasçılara intikal eden malvarlığı değerleri, mirasçılarının alacaklılarının alacaklarını tahsil edebilme ihtimal ve imkanlarını da artırmaktadır. Bununla birlikte, mirasçılarının miras bırakanın intikale elverişli malvarlığı haklarına sahip olmaları ve miras bırakanın borçlarından sorumlu tutulmaları her zaman mirasçılarının arzu ettiği bir durum olmayabilir. Bu kişisel sebeplerden kaynaklanabileceği gibi miras bırakanın geride bıraktığı malvarlığının mevcut durumundan da kaynaklanabilir. İkinci durum için kanun koyucu mirasın reddi karinesi düzenlemektedir. TMK m. 605/f. 2'ye göre, miras bırakanın ölümü tarihinde ödemedi aczi tespit edilmişse, mirasçılarının mirası reddettikleri kabul edilmektedir. İlk durum için ise yine aynı maddenin ilk fıkrasında yasal ve atanmış mirasçılara mirası reddedebilme imkânı tanınmaktadır. Her ne kadar mirasçılarının mirası reddetmeleri için gerekçe sunmaları gerekmeseyse de (bkz. TMK m. 609) bu maddenin koruma amacını tespit etmek için bu kişisel

¹⁶ Serozan/Engin, s.73, para.73; İnan/Ertas/Albaş, s.70-71; İmre/Erman, s.11; Öztan, s.21; Dural/Öz, s.12, para.74.

¹⁷ Druvey, J. N. (2002) Grundriss der Erbrechts, 5. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, s.218, N.23.

¹⁸ Serozan/Engin, s.74, para.74.

¹⁹ Serozan/Engin, s.73-74, para.74.

sebeplerin ne olabileceğine kısaca değinmek gerekir. Bu sebepler, mirasçı ile miras bırakan arasındaki kötü ilişkiler olabileceği gibi maddi olarak daha kötü durumda olan diğer mirasçı yararına mirasın reddinin istenmesi de olabilir²⁰. Ayrıca, miras bırakanın pasif malvarlığının aktifinden fazla olması yahut buna ilişkin endişe de mirasın iradi reddinin sebepleri arasında sayılabilir²¹. Zira, bir kimseye iradesi dışında başka bir kimsenin borçlarından sorumlu tutulmak gibi ağır bir yükümlülük yüklenemez²². Buna ek olarak denkleştirmeye tabi bir kazandırmanın mirasın reddi ile birlikte iade edilmesi yükümlülüğünden kaçmak, mirasçılarının mirası kendi mirasçılarına kazandırmak suretiyle alacaklılardan mal kaçırmak gibi sebepler de mirasın iradi reddi sebepleri arasında sayılmaktadır²³.

Tüm bunlar göz önüne alındığında, bu madde hükmüyle, mirasçılarının külli halefiyet ilkesi ile kendilerine istekleri dışında ve irade özerkliğine aykırı biçimde²⁴ hak ve borç (sorumluluk)²⁵ dayatılmasının²⁶ engellenmesinin sağlandığı, bu sebeple de mirasçılarının menfaatinin korunmasının amaçlandığı söylenebilir.

III. REDDİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde, mirasçılarının mirası *geçici* olarak iktisap ettikleri, mirası iktisabın onların bu mirası reddetmemeleri şartına bağlı olduğu ileri

²⁰ Druey, s.218, N.24.

²¹ Druey, s.218, N.24.

²² Ayiter, N. (1978) Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s.181; Ayiter/Kılıçoğlu, s.231; Serozan/Engin, s.508, para.46.

²³ Serozan/Engin, s.508, para.46.

²⁴ Rossel, V./ Mentha, F. H. (1931) Manuel du droit civil suisse tome troisième, 2 ème édition, Lausanne ve Piotet, P. (1988) Précis de droit successoral, deuxième édition mise à jour et complétée, Berne bkz. Helvacı, s.13, dn.25.

²⁵ Ayiter (1978), s.181.

²⁶ Serozan/Engin, s.508, para.46.

sürülmektedir²⁷. Eğer *geçici*²⁸ mirasçı (“*vorläufige Erbe*”)²⁹, mirası reddederse, TMK m. 611/f. 1’de onun payının, miras bırakan öldüğünde hayatta değilmiş gibi hak sahiplerine geçeceği düzenlenmektedir. Bunun sonucu olarak geçici mirasçının mirasçılık sıfatı ortadan kalkar ve artık onun tereke konuları üzerinde herhangi bir hak sahipliği bulunmaz³⁰. Mirasın iradi reddi, tek taraflı³¹,

²⁷ **Tuor, P./ Piconi, V.** (1964) Vorbemerkungen zu den Art. 566 ZGB, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Erbrecht 2. Abteilung Der Erbgang Artikel 537-640 ZGB, 2. Auflage, Bern, Stämpfli & Cie, N.1; **Guggenheim, R.** (1929) Die Rechtsstellung des provisorischen Erben nach schweizerischem Zivilgesetzbuch, Affoltern, Buchdruckerei Dr. J. Weiss, s.9; **Molinari, S. L.** (1999) La poursuite pour les dettes successorales, Lausanne, s.44 ve **Curti- Forrer, E.** (1912) Commentaire du code civil suisse, Traduit de l’allemand par Max E. Porret, Neuchâtel, Art. 566 ZGB, N.6, Art. 571 ZGB, N.5 ve **Krayenbühl, J.** (1916) Etude sur le legs précédée d’un aperçu sur l’institution d’héritier, la substitution fideicommissaire et la charge d’après le Code civil suisse, Lausanne, s.22 bkz. **Helvacı, s.11; İnan/Ertaş/Albaş, s.506; Çabri, s.518, para.769.**

²⁸ **Helvacı, s.11; Akkanat, H.** (2004) Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.70; **Antalya/Sağlam, s.425.** Mirasçının geçici mirasçı olarak nitelendirilmesi onun mirasçı olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, mirası ret hakkı, mirasçılığı kesin olan mirasçılara aittir. Bkz. **Ayiter/ Kılıçoğlu, s.239.**

²⁹ **Schwander, I.** (2019) Art. 566 ZGB, Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., <<https://app.legalis.ch/legalis/document-view.seam?documentId=nnpwe43ll55goytjne&tocid=nnpwe43ll55goytjne>> s.e.t. 09.06.2022, N.1; **Piotet, P.** (1981) Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV 2. Halbband, Basel-Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, s.605; **Escher, A.** (1960) Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Das Erbrecht, Erste Abteilung, Die Erben (Art.457-536); Zweite Abteilung, Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Aufl., Zürich., Schultess & CO AG, Vorbemerkungen zu Art. 566 ff. ZGB, N.4; **Girsberger, A.** (1955) Die dingliche Surrogation Der Begriff und seine praktische Bedeutung für das schweizerische Recht, Zürich, Verlag H. R. Sauerlander & Co., s.65. Ayrıca “*der Provisorische Erbe*” şeklindeki kullanım için bkz. **Escher** (1960), Vorbemerkungen zu Art. 566 ff. ZGB, N.2; **Öztan, s.21.**

³⁰ **Ayiter** (1978), s.182; **Oğuzman, s.355; Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.601; **Çabri, s.520, para.774.**

³¹ **Tuor/Piconi, Art. 566 ZGB, N.3; İmre/Erman, s.365; Helvacı, s.11; Ayiter/ Kılıçoğlu, s.240; İnan/Ertaş/Albaş, s.506.**

bozucu³² yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir³³. Mirasın iradi reddi, şekle tabi olmayıp³⁴ sulh mahkemesine yapılacak olan sözlü veya yazılı beyanla sonuç doğurur. Ret beyanında bulunan mirasçı gerekçe göstermek zorunda değildir³⁵. TMK m. 609 uyarınca, sulh hâkimi, kendisine yapılan yazılı veya sözlü ret beyanını özel bir kütüğe işlemektedir³⁶. Mirası reddeden mirasçının artık hak sahibi sıfatı ortadan kalkar ve o artık tereke borçlarından da sorumlu tutulamaz³⁷. Mirasın reddi, subjektif etkili olduğu için mirastan feragatin aksine, mirası reddedenin altsoyunu etkilemez³⁸.

Mirasçı mirası süresi içerisinde reddetmezse, mirasın reddi için gereken süre geçtikten sonra ret hakkı ortadan kalkan mirasçı *nihai* (“*Endgültig*”) mirasçı olarak nitelendirilir ve onun mirasa ilişkin hak sahipliği kesinlik³⁹, nihailik⁴⁰ kazanır.

³² Şener, E. (1981) Eski ve Yeni Miras Hukuku İki cilt Birarada, Sevinç Matbaası, s.213; Oğuzman, s.345; İnan/Ertas/Albaş, s.506; Dural/Öz, s.415, para.1698; Antalya/Sağlam, s.427; Hatemi, H. (2018) Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.151; Saatçioğlu, F. (2013) Mirasın Gerçek Reddi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C: 1, S: 1, s.173-208, s.178; Escher (1960), Art. 570 ZGB, N.6; Tuor/Picenoni, Vorbemerkungen zu den Art. 566 ZGB, N.1; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.601; BSK/Schwander, Art. 566 ZGB, N.1; Oğuzman, s.345; Helvacı, s.11; Dural/Öz, s.415, para.1698, Antalya/Sağlam, s.435; Öztan, s.387; İnan /Ertas /Albaş, s.507; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2021) Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 277; Çabri, s.522, para. 779; Öztan, s.387.

³³ Escher (1960), Art. 570 ZGB, N.6; Ayiter(1978), s.182; Öztan, s.387; Başara, İ. (2011) Mirasın Reddi, (Yüksek Lisans), T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.8; İnan/Ertas/Albaş, s.507; Dural/Öz, s.415, para.1698; Ayiter/Kılıçoğlu, s.232. Mirasın reddinin bağışlama niteliği taşımadığı yönündeki açıklama için bkz. Helvacı, s.11.

³⁴ Dural/Öz, s.415, para.1698;

³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1996/2-72, K: 200, T: 20.03.1996 bkz. Özüğür, A. İ. (2016) Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s.325.

³⁶ Tutanağın tutulmaması (Öztan, s.387) ve kütüğe işlenmemesi durumunda reddin geçerliliğinin etkilenmeyeceği hakkında bkz. Dural/Öz, s.415, para.1698.

³⁷ İnan/Ertas/Erbaş, s.507; Ayiter/ Kılıçoğlu, s.235.

³⁸ Ayiter/ Kılıçoğlu, s.240.

³⁹ Antalya/Sağlam, s.425; Öztan, s.21.

⁴⁰ Ayiter/ Kılıçoğlu, s.234.

Kullanma yetkisi açısından ise mirasın reddi hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak *olmadığı* kabul edilmektedir⁴¹. Dolayısıyla, sınırlı ehliyetsizin⁴² ve tam ehliyetsizin⁴³ yasal temsilcisi, mirası reddedebileceği gibi mirasçının iradi temsilcisi⁴⁴ de mirası onun adına reddedebilmektedir. Bununla beraber, mirasın reddi hususunda yasal temsilci ile küçüğün menfaati çatışmakta ise küçüğe kayyım atanması gerekir (TMK m. 426)⁴⁵.

IV. MİRASIN İRADİ REDDİNİN ŞARTLARI

Mirasın iradi reddinin, tek taraflı⁴⁶ varması gereken bir hukuki işlem olduğu⁴⁷ ifade edilmişti. Mirasın iradi reddi, bir hukuki işlem olduğu için, hukuki işlemin geçerli olması için gerekli şartlar burada da uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca, mirasın reddinin sonuç doğurabilmesi için ret beyanının yazılı veya sözlü şekilde, üç aylık süre içerisinde, sulh mahkemesine yapılması

⁴¹ **Özmen, İ.** (2010) Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Tereke Hukuku Davaları, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s.509; **Helvacı**, s.16; **İnan/Ertaş/Erbaş**, s.507; **Saatçioğlu**, s.176; **Dural/Öz**, s.416, para.1700; **Öztan**, s.388.

⁴² **Serozan/Engin**, s.511, para.56; **Kılıçoğlu**, s.279; **Dural/Öz**, s.416, para.1700; **Öztan**, s.388.

⁴³ **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.603; **Eren/ Yücer Aktürk**, s.518; **Dural/Öz**, s.416, para.1700; **Öztan**, s.388.

⁴⁴ **Tuor/ Picononi**, Art. 566 ZGB, N.7; **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.603; **Gönensay, A. S.** (1938) Medenî Hukuk Cild III (Miras Hukuku) İstanbul, Arkadaş Basımevi, s.245; **Dural/Öz**, s.416, para.1700. Temsilcinin mirasın reddi hususunda özel yetkiye sahip olması gerektiği hakkında bkz. **Gençcan, Ö. U.** (2016) Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1186; **Dural/Öz**, s.416, para.1700. Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/1915, K: 2021/3611, T: 31.05.2021. Mirasın reddinin özel yetki gerektirdiği, bununla birlikte ret süresinde verilen icazetin geçerli sonuç doğuracağı yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2005/4968, K: 2005/7785, T: 12.05.2005 bkz. **Kaçak, N.** (2006) Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara, Seçkin, s.314. Ayrıca bkz. Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük No. 2003/5960 madde 39. Mirasın reddi için özel vekâletname gerektiği hakkında bkz. **Şenocak, Z.** (1996) “Yargıtay’ın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla”, AÜHFD, C: 45, S: 1, s.449-451, s.451.

⁴⁵ **Dural/Öz**, s.416, para.1700; **Öztan**, s.388. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/367, K: 2018/5694, T: 17.9.2018; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2017/5217, K: 2017/7827, T: 30.10.2017.

⁴⁶ **Gönensay**, s.245.

⁴⁷ **İmre/Erman**, s.365.

gerekmektedir (TMK m. 609). Geçerli bir reddin söz konusu olabilmesi için gerekli şartlar ise şu şunlardır: *Mirasın reddi hakkına sahip olmak, ehliyet, irade beyanının sakatlanmamış olması, mirasın reddinin kanunda öngörülen sürelerle uygun olarak yapılması, ret beyanının kayda veya şarta bağlanmamış olması, ret hakkının yazılı veya sözlü olarak miras bırakanın son yerleşim yeri sulh mahkemesine yapılması.*

A. MİRASIN REDDİ HAKKINA SAHİP OLMAK

TMK m. 605 uyarınca, mirası ret hakkına⁴⁸ sahip kişiler, miras bırakanın yasal mirasçıları ve mirasçı olarak atanmış kişilerdir. Mirasçılık sıfatı, doğrudan kanunla belirlenebileceği gibi, miras bırakan iradesine dayanarak kendi mirasçısını belirleyebilir. Mirası doğrudan kanunla elde eden mirasçıya yasal/kanuni mirasçı, miras bırakanın iradesi ile belirlenen mirasçıya ise atanmış/iradi/mansup⁴⁹ mirasçı denir⁵⁰. Yasal mirasçılar, miras bırakanın kan hısımları [miras bırakanın altsoyu (TMK m. 495), miras bırakanın anne ve babası ve onların altsoyu (TMK m. 496), miras bırakanın büyük anne ve büyük babası ve onların alt soyu (TMK m. 497)], miras bırakanın evlatlığı ve altsoyu (TMK m. 500), miras bırakanın sağ kalan eşi (TMK m. 499) ve devlettir (TMK m. 501). Atanmış mirasçı ise miras bırakanın mirasının tümünü yahut bir kısmını bıraktığı kişidir (TMK m. 516). Atanmış mirasçılar, yasal mirasçılar gibi miras bırakanın mirasçılarına geçen haklarına sahip olup miras bırakanın borçlarından diğer mirasçılarla birlikte sorumludur.

TMK m. 605'te de hem yasal mirasçıların hem de atanmış mirasçıların mirası ret haklarının bulunduğu belirtilmektedir. Bununla beraber yasal mirasçı sıfatını haiz Devletin mirası ret hakkının bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır⁵¹. Bir görüş, Devletin miras bırakanın borçlarından

⁴⁸ Mirasın reddine ilişkin hakkın mutlak olduğu, hâkimin sadece mirasın reddine ilişkin süre ile mirasçılık sıfatını araştıracağı, bunun dışında başka unsurlar araştırmayacağı yönünde bkz. Bkz. **Özmen**, s.587'de anılan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 28.04.1972 tarihli ve 2723 sayılı; 17.01.1985 tarihli ve 10652/278 sayılı, 15.01.1985 tarihli ve 10707/144 sayılı kararları.

⁴⁹ **Ayiter** (1978), s.183; **Hatemi**, s.152.

⁵⁰ **Serozan/Engin**, s.137, para.1; **Dural/Öz**, s.5, para.43.

⁵¹ **Helvacı**, s.47-48; **Çabri**, s.520, para.777; **Serozan/Engin**, s.509, para.50

sorumluluğunun yalnızca onun malvarlığı ile sınırlı olması ve Devletin mirası reddetmesi halinde mirasın sahipsiz kalacağı gerekçeleriyle, ret hakkının mevcut olmadığını savunmaktadır⁵². Başka bir gerekçe olarak Devletin mirasçılığının kamu düzeninden olduğu ve bu sebeple de Devletin mirası reddedemeyeceği ileri sürülmektedir⁵³. Bununla beraber, terekenin borca batık olması durumunda mirasın reddedilmiş sayılacağına ilişkin karinenin Devletin mirasçı olması halinde de geçerli olduğu, dolayısıyla TMK m. 605/f. 2'nin bu durumda da uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁴. Başka bir görüş ise, Devletin tereke borçlarından sorumlu tutulmaması sebebiyle, mirasın reddinin doğuracağı sonuçlar açısından uygulamada önem taşımadığı ifade edilmektedir⁵⁵. Zira, her ne kadar Devlet mirası reddetse de TMK 612'ye göre tasfiye edilen mirastan tasfiye sonucunda arta kalan bir değer kalırsa, bu madde uyarınca arta kalan tereke unsurları Devlete kalacaktır. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise TMK m. 605/f. 1 uyarınca yasal mirasçılar mirası ret hakkını haizdir. Devlet de yasal mirasçı olduğu için Devletin de mirası ret hakkı bulunmaktadır⁵⁶. Devletin mirası reddettiği durumda TMK m. 612 uyarınca sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilecek ve arta kalan değer

⁵² **Serozan/Engin**, s.509, para.50; **Kılıçoğlu**, s.41; **Çabri**, s.521, para.777. Devletin yalnızca kendisine geçen miras kadar tereke borçlarından sorumlu olması sebebiyle Devletin mirasın reddetmesi ihtiyacına sahip olmadığı yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.120.

⁵³ **Çabri**, s.521, para.777. Devletin tek başına mirasçı olması ve mirası reddetmesi durumunda resmi tasfiye yoluna gidilmesi gerektiği ve arta kalan değerın Devlete kalacağı yönünde bkz. **Köprülü, B.** (1975-1976) Miras Hukuku Dersleri I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 105. Resmi tasfiye hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıç, M.** (2013) "Türk Hukukunda Mirasın Resmi Tasfiyesi", AÜHFD, C: 62, S: 3, s.761- 818.

⁵⁴ **Çabri**, s.521, para.777.

⁵⁵ **Tuor/Piceni**, Art. 566 ZGB, N.2; **BSK/Schwander**, Art. 566 ZGB, N.2; **Ayan**, s.90; **Berki** (1975), s.53 bkz. dn. 74'teki açıklama; **Çabri**, s.521, para.777; **Helvacı**, s. 48 bkz. dn. 99'da yapılan açıklama. Devletin mirası ret hakkının bulunduğunu, bununla beraber bu hakkın kullanımının pratikte sonuç doğurmayacağı yönünde bkz. **Escher, A.** (1959) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch III. Band: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457–536 ZGB), 3. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag, Art. 466 ZGB, N.3 bkz. **İnan/Ertas/Albaş**, s. 157.

⁵⁶ **Guidon, O.** (1916) Das Erbrecht des Gemeinwesens in seiner geschiclichen Entwicklung und nach geltenden schweizerischem Recht, Bern, s.137; **Curti-Forrer**, Art. 566 ZGB, N. 1 bkz. **Helvacı**, s.47; **Druey**, s.46, N.19; **Aybay**, s.27, dn.9; **Helvacı**, s.47.

Devlete kalacaktır. Devletin atanmış mirasçı olması ihtimalinde ise Devlet bu sıfatla tereke borçlarından da diğer mirasçılarla birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır⁵⁷. Tüm malvarlığı ile sorumluluğu haiz olan Devletin bu durumda mirası ret hakkını kullanmasında menfaati bulunmaktadır⁵⁸.

Yasal ve atanmış mirasçılarının yanında, TMK m. 616 uyarınca vasiyet alacaklılarının da vasiyet alacağını reddetmeleri hakkı mevcuttur. Her ne kadar vasiyet alacaklıları, yasal mirasçılarının ve atanmış mirasçılarının aksine miras bırakanın borçlarından sorumlu olmasalar da kanun koyucu bu düzenleme ile vasiyet alacaklılarına vasiyeti ret hakkı tanımaktadır. Vasiyet alacaklıları tek taraflı⁵⁹ irade beyanı ile vasiyeti reddedebilirler⁶⁰. Bu hakkın kullanımı mirasın reddinde olduğunun aksine hak düşürücü süreye tabi değildir⁶¹. Bununla birlikte, vasiyet alacaklısı tek taraflı irade beyanı ile alacağını reddetmek yerine, alacak konusunun kendisine teslimini 10 yıllık süre içerisinde talep etmeyerek buna ilişkin dava hakkının zamanaşımına uğramasına da sebep olabilir (TMK m. 602)⁶². Ayrıca vasiyet alacaklısı, vasiyet borçlusunu ile anlaşmak suretiyle de vasiyet borçlusunu bu yükümlülüğünden kurtarabilir⁶³. Mirasın yasal ve atanmış mirasçılar tarafından reddine ilişkin beyanın sözlü veya yazılı olarak sulh mahkemesine yapılmasına (TMK m. 609) ilişkin şart, vasiyetin reddinde

⁵⁷ **Berki, Ş.** (1963) “Türk Medeni Kanununda Devletin Mirasçılığı” AÜHFD, C: 20, S: 1, s.115-150, s. 133 bkz. **Çabri**, s.522, para.778; **Aybay**, s.27, dn.8.

⁵⁸ **Çabri**, s.521, para.777; **Aybay**, s.27, dn.9.

⁵⁹ **Tuor/Picenoni**, Art. 577 ZGB, N. 5; **Escher** (1960) Art. 577 ZGB, N.3-4; **İnan /Ertaş /Albaş**, s.523; **Hoşlan, O.** (1974) “Mirasın Reddi”, C: 65, S: 7, s.554-585, s.584; **Serozan/Engin**, s.503, para.31; **Çabri**, s.488, para.717; **İmre/Erman**, s.379.

⁶⁰ İrade beyanının geçmişe etkili olduğu yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.269; **Dural/Öz**, s.153, para. 711; **Çabri**, s.497, para.730. Vasiyetin reddinin tutanakla tespit edilmeyeceği hakkında bkz. **Öztan**, s.388.

⁶¹ **Gürsoy, K. T.** (1955) Türk Medeni Kanunu Hükümlerine göre Mal Vasiyeti, Ankara, s.109,111; **Rossel/Mentha**, s.175 ve **Piotet, P.** (1975) Droit successoral, in Traité de droit privé suisse, Tome: IV, Fribourg, s. 123 ve Curti/Forrer, Art. 577 ZGB, N.1 bkz. **Helvacı**, s.205; **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.269; **Tuor/Picenoni**, Art. 577 ZGB, N. 5. Kanunda süreye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. **Çabri**, s.477, para.702; **Gürsoy**, s.109,111.

⁶² **Tuor/Picenoni**, Art. 577 ZGB, N.3; **Escher** (1960), Art. 577 ZGB, N.2; **İnan /Ertaş /Albaş**, s.523; **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.269.

⁶³ **İmre/Erman**, s.379; **Serozan/Engin**, s.509, para.51.

düzenlenmemiştir. Vasiyet alacaklısının miras bırakanın borçlarından sorumlu tutulmaması sebebiyle miras bırakanın alacaklıları⁶⁴ yönünden bir etkiye sahip olmaması, vasiyetin reddi işleminin sıkı koşullara bağlanmamış olmasına bir sebep olarak sunulabilir⁶⁵. Dolayısıyla, ret beyanının hüküm doğurması için bu beyanın sulh mahkemesine varmasına lüzum bulunmamaktadır⁶⁶. Ret beyanının vasiyet borçlusuna yapılması yeterlidir⁶⁷. Mirasın reddinden farklı olarak, vasiyet alacaklısının vasiyet alacağını reddinin şarta ve kayda

⁶⁴ Bununla birlikte pek tabi vasiyet alacaklısının alacaklılarının vasiyetin reddedilmemesinde menfaatleri bulunmaktadır. Fakat, vasiyet alacaklısının alacaklılarının TMK m. 617 uyarınca mirasçılardan alacaklıları için öngörüldüğü şekilde bir reddi iptal hakları bulunmamaktadır. Bkz. **Krayenbuhl**, s.207 ve **Guinand, J./ Stettler, M.** (1999) *Droit Civil II Successions* (art. 457-640 CC), 4^{ème} édition, Fribourg, s.208, dn.674 bkz. **Helvacı**, s.210; **Tuor/Picenoni**, Art. 577 ZGB, N.11, Art. 578 ZGB, N.12; **Escher** (1960), Art. 578 ZGB, N.2; **BSK/Schwander**, Art. 578 ZGB, N.2; **Berki, Ş.** (1952) “Türk Hukukunda Mirasta Ret ve İade”, *Adalet Dergisi*, Y: 53, S:4, s.480-497, s.483; **İmre, Z.** (1978) *Son Mevzuata, Türk-İsviçre Mahkeme İçtihatlarına ve İlmî Esaslara Göre*, 4. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s.577-578; **Helvacı**, s.210. Bununla beraber, alacaklıların, vasiyetin reddinin borçlunun zarar verme kastı ile yaptığı işlemlerden olduğunu ileri sürmek suretiyle İcra İflas Kanununun 280. maddesine dayanarak reddi iptal etme haklarının bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Piotet** (1975), s.124; **Stooss, W.** (1917) *La réputation des successions d’après le Code civil suisse*, Berne, s.101 ve **Guinand/Stettler**, s.208, dn.674 bkz. **Helvacı**, s.210; **Tuor/Picenoni**, Art. 577 ZGB, N.11; **Escher** (1960), Art. 578 ZGB, N.2; **BSK/Schwander**, Art. 578 ZGB, N.2; **İmre**, s.578. Kılıçoğlu ise TMK m. 617’nin geniş yorumlanarak vasiyet alacaklıları hakkında da uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s.278. İmre/Erman ise TMK m. 617’nin mal vasiyetleri hakkında uygulanmayacağını, vasiyeti reddeden vasiyet alacaklısının alacaklılarının icra ve iflas kanunu uyarınca iptal davası açabileceklerini savunmaktadır. Bkz. **İmre/Erman**, s.380.

⁶⁵ **Serozan/Engin**, s.503, para. 31. Vasiyet alacaklısının ret hakkının, vasiyet alacaklısının cüzi halef olmasından ötürü teknik bir ret hakkı niteliği taşımadığı ifade edilmektedir. **Curti-Forrer**, Art. 577 ZGB, N. 204 bkz. **Helvacı**, s.204. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde, vasiyetin reddinde mirasın kazanılmasına ilişkin kuralların kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. **İnan /Ertaş/Albaş**, s. 523.

⁶⁶ **Rossel/Mentha**, s.175 ve **Piotet** (1975), s.123, s.568 bkz. **Helvacı**, s.205; **Tuor/Picenoni**, Art. 577 ZGB, N. 9; **Escher** (1960), Art. 577 ZGB, N.3; **BSK/Schwander**, Art. 577 ZGB, N. 3. Çabri, vasiyetin açılması anında vasiyet alacaklısının vasiyet konusunu istemediği durumda bunun niteliğin vasiyetin reddi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Çabri**, s.488, para.717, dn.1409.

⁶⁷ **Dural/Öz**, s.153, para.711; **Çabri**, s.729, para.730.

bağlanabileceği, miras bırakanın iradesine aykırılık teşkil etmedikçe kabul edilmektedir⁶⁸.

Vasiyet reddedilince, vasiyeti talep etme hakkı ortadan kalkmakta olup vasiyet konusu TMK m. 616 uyarınca vasiyeti yetine getirme borçlarına kalır⁶⁹. Bununla birlikte, miras bırakan, vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi ihtimaline karşı yedek mirasçı atamışsa, bu durumda vasiyet konusu, vasiyet yükümlüsü yerine yedek vasiyet alacaklısına kalacaktır (TMK m. 616).

B. EHLİYET

Mirasın iradi reddi, mirasçının miras bırakanın borçlarından sorumluluğunu kaldırmakla birlikte, hak kaybına sebep olmaktadır ve bu yüzden mirası reddeden mirasçının irade beyanına sonuç bağlanabilmesi için onun tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir⁷⁰. Bu sebeple, eğer mirasçı tam ehliyetli ise onun mirası reddettiğine ilişkin beyanı hüküm ve sonuç doğuracaktır⁷¹. Şayet mirasçı sınırlı ehliyetsiz ise sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisi onun adına mirası reddetme yetkisini haizdir⁷². Sınırlı ehliyetsiz, yasal mirasçının iznini almak sureti ile de mirası bizzat reddedebilir⁷³. Eğer mirasçı tam ehliyetsizse, tam ehliyetsizin yasal temsilcisi onun adına mirası reddedecektir⁷⁴. Yasal temsilcinin vasi olması durumunda ise mirasın reddi işleminin geçerli olması için TMK m. 463/f. 1/b. 5 uyarınca hem vesayet makamının hem de denetim makamının izni gerekmektedir⁷⁵. Yasal temsilci ile temsil olunan arasında menfaat çatışması bulunduğu takdirde mirasın reddi

⁶⁸ Gürsoy, s.113; Tuor/Picenoni, Art. 577 ZGB, N.8; Piotet (1975), s.123 bkz. Helvacı, s.207; Escher (1960), Art. 577 ZGB, N.4; İmre/Erman, s.380; Hoşlan, s.584; Helvacı, s.207.

⁶⁹ Serozan/Engin, s.503, para.33; Helvacı, s.204; Öztan, s.388.

⁷⁰ Serozan/Engin, s.511, para.56; Dural/Öz, s.416, para.1700; Ayiter (1978), s.182; Ayiter/ Kılıçoğlu, s.231; Öztan, s.388.

⁷¹ Serozan/Engin, s.511, para.56; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.603.

⁷² Serozan/Engin, s.511, para.56; Kılıçoğlu, s.279; Dural/Öz, s.416, para.1700; Öztan, s.388.

⁷³ Serozan/Engin, s.511, para.56; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.603; Ayiter/ Kılıçoğlu, s.231.

⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.603; Eren/ Yücer Aktürk, s.518; Dural/Öz, s.416, para.1700; Öztan, s.388.

⁷⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2003/5201, K: 2003/6123, T: 28.11.2002 bkz. Özüğür, s.321; Serozan/Engin, s.511, para.56; Dural/Öz, s.416, para.1700; Kılıçoğlu, s.279.

işlemi için kayyım atanması gerekir (TMK m. 426)⁷⁶. Eğer mirasçı sınırlı ehliyetli ise burada ikili bir ayırım yapılarak sınırlı ehliyetlinin tek başına mirası reddi işlemi yapıp yapamayacağının incelenmesi gerekmektedir. Sınırlı ehliyetliler ayırt etme gücünü haiz ve ergin olmalarına rağmen, korunmaları amacıyla ehliyetleri sınırlandırılmış kimselerdir⁷⁷. Bir kimseye kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla birlikte, menfaatinin korunması amacıyla TMK m. 429 uyarınca oy danışmanı atanabilir. Bu durumda, sınırlı ehliyetli TMK m. 429'da sayılan işlemleri tek başına yapamamaktadır. Bu işlemler arasında mirasın reddi sayılmadığı için, kendisine oy danışmanı atanan kişi, mirası tek başına reddedebilir.

Bir kimsenin malvarlığını idare yetkisi kaldırılmış ve o kimseye yasal danışman da atanmış olabilir. Bu danışman, yönetim danışmanı olarak adlandırılır. Benzer şekilde kendisine oy danışmanı atanan kişi bir de yönetim yetkisini kaybetmişse, o kişiye de yönetim danışmanı atanır⁷⁸. Kendisine yönetim danışmanı atanan kişilerin hukuki durumu kısıtlanmış kişilerinkine benzemektedir⁷⁹. Yönetim danışmanı, kendisine danışman atanan kimsenin malvarlığı işlemleri açısından onun yasal temsilcisi konumundadır⁸⁰. Mirasın reddinin kendisine danışman atanan kimsenin malvarlığı ile doğrudan alakalı olması sebebiyle sınırlı ehliyetlinin tek başına mirası reddi hüküm doğurmaz; yönetim danışmanının ve TMK m. 463/ b. 5'in kıyasen uygulanması sonucu vesayet ve denetim makamlarının da izni gereklidir⁸¹. Eğer yasal danışman ret

⁷⁶ **Dural/Öz**, s.416, para.1700; **Öztañ**, s.388. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/367, K: 2018/5694, T: 17.9.2018; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2017/5217, K: 2017/7827, T: 30.10.2017.

⁷⁷ **Erdoğan, İ. /Keskin, D. A.** (2019) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 256-257; **Akıpek, J./Akıntürk, T./Ateş, D.** (2019) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, 15. Baskı, İstanbul, Beta, s. 339-340.

⁷⁸ **Akıntürk, T./Ateş, D.** (2016) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 19. Baskı, İstanbul, Beta, s. 503.

⁷⁹ **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.603, dn.6; **Helvacı**, s.24.

⁸⁰ **Akıntürk/Ateş**, s.503.

⁸¹ **Helvacı**, s.24; **Güñal, A. E.** (2016) "Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları", (Yüksek Lisans), Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.27; **Turan Başşara** (2012), s. 150. Yönetim

beyanında bulunacaksa, bu beyanın geçerli sonuç doğurması için de aynı şekilde vesayet ve denetim makamlarının izni gerekir⁸².

Kendisine kayyım atanan bir kimsenin durumunda da kayyımın mirası reddinin etki doğurabilmesi için vesayet ve denetim makamlarının izni gereklidir⁸³. Zira, bu ihtimalde de TMK m. 463/ b. 5 hükmü kıyasen uygulama alanı bulmaktadır⁸⁴. Örneğin, yukarıda da bahsi geçtiği üzere TMK m. 426 uyarınca, yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün menfaatinin çakıştığı durumlarda, vesayet makamı talep üzerine yahut kendiliğinden küçüğe temsil kayyımı atamaktadır. Mirasın reddi konusunda anne-baba ve çocuğun menfaati çatışmakta ise, atanan kayyımın mirası reddedebilmesi için vesayet ve denetim makamlarının izni gerekmektedir⁸⁵.

Mirasçının cenin olması halinde mirasın reddi nasıl mümkün olacaktır sorusu sorulabilir. Bu durumda öncelikle tespit edilmesi gereken husus, ceninin için mirası ret hakkının ne zaman başlayacağıdır. Zira, Türk Medeni Kanunu'nda mirasçılardan birinin cenin olması durumunda ret süresinin başlayacağı ana ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁶. Buna ilişkin olarak doktrinde bir görüş, ceninin mirası ret hakkının mirasın açılması anı ile başlayacağını savunmaktadır⁸⁷. Ağırlıklı olan görüş ise ceninin bu hakkına ilişkin sürenin doğumu anından itibaren başlayacağını sürmektedir⁸⁸. Bu son

danışmanın onayının alınmasına gerek olmadığı, kendisinin mirası reddedebileceği yönünde bkz. **Öztañ**, s.388.

⁸² **Dechenaux, H./Steinauer, P. H.** (1995) *Personnes physiques et tutelle*, Troisième édition, Bern, Staemphli, s.418-419, N.1153 bkz. **Helvacı**, s.23; **Albisser, H.** (1968) "Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft nach Art. 422 Ziff. 5 ZGB", *Zeitschrift für Vormundschaftswesen*, 23. Jahr gang, s.44-45, 51-52 bkz. **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.603, dn.6; **Helvacı**, s.23.

⁸³ **Helvacı**, s.26. Yalnızca sulh hakiminin izninin yeterli olduğu yönünde bkz. **İmre**, s.556.

⁸⁴ **Helvacı**, s.26.

⁸⁵ **Helvacı**, s.26. Yalnızca sulh hakiminin izninin yeterli olduğu yönünde bkz. **İmre**, s.556.

⁸⁶ **Turan Başara, G.** (2016) "Miras Hukuku Bakımından Ceninin Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S: 2, s.389-410, s.401.

⁸⁷ **Tuor/Picenoni**, Art. 544 ZGB, N.1; **Escher** (1960), Art. 544 ZGB, N. 3; **BSK/Schwander**, Art. 544 ZGB, N.3; **Turan Başara** (2016), s.401.

⁸⁸ **Egger, A.** (1930) *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I. Band: Einleitung und Personenrecht*, Zürich, Schulthess & Co., Art. 31 ZGB, N. 11; **Piotet, P.** (1978) *Schweizerisches*

görüş, mirasçılar arasında cenin bulunmakta ise *mirasın paylaşılmasının ceninin doğumuna kadar erteleneceğini düzenleyen* TMK'nın 643. maddesiyle de uyumludur. Bu durumda mirasın yasal temsilci tarafından reddi ceninin doğumuna kadar söz konusu olamayacaktır⁸⁹. Her ne kadar cenin hak ehliyetini sağ ve tam doğması şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren kazansa da (TMK m. 28/f. 2), doğana kadarki dönemde mirasçı sıfatını kazanıp kazanmadığı belli değildir⁹⁰. Dolayısıyla, miras bırakanın ölümü ile doğum arasındaki dönemde, ceninin yasal temsilcisinin mirası onun adına reddetmesi de söz konusu olamayacaktır⁹¹.

C. İRADE BEYANI SAKATLANMIŞ OLMAMALIDIR

TMK'nın mirasın reddini düzenleyen hükümleri arasında, irade beyanının sakat olması durumunda ne olacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bununla beraber, Şener'in de ifade ettiği üzere iradenin bağımsızlığı hukukun vazgeçilmez kuralıdır ve hukuk sakat beyanlara hukuki sonuç bağlamayacak olup iradenin sakat olduğu hallerde ret beyanının iptali mümkün olmalıdır⁹². Dolayısıyla, mirasçının ret beyanının hüküm doğurması için ret beyanının yanılma, aldatma, korkutma sebeplerinden biri ile sakat olmaması gerekmektedir.

Şayet, ret beyanı bu sebeplerden biri ile sakatsa, Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin özel hukukun diğer alanlarında uygulama alanı bulacağını düzenleyen TMK'nın 5. maddesi hükmü göz önüne

Privatrecht Erbrecht Band IV 1. Halbband, Basel-Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG., s.494 bkz. **BSK/Schwander**, Art. 544 ZGB, N.3.

⁸⁹ **Kurt, L. M.** (2011) "Ceninin Malvarlığı Hakları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 1, s. 177-209, s.187; **Helvacı**, s.14, bkz. dn.29'daki açıklama; **Turan Başara** (2016), s.401.

⁹⁰ **Kurt**, s.187.

⁹¹ **Kurt**, s.187; **Helvacı**, s.14, bkz. dn.29'daki açıklama; **Turan Başara** (2016), s.401.

⁹² **Şener, E.** (1976) "Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller", Yargıtay Dergisi, C: 2, S: 4, s.71-97, s.76; **Şener** (1981), s.194.

alınarak⁹³, TBK m. 30 vd. hükümlerine göre mirasçının mirası reddine ilişkin irade beyanı iptal edilebilir⁹⁴.

Mirasçılardan birinin diğerini korkutmak suretiyle mirası ret beyanında bulunmasına sebep olması, mevcut olmayan bir borcun varlığına inanarak mirasın reddedilmesi irade sakatlıklarına örnek olarak gösterilebilir⁹⁵. Benzer şekilde, diğer mirasçılardan hileli davranışları sonucunda bir mirasçının terekenin borçlarının daha fazla olduğu kanaatine ulaşması ve mirası reddetmesi durumunda da irade sakatlığı söz konusudur⁹⁶. Bu tür durumlarda, ret beyanının TBK m. 30 vd. hükümlerine göre iptal edilmesi mümkündür⁹⁷.

Bu noktada irade beyanın iptaline ilişkin beyanın diğer mirasçılara yapılması iptal sonucunu doğuracak mıdır sorusu sorulabilir. Bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ret beyanının iptaline ilişkin beyanın diğer mirasçılara yapılması ile iptal sonucunun doğacağını savunan görüştür⁹⁸. İkinci görüş ise iptal beyanının miras bırakanın son yerleşim yeri sulh mahkemesine yapılması gerektiğini⁹⁹, bu beyanın mahkemeye varması ile ret beyanının geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağını¹⁰⁰ ve iptal açıklamasında bulunan mirasçının mirasçılık sıfatına kavuşacağını savunmaktadır¹⁰¹.

⁹³ Helvacı, s.115.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.607; Ayiter (1978), s.182; Dural/Öz, s.417, para.1705; Eren/Yücer Aktürk, s.519; Öztan, s.389. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 12.09.1978 tarihli ve 5695/5977 sayılı, 27.11.1959 tarihli ve 6381/5860 sayılı kararları [Şener, E. (1996) Miras Hak ve Payları, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.370-371].

⁹⁵ Serozan/Engin, s.513, para.61-62.

⁹⁶ Helvacı, s.114.

⁹⁷ Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.607; Ayiter (1978), s.182.

⁹⁸ Aydın, s.48.

⁹⁹ Öztan, s.389; Piotet (1975), s.570 bkz. Helvacı, s.115; Turan Başara (2012), s.158-159.

¹⁰⁰ Öztan, s.389; Helvacı, s.115, dn.274'teki açıklama; Turan Başara (2012), s.158-159. Yargıtay'ın mirasın reddi davasında görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu yönündeki kararı için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2011/1085, K: 2011/15751, T: 13.10.2011.

¹⁰¹ Helvacı, s.115, dn.275'teki açıklama; Aydın, s.48.

D. SÜRE

Miras bırakan hayattayken mirasın reddi söz konusu olmaz¹⁰². Mirasın reddi ancak miras bırakan öldükten sonra mümkündür. Şayet bir kimse mirasın kendisine geçmesini istemiyorsa, bunu miras bırakanla yapacağı mirastan feragat sözleşmesiyle gerçekleştirebilir¹⁰³.

Mirasın reddi için kanunda hak düşürücü süre olarak¹⁰⁴ üç aylık süre öngörülmüştür (TMK m. 606). TMK m. 606/f. 2'ye göre, yasal mirasçılardan mirası ret süresi miras bırakanın ölümünü öğrenme anı ile başlar¹⁰⁵. Bununla birlikte, yasal mirasçılar mirasçı olduklarını sonradan öğrenmişlerse, bunu ispat etmeleri halinde süre, miras bırakanın ölümünü öğrenme tarihinden itibaren başlar¹⁰⁶.

Vasiyetname ile mirasçı atanan kişiler için ise ret süresinin başlangıcı TMK m. 606 uyarınca, miras bırakanın tasarrufunun kendisine bildirildiği tarihtir.

Miras sözleşmesi ile mirasçı olarak atanan kişiler hakkında mirası ret süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir¹⁰⁷. TMK m. 606/f. 2'nin kıyasen uygulanması¹⁰⁸ suretiyle miras sözleşmesi ile mirasçı atanan kişi için üç aylık ret süresinin yasal mirasçılarda olduğu gibi

¹⁰² **İmre/Erman**, s.355; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.506; **Çabri**, s.520, para.774.

¹⁰³ **İmre/Erman**, s.355; **Serozan/Engin**, s.508, para.47.

¹⁰⁴ **Helvacı**, s.73; **Öztan**, s.390. Bu sürenin hak düşürücü süre olduğu ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/8132, K: 2018/143, T: 10.01.2018; **Dural/Öz**, s.417, para.1707.

¹⁰⁵ **İmre/Erman**, s.363; **Öztan**, s.390; **Eren/Yücer Aktürk**, s.522; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.509.

¹⁰⁶ **Öztan**, s.390; **Dural/Öz**, s.418, para.1708; **Eren/Yücer Aktürk**, s.522; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.509. Bu sürenin kişinin miras bırakanın öldüğünü ve kendisinin de mirasçı olduğunu öğrendiği tarihte başlayacağı yönünde bkz. **Dural/Öz**, s. 418, para. 1708. Üç aylık sürenin kişinin mirasçı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, s. 280. Mirasçıların mirasçı olduklarını üç aylık süre geçtikten sonra öğrendiklerini ileri sürmeleri durumunda mahkemenin buna ilişkin incelemeyi yapmadan karar veremeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/8879, K: 2019/2816, T: 27.3.2019, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/13861, K: 2020/3545, T: 10.6.2020.

¹⁰⁷ **İnan/Ertaş/Albaş**, s.509; **Helvacı**, s.82.

¹⁰⁸ **Öztan**, s.390; **Dural/Öz**, s.418, para.1709.

miras bırakanın ölümünü öğrendikleri an ile başlayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bununla birlikte miras sözleşmesi ile üçüncü kişi de mirasçı olarak atanabilir. Eğer miras sözleşmesi ile mirasçı atama söz konusu ise ve atanmış sözleşmeye taraf olmayan başka biriye, bu kişinin mirasçı olduğunu bilmesi söz konusu olmayabileceğinden, üç aylık süre, vasiyetname ile mirasçı atanmış kişiler hakkında uygulanan, miras bırakanın tasarrufunun resmen bildirildiği tarihte başlayacağına ilişkin kural uyarınca, mirasçı olduklarının kendilerine bildirildiği tarihten itibaren başlar¹¹⁰.

TMK m. 590 uyarınca, koruma tedbiri almak üzere¹¹¹, mirasçılar miras bırakanın ölümü tarihinden itibaren bir ay içinde tereke defterinin tutulmasını sulh hakiminden talep edebilirler. Bu halde ise, sürenin başlangıcı TMK m. 607 uyarınca, sulh hakiminin yasal ve atanmış mirasçılara yazım işleminin sona erdiğini bildirdiği tarihtir.

Resmi defter tutulması durumunda¹¹² ise TMK m. 626 ve TMK m. 627 gereğince, defterin incelenmesinden sonra, bir ay içerisinde miras reddedilebilir¹¹³.

Ret süresi kural olarak üç ay olmakla birlikte kanun koyucu, önemli sebeplerin varlığı halinde sulh hakimine ret süresini uzatma yahut yeni bir süre tanıma yetkisi vermektedir (TMK m. 615). Hâkim, mirasçılardan birinin hastalığı, gaipliği, tereke mallarının dağılık olması, mirasçıların miras

¹⁰⁹ Escher (1960), Art. 567 ZGB, N.7; Tuor/Picenoni, Art. 567 ZGB, N.7; Öztan, s.390; Oğuzman, s.348; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.609; Dural/Öz, s.418, para.1709; Helvacı, s.82; İnan/Ertaş/Albaş, s.509.

¹¹⁰ Öztan, s.390; Dural/Öz, s.418, para.1709; İmre/Erman, s.364; Helvacı, s.82. Ayrım gözetmeksizin miras sözleşmesi ile mirasçı atanmışlar için sürenin miras bırakanın ölümü anında başlayacağı yönünde bkz. İnan/Ertaş/Albaş, s.509.

¹¹¹ Serozan/Engin, s.516, para.66-67.

¹¹² Resmi defter tutulması durumu ile koruma önlemi olarak tereke mallarının deftere kaydedilmesi farklı iki duruma ilişkindir. Birincisi, koruma tedbiri niteliğini taşımakta olup, TMK m. 590 uyarınca gerçekleşir. İkincisi ise TMK'nın 619. vd. maddeleri uyarınca tutulan resmi defterdir. Bu halde, mirasçılar mirası ya reddettiklerini ya da kabul ettiklerini beyan ederler. Şayet mirasçılar herhangi bir beyanda bulunmazlarsa, mirasçılar mirası tutulan deftere göre kabul etmiş sayılırlar (TMK m. 627/son). Ayrıca bkz. İmre/Erman, s.365; Dural/Öz, s.418, para.418.

¹¹³ Öztan, s.390; Helvacı, s.90-91.

kavgasına girmeleri¹¹⁴, mirasçının terekenin durumu hakkında hiçbir bilgisinin olmaması¹¹⁵, mirasçının yurt dışında olması¹¹⁶, mirası kabul beyanının irade sakatlığı sebeplerinden biri ile geçersiz olması¹¹⁷ gibi haklı sebeplerden¹¹⁸ biriyle süre tayin etme yetkisini haizdir. Bu gibi haklı sebeplerin varlığı halinde, mirasçı mirası ret hakkını kullanamayabilir ve üç aylık sürenin uzatılması yahut yeni bir süre tayin edilmesi zorunluluk arz edebilir¹¹⁹. Kanun koyucu da mirasçının menfaatini korumak üzere hâkimin süreyi uzatmasına veya yeni bir süre tayin etmesine TMK m. 615 düzenlemesi ile imkân tanımaktadır.

Süre açısından önem arz eden bir başka durum ise mirasçının (“M1”) ret süresi içerisinde ve mirası reddetmeden ölmesi halidir. Ret süresi içerisinde ölen mirasçının mirası ret hakkı da kendi mirasçılara (“M2”) geçmektedir (TMK m. 608) meğerki mirası reddetmiş veya ret süresi geçtikten sonra ölmüş olsun¹²⁰. Ölen mirasçının ret hakkının da kendi mirasçısına geçmesi halinde, son mirasçının (M2), iki ret hakkı bulunmaktadır¹²¹. Birincisi kendi miras bırakanının (M1) ret hakkı, ikincisi miras bırakanının (M1) ölmesi sebebiyle sahip olduğu ret hakkıdır. Birincisi için süre, TMK m. 608/f. 2 uyarınca, kendi miras bırakanına mirasın geçtiğini öğrendiği tarihten itibaren başlar. Bununla birlikte, birinci ret hakkının kullanılabilmesi için öğrenme ile başlayan bu süre, ikinci ret hakkının kullanılabilmesi için mirasçının (M2) sahip olduğu süre dolmadıkça sona ermez. İkinci ret hakkı için süre kural olarak TMK m. 606’ya tabidir.

Bir diğer ihtimal ise daha önce mirasçı olmayıp da mirasın reddedilmesi sebebiyle kendilerine mirasın geçtiği kimselerin durumudur. Bu durumda ise

¹¹⁴ Serozan/Engin, s.516, para.67.

¹¹⁵ İmre/Erman, s.364.

¹¹⁶ Eren/Yücer Aktürk, s.523; İnan/Ertas/Albaş, s.510; Kılıçoğlu, s.280.

¹¹⁷ Serozan/Engin, s.516, para.67.

¹¹⁸ Serozan/Engin, s.516, para. 67; Öztan, s.390-391.

¹¹⁹ İmre/Erman, s.364; Dural/Öz, s.418-419, para.1711. Mirasçının tereke işlerine karışma sebebiyle mirası ret hakkını yitirmesi halinde yeni bir ret süresi belirlenmesinin veya ret süresinin uzatılmasının mümkün olmayacağı yönünde bkz. 4A_394/2014, N. 2.1.

¹²⁰ İmre/Erman, s.365, ayrıca bkz. dn.28’deki açıklama.

¹²¹ Öztan, s.391.

mirası reddeden önceki mirasçılardan mirası reddini öğrendikleri tarihten itibaren olmak üzere üç aylık sürenin başlayacağı kabul edilmektedir¹²².

Ret süresi içerisinde miras reddedilmemişse, mirasın iktisabı nihai hale gelir¹²³.

E. MİRASIN REDDİ BEYANININ KAYDA VE ŞARTA BAĞLANMAMASI

Mirasın reddi TMK m. 609/f. 2 uyarınca kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Madde hükmündeki kayıt, haklarını saklı tutma manasına gelir¹²⁴. Ret beyanı açık, tereddüt doğurmayacak şekilde gerçekleşmelidir¹²⁵. Buna ek olarak, ret, şarta bağlanamaz¹²⁶. Şarta bağlanan ret beyanı ise hüküm doğurmaz¹²⁷. Hüküm doğurmayan ret beyanının ne şekilde sonuç doğuracağına ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, ret beyanının geçersizliğinin mirasın iktisap edilmesi sonucunu doğurduğunu¹²⁸, ikinci görüş ise mirasçının tekrar ve usulüne uygun şekilde mirası reddedebileceğini ifade etmektedir¹²⁹.

¹²² Ayiter/Kılıçoğlu, s.233; Eren/Yücer Aktürk, s.524; Dural/ Öz, s.420, para.1717; İnan/Ertaş/Albaş, s.511.

¹²³ Ayiter/Kılıçoğlu, s.233; Öztan, s.21.

¹²⁴ İmre/Erman, s.366.

¹²⁵ İmre/Erman, s.366.

¹²⁶ Escher (1960), Art. 570 ZGB, N.10-15; Tuor/Pictoni, Art. 570 ZGB, N.7-14; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.605; Göksu, T. (2016) Art. 570 ZGB, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., Schultess, N.3; Müller, F./ Lieb-Lindenmeyer, S. (2016) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Reihe OFK, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./Amstutz, M. / Fankhauser, R. (Hrsg.), 3. Aufl. Orell Füssli Verlag AG, Art. 570 ZGB, N.3; BSK/Schwander, Art. 570 ZGB, Rn.9; Oğuzman, s.113; Dural/Öz, s.416, para.1701; Helvacı, s.56 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, s.508; Çabri, s.591, para.877; Eren/Yücer Aktürk, s.519.

¹²⁷ Şener (1981), s.195; İmre/Erman, s.366; Escher (1960), Art. 570 ZGB, s.634-637; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.605; Oğuzman, s.113; Helvacı, s.57; Dural/Öz, s.416, para.1701; Çabri, s.592, para.877; Eren/Yücer Aktürk, s.519.

¹²⁸ Rossel/Mentha, s.167 bkz. İmre/Erman, s.366; Tuor/Pictoni, Art. 570 ZGB, N.13; Escher (1960), Art. 570 ZGB, N.14; İmre/Erman, s.366.

¹²⁹ Curti-Porrer, Art. 570 ZGB, N. 6 bkz. İmre/Erman, s.366.

Mirasçının, mirasın kesirli bir bölümünü reddedebileceği de kabul edilmektedir¹³⁰. Fakat, mirasçının terekeye ait belirli malları reddedip diğerlerini kabul edeceğine dair ret beyanı kayıtlı ret olması gerekçesiyle hüküm doğurmaz¹³¹. Bununla beraber, TMK m. 614, reddin kayıtsız şartsız olması kuralına istisna teşkil etmektedir¹³². Söz konusu madde uyarınca, mirasçılar, tasfiyeden önce, mirası reddederlerken, kendilerinden sonra gelen mirasçıların mirası kabul edip etmedikleri hususunun onlardan sorulmasını talep edebilirler¹³³. Bu şekilde, miras reddedildikten sonra mirasın tasfiyesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Eğer sonraki mirasçılar da sulh hakiminin bildiriminden bir ay içerisinde mirası reddederlerse tereke tasfiye olunur ve arta kalan değer, varsa önce gelen mirasçılar arasında paylaştırılır (TMK m. 614/f. 2-3).

F. RET BEYANININ SULH MAHKEMESİNE YAPILMASI

Ret beyanı, tek taraflı varması gerekli bir hukuki işlemdir¹³⁴. Bu beyanın TMK'nın 609. maddesine göre, yazılı veya sözlü olarak sulh mahkemesine yapılması gerekir. Sulh mahkemesi, bunun üzerine tuttuğu mirasın reddedildiğine ilişkin tutanağı, özel bir kütüğe tescil eder (TMK m. 609/f. 3-4). Bunun sebebi alacaklılar gibi ilgili üçüncü kişilerin mirasın reddi konusunda bilgi sahibi olabilmelerinin sağlanmasıdır¹³⁵.

¹³⁰ Escher (1960), Art. 570 ZGB, N. 12; Tuor/Picenoni, Art. 570 ZGB, N.11; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.605; Oğuzman, s.346; Helvacı, s.67; Dural/Öz, s.416, para.1702; Öztan, s.389; Eren/Yücer Aktürk, s.519.

¹³¹ Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.605; Dural/Öz, s.416, para.1702; Eren/Yücer Aktürk, s.519.

¹³² Dural /Öz, s.422; Çabri, s.645; Başara, s.10.

¹³³ İlgüzar, H./Demir, M./Yılmaz, S. (2019) Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 156. En yakın mirasçıların alt mirasçılar lehine retleri durumunda bu ret alt derecedeki tüm mirasçılar lehine yapılmalıdır. Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 14364, K: 2100, T: 24.02.1998 bkz. Özüğür, s.321-322.

¹³⁴ Tuor/Picenoni, Art. 566 ZGB, N.3; İmre/Erman, s.365; Helvacı, s. 11; İnan/Ertaş/Erbaş, s.507.

¹³⁵ Ayiter (1978), s.182; İmre/Erman, s.367. İlgisi olan ve uygun bir sebep gösteren herkese ilgili kütüğün incelenmesi hakkının tanınmasının gerektiği yönünde bkz. Ayiter (1978), s.182; Ayiter/ Kılıçoğlu, s.232.

Sulh mahkemesine yapılan beyanın yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğinde olması sebebiyle mahkemeye yapılan beyan hüküm doğurur ve bu ret beyanı geri alınamaz¹³⁶. Bununla birlikte, doktrinde mirasçının diğer mirasçılardan onayı ile ret beyanından dönebileceği kabul edilmektedir¹³⁷.

Ayrıca İcra İflas Kanununun 183. maddesi uyarınca, reddedilmiş mirasın tasfiye edilmesi sırasında mirasçılardan birinin mirası kabul ettiğini beyan etmesi halinde ve miras bırakanın borçlarının ödenebilmesi için teminat göstermesi durumunda tasfiyenin durması söz konusu olabilecektir.

Ret beyanının yanılma, aldatma, korkutma sebeplerinden biri ile sakat olması halinde, ret beyanının iptali de TBK m. 30 vd. hükümlerine söz konusu olabilmektedir¹³⁸.

Mirasın reddi hakkına sahip olmak, ehliyet, irade beyanının sakatlanmamış olması, mirasın reddinin kanunda öngörülen sürelerle uygun olarak yapılması, ret beyanının kayda veya şarta bağlanmamış olması, ret hakkının yazılı veya sözlü olarak miras bırakanın son yerleşim yeri sulh mahkemesine yapılması şartlarına ek olarak, mirasçılardan birinin evli olması halinde, eşler arasında geçerli mal rejiminin mal ortaklığı rejimi olması durumunda TMK m. 265 uyarınca, mirasın kabulü veya reddi diğer eşin onayına bağlı tutulmaktadır. Eşlerden birinin mirası reddetmediği durumda miras, ortaklık mallarına girecek ise veya mirasçı eş, borca batık bir terekenin varlığına rağmen mirası kabul edecekse, mirasın reddi veya mirasın kabulü için

¹³⁶ Bkz. **Şener** (1981), s.1222'de anılan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 10.06.1973 tarihli ve 3569/3616 sayılı kararı; **Dural/Öz**, s.417, para.1704.

¹³⁷ **İmre/Erman**, s.367; **Serozan/Engin**, s.512, para.60. Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/1915, K: 2021/3611, T: 31.05.2021. Tüm ilgililerin rızası olmadıkça ret beyanından rücu edilemeyeceği yönünde bkz. **Gönensay**, s.245. Kocayusufpaşaoğlu, reddeden mirasçılardan alacaklılarının da rızasının alınmasının gerekli olduğunu, mirasın kabulünün tereke alacaklılarının mirasçının malvarlığına el atması sonucunu doğurabileceği gerekçesiyle savunmaktadır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.606.

¹³⁸ Ret beyanının iptal edilmesi ile bu beyanın geri alınması farklı kavramlardır. İradesi sakatlanarak ret beyanında bulunan mirasçı bu işlemi tek taraflı irade beyanı ile kesin hükümsüz hale getirmektedir. Geri almada ise iradenin sakatlanması söz konusu değildir. Geçerli bir ret beyanının sonradan geri alınması söz konusudur. Bkz. **Escher** (1960), Art. 570 ZGB, N.7; **Tuor/Piceni**, Art. 570 ZGB, N.6; **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.607.

diğer eşin rızası gerekmektedir. Bu rızanın eksik olması halinde tasarruf ehliyetinin eksikliği sebebiyle ret veya kabul beyanının hüküm doğurmayacağı kabul edilmektedir¹³⁹. Bununla beraber diğer eş haklı bir sebep bulunmaksızın mirasın reddine veya kabulüne rıza göstermiyorsa bu durumda eşin sulh mahkemesine rıza için başvurmasının önünde bir engel bulunmamaktadır (TMK m. 265/ f. 2)¹⁴⁰.

¹³⁹ **Tuor/Picononi**, Art. 566 ZGB, N.6; **İnan/Ertas/Albaş**, s.507. Helvacı TMK m. 265'in yalnızca genel mal ortaklığı rejiminde ve diğer mal ortaklıklarında (eğer eşler mirasın mal rejimi sözleşmesi ile ortaklık mallarına dahil olacağına karar vermişlerse) uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Helvacı**, s.40-43.

¹⁴⁰ Bu maddenin koruma amacı incelendiğinde iki menfaatin karşı karşıya geldiği tespit edilmektedir. Bir yanda mirasçının atasına saygı ve bağlılık hisleri ("*das Pietätsgefühl des erbenden Ehegatten*") bulunurken, diğer yandan ise mal rejiminin korunmasındaki menfaat bulunmaktadır. Mirasın reddi veya kabulü, malvarlığının muhtevasında önemli derecede etkiye yol açabilmektedir. Bkz. **Hausheer, H./ Reusser, R./ Geiser, T.** (1996) Art. 230 ZGB, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten Die Gütergemeinschaft, Art. 221-246; Die Gütertrennung, Art. 247-251 ZGB, Hausheer, Heinz (Hrsg.), Stämpfli Verlag AG, N.5. Bu etki sebebiyle kanun koyucu mirasın reddini veya borca batık terekenin kabulünü diğer eşin rızasına bağlamaktadır. Ayrıca bkz. **Jungo, A.** (2016) Art. 230 ZGB, Breitschmid, Peter/ Jungo, Alexandra (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, N.1-6; **Genna, G. Sandro** (2021) Art. 230 ZGB, Kren Kostkiewicz, Jolanta / Wolf, Stephan/ Amstutz, Marc/ Fankhauser, Roland (Hrsg.) OFK - Orell Füßli Kommentar (Navigator.ch) Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB Kommentar, 4. aktualisierte Auflage, Orell Füßli Verlag AG, N.1-5. Her ne kadar kanun koyucu mal rejiminin korunması yönünde tercih kullanmış ve bununla beraber eşin rızasının haklı bir sebebe dayanmaksızın alınamaması durumunda mahkemeye başvurma yolunu açık tutmuşsa da mirasın kabulünün ortaklık mallarının pasifinin artması tehlikesini doğurması gerekçesiyle diğer eşin rızasına tabi tutulması yerindedir. Bununla beraber, mirasın reddi için bu tür bir rızanın varlığı aranmaması gerektiği, mirasın, o kişinin aile bağlarıyla doğrudan ilişkili olması dolayısıyla söylenebilir. Miras bırakanla bağının ortadan kalkmasını isteyen yahut hiçbir zaman mevcut olmayan bir bağın miras yoluyla kurulmasını arzu etmeyen bir mirasçının bu yüzden hangi mal rejimine tabi olursa olsun, eşinin rızasına tabi olmaksızın mirası reddetme hakkını haiz olması gerektiği savunulabilir. Benzer şekilde, miras bırakanla veya diğer mirasçılarla olan kötü ilişkiler sebebiyle de mirası reddetmek isteyen mirasçının eşinin rızasını almadığı takdirde sulh hakimine başvurmak gibi ek hukuki işlemler yapılmasına zorlanması kayda veya şarta dahi bağlanamayan mirasın iradi reddi kurumu ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle de eleştirilebilir. [İsviçre doktrininde, mirasın reddi veya borca

V. MİRASI RET HAKKININ DÜŞMESİ

A. AÇIK KABUL BEYANI İLE MİRASI RET HAKKININ DÜŞMESİ

Mirasçının üç aylık hak düşürücü süre içerisinde mirası reddetmediği durumda, bu sürenin geçmesi halinde mirasçının mirası ret hakkı düşmektedir. Mirası ret süresi içerisinde ret beyanında bulunmayan *geçici* mirasçı bu süre geçtikten sonra (yeni bir süre verilmesini yahut süre uzatılmasını gerektiren bir sebep bulunmadıkça) miras üzerinde kayıtsız şartsız hak sahibi olur (TMK m. 610/f. 1).

TMK'nın 610. maddesinde mirasçının açık kabul beyanının mirası ret hakkını düşüreceği ifade edilmese¹⁴¹ de mirasçının üç aylık sürenin geçmesini beklemeksizin mirası kabul ettiğini beyan etmesi durumunda da ret hakkını yitireceği kabul edilmektedir¹⁴². Burada açık kabul beyanı ile kastedilen esasen, mirasçının mirası reddetmeyeceğini dolaylı olarak ifade etmesidir¹⁴³. Bu tür bir beyan, kişinin miras bırakanın ölümüyle birlikte doğrudan mirasçı olması sebebiyle, mirasçı sıfatını kazanmaya yönelik bir beyan değil, yalnızca mirasçının mirasın reddi hakkını kullanmayacağına ilişkin bir beyan niteliği taşımaktadır¹⁴⁴.

Reddin hüküm doğurması için sulh mahkemesine bir beyanda bulunulması öngörülmüştür (TMK m. 609). Bununla birlikte mirası kabul beyanının sulh mahkemesine yapılmasının gerekip gerekmediği sorusu sorulabilir. Antalya ve Sağlam işlem güvenliğinin sağlanabilmesi açısından

batık mirasın kabulü malvarlığının olağan yönetimi kapsamı dışında olduğu ("*eine ausserordentliche Verwaltungsmassnahme*") bu yüzden diğer eşin rızasının gerektiği, bu maddenin bir *lex specialis* teşkil ettiği ifade edilmektedir. Bkz. **Genna**, Art. 230 ZGB, N.1; **Jungo**, Art. 230 ZGB, N.3.

¹⁴¹ Ayrıca bkz. **Ayiter/ Kılıçoğlu**, s.234.

¹⁴² **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.608; **Antalya/Sağlam**, s.436; **Ayiter/ Kılıçoğlu**, s.234; **BSK ZGB II/ Schwander**, Art. 571 ZGB, Rn.3. Ret süresince miras bırakanın mirası reddinden feragat edebileceği yönünde bkz. **Helvacı**, s.124-126. Mirasın kabul edilmesinin mirası reddinden feragat anlamına geldiği yönünde bkz. **Antalya/Sağlam**, s.436. Ayrıca bkz. **Antalya/Sağlam**, s.436; **Oğuzman**, s.291; **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.593; **İnan/Ertas/Erbaş**, s.513; **Helvacı**, s.124.

¹⁴³ **Ayiter/ Kılıçoğlu**, s.234.

¹⁴⁴ **Ayiter/ Kılıçoğlu**, s.234.

mirasın kabulüne ilişkin beyanının sulh mahkemesine yapılabileceğini ileri sürmektedirler¹⁴⁵.

B. ÖRTÜLÜ KABULLE MİRASI RET HAKKININ DÜŞMESİ

Mirasçı, açıkça mirası reddetmemiş bununla beraber üç aylık ret süresi içinde terekeye ilişkin bazı işlemler yapmış olabilir. Kanun koyucu ret süresi sona ermeden geçici mirasçının yaptığı terekeye ilişkin bazı işlemlerinin, mirası kabul niteliği taşımadığını; bazılarının ise mirasın örtülü kabulü anlamına geleceğini TMK'nın 610. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlemektedir. Bu maddeye göre, terekeye ilişkin bazı tip işlemlerin mirası kabul anlamına gelmeyeceği düzenlenmektedir. Bu işlemler: Terekenin olağan idaresine ilişkin işlemler, miras bırakanın işlerinin yürütülmesine ilişkin işlemler ve zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin dolmasını engellemek üzere dava açılması, cebri icra yapılması¹⁴⁶ işlemleri şeklinde sayılmaktadır.

Terekenin olağan yönetimi dışındaki işlemler, tereke mallarını gizleme, tereke mallarını kendine mal etme işlemleri ise mirasın örtülü kabulü sayılacak nitelikte işlemler olarak aynı maddede düzenlenmektedir. Bu durumlarda, TMK m. 610 uyarınca, mirasçının mirası örtülü olarak kabul ettiği ve mirası ret hakkının düştüğü söylenebilir.

Her ne kadar madde metninde hangi işlemlerin tereke işlerine gereğinden fazla karışma¹⁴⁷ niteliğinde sayılacağı belirtilmişse de buna ilişkin olarak hangi işlemlerin terekenin olağan idaresi kapsamına gireceğine dair bir

¹⁴⁵ **Antalya/Sağlam**, s.436.

¹⁴⁶ Mirasçılardan icra takibine itirazda bulunmalarının terekeye sahip çıkma anlamına gelmediği yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1977/2-569, K: 724, T: 30.09.1997 bkz. **Özüğür**, s.323.

¹⁴⁷ Mirasçının resmi defter tutulduğu dönemde tereke işlerini yürütmek üzere resmi makamdan yetki alıp, Art. 571 ZGB anlamında tereke işlerine gereğinden fazla karışma niteliği taşıyan işlemleri yapmasına rağmen, bu işlemleri yetkisi kapsamında ve tereke temsilcisi sıfatıyla yapmış olması sebebiyle mirası ret hakkını kaybetmeyeceği, yalnızca yetkisini aştığı çerçevede vekil sıfatı ile sorumlu olacağı yönünde bkz. BGE 54 II 416, s.419. Ayrıca bkz. **BSK/Schwander**, Art. 571 ZGB, Rn.5a.

kritere yer verilmemiş, mirasçının bu işlemleri yerine getirirken iradesinin ne yönde olacağına tespitinin gerekli gerekmediği hususu da belirlenmemiştir.

Kanunun terekenin olağan idaresi şeklindeki ifadesi genel bir ifadedir¹⁴⁸. Dolayısıyla, bu işlemlerin kapsamını tespit etmek mahkemelere ve doktrine düşmektedir¹⁴⁹. Doktrinde ve yargı kararlarında, terekeye ait işlerin devam ettirilmesi (örneğin, kira sözleşmesinin, miras bırakana ait işletmedeki işçilere ilişkin sözleşmelerin; yenilenmesine, feshine yönelik işlemler), tereke mallarının korunması ve zarara uğramasının önlenmesi, ceza ödememek için vergi borçlarının karşılanması şeklindeki işlemler olağan işlemlere örnek olarak gösterilmektedir¹⁵⁰. Şayet tereke konularına ilişkin tasarruf işlemlerinin olağan işlemlerden sayılıp sayılmadığı tespit edilememekte ise, bu durumda hukuki işlemin kapsamına, içeriğine, işlemi yapan mirasçının izlediği amaca bakılması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁵¹.

Miras sebebiyle istihkak davası, paylaşım davası, miras payının devri, alacakların tahsili, taşınmazı kendi adına tescil gibi işlemlerin terekenin olağan

¹⁴⁸ **İmre/Erman**, s.360.

¹⁴⁹ **İmre/Erman**, s.360. Ayrıca bkz. **Şener** (1981), s.203.

¹⁵⁰ **Şener** (1981), s.203; **İmre/Erman**, s.360-361. Mirasçılardan, veraset ve intikal vergisi beyannamesini vermiş olmalarının mirası kabul anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/15723, K: 2020/5995, T: 8.10.2020. Mirasçılık belgesi alınmasının mirası kabul etmek anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1027, K: 2465, T: 27.03.1979 bkz. **Özuğur**, s.326; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/7486, K: 2019/1820, T: 28.2.2019. **Ayiter/ Kılıçoğlu**, s.234. Mirasçılık belgesi almanın terekenin olağan yönetimi kapsamına girdiği dolayısıyla mirasın kabulü sayılmayacağı hakkında bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/6476, K: 2019/1014, T: 7.2.2019. Tereke borcunun rızaen ödenmesinin terekeye sahip çıkmak anlamına geldiği yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1265, K: 303, T: 17.01.1994 bkz. **Özuğur**, s.325. Miras bırakanın borçlarının rızaen ödenmesinin tereke işlerine karışma sayılmasının eleştirisi hakkında bkz. **Ürem, M.** (2019) "Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller", BUHFD, C:14, S: 175-176, s.779-815, s.801-802.

¹⁵¹ **İmre/Erman**, s.361. Ayrıca bkz. **Başara**, s.38. Terekeye ait büfeyi işletip sonrasında satan mirasçılardan mirası ret hakkından yoksun olduğu yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2004/5254, K: 2004/5989, T: 03.06.2003 bkz. **Özuğur**, s.320.

işleri aşan işlemler olduğu, bu yüzden de ret hakkının düşmesine sebep olduğu kabul edilmektedir¹⁵².

Her ne kadar yukarıda belirtilen işlemler, olağan işlemler ve bunu aşan işlemler açısından bir fikir vermekte ise de her zaman bu soruların cevabını bulmak kolayca mümkün olmayabilecektir. Dolayısıyla, önüne gelen somut olayda hâkimin buna yönelik inceleme ve değerlendirmeleri, bir fiilin mirasın örtülü kabulü anlamına gelip gelmeyeceğinin belirlenmesi açısından önem arz edecektir¹⁵³.

Mirasçının iradesine ilişkin olarak ise üç farklı yaklaşım söz konusudur. *Birinci yaklaşım* objektif kriteri esas alarak miras bırakanın iradesinin ne yönde olduğunun tespiti gerekmeksizin, yani geçici mirasçının mirası kazanma iradesinin varlığının olup olmadığını belirlemeksizin tereke işlemlerine gereğinden fazla karışmayı mirasın kabulü saymaktadır¹⁵⁴. Yalnız, bu işlemin tereke işlerine gereğinden fazla karışma olarak nitelendirilebilmesi için, kişinin işlem konusu malın terekeye ait olduğunu bilmesinin gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁵.

İkinci yaklaşıma göre ise, geçici mirasçının sübjektif iradesi dikkate alınmalıdır¹⁵⁶. Buna göre, mirasçı işlemleri gerçekleştirirken mirası kabul iradesi bulunmaksızın tereke işlerini yerine getirmekte ise o zaman bu kişinin ret hakkı düşmemektedir¹⁵⁷.

¹⁵² **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.617; **Oğuzman**, s.350; **Dural/Öz**, s.422, para.1721; **Öztañ**, s.393. Örneğın bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2020/4112, K: 2021/1333, T: 1.3.2021.

¹⁵³ **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.616.

¹⁵⁴ BGE 54 II 416, s.416; BGE 70 II 199, s.205; **Dural /Öz**, s.417. TMK m. 6010/f. 2 düzenlemesinin objektif kriteri kabul ettiğı yönünde bkz. **Öztañ**, s.393.

¹⁵⁵ BGE 70 II 199, s.206; **Dural /Öz**, s.417.

¹⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1-261-140, K: 20, T: 8.2.1950 bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2020/4209, K:2021/1369 T: 1.3.2021 ve **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.615-616 ve dn.55. Bir işlemin olağan işlem olup olmadığının tespiti için işlemi yapan mirasçının amacına bakılması gerektiğı yönünde bkz. **Şener** (1981), s.1227'de anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 08.02.1950 tarihli ve 140/20 sayılı kararı. Hem işlemin mahiyetine hem de mirasçının iradesine bakılması gerektiğı yönünde bkz. **İmre/Erman**, s.360.

¹⁵⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1-261-140, K: 20, T: 8.2.1950 bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2020/4209, K: 2021/1369, T: 1.3.2021 ve **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.616, dn.55.

Üçüncü yaklaşım ise güven prensibine üstünlük tanıyarak, mirasçının subjektif iradesini dikkate almaksızın üçüncü kişinin, mirasçının davranışına dürüstlük kuralı uyarınca (TMK m. 2) verdiği anlamı esas almaktadır¹⁵⁸. Buna göre, mirasçının davranışına dürüstlük kuralınca verilen anlam onun mirası örtülü olarak kabulüne işaret etmekteyse, onun ret hakkı düşmektedir.

Mirasın örtülü kabulü anlamına gelen ve mirasçının ret hakkından yoksun olmasına sebep olan bir diğer davranışı ise tereke mallarını gizlemek ve/veya tereke mallarını kendine mal etmektir¹⁵⁹. Mirasçının davranışının örtülü kabul anlamına gelmesi için mirasçının hukuka aykırı olarak tereke konusunu kendisine mal etmesi veya gizlemesi gerekmektedir¹⁶⁰. İmre/Erman, mirasçının böyle bir davranışta bulunmasının miras hukuku alanında haksız fiil teşkil ettiğini ileri sürmektedir¹⁶¹. Bu sebeple, mirasçı tam ehliyetsiz olmadığı sürece, bu tür bir fiilin sonuçlarından sorumlu tutulacaktır¹⁶². Sorumluluğun doğması için ise mirasçının kendisine mal ettiği veya gizlediği malın tereke konusu olduğunu bilmesi ve kasten hareket etmesi şartlarının sağlanması gerektiği savunulmaktadır¹⁶³. Böyle bir davranışa, miras bırakana ait mücevheratın kasten diğer mirasçılardan gizlenmesi örnek olarak gösterilebilir¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.616; Oğuzman, s.350.

¹⁵⁹ Örn. bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, 21.05.1973 tarihli ve 3517/ 3393 sayılı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.04.1972 tarihli 777/253 sayılı kararı [**Şener** (1996), s.379-380]. Mirasçılardan kendi malvarlıklarından cüzi bir borcu ödemelerinin mirasın örtülü kabulü sayılmayacağı yönünde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/15723, K: 2020/5995, T: 8.10.2020.

¹⁶⁰ İmre/Erman, s.361.

¹⁶¹ İmre/Erman, s.362. Ayrıca bkz. İmre/Erman, s.362, dn.22'de anılan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 21.11.1964 tarihli ve 6051/5466 sayılı kararı.

¹⁶² İmre/Erman, s.362.

¹⁶³ Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.615; Oğuzman, s.351; Dural /Öz, s.418.

¹⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.614.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenen dul ve yetim aylığı¹⁶⁵, emeklilik aylığı ve ikramiyesi¹⁶⁶ almak ise mirasın kabulü anlamına gelmemektedir. Zira, bunlar terekeye ait değerlerden olmayıp mirasçının şahsında doğan haklardır¹⁶⁷. Dolayısıyla, örneğin mirasçının dul ve yetim aylığı talep etmesi halinde, bu talep onun mirası ret hakkını ortadan kaldırmayacaktır¹⁶⁸. Bunlar gibi Türk Borçlar Kanunu kapsamında mirasçıya ödenen destekten yoksun kalma tazminatı (TBK m. 53) ve manevi tazminata (TBK m. 56) ilişkin olarak mirasçılardan talepte bulunması da mirasın kabulü sonucunu doğuran işlemlerden sayılmamaktadır¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 8965, K: 8919, T: 22.11.1983; **Helvacı**, s. 139; **Şener** (1996), s.383; **Kılıçoğlu**, s.296; **Ayiter/Kılıçoğlu**, s.234, dn.10; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.515; **Serozan/Engin**, s.517, para.68; **Turan Başara** (2012), s.162; **Günel**, s.55; **Antalya/Sağlam**, s.439.

¹⁶⁶ **Serozan/Engin**, s.517, para.68; **Helvacı**, s.139; **Turan Başara** (2012), s.162; **Akkanat Öztürk, E. B.** (2020) “Mirası Reddetmenin Sonuçları”, Kendigelen, Abuzer/Oktay-Özdemir, Saibe (Editörler), Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha, s.45; **Günel**, s.55; “...görevi sırasında ölen memurun ikramiyesi emekli maaşına hak kazanan kişilere ait olduğundan ikramiye terekeye dahil değildir. Ancak emekliliğini isteyip de henüz ikramiyesini almadan ölmüş olanın ikramiyesi ise mirasçılara verilir” b kz. **Şener** (1996), s.382’de anılan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin, 20.02.1997 tarihli ve 295/414 sayılı kararı. Miras bırakanın ölümüyle geride eş yahut yetim aylığı ödenecek yetim bırakmaması ve yaşamında emeklilik ikramiyesi talep etmemesi halinde, emeklilik ikramiyesinin tereke unsuru sayılacağı hakkında b kz. **Akkanat Öztürk**, s.46.

¹⁶⁷ **Turan Başara** (2012), s.162; **Günel**, s.55. “Borçluların murislerinden kendilerine bağlanan maaşı sahiplenmeleri TMK’nun 605. maddesi uyarınca murisin mirasını reddetmelerine engel teşkil etmez. Zira, murisin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan almakta olduğu maaşı terekese dahil değildir.” b kz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2005/23073, K: 2005/26042, T: 26.12.2005. Ordu yardımlaşma kurumunun verdiği yardım parasının terekeye dahil olmadığı, bunun kabulünün terekeye sahip çıkmak anlamına gelmediği hakkında b kz. **Şener** (1996), s.382’de anılan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 28.12.1973 tarihli ve 7950/7537 sayılı kararı.

¹⁶⁸ **Helvacı**, s.139-140; **Şener** (1996), s.202; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.515. Mirasın reddi, dul ve yetim aylığı talep edilmesine engel olmaz. B kz. **Kılıçoğlu**, s. 297; **Turan Başara** (2012), s.162; **Akkanat Öztürk**, s.42-43.

¹⁶⁹ **Helvacı**, s. 139-140; **Günel**, s.55; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2007/222, K: 2007/222, T: 18.4.2007. Destekten yoksun kalma tazminatının miras yoluyla kazanılan, mirasçılık sıfatına bağlı bir hak olmadığı yönünde b kz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme BGK., E: 2016/5, K: 2018/6,

VI. MİRASIN REDDİNİN ETKİSİ VE HÜKÜMLERİ

Mirası ret beyanı, *geçici* mirasçının mirasçı sıfatını miras bırakanın ölümü tarihi anına etki edecek şekilde geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır (TMK m. 611). Bu beyanla artık *geçici* mirasçının mirasla bağlantısı ortadan kalkar¹⁷⁰.

Mirasın reddinin etkisine ilişkin olarak doktrinde mirasın reddinin etkisinin miras bırakanın ölümü tarihine kadar geri yürüyeceği (*ex tunc*)¹⁷¹ kabul edilmektedir¹⁷². TMK m. 611 uyarınca da mirasçılık sıfatının geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. Bununla beraber Piotet, mirasın reddinin *ex nunc* yani ileriye etkili olmasından söz etmektedir¹⁷³. Piotet, mirası reddedene kadarki sürede geçici mirasçının durumunu ön mirasçının durumuna, mirasın reddinden sonra ise mirasa hak kazananların durumunu ise art mirasçının durumuna benzetmektedir¹⁷⁴. Zira, miras reddedilene kadarki sürede, geçici mirasçı ön mirasçı gibi mirasçı sıfatını haizdir. Miras reddedildikten sonra, mirasın art mirasçıya geçmesinde ve ön mirasçının miras üzerindeki hak sahipliği ortadan kalkmasında olduğu gibi artık geçici mirasçı, mirasçı sıfatını kaybedecek ve miras üzerindeki hak sahipliği ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte, TMK m. 611/f. 1 uyarınca, geçici mirasçının mirası reddinin onun mirasın açıldığı anda sağ değilmişçesine mirasın paylaşılması sonucunu doğuracak şekilde düzenlenmesi sebebiyle, mirası reddeden mirasçının durumu ile ön mirasçının durumu farklılık arz etmektedir.

Mirasın reddinin mirasçının mirasçı sıfatını ortadan kaldırmak dışında, diğer mirasçılar açısından, miras bırakanın ve mirası reddeden mirasçının alacaklıları açısından da birtakım sonuçları vardır. Bu sonuçlara ek olarak

T: 22.6.2018. Mirasın reddinin, destekten yoksun kalma tazminatı talep etmeye engel teşkil etmediği yönünde bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2018/2928, K: 2019/2868, T: 15.5.2019.

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, s.280.

¹⁷¹ Serozan/Engin, s.508, para.46.

¹⁷² BSK/Schwander, Art. 566, N.1; Helvacı, s.11; İmre, s.559; Köprülü, s.282; Şener (1996), s.212; Öztan, s.394; Serozan/Engin, s.508, para.46; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.601; İmre/Erman, s.367-368; Akkanat, s. 70-71; Antalya/Sağlam, s.427; Çabri, s.518, para.769.

¹⁷³ Piotet (1981), s.607.

¹⁷⁴ Piotet (1981), s.606.

mirasın geçmişe etkisinin, geçici mirasçının mirası ret döneminde gerçekleştirdiği geçerli işlemlere ilişkin sonuçları kapsayıp kapsamadığı sorusunun cevabı da önem arz etmektedir. Tüm bu hususlar aşağıda ele alınmaktadır.

A. MİRASÇILAR AÇISINDAN

Mirasın reddi, geçici mirasçının mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran bir hukuki işlemidir¹⁷⁵. Mirasın reddinin sonuçları *beş* farklı ihtimal göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu ihtimaller: 1. Yasal mirasçılardan birinin (veya birkaçının) mirası reddetmesi 2. Atanmış mirasçının/ mirasçılardan birinin mirası reddetmesi 3. En yakın bütün mirasçılardan birinin mirası reddetmesi 4. Sağ kalan eşle beraber mirasçı olan altsoyun tamamının mirası reddetmesi ve 5. Mirasın sonra gelen/alt derece mirasçılar lehine reddedilmesi.

Birinci ihtimale ve bunun sonuçlarına değinmek gerekirse, bu durumda yasal mirasçılardan birinin (veya birkaçının) mirası reddetmesi söz konusudur (TMK m. 611/f. 1). Kanunda, yasal mirasçılardan birinin (veya birkaçının) mirası reddetmesi durumunda, miras açıldığı anda kendisi ölmüş gibi, yasal mirasçının kendisine düşen miras payının hak sahibine geçeceği düzenlenmektedir (TMK m. 611/f. 1)¹⁷⁶. Eğer mirası reddedenin altsoyu bulunmakta ise miras onun alt soyuna geçecektir¹⁷⁷. Mirasçının altsoyu yoksa bu takdirde onun miras payı diğer yasal mirasçılara geçmekte olup, bunun sonucu olarak diğer mirasçılardan birinin miras payı artmaktadır¹⁷⁸. Örneğin, miras bırakanın (“MB”); X, Y, Z olmak üzere üç çocuğu bulunmaktadır. Y’nin ise bir

¹⁷⁵ Serozan/Engin, s.508, para.46; Dural /Öz, s.423, para.1728; İnan/Ertas/Albaş, s.507; Kılıçoğlu, s.281; Ayiter/Kılıçoğlu, s.235; BSK/Schwander, Art. 566, N.1; Helvacı, s.11; İmre, s.559; Köprülü, s.282; Şener (1996) s.212; Öztan, s.394; Serozan/Engin, s.508, para.46; Kocayusufpaşaoğlu (1978), s.601; İmre/Erman, s.367-368; Akkanat, s.70-71; Antalya/Sağlam, s.427; Çabri, s.518, para.769.

¹⁷⁶ Yasal mirasçılardan birinin mirası reddettiği durumda bu hüküm uygulanmaz.

¹⁷⁷ İmre/Erman, s.368; Eren/Yücer Aktürk, s.528; Helvacı, s.143; Öztan, s.395.

¹⁷⁸ İmre/Erman, s.368 ayrıca bkz. dn. 36’daki açıklama; Eren/Yücer Aktürk, s.528; Dural/Öz, s.424, para.1728; İnan/Ertas/Albaş, s.516; Helvacı, s.144; Öztan, s.395.

kızı (“K”) hayattadır. Bu durumda, Y mirası reddederse, Y’nin miras payı, ölmüş gibi, K’ye geçecektir. Y’nin mirası reddi ve K’nin mevcudiyeti, diğer mirasçılardan 1/3 oranındaki miras paylarını değiştirmeyecektir. Bununla beraber, Y’nin altsoyunun bulunmaması durumunda X ve Z’den her birine düşen miras payı 1/2 olacak şekilde artacaktır¹⁷⁹.

İkinci ihtimal ise, atanmış mirasçının/mirasçıların mirası reddetmesidir. Bu durumda atanmış mirasçı, miras bırakandan önce ölmüş gibi kabul edilerek, onun miras payı TMK’nın 611. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kural olarak miras bırakanın yasal mirasçılara geçecektir¹⁸⁰. Örneğin, MB’nin iki çocuğu bulunmakta olup (X ve Y), MB, F’yi mirasın 1/2’si için mirasçı olarak atamıştır. F’nin ise T adında bir kızı vardır. Mirasçı F’nin mirası reddetmesi halinde onun miras hakkı T’ye geçmeyecektir¹⁸¹, X ve Y’ye ait olacaktır¹⁸². Bununla birlikte, miras bırakanın iradesinin başka bir şekilde olduğu anlaşılıyorsa, örneğin miras bırakan yedek mirasçı atamışsa¹⁸³, bu durumda ise atanmış mirasçının miras payı en yakın mirasçılara değil, yedek mirasçıya geçecektir.

Mirasın reddinde *üçüncü ihtimal* ise miras bırakanın ölümünde ona en yakın ve doğrudan mirasçı olan bütün mirasçıların mirası reddetmesidir¹⁸⁴. Bu durumda mirasın akıbetini TMK’nın 612. maddesi düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, miras bırakanın eşi de dahil olmak üzere¹⁸⁵ en yakın mirasçıların tamamı mirası reddettiği takdirde, reddedilen miras diğer mirasçılara geçmeksizin iflas hükümlerine göre tasfiye edilecektir¹⁸⁶. Tasfiye

¹⁷⁹ Ayrıca bkz. **Dural /Öz**, s.424, para.1728; **Serozan/Engin**, s.218-219, para.74-76.

¹⁸⁰ Atanmış mirasçı aynı zamanda vasiyet alacaklısı ise ve atanmış mirasçı olarak mirası reddetmişse, o kişi vasiyet alacaklısı olmaya devam edecektir. Bkz. **Küçükaydın, E. A.** (2017) “Mirasçı Atama”, İÜHFİM, C: LXXV, S: 1, s.431-452, s.445.

¹⁸¹ **Öztaş**, s.395.

¹⁸² Bkz. **Dural /Öz**, s.426, para.1743.

¹⁸³ **Dural /Öz**, s.426, para.1743; **Öztaş**, s.395.

¹⁸⁴ **Dural /Öz**, s.424, para.173; **İmre/Erman**, s.370.

¹⁸⁵ **BSK/Schwander**, Art. 573 ZGB, N.2; **Öztaş**, s.395; **Dural/Öz**, s.424, para.1731; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.517; **Eren/ Yücer Aktürk**, s.528; **İmre/Erman**, s.370.

¹⁸⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2004/4444, K: 2004/5457, T: 28.04.2004; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2013/23626, K:2014/19629, T: 30.10.2014; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2013/19818, K: 2014/17249, T: 26.09.2014 bkz. **Özğür**, s. 281-284. TMK m. 612 uyarınca yapılan tasfiyenin süreye bağlı olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E:

sonunda ise arta kalan değer en yakın mirasçılar aslında mirası reddetmemişler gibi aralarında paylaşılacaktır (TMK m. 612/f. 2)¹⁸⁷. Bu hüküm uyarınca, miras mirası reddedenlerin yerini alacak mirasçılara geçmemekte olup¹⁸⁸, tasfiye edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak, yasal mirasçılarının tamamının reddetmiş olduğu bir mirasın, miras bırakana daha uzak mirasçılarca kabulü ihtimalinin zayıf olması gösterilmiştir¹⁸⁹. Bunun arkasında yatan sebepse, en yakın mirasçılarının reddettiği mirasın borç içinde olabileceğine ilişkin kabuldür¹⁹⁰. Dolayısıyla, bu mirasın sonradan gelen mirasçılar tarafından da reddedilmesi yüksek ihtimalle söz konusu olacaktır¹⁹¹. En yakın mirasçılarla kastedilen ise miras bırakanın ölümünde ona doğrudan mirasçı olan kişilerdir¹⁹². Örneğin, miras bırakanın alt soyu mevcutsa ve hayattaysa altsoyla birlikte eş en yakın mirasçılardır. Sonraki zümredeki mirasçılar bu kapsama girmezler¹⁹³. Bunların tamamı mirası reddederse, bu durumda miras iflas hükümlerine göre tasfiye edilecektir. Atanmış mirasçılarının tamamının mirası reddetmeleri halinde bu hüküm uygulama alanı bulmaz¹⁹⁴. Bu durumda, miras diğer yasal mirasçılara, onlar da yoksa Devlete geçer¹⁹⁵.

Dördüncü ihtimal ise miras bırakanın (“doğrudan doğruya ve birinci derecede”)¹⁹⁶ altsoyunun tamamının mirası reddettiği, buna rağmen eşin mirası reddetmediği ihtimaldir. Bu halde, eş ikinci zümreyle birlikte mirasçı

2016/13088, K: 2020/3284, T:03.06.2020; **Öztan**, s.395; **Dural/Öz**, s.424, para.1731; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.517; **Eren/ Yücer Aktürk**, s.528. Ayrıca bkz. **Tuor/Picenoni**, Art. 573 ZGB, N.1-10; **BSK/Schwander**, Art. 573 ZGB, N.1-6.

¹⁸⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2004/4444, K: 2004/5457, T: 28.04.2004.

¹⁸⁸ **Dural /Öz**, s.420.

¹⁸⁹ **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.624; **Kocayusufpaşaoğlu, N.** (1957) “En Yakın Kanunî Mirasçılarının Mirası Reddetmesi-Mehaza Göre Tefsir”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 1, S: 1, s.36-47, s.38; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.517; **Dural/Öz**, s.424, para. 1730.

¹⁹⁰ **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.624; **İmre/Erman**, s.371.

¹⁹¹ **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.624.

¹⁹² **Dural /Öz**, s.424, para.1731.

¹⁹³ **İmre/Erman**, s.370.

¹⁹⁴ **Dural /Öz**, s.425, para.1733.

¹⁹⁵ **İmre/Erman**, s.370; **Dural /Öz**, s.425, para.1733.

¹⁹⁶ **İmre/Erman**, s.372; **Öztan**, s.396.

olmaksızın tek başına mirasçı olmaktadır (TMK m. 613)¹⁹⁷. Söz konusu düzenlemenin arkasında aile kurumunun ve sağ kalan eşin korunması amacı yatmaktadır¹⁹⁸. Şayet eş de mirası reddederse, bu durumda TMK m. 612 kıyasen¹⁹⁹ uygulama alanı bulacak olup miras tasfiye edilecektir²⁰⁰.

Beşinci ihtimal ise TMK'nın 614. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hüküm reddin kayıtsız şartsız gerçekleşeceğine ilişkin kurala istisna teşkil eder²⁰¹. Buna göre, mirasçılar, mirası sonra gelen mirasçılar lehine reddedebilirler. Şöyle ki, mirasçılar, tasfiyeden önce, mirası reddederken, kendilerinden sonra gelen derece veya zümredeki mirasçıların mirası kabul edip etmedikleri hususunun onlardan sorulmasını talep edebilirler²⁰². Sonraki mirasçılar, bu teklifin yapılmasından itibaren 1 ay içerisinde mirası kabul ettiklerini açıklamazlarsa TMK m. 614/f. 2 uyarınca mirası reddetmiş sayılırlar. Bu yolla, miras reddedildikten sonra mirasın tasfiyesi önlenmektedir. Eğer takip eden mirasçılar da mirası reddederlerse işte o zaman mirasın tasfiyesine gidilmektedir. Tasfiye sonunda, varsa arta kalan değerler, mirası ilk reddeden mirasçılara geçecektir (TMK m. 614/son).

B. MİRAS BIRAKANIN ALACAKLILARI AÇISINDAN

Mirası reddeden mirasçı, miras bırakanın borçlarından sorumlu tutulamaz²⁰³. Mirasın reddiyle birlikte mirasçılık sıfatı ortadan kalkan geçici mirasçının miras bırakanın alacaklıları ile arasındaki bağ da ortadan

¹⁹⁷ Bu hüküm, bir zümrede mirasçı bulunmaması durumunda mirasın ikinci zümreye geçeceğine ilişkin kurala istisna teşkil etmektedir. Bkz. **Dural/Öz**, s.425, para.1737; **Eren/Yücer Aktürk**, s.529.

¹⁹⁸ **Eren/Yücer Aktürk**, s.529.

¹⁹⁹ **Öztan**, s.396.

²⁰⁰ Altsoyun mirası reddetmesi halinde, sağ kalan eşin de mirası reddetmesi durumunda ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Doktrinde TMK m. 612'nin uygulanarak boşluğun doldurulmasının söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Öztan**, s.396; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.518; **İmre/Erman**, s.372.

²⁰¹ **Dural /Öz**, s.426, para.1740; **Çabri**, s.645; **Başara**, s.10; **Öztan**, s.396.

²⁰² **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s.156; **Öztan**, s.396; **İmre/Erman**, s.373; **Dural /Öz**, s.426, para.1740.

²⁰³ **Ayiter/Kılıçoğlu**, s.235.

kalkmaktadır²⁰⁴. Bununla birlikte, miras bırakanın borç içerisinde bulunmasına rağmen, sağlığında mirasçılara iadeye tabi karşılıksız kazandırmada bulunduğu ihtimalde ve mirasçılardan mirası reddetmeyi menfaatlerine uygun görerek²⁰⁵ mirası reddetmeleri durumunda, kanun koyucu mirasçılara bu iktisaplarıyla sınırlı olarak sorumlu tutmaktadır (TMK m. 618)²⁰⁶. Bunun sebebi, miras bırakanın borç içerisinde olmasına rağmen ölümünden önce mirasçılara kazandırmada bulunarak, bilerek yahut bilmeden kendi alacaklılarından mal kaçırmış sayılmasıdır²⁰⁷. Bu da en nihayetinde, alacaklarını elde edemeyecek olmaları sebebiyle miras bırakanın alacaklılarına zarar verecektir²⁰⁸. Kanun koyucu bu arzu edilmeyen durumu bertaraf edebilmek üzere, bazı şartların varlığı halinde tereke alacaklılarına bazı kazandırmaların iadesi amacıyla yasal mirasçılara²⁰⁹ karşı dava açma hakkı tanımaktadır²¹⁰ (TMK m. 618). Bu şartlardan birincisi *mirasın mirasçılar (tümü, biri, birkaçı)*²¹¹ tarafından reddedilmiş olması, ikincisi *miras bırakanın ödemedi aciz halinde olması*, üçüncüsü *mirasçılara ölümünden önceki beş yıl içerisinde mirasın paylaşımında iadeye tabi olacak sağlar arası kazandırmada bulunmuş olması*²¹² ve son olarak *bu kazandırmanın olağan eğitim ve öğretim gideri, adet üzerine verilen çeyiz kapsamında değerlendirilmemesidir*. Bu şartların sağlanması halinde, miras bırakanın alacaklıları, mirası reddeden mirasçılara başvurabileceklerdir. Bununla birlikte mirasçılardan sorumluluğu sınırlı²¹³ ve

²⁰⁴ Ayiter (1978), s.188.

²⁰⁵ Ayiter (1978), s.188; İmre/Erman, s.377.

²⁰⁶ Bu düzenlemenin mirası reddeden mirasçılardan tereke borçlarından sorumlu tutulmayacağı kuralına istisna teşkil ettiği yönünde bkz. Eren/Yücer Aktürk, s.530.

²⁰⁷ İmre/Erman, s.377.

²⁰⁸ İmre/Erman, s.377.

²⁰⁹ Denkleştirme yalnızca yasal mirasçılar hakkında söz konusu olabileceğinden, atanmış miraslar hakkında TMK m.618/f. 1'in uygulanmayacağı yönünde bkz. İnan/Ertaş/Albaş, s.523; Öztan, s.406; Eren/Yücer Aktürk, s.531.

²¹⁰ İmre/Erman, s.377; İnan/Ertaş/Albaş, s.522.

²¹¹ Eren/Yücer Aktürk, s.530; Öztan, s.406.

²¹² Son beş yıl içerisinde yapılan kazandırmanın denkleştirmeye tabi olmayan bir kazandırma olması yönünde bkz. Kılıçoğlu, s.294.

²¹³ Serozan/Engin, s.524-525, para.85; Eren/Yücer Aktürk, s.531.

ikinci derecede²¹⁴ bir sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki iyi niyetli mirasçılar için sorumluluk, iade zamanındaki zenginleşmeleriyle sınırlandırılmıştır (TMK m. 618). Burada, mirasçının iyi niyetli olması, onun kendisine yapılan sağlar arası karşılıksız kazandırma ile miras bırakanın alacaklılarının menfaatini ihlal ettiklerini bilmemesi, bilebilecek durumda da olmamasından kaynaklanmaktadır²¹⁵. İyi niyetli mirasçı elinde kalan zenginleşme ile sınırlı olarak sorumluyken, iyi niyetli olmayan mirasçı ise kazandırma elinde olmasa bile kazandırmanın tümü ile sorumludur²¹⁶. Bu madde kapsamında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulandığı için mirasçının iyi niyetli olup olmaması onun sorumluluğunun kapsamının tespiti açısından önem arz eder²¹⁷. Buna ek olarak, reddeden mirasçılara yapılan kazandırma, olağan eğitim ve öğretim gideri, adet üzerine verilen çeyiz kapsamında değerlendirilebiliyorsa, mirasçılar bunların iadesi ile de yükümlü değildir (TMK m. 618).

Mirasçılarının sorumluluğunun ikinci derecede sorumluluk olduğu ifade edilmişti. Bununla kastedilen miras bırakanın alacaklılarının öncelikle mirasın reddinden sonra mirastan faydalanacak olan mirasçılara başvurusu ve alacağın tahsil edilememesi durumunda (yahut mirasın tüm mirasçılar tarafından reddedilmesi halinde resmi tasfiye sonucunda mirasçılara kalan değerlerden alacağın karşılanmaması durumunda) *mirasın paylaşılmasında kendilerine yapılan kazandırmayı geri vermekle* yükümlü olan mirası reddeden mirasçılara (TMK m. 618 kapsamına giren mirasçılar) başvurulmasıdır²¹⁸.

²¹⁴ **İmre/Erman**, s.377; **Serozan/Engin**, s.525, para.85; **İnan/Ertaş/Albaş**, s.522; **Öztan**, s.406; **Dural/Öz**, s.428, para.1749.

²¹⁵ **İmre/Erman**, s.379.

²¹⁶ **Serozan/Engin**, s.525, para.85; **Öztan**, s.406; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 531; **Kılıçoğlu**, s. 294; **Dural/Öz**, s. 427, para.1748.

²¹⁷ **İmre/Erman**, s.379.

²¹⁸ **Dural/Öz**, s.428, para.1749; **Öztan**, s.406. TMK'nın 618. maddesi incelendiğinde, reddeden mirasçılarının ikinci derecede sorumluluğu ile ilgili bir hükme rastlanmamaktadır. Doktrin bu sonuca TMK'nın 530. maddesini kıyasen uygulamak suretiyle ulaşmaktadır. Buna göre, mirasın açılması anında tereke borca batıksa ve mirasçılar tarafından tereke alacaklılarının alacakları karşılanamıyorsa, mirastan feragat eden ve mirasçılığı, miras bırakandan, onun ölümünden beş yıl içinde almış oldukları karşılıktan, mirasın açılması anında zenginleştikleri kadar sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla, mirası reddeden mirasçılarla ilgili olan TMK'nın

C. MİRASÇILARIN ALACAKLILARI AÇISINDAN

Mirasçılar, üç aylık süre içerisinde mirası reddetme hakkını haizdirler. Kanun koyucunun mirasçılara mirası ret hakkını tanımaları miras hukukumuzda egemen ilkelerden olan külli halefiyet ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır. Miras, kanun uyarınca, doğrudan, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın mirasçılara geçmektedir. Dolayısıyla, bir kimse miras bırakanın mirasçısı sıfatını haiz olmakla, miras bırakanın ölümüyle birlikte iradesi dışında haklara ve borçlara sahip olmaktadır. Birden fazla mirasçı bulunmakta ise kişi yine iradesi dışında, bu kimselerle ortaklık ilişkisi içerisine girmektedir. Bu irade dışı durum, mirasçının her zaman arzu ettiği bir durum olmayabilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere kötü ilişkiler, diğer mirasçı yararına mirasın reddinin istenmesi²¹⁹, miras bırakanın pasifinin fazla olması yahut buna ilişkin endişe bu sebepler arasında gösterilmektedir²²⁰. Kanun koyucu, ret hakkı tanıyarak bir kimseye mirasçı sıfatı taşıdığı için onun iradesinin dışında başka bir kimsenin borçlarından sorumlu tutulması gibi ağır bir yükümlülük yüklenmesinin önüne geçilmesini²²¹ hedeflemektedir. Bununla birlikte bazı şartların varlığı durumunda, mirasçılardan alacaklılarının korunması amacıyla, bu alacaklılara mirasın reddinin iptalini talep hakkı tanınmaktadır²²². TMK m. 617'ye göre, ret süresi içerisinde²²³ *malvarlığı borcunu karşılamaya yetmeyen mirasçının, kendisine düşen mirası alacaklılarına zarar vermek amacıyla reddetmesi*²²⁴ ve *alacaklılarına güvence vermemesi durumunda*, alacaklılara ve iflas idaresine ret tarihinden başlamak üzere 6 ay içinde reddin iptali için dava

618. maddesi ile mirastan feragat eden mirasçılardan sorumluluğunu düzenleyen TMK'nın 530. maddesi arasında paralellik tespit edilmiş, TMK m. 530'un kıyasen burada da uygulama alanı bulacağı, reddeden mirasçılardan sorumluluğunun ikinci derecede olacağı doktrinde kabul edilmiştir. Bkz. **İmre/Erman**, s. 378.

²¹⁹ **Druey**, s.218, N.24.

²²⁰ **Druey**, s.218, N.24.

²²¹ **Ayiter** (1978), s.181; **Serozan/Engin**, s.508, para.46.

²²² Bu davanın bozucu yenilik doğuran dava niteliği taşıdığı yönünde bkz. **Öztan**, s.402.

²²³ **Öztan**, s.403.

²²⁴ Zarar verme kastının objektif olarak tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Öztan**, s.403.

hakkı tanınmaktadır. Reddin iptaline karar verilmesi durumunda²²⁵, miras resmen tasfiye edilecek (TMK m. 617/f. 1-2)²²⁶ ve tasfiye edilen mirastan²²⁷, mirası reddeden mirasçının payına bir değer düşerse bu değer öncelikle onun itiraz eden alacaklılarına, sonrasında diğer alacaklılarına ödenecektir²²⁸. Tüm bunlar sonucunda yine arta kalan olursa, bu değer de ret geçerli olsaydı mirasçının yerini alacak olan mirasçılar arasında paylaşılacaktır (TMK m. 617/f. 3).

D. MİRASIN AÇILMASI İLE MİRASIN REDDİNE KADARKİ DÖNEMDE YAPILAN İŞLEMLER BAKIMINDAN

Mirası reddedene kadar ve mirası ret süresi içerisinde geçici mirasçının terekeye ilişkin ve tereke işlerine gereğinden fazla karışma niteliği taşımayan hukuki işlemlerinin, mirası reddettikten sonraki akıbetini tespit etmek

²²⁵ Mirası reddeden mirasçının, mirası reddinin iptali durumunda mirasçı sıfatını kazanmayacağı yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, s.291.

²²⁶ Reddin iptali davasının kime açılacağı madde metninde yer almamaktadır. Doktrinde, bir görüş davanın mirası reddedene (**Oğuzman**, s.299, dn.153; **İnan/Ertas/Albaş**, s.520; **Öztan**, s.403) karşı açılacağını, diğer görüş ise mirasçılarının mirası reddetmeleri halinde bundan yararlanacaklara karşı açılacağını savunmaktadır. Bkz. **Öztan**, s.403; **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.631, dn. 117 ve bkz. **Helvacı**, s.223-224, dn.575'te anılanlar: **Escher** (1960), Art. 578 ZGB, N.10; **Blumenstein, E.** (1914) Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung in ihrer betreibungrechtlichen und prozessualen Bedeutung, ZBJV, Band 50, s.295 vd.; **Strebel, A.** (1916) Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Erblassers der Erben nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch mit Vergleichen zum sehen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern, s.70; **Beck, A.** (1976) Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Stämpfli, 2. überarb. u. erg. Aufl. Bern, s.139; **Piotet**, (1975), s.577, **Dechenaux, H./Steinauer, P. H.** (1999), Droit des successions, Fribourg, s.201 ve **Gübeli, C. A.** (1999) Gläubigerschutz im Erbrecht, Zürich, Schulthess Polygraphischer s.107. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 23.03.2017 tarihli 2015/18255 Esas, 2017/2273 Karar sayılı kararında davalı olarak mirası reddeden mirasçıdan bahsetmektedir. Benzer şekilde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2015/2776, K: 2016/2647, T: 2.3.2016.

²²⁷ İmre/Erman yalnızca reddinin iptali istendiği mirasçıya düşen mirasın tasfiye edileceğini ifade ederken, Öztan tüm mirasın tasfiye edileceği görüşünü taşımaktadır. Bkz. **İmre/Erman**, s.376 ve **Öztan**, s.403. Ayrıca bkz. **Ayiter/Kılıçoğlu**, s.239; **İnan/Ertas/Albaş**, s.521.

²²⁸ **Ayiter/Kılıçoğlu**, s.239; **Dural/Öz**, s.427, para.1745; **İmre/Erman**, s.377; **Öztan**, s.403-404; **İnan/Ertas/Albaş**, s.521; **Eren/Yücer Aktürk**, s.529.

konumuz açısından önem arz etmektedir²²⁹. Doktrinde, Serozan/Engin, mirasçının mirası reddinin geçmişe etkisinin her alanda söz konusu olmayacağını ifade etmekte, redde kadar, geçici mirasçının yaptığı hukuki işlemlerde geçici mirasçının vekâletsiz iş gören ile malik arasında bir konumda bulunduğunu ileri sürmektedir²³⁰. Bu sebeple, geçici mirasçının mirası reddedene kadarki zaman aralığında gerçekleştirdiği işlemlerin göz ardı edilemeyeceğini ifade etmektedir²³¹. Yine, Serozan/Engin, reddin geçmişe etkisinin, TMK m. 988 uyarınca üçüncü kişilerin iyi niyetle hak iktisaplarını ortadan kaldırıci şekilde anlaşılmasını gerektiğini belirtmektedir²³². Bunu ifade ederken de reddin geçmişe etkisinin “*mirası sahipsiz bırakmama amacıyla sınırlı olarak*” uygulanması gerektiğini sözlerine eklemektedir²³³. Serozan/Engin’in, bu ifadeyi üçüncü kişilerin iyi niyetle hak iktisabı ile bağlantılı olarak kullanması sebebiyle kastedilenin mirası sahip bırakmama amacıyla yapılan tüm işlemlerin geçerli olarak sayılması mı olduğu, yoksa bunun yalnızca iyi niyetle hak iktisabının mirasın reddinden etkilenmemesi ile bağlantılı olarak mı kullanıldığı anlaşılmamaktadır. Kanaatimizce, terekenin

²²⁹ Mirasın reddinden sonra mirasçının terekeye ait unsurlar üzerinde tasarrufta bulunmalarının mirası kabul sayılmayacağı, bu durumun başkasına ait mala haksız yere el koyma anlamına geleceği yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10.09.1958 tarihli ve 44-43 sayılı kararı [Şener (1996), s.383-384]. Geçici mirasçının geçerli bir ret beyanında bulduktan sonra, kesin mirasçının (“*definitive Erbe*”), geçici mirasçının yaptığı hukuki işleme icazet verebileceği ve işlemin geçmişe etkili sonuç doğuracağı yönünde bkz. **Guggenheim**, s.42.

²³⁰ **Serozan/Engin**, s.521, para.79. Alman hukukunda geçici mirasçının zilyet sıfatını haiz olmadığı, mirası ret süresi içerisindeki sorumluluğunun vekaletsiz iş görme hükümlerine göre belirleneceği yönünde bkz. **Lindner, R.** (2019) BGB § 2018, Gsell, B. / Krüger, W. / Lorenz, S. / Reymann, C. (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München, Verlag C.H. BECK, Rn. 16.

²³¹ **Serozan/Engin**, s.521, para.79.

²³² **Serozan/Engin**, s.508, para.46; **Druey**, s. 230-231, N. 91-92 bkz. **Serozan/Engin**, s.508, para.46; **Piotet** (1981), s.607; **Escher** (1960), Vorbemerkungen Art. 566 ZGB, N.3. Elinde tereke unsurunu bulduran zilyet geçici mirasçı, bu tereke unsuru üzerinde tasarrufta bulunursa, iyi niyetli üçüncü kişinin hak iktisabı korunur. Para ve hamile yazılı senet söz konusu ise üçüncü kişinin iyi niyetle hak iktisabına ilişkin tereddüte yer yoktur. Bkz. **Guggenheim**, s.43.

²³³ **Serozan/Engin**, s.508, para.46.

olağan işlemleri niteliğinde sayılan ve tereke işlerine gereğinden fazla karışma niteliği taşımayan geçerli tüm hukuki işlemlerin mirasın geçmişe etkisinden etkilenmemesi gerekmektedir²³⁴. Bunun gerekçesi olarak mirası reddedene kadarki sürede geçici mirasçının mirasçı sıfatını haiz olması sebebiyle tasarruf yetkisini haiz olması, terekeye ilişkin işlemlerin elbirliği ortaklığının gerektirdiği hükümlere uygun olarak geçerli bir biçimde gerçekleştirilmesi sonucu elde edilen değerlerin ikame kuralı uyarınca yine terekeye dahil olması, aksi bir yorumun hukuk güvenliğini sarsması anlamına geleceği ileri sürülebilir.

Piotet, bununla ilgili olarak, mirasın reddinin *ex tunc* etkisinden değil de *ex nunc* etkisinden söz etmektedir²³⁵. Hâkim görüşün aksine Piotet, mirası reddinin *ex nunc* yani ileriye etkisi olacağını belirtmektedir²³⁶. Buna ek olarak Piotet, *ipso iure* kazanımı içeren bir miras hukuku sisteminde, (sözüm ona) geriye etki kabul edilse dahi, bunun geçici mirasçının terekenin idaresine ilişkin işlemleri ve hatta olağan idare sınırlarını aşan işlemleri yapmasına engel olmayacağını, geçici mirasçının da mirasçı ("*endgültige Erbe*") gibi hak ve yetki sahibi olduğunu ileri sürmektedir²³⁷.

Ayrıca, miras reddedilene kadarki dönemde, mirasın mirasçıların malvarlıklarının yanında özel bir malvarlığı teşkil etmekte olduğu²³⁸, bu dönemde malvarlığında ikame ilkesinin ("*vermögensrechtliche Surrogation*") uygulama alanı bulacağı da kabul edilmektedir²³⁹. Mirasçıların iradesinden bağımsız olarak uygulama alanı bulan malvarlığında ikame²⁴⁰, bir kimsenin

²³⁴ Aynı yönde bkz. **Escher** (1960), Vorbemerkungen Art. 566 ZGB, s.149, N.3. Tereke işlerine gereğinden fazla karışma niteliği taşımayan hususunu ayrıca belirtmemizin sebebi aksi bir durumun mirasın kabulü sayılması olup bu başlık altındaki tartışma konusunun dışında yer almasıdır.

²³⁵ **Piotet** (1981), s.607.

²³⁶ **Piotet** (1981), s.607.

²³⁷ **Piotet** (1981), s.606.

²³⁸ **Piotet** (1981), s.612-613. Ayrıca bkz. **Piotet, P.** (1985) *Erbgang und Herausgabe der Erbschaft*, SJK Nr. 784, s.1-7, s.3; **Escher** (1960), Vorbemerkungen zu Art. 566 ZGB, N.5; **Girsberger**, s.66; **von Tuhr, A.** (1957) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes*, Band I, Berlin, Verlag von Dunkel & Humboldt, s.333; BGE 116 II 259, 261 vd.; **Somm**, s.123.

²³⁹ **Piotet** (1981), s.613; **Somm**, s.123.

²⁴⁰ **Piotet** (1981), s.612.

üzerinde hak sahibi olduğu iki farklı malvarlığı masası bulunduğu, iktisap edilen değerlerin bununla bağlantılı olarak değer azalması yaşayan veya değer artışı engellenen malvarlığına tahsis edileceğini düzenleyen kuraldır²⁴¹. Malvarlığı değeri feda edilen malvarlığının, karşılık olarak elde edilen şeyle denkleştirilmesi o kadar olağan ve normaldir ki bu sebeple, bu kuralın kanunda düzenlenmesine de gerek yoktur²⁴². Bu kural uyarınca, tereke zilyedinin tereke değerlerini feda ederek iktisap ettiği değerler yine doğrudan terekeye girmektedir²⁴³. Dolayısıyla, mirası ret süresi içerisinde yapılan geçerli hukuki işlemler sonucunda iktisap edilen değerler de terekeye girecek, mirasın geçmiş etkisinden bu işlemler ayırık tutulacaktır.

Türk hukukunda da üç aylık ret süresi içerisinde terekenin özel bir malvarlığı teşkil ettiği²⁴⁴, bu dönem içerisinde aynı ikame (“*dingliche Surrogation*”) ilkesinin uygulanacağı savunulmaktadır²⁴⁵. Aynı ikame, hem bir kimsenin üzerinde hak sahibi olduğu iki farklı malvarlığı masası bulunduğu, hem de başkasının hak sahibi olduğu özel malvarlığının başka bir kimse tarafından idare edildiği halleri içine alacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır. Zira, Türk hukukunda hâkim görüş aynı ikame kuralı uyarınca, terekeye zilyet olan kişilerin tereke değerleri karşılığında elde ettikleri değerlerin otomatik olarak, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın terekeye gireceğini, bunların da miras sebebiyle istihkak davası ile mirasçılar tarafından iadesinin istenebileceğini savunmaktadır²⁴⁶. İster malvarlığında ikame olarak

²⁴¹ **Piotet** (1981), s.611.

²⁴² **Piotet** (1981), s.611.

²⁴³ **Piotet** (1981), s.612; **Simonius P.** (1970) Die güterrechtliche Surrogation, Basel/Stuttgart (BStR Heft 94), s.125; **Somm**, s.126. Hukuki işlem aracılığı ile iktisap eden değerlere ek olarak, malvarlığına ait bir hak dolayısıyla bir kazanım elde edildiği durumlarda (**Simonius**, s. 28; **Somm**, s. 126), terekeye ait malvarlığı değerlerinin tahribi, zarar görmesi veya alkonulması halinde sigorta bedeli, kamulaştırma bedeli gibi bedel elde edilmesi hallerinde [**Piotet, P.** (1978) Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV 1. Halbband, Basel-Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, s.108; **Simonius**, s.28 vd.; **Somm**, s.126] de bu değerler, terekeye ait olacaktır.

²⁴⁴ **Serozan/Engin**, s.93, para.122.

²⁴⁵ **Serozan/Engin**, s.94, para.123.

²⁴⁶ **Akbiyık**, s.244-252; **Serozan/Engin**, s.539, para.111; **Öztaş**, s.428; **Gönensay**, s.307; **Dural/Öz**, s.447-448, para.1836-1838; **Kocayusufpaşaoğlu** (1978), s.661; **Tandoğan, H.**

adlandırılınsın ister aynı ikame olarak adlandırılınsın, biz de terekenin mirasçılarının genel malvarlığı yanında özel malvarlığı teşkil ettiğini ve geçerli bir tasarruf işlemi sonucunda tereke değerlerinin elden çıkarılması karşılığında iktisap edilen değerlerin mirasçının genel malvarlığına değil de özel malvarlığına gireceği kanaatini taşımaktayız. Dolayısıyla, mirasın reddinin geçmişe etkisinden yalnızca iyi niyetli üçüncü kişilerin hak kazanımlarının değil, geçici mirasçının terekenin olağan yönetimi ile alakalı olarak yaptığı geçerli hukuki işlemlerin de bağışık tutulması gerektiğini savunmaktayız. Ret hakkının düşmesini düzenleyen TMK'nın 610. maddesinin ikinci fıkrasında, geçici mirasçılarının terekenin olağan yönetimine ilişkin işlemlerinin ret hakkının düşmesine sebep olmayacağı ifade edilmektedir. Bu hükümden, geçici mirasçının terekenin olağan yönetimine ilişkin ve geçerli olarak yaptığı bir hukuki işlemin ret hakkı kullanıldıktan sonra da geçerli kabul edileceği çıkarılabilir. Ayrıca doktrinde miras ortaklığında aynı ikamenin uygulanacağını kabulünden²⁴⁷, bu dönemde geçici mirasçının tereke değeri karşılığında iktisap ettiği değerlerin yine terekeye girdiğinin, mirasın reddinin geçmişe etkisinin bu işlemleri kapsamadığının örtülü olarak kabul edildiği de çıkarılabilir.

SONUÇ

Doktrinde mirasın iradi reddi, mirasın gerçek reddi olarak ele alınmaktadır. Bunun gerekçesini 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisinde hakiki ret ve hükmen ret ayrımının bulunması, kanundaki başlıklandırmanın bu şekilde yapılması oluşturmaktadır. Türk doktrini de mirasın reddini bu başlığa uygun şekilde ele almaktadır. Bununla birlikte biz makalemizde mirasın gerçek reddi yerine mirasın iradi reddi yahut yalnızca mirasın reddi terimini kullanmayı tercih etmekteyiz. Bunun sebebi olarak, Türk Medeni Kanunu'nda artık böyle bir başlığa yer verilmemesi ve mirasın reddinin mirasçının irade beyanına dayanması gösterilebilir. Mirasın iradi reddi, yasal ve iradi mirasçılarının üç aylık ret süresi içerisinde kendilerine düşen mirası tek taraflı ve

(1955) "Miras Sebeble İstihkak Davası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C: 12, S: 1, s.268-284, s.280-282.

²⁴⁷ **Piotet** (1978), s.18; **Piotet** (1981), s.612 vd.; **Piotet** (1985), s.3; **Somm**, s.123; **Ayiter** (1961), s.105; **Akbıyık**, s.236-237; **Serozan/Engin**, s.94, para.123; **Dural/Öz**, s.478, para.1960.

varması gerekli bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması suretiyle reddetmeleridir. Mirasın iradi reddi, külli halefiyet ilkesinin uygulanmasının sonucu olarak mirasçıya iradesi dışında hak ve borçların yüklenmesinin engellenmesi için yasal ve iradi mirasçılara tanınan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun uyarınca, mirasçılar, iradeleri dışında haklara ve borçlara sahip olup, yine buna yönelik bir iradeleri bulunmamasına rağmen diğer mirasçılarla birlikte ortaklık ilişkisi içerisine sokulmaktadır. Kanun koyucu, irade dışı gerçekleşen bu durumun sonuçlarını mirasçılara dayatmamak adına onlara mirası ret hakkı tanımaktadır. Zira, otomatik iktisapla (TMK m. 599) mirasçılar arzu etmedikleri borçları yüklenmek ve istemedikleri kişilerle ortaklık ilişkisine girmek zorunda kalabilmektedirler. İrade özerkliğini zedeleyecek bu durum, mirasçılarının üç aylık ret süresi içerisinde beyanda bulunmaları suretiyle ortadan kalkar. Ret beyanı ile bundan böyle mirası reddeden mirasçı, miras bırakanın öldüğü tarihte hayatta değilmiş gibi mirasçı sıfatını kaybeder ve miras paylaşımı buna göre yapılır. Mirasın reddi beyanı yalnızca mirası reddedenler açısından değil, mirasçılarının ve miras bırakanın alacaklıları açısından ve diğer mirasçılar açısından çeşitli etkiler doğurmaktadır. Buna ek olarak, geçici mirasçının mirası reddettiği dönem içerisinde yaptığı hukuki işlemlerin akıbeti de bu etki çerçevesinde mutlaka ele alınması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu son durumla ilgili olarak kanaatimizce, miras reddedilene kadar geçici mirasçının mirasçı sıfatını haiz olması sebebiyle, terekeye ilişkin olarak yaptığı olağan işlemlerin (örneğin tasarruf işlemlerinin) geçerli bir şekilde yapılmış olmaları şartıyla, reddin geçmişe etkisinden bağımsız tutulması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Tüm bunları göz önüne alarak geçici mirasçının bu süre içerisinde yaptığı ve geçerli olan terekenin olağan idaresine ilişkin hukuki işlemlerin geçerliliğinin mirasın reddinden etkilenmemesi gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2016) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 19. Baskı, İstanbul, Beta.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2019) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, 15. Baskı, İstanbul, Beta.
- Akkanat, Halil** (2004) Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Akkanat Öztürk, E. Beyza** (2020) “Mirası Reddetmenin Sonuçları”, Kendigelen, Abuzer/Oktay-Özdemir, Saibe (Editörler), Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha.
- Albisser, Heinrich** (1968) “Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft nach Art. 422 Ziff. 5 ZGB”, Zeitschrift für Vormundschafswesen, 23. Jahrgang, s. 44-45.
- Antalya, Gökhan/ Sağlam, İpek** (2019) Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ayan, Mehmet** (2016) Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Aybay, Aydın** (2003) Miras Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, Safa Matbaacılık ve Tanıtım Hizmetleri.
- Ayiter, Nûşin** (1961) Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara, Yeni Desen Matbaası.
- Ayiter, Nûşin** (1977) Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Ankara, Sevinç Matbaası.
- Ayiter, Nûşin** (1978) Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Ayiter, Nûşin/ Kılıçoğlu, Ahmet** (1993) Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları.
- Başara, İzzet** (2011) Mirasın Reddi, (Yüksek Lisans), T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Beck, Alexander** (1976) Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Stämpfli, 2. überarb. u. erg. Aufl. Bern.
- Berki, Şakir** (1952) “Türk Hukukunda Mirasta Ret ve İade”, Adalet Dergisi, Y: 53, S:4, s. 480-497.
- Berki, Şakir** (1963) “Türk Medeni Kanununda Devletin Mirasçılığı” AÜHFD, C: 20, S: 1, s. 115-150.
- Berki, Şakir** (1975) Miras Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Blumenstein, Ernst** (1914) Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung in ihrer betreibungrechtlichen und prozessualen Bedeutung, ZBJV, Band 50.
- Curti-Forrer, Eugene** (1912) Commentaire du Code Civil Suisse, trauit par M.E. Porret, Neuchâtel.
- Çabri, Sezer** (2018) Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Dechenaux, Henri/Steinauer, Paul-Henri** (1995) Personnes physiques et tutelle, Troisième édition, Bern, Staemphli.
- Dechenaux, Henri/Steinauer, Paul-Henri** (1999) Droit des successions, Fribourg.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut** (2021) Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Druey, J. Nicolas** (2002) Grundriss der Erbrechts, 5. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG.
- Egger, August** (1930) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I. Band: Einleitung und Personenrecht, Zürich, Schulthess & Co.
- Escher, Arnold** (1959) Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. III. Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457–536 ZGB), 3. Aufl., Zürich, Schulthess & CO AG.
- Escher, Arnold** (1960) Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III, Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang (Art. 537–640), 3. Aufl., Zürich, Schulthess & CO AG.

- Erdoğan, İhsan /Keskin, Dilşad A.** (2019) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Gençcan, Ö. Uğur** (2016) Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Genna, Gian Sandro** (2021) Art. 230 ZGB, Kren Kostkiewicz, Jolanta / Wolf, Stephan/ Amstutz, Marc/ Fankhauser, Roland (Hrsg.) OFK - Orell Füßli Kommentar (Navigator.ch) Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB Kommentar, 4. aktualisierte Auflage, Orell Füßli Verlag AG.
- Göksu, Tarkan** (2016) CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Aufl., Schultess.
- Gönensay, A. Samim** (1938) Medenî Hukuk Cild III (Miras Hukuku), İstanbul, Arkadaş Basımevi.
- Guhl, Theo** (1950) “Neuere Ansichten in Theorie und Praxis zum schweizerischen Erbrecht” ZBJV, Band 86, s. 329-350.
- Guidon, Otto** (1916), Das Erbrecht des Gemeinwesens in seiner geschiclichen Entwicklung und nach geltenden schweizerischem Recht.
- Guinand, Jean/ Stettler, Martin** (1999) Droit Civil II Successions (art. 457-640 CC), 4 ème édition, Fribourg.
- Gübeli, Christian A.** (1999) Gläubigerschutz im Erbrecht, Zürich, Schulthess Polygraphischer.
- Günel, Aydın Ebrar** (2016) “Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları”, (Yüksek Lisans), Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Hatemi, Hüseyin** (2018) Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Hausheer, Heinz/ Reusser, Ruth/ Geiser, Thomas** (1996) Art. 230 ZGB, Berner Kommentar Band/Nr. II/1/3/2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten Die Gütergemeinschaft, Art. 221-246; Die Gütertrennung, Art. 247- 251 ZGB, Hausheer, Heinz (Hrsg.), Stämpfli Verlag AG.
- Hefti, Robert P.** (1948) Die Verwirkung des Ausschlagungsrechtes im schweizerischen Erbrecht: (Art. 571 II ZGB), Bern, Stämpfli.

- Helvacı, İlhan** (2014) Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK m. 605- MK m.618), İstanbul, 1. Baskıdan Tıpkı 2. Baskı, Filiz Kitabevi.
- Hoşlan, Osman** (1974) “Mirasın Reddi”, C: 65, S: 7, s. 554-585.
- İmre, Zahit** (1978) Son Mevzuata, Türk-İsviçre Mahkeme İçtihatlarına ve İlmî Esaslara Göre, 4. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- İmre, Zahit /Erman, Hasan** (2021) Miras Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, Der Yayınları.
- İnan, A. Naim /Ertaş, Şeref/Albaş, Hasan** (2019) İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin.
- İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman** (2019) Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Jungo, Alexandra** (2016) Art. 230 ZGB, Breitschmid, Peter/ Jungo, Alexandra (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG.
- Kaçak, Nazif** (2006) Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara, Seçkin.
- Kılıç, Mehmet** (2013) “Türk Hukukunda Mirasın Resmi Tasfiyesi”, AÜHFĐ, C: 62, S: 3, s. 761- 818.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2021) Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (1978) Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (1957) “En Yakın Kanunî Mirasçılarının Mirası Reddetmesi-Mehaza Göre Tefsir”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 1, S: 1, s. 36-47.
- Köprülü, Bülent** (1975-1976) Miras Hukuku Dersleri I, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Kurt, Leyla M.** (2011) “Ceninin Malvarlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 1, s. 177-209.

- Kuçukaydın, E. Aslı** (2017) “Mirasçı Atama”, İÜHFİM, C: LXXV, S: 1, s. 431-452.
- Krayenbühl, Jean** (1916) Etude sur le legs précédée d'un aperçu sur l'institution d'héritier, la substitution fideicommissaire et la charge d'après le Code civil suisse, Lausanne.
- Leimgruber, Thomas** (1978) Die Befugnisse des einzelnen Miterben beim Erbgang und bei der Nachlaßverwaltung, Basel und Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn.
- Lindner, Richard** (2019) BGB § 2018, Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephen / Reymann, Christoph (GesamtHrsg.) / Müller-Engels, G. (Hrsg.), Buch 5 Erbrecht beck-online.GROSSKOMMENTAR, München, Verlag C.H. BECK.
- Molinari, Sandra L.** (1999) La poursuite pour les dettes successorales, Lausanne.
- Müller, Franz/ Lieb-Lindenmeyer, Saskia** (2016) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Reihe OFK, Kren Kostkiewicz, J./ Wolf, S./Amstutz, M. / Fankhauser, R. (Hrsg.), 3. Aufl. Orell Füssli Verlag AG.
- Oğuzman, M. Kemal** (1978) Miras Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Özdemir, Hayrunnisa** (2012) “Mirasçıların Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 1-2, s. 191-223.
- Özmen, İsmail** (2010) Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Tereke Hukuku Davaları, 3. Baskı, Ankara, Adalet.
- Öztaş, Bilge** (2021) Miras Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Özüğür, Ali İhsan** (2016) Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Piotet, Paul** (1975) Droit successoral, in *Traité de droit privé suisse*, Tome: IV, Fribourg.
- Piotet, Paul** (1978) Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV 1. Halbband, Basel-Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG.

- Piotet, Paul** (1981) Schweizerisches Privatrecht Erbrecht Band IV 2. Halbband, Basel-Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG.
- Piotet, Paul** (1985) Erbgang und Herausgabe der Erbschaft, SJK Nr. 784, s. 1-7.
- Guggenheim, Rita** (1929) Die Rechtsstellung des provisorischen Erben nach schweizerischem Zivilgesetzbuch, Affoltern, Buchdruckerei Dr. J. Weiss.
- Rossel, Virgile/Mentha, Fritz-Henri** (1931) Manuel du Droit Civil Suisse II, 2. Ed., Lausanne-Geneve.
- Saatçioğlu, Fuat** (2013) “Mirasın Gerçek Reddi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C: 1, S: 1, s. 173-208.
- Sarı Fidan, Özlem** (2015) “Mirasçılık Sıfatını Kaybedenlerin Miras Ortaklığı İle İlişkileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 2, s. 149–164.
- Serozan, Rona/Engin, B. İlkay** (2021) Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Schwander, Ivo** (2019) Geiser, Thomas/ Wolf, Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., <<https://app.legalis.ch/legalis/document-view.seam?documentId=nnpwe43ll55goytjne&tocid=nnpwe43ll55goytjne>> s.e.t. 09.06. 2022.
- Simonius, Pascal** (1970) Die güterrechtliche Surrogation, Basel/Stuttgart (BStR Heft 94).
- Stooss, Walter** (1917) La réputation des successions d’après le Code civil suisse, Berne.
- Strebel, August** (1916) Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Erblassers der Erben nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch mit Vergleichen zum sehen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern.
- Şener, Esat** (1976) “Mirasçılık Sıfatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller”, Yargıtay Dergisi, C: 2, S: 4, s. 71-97.
- Şener, Esat** (1981) Eski ve Yeni Miras Hukuku İki cilt Birarada, Sevinç Matbaası.

- Şener, Esat** (1996) Miras Hak ve Payları, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Şenocak, Zarife** (1996) “Yargıtay’ın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla”, AÜHFD, C: 45, S: 1, s. 449-451.
- Tandoğan, Haluk** (1955) “Miras Sebebile İstihkak Davası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C: 12, S: 1, s. 268-284.
- Tuor, Peter/ Picononi, Vito** (1964) Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Erbrecht 2. Abteilung Der Erbgang Artikel 537-640 ZGB, 2. Auflage, Bern, Stämpfli & CIE.
- Turan Başara, Gamze** (2012) “Türk Hukuku Bakımından Mirasın Kazanılmasında Kabul Edilen Prensipler ve Mirası Ret Hakkı”, Erzurumluoğlu Armağanı, Badur, Emel (Editör), Ankara, <[http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/erzurumluoglu-armagani .pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/erzurumluoglu-armagani.pdf) > s.e.t. 22.06.2022.
- Turan Başara, Gamze** (2016) “Miras Hukuku Bakımından Ceninin Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:1, S: 2, s. 389-410.
- Ürem, Müge** (2019) “Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller”, BUHFD, C:14, S:175-176, s. 779-815.
- von Tuhr, Andreas** (1957) Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Band I, Berlin, Verlag von Dunkel & Humbolt.

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINA AİT BULUŞLARIN TİCARİLEŞTİRİLMESİNİN ÖNÜNDEKİ ENGELLER*

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ**

ÖZET

Yükseköğretim kurumuna ait bir buluşun ortaya çıkmasından sonraki en önemli mesele bu buluşun ticarileştirilmesidir. Zira bir ürüne dönüştürülerek ticarileştirilmemiş bir buluşun teknolojik ilerlemeye katkı sağlaması mümkün değildir. Yükseköğretim kurumlarına ait buluşlar, ülkemizde Teknoloji Transfer Ofisleri (TTO'lar) vasıtasıyla ticarileştirilmektedir. Bu çerçevede, olması gereken esasen bedeli belirlenen buluşun uygun müşteri bulunarak ticarileştirilmesidir. Fakat yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirme süreci, ülkemizde bir bütün olarak düşünüldüğünde gerekli düzenlemeler getirilmediğinden oldukça karmaşık bir hale gelmektedir. Buluş, tıpkı yükseköğretim kurumunun sahip olduğu diğer taşınır ve taşınmaz malvarlıkları gibi değerlendirilmektedir. Bu itibarla, buluşun üçüncü kişilere devri, lisanslanması gibi hukuki işlemlerde de diğer taşınır ve taşınmaz malların satımı, kiralanması gibi hukuki işlemlerin tabi olduğu ihale mevzuatı uygulanmaktadır. İhale süreçlerinin buluşların ticarileştirilmesinin doğasına uygun olmadığı aşıkardır. Buna ek olarak, ticarileştirmeden elde edilen gelirin yükseköğretim kurumunun hangi birimi vasıtasıyla nasıl paylaşılacağı da belirsizdir.

Bu çerçevede, çalışmanın ilk kısmında ticarileştirme ve ticarileştirme yolları ile TTO'lar, ikinci kısmında ticarileştirme engelleri, son kısmında ise çözüm önerileri incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: yükseköğretim kurumuna ait buluşların ticarileştirilmesi, üniversite buluşlarının ticarileştirilmesi, yükseköğretim kurumuna ait buluşların ticarileştirilme yolları, Teknoloji Transfer Ofisi, yükseköğretim kurumuna ait buluşların ticarileştirilmesinin önündeki engeller, üniversite buluşlarının ticarileştirilmesinin önündeki engeller.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104618 – Geliş Tarihi: 16.04.2022 – Kabul Tarihi: 04.07.2022. Bu makale Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 4 Kasım 2021 tarihinde düzenlenen “Ceren DAMAR ŞENEL II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu”nda sözlü tebliğ olarak sunulmuştur.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, betulcakir67@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5090-8373.

OBSTACLES TO THE COMMERCIALIZATION OF HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS' INVENTIONS

ABSTRACT

The most important issue after the emergence of an invention belonging to a higher education institution is the commercialization of this invention. Because unless the invention is converted into a product and commercialized, it is not possible to contribute to technological development. In Turkey, inventions belonging to higher education institutions are commercialized through Technology Transfer Offices (TTOs). In this context, what should be done is to commercialize the invention, whose price is determined, by finding a suitable customer. However, the commercialization process of inventions belonging to higher education institutions becomes quite complex since it is not considered as a whole, and necessary regulations are not brought in Turkey. The invention is evaluated just like other movable and immovable property owned by the higher education institution. In this respect, tender legislation is applied in legal transactions such as transferring the invention to third parties and licensing it, as in other movable and immovable properties. It is obvious that tender processes are not compatible with the nature of the commercialization of inventions. In addition, it is unclear how the income from commercialization will be shared through which unit of the higher education institution.

In this context, in the first part of the study, commercialization and commercialization ways and TTOs, in the second part, commercialization barriers and in the last part, solution proposals are examined.

Keywords: commercialization of inventions belonging to higher education institution, commercialization of university inventions, commercialization ways of inventions belonging to higher education institution, Technology Transfer Office, obstacles to commercialization of inventions of higher education institutions, obstacles to commercialization of university inventions.

GİRİŞ

Günümüz dünyasında yükseköğretim kurumları yalnızca eğitim öğretim faaliyetleri yürütülen yerler değil, aynı zamanda ekonomik büyümeye katkıda bulunması beklenen, teknolojik gelişime katkı sağlayan, girişimci davranışları ve yenilikçi faaliyetleri teşvik eden birimler olarak görülmektedir¹. Teknolojik ilerleme için kilit aktörler olarak kabul edilen yükseköğretim kurumları tarafından üretilen fikri ve sınai ürünlerin ticarileştirilmesi, üniversite geliri elde etmek, yeni iş ve istihdam imkanlarının oluşması ve ülkelerin ekonomik büyümelerine katkı sağlanmasında giderek daha fazla önem kazanmaktadır². Bu nedenle, hükümetler, yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen fikri ve sınai ürünlerin uygulamaya geçirilip ticarileştirilme oranlarının artırılmasını sağlayacak hukuki düzenlemeler getirmektedir. Bu çerçevede, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname döneminde geçerli olan ve yükseköğretim kurumlarında öğretim üyeleri tarafından gerçekleştirilen buluşlarının ticarileştirme oranlarının düşük olmasının nedeni olarak kabul edilen “profesör imtiyazı”³ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların hak sahipliği, belirli koşulların gerçekleşmesi kaydıyla yükseköğretim kurumlarına verilmiştir. Değişikliğin gerekçesi SMK m. 121’in gerekçesinde üniversitedeki mevcut buluş potansiyelinin ortaya

¹ **Cunningham, James A./ Lehman, Erik E./ Menter, Matthias/ Seits, Nikolaus** (2019) “The Impact of University Focused Technology Transfer Policies on Regional Innovation and Entrepreneurship”, *The Journal of Technology Transfer* No. 44, s. 1452.

² **Kamariah, Ismail/ Wan Omar, Wan Zaidi/ Majid, Izaidin Abdul** (2011) “The Commercialization Process of Patents by Universities”, *African Journal of Business Management*, Vol. 5 (17), s. 7199.

³ **Leistner, Matthias** (2002) “Farewell to the “Professor’s Privilege”- Ownership of Patents for Academic Inventions in Germany under the Reformed Employees’ Inventions Act 2002”, *ICC*, V: 35, No: 7, s. 862; **Uzunalli, Sevilay** (2015) “Üniversite Öğrenim Elemanlarının Buluşları Üzerinde Patent Hakkı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)*, 2015/1, s. 181. Profesör imtiyazı için bkz. **Çakır Çelebi, Fatma Betül** (2021) “Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşların Kapsamı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 16, S: 182, s. 1908-1910.

çıkartılması ve patent yoluyla üniversitelerin kurumsal alt yapısı kullanılarak yapılan buluşların ekonomiye kazandırılması olarak açıklanmıştır⁴.

SMK m. 121 hangi buluşların yükseköğretim kurumunda gerçekleştirilen buluş kapsamında⁵ yer alacağını düzenlemektedir. Buna göre, bir buluşun yükseköğretim kurumunda gerçekleştirilen bir buluş olarak kabul edilebilmesi için yükseköğretim kurumunda yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda ortaya çıkmış olması gerekir. Bu şekilde, SMK m. 121 kapsamına giren bir buluş ortaya çıktığında buluşu yapan, buluşunu yazılı olarak ve geciktirmeksizin yükseköğretim kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim üzerine yükseköğretim kurumu, buluş üzerinde hak sahipliği talebinde bulunabilir⁶. Hak sahipliği talebi ve patent başvurusundan sonra artık buluş yükseköğretim kurumuna ait bir buluş niteliği kazanmaktadır.

Yükseköğretim kurumuna ait bir buluşun ticarileştirilmesi, yani yeni bir ürün veya hizmete dönüştürülmesi, bölgesel ve ülkesel ekonomik gelişmeye katkı sağlaması açısından son derece önemlidir⁷. Bu nedenle, ticarileştirme oranlarının artması için Teknoloji Transfer Ofisleri (TTO'lar) TÜBİTAK tarafından çeşitli çağrılarla desteklenmektedir⁸. Söz konusu çağrılar, yükseköğretim kurumlarının ticarileştirme başarılarının artmasının sağlanması için olumlu birer adım olmakla birlikte yeterli değildir. Bunun için ticarileştirme sürecinin önündeki çeşitli mevzuatlara dayalı engellerin de kaldırılması gerekmektedir.

Bu çerçevede, çalışmada öncelikle ticarileştirme kavramı ve ticarileştirme birim veya kurumları olarak adlandırabileceğimiz TTO'lar incelenmiştir. Ardından ticarileştirme sürecinin bir bütün olarak ele alınıp düzenlenmemesinden kaynaklanan mevzuata dayalı ticarileştirme engelleri incelenmiştir. Bununla birlikte, en önemli ticarileştirme engellerinden birinin

⁴ SMK Gerekçe, m. 121.

⁵ Daha geniş bilgi için bkz. Uzunallı, s. 171-184; Çakır Çelebi, s. 1908-1917.

⁶ Uzunallı, s. 178.

⁷ Peldek, Serkan/ Gültepe, Yasemin (2017) "Akademik Spinoff Firma Değerlendirilmesi: Ar-Ge Faaliyetlerinin Ticarileştirilmesi", Bartın İ.İ.B.F. Dergisi, C: 8, S: 15, s. 68.

⁸ TÜBİTAK Teknoloji Transfer Ofisleri Destekleme Programı Uygulama Esasları, <tubitak.gov.tr>.

esasen, buluşların sanayinin ihtiyaçları tespit edilerek ortaya çıkarılmaması olduğu da burada ifade edilmelidir. Çalışmanın son kısmında da ortaya konulan problemlere çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

I. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN BULUŞLARIN TİCARİLEŞTİRİLMESİ

A. TİCARİLEŞTİRME VE TİCARİLEŞTİRME YOLLARI

Yükseköğretim kurumuna ait bir buluşun ortaya çıkmasından sonraki en önemli mesele bu buluşun ticarileştirilmesidir. Sanayide kullanılabilir bir ürüne dönüştürülerek ticari hayata geçmemiş bir buluş sadece teorik anlamda bilimsel ilerlemeye katkı sağlayabilir⁹. Buna karşılık, buluşun ticarileştirilerek ekonomiye kazandırılması yoluyla, yükseköğretim kurumunun gelir elde etmesi, yeni istihdam imkanlarının ortaya çıkması ve en önemlisi de teknolojik ilerlemenin gerçekleşmesi gibi ülke ekonomisini dahi etkileyebilecek önemli gelişmeler ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, buluşun ticarileştirilmesi en az ortaya çıkarılması kadar önemli bir konudur.

Ticarileştirme, en genel tabirle, buluştan ekonomik bir kazanç elde edilmesidir. Ticarileştirme devir, lisans verilmesi veya spin-off şirketleri¹⁰ kurmak gibi birçok şekilde gerçekleşebilir. Ticarileştirmenin patent hakkının devredilmesi suretiyle yapılması durumunda, devir sözleşmesiyle beraber *patent hakkı devralana geçer*¹¹. SMK m. 148/4 uyarınca devir sözleşmesinin geçerli olması için noter tarafından onaylanmış olması gerekir.

Lisans verilmesi durumunda ise patent hakkı üzerindeki *kullanma yetkisi lisans alana geçer*. Bu durumda patent hakkı, sahibinin malvarlığında kalmakta, lisans alan sadece patenti kullanma hakkını kazanmaktadır¹². SMK m. 148/4'e göre, lisans sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Lisans, inhisari veya inhisari

⁹ **Sarı, H. Gürbüz**, Buluşun Ticarileştirilmesi – Hukukçu Gözüyle Stratejik Bir Yaklaşım – Bölüm 1, <tr.linkedin.com>.

¹⁰ Yükseköğretim kurumları ile sanayi arasındaki işbirliğinin sağlanması amacıyla akademisyenler tarafından teknoloji geliştirme bölgelerinden kurulan şirketlerdir.

¹¹ **Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel** (2021) Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2017, s. 396.

¹² **Suluk/Karasu/Nal**, s. 397; **Doğan, Gülmelehat** (2020) Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları, Ankara, s. 50.

olmayan lisans şeklinde verilebilir. Sözleşmede açıkça belirtilmedikçe, lisansın inhisari olmayan lisans şeklinde verildiği kabul edilir (SMK m. 125/2). İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren sözleşmeye konu patent hakkını kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de aynı patent hakkına ilişkin lisans verebilir. İnhisari lisansta ise lisans veren başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça, kendisi de patent konusu buluşu kullanamaz (SMK m. 125/2).

Yükseköğretim kurumları sahip oldukları buluşları spin-off şirketi kurma yoluyla da ticarileştirebilirler. Ticarileştirmenin bu yolla yapılabilmesi için de buluşun yükseköğretim kurumu tarafından yeni kurulan bu şirkete devri veya lisanslanması gerekir. Spin-off şirketi tarafından devralınan buluş geliştirilerek üçüncü kişilere devredilebileceği veya lisanslanabileceği gibi buluşa konu ürün üretilip doğrudan pazara da sunulabilir. Spin-off şirketi kurulurken şirketin sermayesinin nasıl karşılanacağı, şirketin kim veya kimler tarafından yönetileceği, şirket ortaklarının kimler olacağı veya potansiyel yatırımcıların nasıl bulunacağı gibi cevaplanması gereken önemli sorular ortaya çıkmaktadır. Bu sorulara cevap bulunmadan kurulan spin-off şirketlerinin başarı şansları bulunmayacaktır.

B. TEKNOLOJİ TRANSFER OFİSİ

Yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirmesi bugün teknoloji transfer ofisleri (TTO) vasıtasıyla yapılmaktadır. Yükseköğretim kurumları tarafından TTO'lar yükseköğretim kurumunun bir birimi veya Yükseköğretim Kurumları Teknoloji Transfer Ofisi Yönetmeliğine dayalı olarak sermaye şirketi ya da Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde (TEKNOKENT) yükseköğretim kurumlarının da pay sahibi olabileceği bir şirket olarak yapılandırılabilir¹³.

¹³ **Odman Boztosun, Ayşe** (2019) "Akademik Teknolojik Transferine Uygun Bir Mevzuat İklimi Tasarımı", Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu, Ankara, s. 151; **Değerli, Mustafa/Tolon, Metehan** (2016) "Teknoloji Transfer Ofisleri İçin Kritik Başarı Faktörleri", Bilişim Teknolojileri Dergisi, C. 9, S. 2, s. 198; **Kök Hazer, İdil Buse** (2019) "Uygulama Bakış Açısıyla Teknoloji Transfer Ofisleri", Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu, Ankara, s. 164.

Yükseköğretim Kurumları Teknoloji Transfer Ofisi Yönetmeliği m. 3'te göre, teknoloji transfer ofisi “*yükseköğretim kurumlarının, ar-ge ve yenilikçilikle ilgili olarak kamu ve özel sektör işbirliği yapmak, üretilen bilgi ve yapılan buluşları fikri mülkiyet kapsamında koruma altına almak ve uygulamaya aktarmak üzere Yükseköğretim Kurulundan önceden izin almak kaydıyla yükseköğretim kurumu yönetim kurulunun kararıyla kurabilecekleri sermaye şirketi*” olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede, TTO'lar yükseköğretim kurumları ile özel sektör arasındaki ilişkileri düzenleyen ve yükseköğretim kurumlarında üretilen fikri ve sınai ürün ile teknolojilerin korunması, geliştirilmesi, pazarlanması ve ticarileştirilmesi amacıyla faaliyetler yürüten organizasyonlardır¹⁴. Yükseköğretim kurumu ile özel sektör kuruluşları arasında işbirliği oluşturmak, mevcut işbirliklerini artırmak, sanayinin ihtiyaç duyduğu bilgi ve teknolojileri tespit ederek yükseköğretim kurumunu bunların üretilmesi hususunda teşvik etmek TTO'ların yürüttüğü faaliyetlerdendir¹⁵. Yine bir fikri ve sınai ürün ortaya çıktıktan sonra bunların tescil edilmesi, bunlara uygun pazarın tespit edilmesi, bunların tanıtılması, pazarlanması, en uygun müşterinin seçilmesi ve hangi ticarileştirme yolunun ilgili ürün için en uygun olacağının tespiti gibi hususlar TTO'ların önemli görevlerindedir.

Günümüz Türkiye'sinde TTO'lar, yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen fikri ve sınai ürünlerin ticarileştirilmesi sürecinde kilit bir role sahiptir. Zira bugün örneğin bir buluşun ortaya çıkarılması kadar bu buluşun *doğru bir şekilde* ticarileştirilmesi de çok önemlidir. *Doğru bir şekilde* ticarileştirme ibaresinden anlamamız gereken doğru ticarileştirme yolunun tercih edilmesi, doğru müşterinin seçilmesi, buluşun pazardaki değerinin doğru bir şekilde belirlenmesi gibi hususlardır¹⁶. Yine bir buluşun yükseköğretim kurumu adına tescil edilmeye değer olup olmadığı da TTO'lar tarafından belirlenmektedir. Ticarileştirme için son derece önemli olan bu belirlemeler

¹⁴ Değerli /Tolon, s. 198.

¹⁵ TÜBİTAK Teknoloji Transfer Ofisleri Destekleme Programı Uygulama Esasları, m. 1, <https://www.tubitak.gov.tr/sites/default/files/3654/210_bk.pdf> s.e.t. 15.04.2022.

¹⁶ Gordon, Mark L. “University Controlled or Owned Technology: The State of Commercialization and Recommendations”, Journal of College and University Law, Vol: 30, No: 3, s. 611.

TTO personeli tarafından yapılacağı için TTO'larda istihdam edilecek personelin belli bir deneyim ve bilgi birikimine sahip olması gerekir.

TTO'ların geniş faaliyet alanına sahip oldukları göz önüne alındığında istihdam edilen personelin tüm bu alanlarda belirli bir uzmanlık seviyesine sahip olmasını beklemek gerçekçi değildir. Bu nedenle, TTO'ların faaliyetlerini birimlere ayırarak yerine getirmesi, doğru personelin seçilmesi ve daha planlı hareket edilmesi açısından faydalı olacaktır. Nitekim Türkiye'de 2020 yılı itibarıyla üniversiteler arasında ticarileştirme geliri bakımından birinci sırada olan ODTÜ TTO¹⁷ bu şekilde birimlere ayrılarak yönetildiği görülmektedir. ODTÜ TTO faaliyetlerini, Fikri ve Sınai Haklar ve Sözleşmeler Birimi, Ticarileştirme Birimi ve Üniversite – Sanayi İş Birliği Birimi vasıtasıyla yerine getirmektedir¹⁸.

Bu açıklamalar ışığında bir fikri veya sınai ürün ticarileştirilirken şu aşamaların izlendiği söylenebilir: (i) fikri veya sınai ürünün değerlendirilmesi, (ii) fikri ve sınai ürünün pazarda tanıtılması, (iii) müşteri bulunması, (iv) uygun ticarileştirme yolunun belirlenmesi ve (v) gelir paylaşımı.

Fikri ve Sınai Ürünün Değerlendirilmesi

Yükseköğretim kurumlarına ait buluşların veya daha genel ifadeyle fikri ve sınai ürünlerin ticarileştirilmesinin ilk aşaması bu ürünlerin koruma şartlarını yerine getirip getirmediği, pazarda ilgi görüp görmeyeceği, TTO'nun zamanını ve kaynaklarını harcamasına değip değmeyeceği gibi hususların değerlendirildiği bu aşamadır¹⁹. Görüldüğü üzere, burada çok yönlü bir incelemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Örneğin bir buluşun koruma şartlarını yerine getirip getirmediği tespiti hem hukuki hem de teknik bir değerlendirme gerektirir. Yine buluşun pazarlanabilir olup olmadığının tespiti de ilgili pazarı bilen bir uzman tarafından yapılmalıdır. Bu nedenle, değerlendirmeyi yapacak olan ekibin ilgili alanda belli bir bilgi ve deneyime sahip olması gerekir. Bu

¹⁷ <<https://www.dunya.com/dunya-arti/universitelerin-lisanslanan-patent-geliri-7-milyon-tl-haberi-619808>>.

¹⁸ <<http://tto.metu.edu.tr> > s.e.t. 17.03.2022.

¹⁹ **Gordon**, s. 611; **Kamariah/ Wan Omar/ Majid**, s. 7199.

değerlendirme yapılırken, TTO'ların akademisyenlerden veya özel sektörden danışma hizmeti alması da faydalı olabilir²⁰.

Buluşun koruma şartlarını yerine getirdiği ve pazarlanabilir olduğu kanaatine varıldıktan sonra tescili için TÜRKPATENT'e başvurulması gerekir²¹.

Ticarileştirme Bedelinin Belirlenmesi

Yükseköğretim kurumuna ait buluşun ticarileştirme bedeli belirlenirken birden fazla hususun göz önünde bulundurulması gerekir. Belirleme yapılırken, buluş ortaya çıkarılırken yapılan masrafların karşılanması, buluşa piyasada duyulan ihtiyaç, buluşun uygulandığı ürünün muadillerinin piyasadaki değeri gibi durumlar dikkate alınmaktadır²².

Fikri veya Sınai Ürünün Tanıtılması

Fikri veya sınai ürünün TÜRKPATENT'te tescil edilip bedelin belirlenmesinden sonraki aşama tanıtım aşamasıdır. Bu aşamada ilk olarak fikri ve sınai ürünün pazarının incelenmesi gerekir. Bu çerçevede ilk olarak ürünle ilgilenme potansiyeli olan müşteriler tespit edilmelidir. Tanıtım doğrudan ürünle ilgilenen firmalarla yapılacak toplantılarda yapılabileceği gibi teknoloji fuarlarında sergilemek yoluyla da yapılabilir²³. Bu çerçevede yükseköğretim kurumları, kendi düzenledikleri²⁴ veya Üniversite Sanayi İşbirliği Merkezleri Platformu (ÜSİMP) gibi kuruluşlar tarafından düzenlenen fuarlarla buluşlarını sergileyebilmektedir²⁵.

²⁰ Gordon, s. 661.

²¹ Sarı, H. Gürbüz, Buluşun Ticarileştirilmesi – Hukukçu Gözüyle Stratejik Bir Yaklaşım – Bölüm 1, <tr.linkedin.com>.

²² Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, <https://www.youtube.com/watch?v=3togT27a_3c> s.e.t. 14.04.2022.

²³ Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7200.

²⁴ Erciyes Üniversitesi, The Technology Showcase – Yatırımcı Girişimci Buluşması, <<https://www.erciyes.edu.tr/tr/duyuru-detay/1833/the-technology-showcase-yatirimci-girisimci-bulusmasi>> s.e.t. 15.04.2022.

²⁵ Ulusal Patent Fuarı ve Üniversite Sanayi İşbirliği Ulusal Kongresi 2021, <<https://usimpatentfuari.org.tr>> s.e.t. 14.04.2022.

TTO'lar kendi web sitelerinde de sahip oldukları fikri veya sınai ürünlerin listesini yayımlamak suretiyle de tanıtım yapabilmektedir²⁶. Buna ek olarak, tanıtımın çeşitli ilan sitelerine verilen ilanla yapıldığına da rastlanmaktadır²⁷.

Müşteri Bulunması

Türkiye'de yükseköğretim kurumlarına ait fikri ve sınai ürünlerin ticarileştirilmesi sürecindeki en zor aşamalardan biri de müşteri bulunması aşamasıdır. Gerek ihale mevzuatına dayalı engeller gerek yükseköğretim kurumuna ait fikri ve sınai ürünlere özel sektörcü mesafeli kalınması nedeniyle, mevcut sistemde TTO'ların müşterilerini serbestçe seçebildiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, TTO'ların en zorlandığı aşamanın bu aşama olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²⁸. Bununla birlikte, en kısa zamanda bu engellerin ortadan kalkacağı temennisini taşımamız nedeniyle bu başlığın da değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz²⁹.

TTO'lar ilgili fikri veya sınai ürünü hangi müşteriye devredecekleri belirlemesini yaparken müşteri adaylarının ilgili alandaki becerileri ve deneyimlerini göz önünde bulundurmalıdır³⁰. Yine bu belirleme yapılırken, müşteri adaylarının yükseköğretim kurumuna ait bu fikri veya sınai ürünleri ticarileştirme planları da incelenmeli, bu planın ilgili ürünün ticari değerini artıracak nitelikte olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmenin yapılması özellikle yükseköğretim kurumuna ait fikri ve sınai ürünün lisans verilmesi durumunda önemlidir. Zira lisans halinde yalnızca hakkın

²⁶ <store.erciyestto.com> s.e.t. 15.04.2022.

²⁷ Koç Üniversitesi açık teklif usulüyle kemik plağı (bone plate) buluş adlı bir patent ve patent başvurusundan doğan 9 aile üyesinin inhisari lisansının verilmesi, <<https://www.ilan.gov.tr/ilan/547000/ihale-duyurulari-satis-ve-trampa-ihaleleri-patent-haklari-kiraya-verilecektir>> s.e.t. 15.04.2022.

²⁸ Bkz. Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, <https://www.youtube.com/watch?v=3togT27a_3c> s.e.t 15.04.2022.

²⁹ Mevcut sistemde yükseköğretim kurumlarına ait fikri ve sınai ürünlerin üçüncü kişilere devri veya lisanslanabilmesi için ihaleye çıkılması gerektiğinden TTO'ların müşteriler arasında seçim yapması ve ilgili ürünün seçtikleri/buldukları müşteriye devri/lisansı her zaman mümkün olmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. II.

³⁰ **Gordon**, s. 662.

kullanılması devredilmekte, hakkın kendisi yükseköğretim kurumunda kalmaktadır. Bu nedenle de fikri ve sınai ürünün ticari değerinin artması yükseköğretim kurumu ve dolayısıyla TTO için önemli bir faktör haline gelmektedir.

Müşteri seçilirken dikkate alınması gereken durumlardan biri de müşteri adaylarının finansal istikrarı, ticari bağlantıları ve dağıtım ağı olmalıdır³¹. Böylece ilgili fikri veya sınai ürünün daha geniş bir alanda tanınması sağlanabilecektir.

Ticarileştirme Yolunun Belirlenmesi

Yükseköğretim kurumuna ait fikri veya sınai ürünler ticarileştirilirken hangi yolun tercih edileceğini belirlemek de TTO'ların görevlerindedir. Ticarileştirme devir, lisans, spin-off şirketi kurmak dahil olmak üzere birçok şekilde yapılabilir. Hangi ticarileştirme yolunun tercih edileceği ilgili fikri ve sınai ürünün değeri ve niteliğine göre değişecektir. Bu karar verilirken buluşçunun görüşüne de başvurulmalıdır³². Zira buluşun ve diğer fikri ve sınai ürünlerin değeri ve niteliğine ilişkin en güvenilir bilgi onu ortaya çıkaran kişiden alınacaktır.

Uygulamaya bakıldığında en çok tercih edilen ticarileştirme yolunun daha önce kurulmuş olan kamu ya da özel sektör şirketlerine lisans verme olduğu görülmektedir. Özellikle pazara sunulmaya hazır fikri ve sınai ürünler lisans verme yoluyla ticarileştirilmektedir. Zira bu ürünler için daha fazla yatırım yapılmasına gerek olmadığından müşteri bulmak kolaydır. Buna karşılık, fikri ve sınai ürünün geliştirilmesi için daha fazla yatırım ve araştırma yapılmasının gerektiği durumlarda müşteri bulmak kolay olmamaktadır³³. Burada yapılan yatırım ve araştırmanın başarıya ulaşip ulaşmayacağı kesin değildir. Bu gibi müşteri bulmanın zor olduğu ancak fikri ve sınai ürünün başarısına güvenilen durumlarda yükseköğretim kurumları buluşlarını spin-off şirketi kurma yoluyla ticarileştirme yolunu tercih etmektedir³⁴. Yine fikri ve

³¹ Gordon, s. 662.

³² Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7199.

³³ Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7199.

³⁴ Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7200.

sınai ürünün yüksek pazar başarısına sahip olacağı düşünülüyor durumlarda da ticarileştirme türü olarak spin-off şirketi kurma yolu tercih edilebilir³⁵. Böylece yükseköğretim kurumu ilgili fikri ve sınai ürünün devri veya lisans verilmesi yoluyla elde edeceği gelirden daha yüksek bir gelir elde edebilecektir. Buna ek olarak, kurulan bu şirketler sayesinde yeni iş ve istihdam imkanları ortaya çıkacak, bu da üniversiteyle beraber ülke ekonomisine de katkı sağlayacaktır³⁶.

Yükseköğretim kurumlarının buluşlarını ticarileştirirken daha çok lisans verme yolunu tercih etmelerinin bir diğer sebebi de bu yolun spin-off şirketi kurmaktan daha kolay ve risksiz olmasıdır³⁷. Zira spin-off şirketi kurulurken bir sermayeye ihtiyaç duyulmakta, üniversitenin buraya yatırım yapması ve bu şirkete yatırımcı çekmesi gerekirken ve en önemlisi de üniversite bu fikri ve sınai ürünün ticarileştirilmesinin başarısız olması riskiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Lisans, inhisari veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir. Bu çerçevede lisansın hangi şekilde verileceği ve hangi sınırlamalara tabi olacağı da belirlenmelidir. Üniversiteler fikri ve sınai ürüne yatırımın yüksek mali riskler taşıdığı durumlarda inhisari lisans vermektedir³⁸. Böylece yüksek mali riskle karşı karşıya kalan lisans sahiplerinin rakiplere karşı korunması sağlanmış olur³⁹. Buna karşılık, kanaatimizce piyasada büyük bir başarıya sahip olacağı düşünülen fikri ve sınai ürünler için birden çok kişiye inhisari olmayan lisans verilebilir. Hangi lisans türünün tercih edileceğini belirleyen faktörlerden biri de lisans ücreti olabilir. Yalnızca lisans alana kullanım yetkisi veren inhisari lisans ücreti, bu nitelikte olmayan lisans ücretinden çok daha yüksek olacaktır⁴⁰.

Gelir Paylaşımı

Buluşun ticarileştirilmesinden elde edilen gelir yükseköğretim kurumu ve buluşçu arasında paylaşılacaktır. SMK m. 121/8 uyarınca, yükseköğretim

³⁵ Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7200.

³⁶ Peldek/ Gültepe, s. 68; Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7200.

³⁷ Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7203.

³⁸ Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7202.

³⁹ Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7202.

⁴⁰ Kamariah/ Wan Omar/ Majid, s. 7206.

kurumu gelirin en az üçte birini buluşçuya vermelidir. Hükümde elde edilen gelirden söz edildiğinden buluşun ticarileştirilmesinden elde edilen tüm değerler gelir kavramına dahil edilmelidir⁴¹. Diğer bir ifadeyle, buluşçunun payı, giderler düşürüldükten sonra elde edilen net gelir üzerinden değil, ticarileştirme sonucu yüksek öğretim kurumlarınca elde edilen bedel üzerinden ödenmelidir. Nitekim Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmeliğin (Yönetmelik) “Buluştan Elde Edilen Gelirin Paylaşımı” başlıklı 35/1. maddesinde buluştan elde edilen gelirin buluşun kullanımından, lisans verilmesinden, devredilmesinden veya diğer yollarla ticarileştirilmesinden elde edilen gelirlerin tamamı olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin devam eden fıkralarında buluşçu ve yükseköğretim kurumu arasındaki gelir paylaşımının sözleşme ve benzeri bir hukuk ilişkisi hükümlerince belirleneceği ifade edilmiştir. Yükseköğretim kurumunun buluştan yararlanmaya başladığı tarihten itibaren iki ay içerisinde tarafların gelir paylaşımı ve ödeme şekli üzerinde anlaşamamaları halinde uyuşmazlık mahkeme yoluyla çözümlenir (Yönetmelik m. 35/3). Sözleşmede aksi belirtilmemişse buluştan elde edilen gelir, her mali yılın sonunda hesaplanarak payına düşen miktar buluşu yapana verilir (Yönetmelik m. 35/5).

Buluştan elde edilecek gelirin yükseköğretim kurumuna kalan kısmı yükseköğretim kurumu bütçesine özgelir olarak kaydedilir ve başta bilimsel araştırmalar olmak üzere yükseköğretim kurumunun ihtiyaçlarının karşılanması için kullanılır. Görüldüğü üzere, gelir paylaşımının düzenlendiği SMK m. 121/8’de gelirin belli bir oranının TTO’lara aktarılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

II. TİCARİLEŞTİRMENİN ÖNÜNDEKİ ENGELLER

A. GENEL OLARAK

Ülkemizde yükseköğretim kurumuna ait bir buluşun ticarileştirilmesi için yukarıda anlatılan süreçlerin gerçekleşmesi yeterli olmamaktadır.

⁴¹ Uzunallı, s. 182.

Ticarileştirme için bunlara ek olarak çeşitli mevzuatlardan kaynaklanan engellerin de aşılması gerekmektedir.

Yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirilmesinin önündeki engellerin esas kaynağı bu buluşların ticarileştirilmesine ilişkin mevzuatın dağınık olmasıdır⁴². Buluşun ortaya çıkmasından ticarileştirilmesi aşamasına kadar tüm süreçler göz önünde bulundurulduğunda hukuka uygun hareket edilebilmesi için farklı hukuki alanları düzenleyen birçok mevzuatın incelenmesi gerektiği görülecektir⁴³. Diğer bir ifadeyle, buluşların ticarileştirilmesine ilişkin süreç bir bütün olarak göz önünde bulundurulurken düzenlenmemiştir. Bu nedenle, ticarileştirme süreci, bu işin doğasına uygun olmayan mevzuata uydurulmaya çalışılarak yürütülmeye çalışılmaktadır⁴⁴. Bu durum da hem sürecin uzamasına hem de Sayıştay denetiminden çekinen yöneticilerin ticarileştirme sürecine mesafeli yaklaşmasına neden olmaktadır⁴⁵.

Ticarileştirilme sürecinin bir bütün olarak düşünülmemesi nedeniyle ortaya çıkan en önemli problem yükseköğretim kurumuna ait buluşların (ve diğer fikri ve sınai hakların) ticarileştirilmesi için ihaleye gidilmesi gerekliliğinin ortaya çıkmasıdır. İhale mevzuatına yönelik engeller aşılarak her nasılsa bir ticarileştirme yapıldıktan sonra ise elde edilen gelirin hangi birim üzerinden ve nasıl paylaşılacağına ilişkin problemler ortaya çıkmaktadır. Tabii olunan vergiler nedeniyle, buluşçuya ödenen ücretin çok cüzi miktarlarla sınırlı kalması, SMK'da gelir paylaşımına ilişkin hükümde TTO'lara gelirden

⁴² **Suluk, Cahit** (2020) Çalışan Buluşları Hukuku, 2. Baskı, Ankara, s. 332.

⁴³ Ticarileştirme sürecinde ele alınan ilgili kanun, yönetmelik ve mevzuatlar şu şekildedir: (i) 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, (ii) 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, (iii) Vakıf Yükseköğretim Kurumları İhale Yönetmeliği, (iv) Yükseköğretim Kurumları Teknoloji Transfer Ofisi Yönetmeliği, (v) Yükseköğretim Kurumları Döner Sermaye İşletmelerinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik" ve döner sermaye süreçlerine ilişkin diğer yönetmelik ve mevzuatlar, (vi) Strateji Geliştirme Birimlerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, (vii) 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, (viii) Sayıştay Başsavcılığı Çalışma Yönetmeliği, (ix) 2018/8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi (11.09.2018 tarihli Genelge) (ÜSİMP (Üniversite – Sanayi İşbirliği Merkezleri Platformu) Birlikte Tartışalım – Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı Raporu– 21.04.2021 (ÜSİMP Rapor) <www.usimp.org.tr> s.e.t. 09.04.2022, s. 1-2.

⁴⁴ **Odman Boztosun**, s. 151.

⁴⁵ **Odman Boztosun**, s. 151.

pay verilmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması bu sorunların sadece birkaçıdır.

B. İHALE MEVZUATINA TABİ OLUNMASI

Yükseköğretim kurumunda bir buluş ortaya çıkıp üzerinde hak iddia edildiğinde buluşun hak sahibi artık yükseköğretim kurumu olmaktadır. Böylece yükseköğretim kurumunun envanterine giren patent hakkı, tıpkı kuruma ait taşınır ve taşınmaz mallar gibi devlet malıdır⁴⁶. Devlet malı üzerinde tasarruf edebilmek için Devlet İhale Kanunu'na uyulması gerekir⁴⁷. Bu çerçevede, yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirilmesi de Devlet İhale Kanunu hükümleri uyarınca yapılacak ihale usullerine tabidir⁴⁸. Ancak fikri ve sınai ürünlerin doğası ihale usulüne uygun değildir⁴⁹. Örneğin sanayi ile işbirliği çerçevesinde gerçekleştirilen ve yükseköğretim kurumuna ait bir buluşa ilişkin lisans verilirken ihaleye çıkılmak zorunda olunması işin doğasına aykırı olacaktır. Yine ticarileştirmenin yapılacağı firma bulunup onunla anlaşmaya varıldıktan sonra ona devir veya lisans için ihale sürecini kabul ettirmek kolay olmayacaktır⁵⁰.

Yükseköğretim kurumlarına ait buluşlar ticarileştirilirken tek amaç gelir elde etmek olmamalıdır. Niteliğine göre bir buluş ülke ekonomisini dahi etkileyebilecek öneme sahip olabilir. Bu nedenle, bu buluşun onu en iyi şekilde

⁴⁶ **Suluk**, s. 332; **Odman Boztosun**, s. 155. Vakıf statüsündeki yükseköğretim kurumlarına ait buluşlar “devlet malı” olarak nitelendirilmese de bu buluşların ticarileştirilmesi için “Vakıf Yükseköğretim Kurumları İhale Yönetmeliği” ile belirlenmiştir.

⁴⁷ **Odman Boztosun**, s. 155; **Suluk**, s. 332.

⁴⁸ Vakıf statüsündeki yükseköğretim kurumlarına ait buluşlar “devlet malı” olarak nitelendirilmese de bu buluşların ticarileştirilmesi için de mevcut sistemde ihale usullerinin uygulanması gerekir. Vakıf statüsündeki yükseköğretim kurumları ihale usulü “Vakıf Yükseköğretim Kurumları İhale Yönetmeliği” ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte TTO'ları ihale usulünden istisna tutan bir düzenleme yoktur. Bu çerçevede, vakıf üniversitelerinin sahip olduğu buluşların ticarileştirilmesi için de ihale usullerine uyulması gerekir (**Suluk**, s. 333). Bu nedenle, buluşların ticarileştirilmesinin ihale mevzuatına tabi olması nedeniyle ortaya çıkan problemler ve bunları çözmek için ileri sürülen görüşler kural olarak vakıf statüsündeki yükseköğretim kurumlarına ait buluşlar için de geçerli olacaktır.

⁴⁹ **Suluk**, s. 333; **Odman Boztosun**, s. 155; **Kök Hazer**, s. 165.

⁵⁰ ÜSİMP Rapor, s. 3.

değerlendirecek ve geliştirecek bir firmaya devredilmesi ve lisanslanması gerekir. Ancak mevcut sistemde, yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirilmesi için ihale süreçlerinin uygulanması zorunluluğu nedeniyle firmanın bu niteliklere sahip olup olmadığının önceden araştırılması mümkün değildir. Bu da ihale mevzuatına tabi olmanın getirdiği olumsuz durumlardan biridir.

Devlet malı niteliğinde olan buluşların ticarileştirilmesinin ihale mevzuatına tabi olmasının diğer bir sakıncası da sürecin gereksiz yere uzamasıdır. Zira ihaleye girilmeden önce ihale komisyonunun kurulması, hangi ihale usulünün uygulanmasının yerinde olacağı gibi hususların çoğu zaman hukuk müşavirliğinden görüş alınarak belirlenmesi sürecin uzamasına neden olmaktadır⁵¹.

Yükseköğretim Kurumları Teknoloji Transfer Ofisi Yönetmeliğine göre sermaye şirketi olarak kurulan TTO'lar Devlet İhale Kanunu'na tabi değildir. Ancak bu hükmün uygulamada karşılığı bulunmamaktadır⁵². Zira devlet malı niteliğinde olan patent hakkını ticarileştirmesi amacıyla ayrı bir tüzel kişi olan TTO'ya devretmek için de ihale sürecinin yürütülmesi gerekecektir. Bu nedenle, Yükseköğretim Kurumları Teknoloji Transfer Ofisi Yönetmeliği uyarınca kurulan TTO'ların ölü doğmuş oldukları ifade edilmektedir⁵³. Mevcut durumda, ayrı bir tüzel kişilik olan TTO'ların, yükseköğretim kurumuna ait buluşu ticarileştirmesi, buna ilişkin hukuki düzenleme getirilmedikçe hukuken mümkün değildir⁵⁴.

Yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirmesine ilişkin ihale sürecindeki tüm bu belirsizlikler nedeniyle, her üniversite ihale sürecini kendi hukuk müşavirliği, döner sermaye işletme müdürlüğü, strateji daire başkanlığı gibi birimlerinin görüşleri doğrultusunda yürütmektedir⁵⁵. Bu durum da uygulama birliğinin olmamasına ve Sayıştay denetiminde sorumlu olma endişelerinin artmasına neden olmaktadır.

⁵¹ ÜSİMP Rapor, s. 3.

⁵² **Suluk**, s. 333.

⁵³ **Odman Boztosun**, s. 155, dn. 13; **Suluk**, s. 333.

⁵⁴ **Odman Boztosun**, s. 155.

⁵⁵ ÜSİMP Rapor, s. 3-4.

C. GELİR PAYLAŞIMIN HANGİ BİRİM ÜZERİNDEN VE NASIL YAPILACAĞI HUSUSUNUN BELİRSİZ OLMASI

Buluşun bir şekilde ticarileştirilmesinden sonra elde edilen gelirin paylaştırılması aşamasına geçilmektedir. Bu aşamadaki problemler iki boyutludur. İlk olarak gelir paylaşımı hangi birim üzerinden paylaştırılacağı hususunun belirlenmesi gerekir. Yükseköğretim kurumları tarafından bu belirleme, deyim yerindeyse, deneme yanılma yoluyla yapılmaya çalışılmaktadır⁵⁶. Bu çerçevede, buluşlarını ticarileştirip gelir elde eden yükseköğretim kurumlarının gelir paylaşımı için ilk başlarda döner sermaye işletmesini kullandığı görülmektedir⁵⁷. Ancak gelir paylaşımının döner sermaye işletmesi vasıtasıyla yapıldığı durumlarda vergi kesintilerin yüksek olması nedeniyle buluşçuya yapılacak ödeme miktarı çok azalmaktadır⁵⁸. Bu durum da buluşun ortaya çıkması için gerekli olan maddi teşvikin ortadan kalmasına neden olmaktadır⁵⁹. Yine gelirin döner sermaye işletme müdürlüğünce dağıtılması durumunda emekli veya yükseköğretim kurumundan ayrılmış öğretim üyeleri ile mezun olmuş öğrencilere ödeme yapılamaması ve TTO'lara gelirden pay verilememesi de önemli bir sorun teşkil etmektedir⁶⁰. Bu nedenlerle, yükseköğretim kurumları gelir paylaşımını Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı vasıtasıyla yapmaya başlamıştır⁶¹. Zira Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı tarafından yapılan ödemelerde kesintiler daha düşük ve yükseköğretim kurumundan ayrılmış öğretim üyeleri ile öğrencilere ve TTO'lara ödeme yapılabilmektedir⁶². Ancak burada da Strateji Geliştirme Daire

⁵⁶ Bkz. Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, <https://www.youtube.com/watch?v=3togT27a_3c>15.04.2022.

⁵⁷ Bkz. Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, <https://www.youtube.com/watch?v=3togT27a_3c> s.e.t. 15.04.2022.

⁵⁸ ÜSİMP Rapor, s. 7; Bkz. ÜSİMP Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, <https://www.youtube.com/watch?v=3togT27a_3c> s.e.t. 15.04.2022.

⁵⁹ ÜSİMP Rapor, s. 8.

⁶⁰ ÜSİMP Rapor, s. 6.

⁶¹ ÜSİMP Rapor, s. 7; Bkz. ÜSİMP Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, <https://www.youtube.com/watch?v=3togT27a_3c> s.e.t. 15.04.2022.

⁶² ÜSİMP Rapor, s. 8.

Başkanlığı'nın fatura düzenleyememesi nedeniyle problemler ortaya çıkabilmektedir. Fatura yerine makbuz verilmesi durumunda firmalarca yaptıkları harcamanın muhasebeleştirilmesinde sıkıntı olabileceği endişesi yaşandığı belirtilmektedir⁶³.

Gelir paylaşımına yönelik ikinci mesele ise ticarileştirmeden elde edilen payların nasıl ve kimler arasında paylaşılacağı hususudur. SMK m. 121/8 uyarınca, *“Buluştan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu ve buluşu yapan arasındaki paylaşımı, buluşu yapana gelirin en az üçte biri verilecek şekilde belirlenir. Buluştan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu hissesi ilgili yükseköğretim kurumu bütçesine özgelir olarak kaydedilir ve başta bilimsel araştırmalar olmak üzere yükseköğretim kurumunun ihtiyaçlarının karşılanması için kullanılır”*. Görüldüğü üzere, SMK'da yer alan bu düzenlemede ticarileştirmeyi gerçekleştiren TTO'lara gelirden pay aktarımına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TTO'ların sürdürülebilirliği için gelirden onlara da pay verilmesi gerekir⁶⁴.

III. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirme sürecine ilişkin mevzuat bu sürecin tamamı göz önünde bulundurularak yeniden ele alınmalıdır. Bu çerçevede, ilk olarak, mevzuatın buluşçuyu, pazarı tanımaya ve pazarın ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak buluşunu ortaya çıkarmaya teşvik edecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Bunun yollarından biri TTO'lar tarafından etkin bir pazar araştırması yapılması ve buluşçunun pazarın ihtiyaçlarına uygun bir buluş yapmaya teşvik edilmesi olabilir.

İkinci olarak, yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirme süreçlerinin ihale mevzuatına tabi olması hususunun yeniden düşünülmesi gerekmektedir. Zira fikri ve sınai ürünlerin ticarileştirilmesi doğası gereği ihale süreçlerine uygun değildir. Bu çerçevede, yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirilmesinin ihale süreçlerinden muaf tutulması yönünde bir

⁶³ ÜSİMP Rapor, s. 8.

⁶⁴ **Odman Boztosun**, s. 156.

istisna hükmünün getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵. Ancak kanaatimizce burada bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, *ticarileştirme türü ve ticarileştirilecek buluşun tabii olduğu alan* göz önünde bulundurulmadan peşinen yükseköğretim kurumlarına ait tüm buluşların ticarileştirilmesinin ihaleye tabii olmayacağına ilişkin bir düzenleme getirilmesi kamu malına zarar verilmesi sonucunu doğurabilecektir⁶⁶. Özellikle sağlık, milli güvenlik gibi kamu yararının yüksek olduğu alanlarda devir ve inhisari lisans verilmesi halinde ihale süreçlerinin uygulanması yerinde olacaktır. Zira bu ticarileştirme türlerinde buluş yalnızca devralan veya lisans alan tarafından kullanılabilir. Bu nedenle, şeffaf olan ihale süreçlerinin uygulanması yerinde olacaktır. Buna karşılık, bu alanlarda olan bir buluşun kullanımının inhisari olmayan lisans ile devri ihale süreçlerinden istisna tutulabilir. Bu çerçevede, kanaatimizce yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirilmesi kural olarak ihale süreçlerinden muaf tutulmalı, ancak sağlık, milli güvenlik gibi alanlardaki buluşların devri veya inhisari lisans ile kullanım devri için ihale süreçleri uygulanmaya devam edilmelidir.

Uygulamada ihale süreçlerine tabii olma nedeniyle ortaya çıkacak problemleri bertaraf edebilmek amacıyla farklı çözüm yollarına başvurulduğu görülmektedir. Anadolu Üniversitesi ve Eskişehir Teknik Üniversitesi'nin Teknoloji Transfer Ofisi olarak faaliyet gösteren ARİNKOM TTO, yükseköğretim kurumlarına ait buluşları, 11 Eylül 2018 tarihli ve 2018/8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesine dayanarak Rektör Başkanlığında oluşturulan komisyon kararıyla sözleşme yöntemi ile ticarileştirmektedir⁶⁷. Söz konusu Genelgeye göre, "*Kamu kurum ve kuruluşları (belediyeler ve il özel idareleri hariç) ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait şirketler, kendi mülkiyetlerinde veya tasarruflarında bulunan taşınmazlarıyla ilgili olarak; kamu kurum ve kuruluşları, vakıf, dernek veya bunların şirketlerine,*

⁶⁵ ÜSİMP Rapor, s. 10.

⁶⁶ Bizim de benimsediğimiz bu görüş ÜSİMP tarafından düzenlenen Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısında Erciyes TTO adına toplantıya katılan Ahmet Hidayet Kiraz tarafından ortaya konulmuştur, Bkz. ÜSİMP Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, <https://www.youtube.com/watch?v=3togT27a_3c> s.e.t. 15.04.2022.

⁶⁷ ÜSİMP Rapor, s. 8.

gerçek veya tüzel kişilere; satış kira irtifak, takas, tahsis, devir ve benzeri her türlü tasarrufa yönelik işlemlerini, bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kamu kurum ve kuruluşlarında bakan yardımcısı, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında üst yönetici başkanlığında teşkil ettirilen komisyonlar vasıtasıyla yapacaklardır. Söz konusu komisyonlarca izin başvuru ve sonuçları Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında Cumhurbaşkanlığına bildirilecektir". Bu çerçevede, ARİNKOM TTO tarafından buluşlar (ve diğer fikri ve sınai haklar) taşınmaz olarak değerlendirilerek Genelge çerçevesinde ticarileştirme yapılmaktadır. Bu ticarileştirme yolunun ticarileştirmeyi kolaylaştırması ve hızlandırması açısından amaca uygun olduğu söylenebilirse de hukuki olduğunu söylemek ne yazık ki mümkün olmayacaktır. Zira buluşların taşınmaz olarak kabul edilebilip Genelge kapsamına sokulabilmesi için herhangi bir yasal dayanak bulunmamaktadır. Mülkiyete konu haklar taşınır, taşınmaz ve fikri ve sınai haklar olarak üçe ayrılmaktadır. Fikri ve sınai mülkiyet hakları, hukukun diğer alanlarından farklı ve kendine özgü özelliklere sahiptir⁶⁸. Fikri mülkiyet hukukunun özellikleri dikkate alınmaksızın, klasik hukuk mantığıyla bu alanda yaşanan hukuki problemlere çözüm üretilemez⁶⁹. Hal böyleyken buluşların taşınmaz olarak kabul edilip Genelge çerçevesinde ticarileştirilmesi kanaatimizce hukuka uygun değildir.

Yükseköğretim kurumuna ait bir buluşun ortaya çıkıp ticarileştirilmesinden sonraki aşama elde edilen gelirin paylaşılması aşamasıdır. Ticarileştirme süreci bir bütün olarak düşünülüp kurgulanmadığı için bu aşamada da önemli problemler yaşanmaktadır. Elde edilen gelirin Döner Sermaye İşletmesi üzerinden dağıtılması durumunda yüksek vergi kesintileri buluşçunun teşvikinin azalmasına neden olmaktadır. Yine emekli olmuş öğretim üyesine, mezun olmuş öğrenciye veya kurumda çalışmayan üçüncü bir kişiye bu işletme üzerinden ödeme yapılamaması da önemli bir sorundur. Bu nedenle, döner sermaye sisteminin yükseköğretim kurumlarının buluşlarının ticarileştirilmesi sürecindeki bu problemleri ortadan kaldıracak şekilde yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir⁷⁰. Bu çerçevede özellikle,

⁶⁸ Suluk/Karasu/Nal, s. 2.

⁶⁹ Suluk/Karasu/Nal, s. 2.

⁷⁰ Odman Boztosun, s. 158.

vergi maliyetlerini azaltacak birtakım istisnalar düzenlenmeli ve kurumda çalışmayan üçüncü kişilere de ödeme yapılabilmesinin önü açılmalıdır⁷¹.

Ticarileştirmeden elde edilen geliri Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı vasıtasıyla yapan yükseköğretim kurumları için en büyük problem bu Başkanlığın fatura düzenleyemiyor olmasıdır. Mevcut durumda bu sorun makbuz verilmek suretiyle çözülmeye çalışılmaktadır. Vergi Usul Kanunu uyarınca, fatura düzenleyemeyen birimler tarafından verilen makbuz muhasebeleştirilebilecektir⁷². Ancak bu durum makbuzun muhasebeleştirilmesinde problem yaşayacaklarını düşünen firmaların bu sürece mesafeli yaklaşımlarına neden olmaktadır⁷³. Bu nedenle, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığına fatura düzenleme yetkisinin verilmesi durumunda ticarileştirmenin önündeki engellerden biri kalkmış olacaktır.

SONUÇ

Günümüzde yükseköğretim kurumları teknolojik ilerlemenin lokomotifleri olarak görülmektedir. Bu çerçevede, bir ülkenin teknolojik olarak gelişmesini sağlayan en önemli faktörlerden birinin yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen bilimsel çalışmalar ve araştırmalar sonucu ortaya çıkan teknoloji ve yenilikler yani fikri ve sınai ürünler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, dünyadakine paralel bir şekilde ülkemizde de yükseköğretim kurumlarının çalışmaları desteklenmekte, ortaya çıkan her yeni buluş ödüllendirilmeye çalışılmaktadır. Bunun karşılığı olarak yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluş sayısı her geçen yıl artış göstermektedir⁷⁴.

Buluş sayısındaki artış ülkemiz için önemli bir gelişme olmakla birlikte teknolojik gelişmenin sağlanması için tek başına yeterli değildir. Buluşların ülkelerin gelişmesine katkı sağlayabilmesi, ürüne dönüşerek uygulamaya konulmasına yani ticarileştirilmelerine bağlıdır. Bu nedenle, yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirilmesi de en az ortaya çıkması kadar önem

⁷¹ ÜSİMP Rapor, s. 10.

⁷² ÜSİMP Rapor, s. 7.

⁷³ ÜSİMP Rapor, s. 7.

⁷⁴ Üniversite Patentleri Analiz Raporu (ÜSİMP ve Patent Effect iş birliğinde hazırlanmıştır), s. 5, <<https://www.usimp.org.tr>> s.e.t. 15.04.2022.

verilmesi gereken bir konudur. Fakat ülkemizde söz konusu buluşların ticarileştirme süreci bir bütün olarak kurgulanmadığından yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirilmesi bazı mevzuata dayalı engellere takılmaktadır. Bu engeller, esas olarak devlet malı niteliğindeki buluşların ticarileştirilmesinin ihale mevzuatına tabi olması, her nasılsa ticarileştirme yapıldıktan sonra gelir paylaşımının nasıl yapılacağına ilişkindir.

Bu çerçevede, kanaatimizce, sağlık, milli güvenlik gibi kamu yararının yüksek olduğu alanlarda devir ve inhisari lisansla kullanım devri dışındaki durumlarda yükseköğretim kurumlarına ait buluşların ticarileştirme süreçleri ihale mevzuatlarından muaf tutulmalıdır. Gelir paylaşımının döner sermaye işletmesi vasıtasıyla yapan kurumlar için vergi kesintileri düşürülmeli, paylaşımın Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı eliyle yapıldığı kurumlar için bu Başkanlığa fatura düzenleme imkânı tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Cunningham, James A./ Lehman, Erik E./ Menter, Matthias/ Seits, Nikolaus** (2019) “The Impact of University Focused Technology Transfer Policies on Regional Innovation and Entrepreneurship”, *The Journal of Technology Transfer* No. 44, s. 1451-1475.
- Çakır Çelebi, Fatma Betül** (2021) “Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşların Kapsamı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 16, S: 182, s. 1908-1917.
- Değerli, Mustafa/Tolon, Metehan** (2016) “Teknoloji Transfer Ofisleri İçin Kritik Başarı Faktörleri”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, C: 9, S: 2, s. 197-220.
- Doğan, Gülmelehat** (2020) *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Ankara.
- Gordon, Mark L.** (2004) “University Controlled or Owned Technology: The State of Commercialization and Recommendations”, *Journal of College and University Law*, Vol: 30, No: 3, s. 641-672.
- Kamariah, Ismail/ Wan Omar, Wan Zaidi/ Majid, Izaidin Abdul** (2011) “The Commercialisation Process of Patents By Universities”, *African Journal of Business Magagement*, Vol: 5 (17), s. 7198-7208.
- Kök Hazer, İdil Buse** (2019) “Uygulama Bakış Açısıyla Teknoloji Transfer Ofisleri”, *Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, s. 161-166.
- Leistner, Matthias** (2002) “Farewell to the “Proffessor’s Privilege” - Ownership of Patents for Academic Inventions in Germany under the Reformed Employees’ Inventions Act 2002”, *ICC*, V: 35, No: 7, s. 859-872.
- Odman Boztosun, Ayşe** (2019) “Akademik Teknolojik Transferine Uygun Bir Mevzuat İklimi Tasarımı”, *Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, s. 151-159.

Peldek, Serkan/ Gültepe, Yasemin (2017) “Akademik Spinoff Firma Değerlendirilmesi: Ar-Ge Faaliyetlerinin Ticarileştirilmesi”, Bartın İ.İ.B.F. Dergisi, C: 8, S: 15, s. 65-82.

Suluk, Cahit (2020) Çalışan Buluşları Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2017.

Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel (2021) Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara.

Uzunallı, Sevilay (2015) “Üniversite Öğrenim Elemanlarının Buluşları Üzerinde Patent Hakkı”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), 2015/1, s. 171-184.

Diğer Kaynaklar:

Sarı, H. Gürbüz, Buluşun Ticarileştirilmesi – Hukukçu Gözüyle Stratejik Bir Yaklaşım – Bölüm 1, <tr.linkedin.com>.

Tübitak Teknoloji Transfer Ofisleri Destekleme Programı Uygulama Esasları, <<https://www.tubitak.gov.tr>> s.e.t. 15.04.2022.

Birlikte Tartışalım: Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, <https://www.youtube.com/watch?v=3togT27a_3c> s.e.t. 14.04.2022.

ÜSİMP (Üniversite – Sanayi İşbirliği Merkezleri Platformu) Birlikte Tartışalım – Ticarileştirme Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı Raporu– 21.04.2021 (ÜSİMP Rapor) <<https://www.usimp.org.tr>> s.e.t. 09.04.2022.

Üniversite Patentleri Analiz Raporu (ÜSİMP ve Patent Effect iş birliğinde hazırlanmıştır), s. 5, <<https://www.usimp.org.tr>> s.e.t. 15.04.2022.

AİLE İÇİ CİNSEL İSTİSMAR MAĞDURU ÇOCUKLARLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI*

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep DÖNMEZ**

*Çocuklarınız sizin çocuklarınız değil,
Onlar kendi yolunu izleyen Hayat'ın oğulları ve kızları.
Sizin aracılığınızla geldiler ama sizden gelmediler
Ve sizinle birlikte olsalar da sizin değiller.
Halil Cibran*

ÖZET

Çalışmamızda aile içi istismar mağduru çocukların durumu ceza hukuku ve medeni hukuk kapsamında ele alınmıştır. Kırılgan grup içinde değerlendirilen çocuk mağdurlara yönelik koruma önlemlerinin uluslararası hukuktaki tarihi gelişimine ve ülkemizdeki duruma değinilmiştir. Çocuğun dinlenilmesi ve çocuğun yüksek yararı ilkeleri konuyla ilgili olarak irdelenmiştir. Çocukla kişisel ilişki kurulması hakkının niteliğine kısaca değinildikten sonra aile içi cinsel istismar iddiasının varlığına bağlı olarak bu hakkın sınırlandırılması ve kaldırılması konusu Yargı kararları ışığında ele alınmıştır. Çocukların daha iyi bir şekilde korunmasının temini için öneriler getirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Çocuğun korunması, çocuğun üstün yararı, çocuğun dinlenilmesi, kişisel ilişkinin sınırlandırılması, aile içi cinsel istismar.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1106498 – Geliş Tarihi: 20.03.2022 – Kabul Tarihi: 31.07.2022.

** Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Dönmez, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Orcid: 0000-0001-5189-8752, e-posta: zdonmez@ybu.edu.tr.

LIMITATION THE RIGHT TO HAVE PERSONAL RELATIONS WITH CHILDREN WHO ARE VICTIMS OF DOMESTIC SEXUAL ABUSE

ABSTRACT

This article reviews the protection of children who are victims of domestic abuse within the scope of criminal law and civil law. The historical development of the protection measures for child victims, who are considered vulnerable, is presented by comparing international law and the situation in Turkish law. The principles of the child's right to be heard and the child's best interest are discussed within the context of this article. After briefly mentioning the right of the child to maintain personal relations and direct contact with both parents, it is discussed that the limitation and removal of this right depend on the existence of the allegation of domestic sexual abuse considering the judicial decisions. Recommendations have been made to ensure that children are better safeguarded.

Keywords: child protection, the best interest of the child, child's right to be heard, limitation of the personal relations, sexual abuse within the family.

GİRİŞ

Aile içi istismar davaları hem ceza hem hukuk yargılamasının konusunu oluşturmaktadır. Medeni hukuk ve ceza hukuku birbirinden farklı disiplinler olsa da karma bir hukuk dalı olan çocuk hukuku bakış açısı ile konunun hem ceza hem aile hukuku boyutuyla ele alınması zarureti doğmuştur. Konunun bütünlüğünün gerektirdiği noktalarda ceza hukuku boyutuyla ilgili kısa açıklamaların ardından çocukla kişisel ilişki kurulması yargı kararları ışığında ele alınmıştır.

Aile içi istismar vakalarında, ceza davasında fail ve mağdur olarak karşı karşıya gelen taraflar için aile mahkemesinde kişisel ilişki kurulup kurulmayacağı değerlendirilmektedir. İdrak çağında olan çocuk, ceza davasında mağdur sıfatıyla ifade verirken, aile mahkemesinde kendisini ilgilendiren bir konuda görüşüne başvurulması gerektiği için duruşmaya davet edilmektedir. Bu ise çocuğun yaşadıklarını tekrar tekrar hatırlaması, anlatması ve ceza mahkemesi heyetinin yanı sıra aile mahkemesi hâkimini de ikna etmeye çalışması anlamına gelmektedir. Çocuğun korunması için kim tarafından nerede dinlendiği önem arz etmektedir. Çalışmamızda bu konu, olan ve olması gereken hukuk bakımından ele alınmıştır.

Kişisel ilişki kurma hakkı, tarafların kişilik haklarına dâhil bir hak olarak kabul edilmekte ve kaldırılmasına son çare olarak başvurulmaktadır. Aile içi istismar iddialarının varlığında çocuk açısından mağduriyete yol açabilmektedir.

Çalışmamızın sınırları göz önünde bulundurularak cinsel istismar suçunun unsurları veya kişisel ilişki kurma hakkına sahip olanlar tüm ayrıntılarıyla ele alınmaktan kaçınılmıştır. Konu, çocuğun korunması bakış açısıyla, çocuk hukukuna hâkim olan ilkelerin değerlendirilmesi suretiyle yargı kararları ışığında irdelenmiştir.

I. ÇOCUK MAĞDURLARIN KORUNMASI

Hukukumuzda on sekiz yaşını doldurmamış olan kişi çocuk olarak tanımlanmaktadır. Çocuklar, yetişkinler karşısında zayıflıkları ve

deneyimsizlikleri nedeniyle kolaylıkla bir suçun mağduru olabilmektedirler¹. Mağdur olan çocuklar, yaşadıklarını yasal temsilcilerine, kolluk kuvvetlerine veya hâkime aktarma konusunda da sorun yaşayabilmektedirler. İş bu nedenle mevzuatta çocuk mağdurların korunmasına yönelik özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler esas olarak Ceza Muhakemeleri Kanunu²'nin (CMK) 236. maddesinde, 63 Sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi³'nde ve Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği⁴'nde yer almaktadır. Uluslararası hukukta ise Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁵ ve Mağdur Hakları Direktifi 2012/29/EU548⁶ ile çocuk mağdurların korunmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir.

2001 yılında ABAD verdiği bir çerçeve kararında⁷ yaşları ve mağduru oldukları suç dikkate alınarak çocukların özel konumuna dikkat çekmektedir.

¹ “Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve failerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran çocuklar için daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar, çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almasına özellikle vurgu yapılmaktadır.” AYM, E: 2015/43, K: 2015/101, T: 12.11.2015.

² 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RG Tarih: 17/12/2004 Sayı: 25673

³ Yayımlandığı Resmî Gazetenin Tarihi – Sayısı : 10/6/2020-31151.

⁴ 30 Nisan 2021 tarih ve 31470 Sayılı Resmî Gazete.

⁵ 25.10.2007 tarihinde kabul edilen bu sözleşme Lanzarote Sözleşmesi olarak da geçmektedir, <<https://rm.coe.int/168046e1de>> (s.e.t. 31.03.2022).

⁶ 2012/29/EU548, Suç Mağdurlarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Asgari Standartların Oluşturulmasına İlişkin AB Direktifi, <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2012/29/oj>> (s.e.t. 31.03.2022).

⁷ Case C-105/03, Criminal Proceedings against Maria Pupino, 16 June 2005; 2001/220/JHA Ceza Yargılamasında mağdurun duruşmaya katılmasına ilişkin Konsey Çerçeve Kararı 15 Mart 2001. *Pupino* Davasının konusunu bir öğretmenin öğrencisini istismar ettiği iddiası oluşturmaktadır. Mahkemede, savcının çocukların ifadesinin duruşma dışında alınması talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine ilk kez ABAD ceza davalarında çocukların mağdur ya da tanık olarak yer almalarına ilişkin yorum yapmıştır. Bu kararın ardından 2012/29

Çocukların duruşma salonu dışında ve oturumlardan önce dinlenilmesi gibi özel koruma önlemlerinden yararlanma hakları olduğu vurgulanmıştır. Kararda, yaşın tek ölçüt olarak ele alınmaması, somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur. Buna göre, “*Bu davada olduğu gibi küçük çocuklar kendilerine kötü davranıldığını, üstelik bir öğretmen tarafından kötü davranıldığını iddia ediyorlarsa, bu çocuklar, özellikle yaşları ve mağduru olduklarını ileri sürdükleri fiillerin mahiyeti ve sonuçları dikkate alınarak bu kategoride⁸ sayılmaları gerekir.*” ifadelerine yer verilmiştir⁹.

Özellikle istismar vakalarında çocukların ilk başta yaşadıkları olayı anlatmak istememeleri ve sonrasında çelişkili beyanlarda bulunmaları yargılama sürecinde sıklıkla karşılaşılan durumlardır. Bir istismar iddiasının varlığında yapılması gereken konunun, sürecin en başından en sonuna kadar disiplinler arası bir çalışma ile alınması ve titizlikle sürdürülmesidir. Bu husus Anayasa Mahkemesi’nin 2020 tarihli kararında¹⁰ da vurgulanmıştır. İlgili kararda Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvurunun konusu, çocuğun cinsel istismarına yönelik şikâyetin soruşturma makamlarınca etkili soruşturulmaması sonucu kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasıdır. Uyuşmazlık konusu

Numaralı Suç Mağdurlarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Asgari Standartların Oluşturulmasına İlişkin AB Direktifi çıkarılmıştır. Bu metinlerde vurgulanan mağdur haklarını iç hukukta teminat altına almak adına öncelikle mağdur hakları kanun tasarısı hazırlanmış ancak tasarı kanunlaşmamıştır. 2020 yılında 63 Sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve buna ilişkin olarak 2021 yılında Adli Destek Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği çıkarılmıştır. Bunlarla birlikte Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 236. maddesinde 2019 yılında eklenen fıkralar ile çocuk mağdurların hakları iyileştirilmiştir.

⁸ “Bu kategoride” ifadesiyle kırılgan gruplar kastedilmektedir. 63 Sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin ikinci maddesi (ç) bendinde kırılgan grup “adli destek görevlileri tarafından yapılan bireysel değerlendirme sonucunda suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği tespit edilen mağdurlar ile adli sisteme dâhil olan çocuklar” olarak tanımlanmaktadır. Aynı kararnamenin yedinci maddesinde kırılgan gruplara sunulacak hizmetler düzenlenmektedir.

⁹ Bkz. Çocuk Haklarıyla İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı, 2015, Lüksemburg, Avrupa Birliği Basım Ofisi, s.195, <<http://www.cocukgozlemevi.org/storage/app/uploads/public/5ca/1aa/042/5ca1aa0428189711249469.pdf>> (s.e.t. 15.04.2022)

¹⁰ S. B. ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2016/59765, K.T. 17.06.2020.

olayda başvuru, çocuklarında fark ettiği davranış bozukluğunun nedenini anlamak üzere eve gizli kamera yerleştirmiş, eşinin ortak çocuklarına karşı cinsel istismara yönelik davranışlarının olduğu iddiasıyla savcılığa şikâyetle bulunmuştur. Başvuru, soruşturma dosyasına, çocukların ruhsal tedavi gördüğüne dair sağlık ve değerlendirme raporu sunmuştur. Kolluk aracılığıyla dinlenen çocuklardan biri ifade vermek istemezken diğeri babasının/başvurucunun iddialarını kısmen doğrular mahiyette beyanda bulunmuştur. Başvurucunun akrabaları da onun lehine tanıklık yapmışlardır. Ancak savcılık, eve kamera yerleştirilmesinin hukuka aykırı delil teşkil ettiği, yasak delillerle hüküm kurulamayacağı ve mahkûmiyet kararı verilemeyeceği gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığına kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında ise şu değerlendirmede bulunulmuştur; “44. Bir taraftan yasal düzenlemelerle çocuklar aleyhine işlenen cinsel suçların daha ağır yaptırımlarla cezalandırılması öngörülerek bu suçların caydırıcılığının artırılması hedeflenirken diğer taraftan bu suçlarla ilgili yapılan şikâyet veya ihbarların özensiz biçimde soruşturması, hedeflenen caydırıcılığı zedeleyecek mahiyettedir. Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında, gerçekleştiği iddia edilen çocukların istismarlarına yönelik eylemlere ilişkin soruşturmaların ancak ciddiyetle ve detaylı yapılması halinde çocukların korunmasından tam anlamıyla söz edilebilecektir.

47. Başvurucunun iddialarını desteklediği öne sürülen görüntülerin soruşturmaya yansıyan tek delil olmadığı anlaşılmaktadır. Başvuru çocuklar ile tanık beyanlarının yanı sıra başvuru baba tarafından temin edilen çocuklar hakkındaki sağlık raporları da başvurucunun iddiasını savunulabilir kılmakta ve bu doğrultuda kötü muamele yasağı bakımından devletin usul yükümlülüğünü doğuracak mahiyette bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle çocuğun cinsel istismarı gibi ağır nitelikteki bir suça ilişkin yapılan şikâyeti destekleyen makul delillerin varlığı da dikkate alındığında suçun soruşturulması için aranan koşulların sağlandığı tespit edilebilmektedir. Bu durumda soruşturma makamlarınca özenle soruşturma yürütülerek tüm delillerin eksiksiz toplandıktan sonra toplanan bu delillerin tartışılarak bir sonuca ulaşılması gerekmektedir.”

Çocuk mağdurların korunmasını güvence altına almak adına gerek doktrin gerekse yukarıda zikredilmiş olan yargı kararları ve mevzuat hükümleri uyarınca temel ilkelere bahsetmek mümkündür. Bunlar, ‘çocuğun yüksek yararı’, ‘çocuğun dinlenilme hakkı’, ‘ikincil mağduriyetin önlenmesi’ ve uzman desteğinden yararlanma’ olarak sınıflandırılabilir. Bu ilkeler, niteliği itibariyle karma bir hukuk dalı olan çocuk hukukunda hem özel hukuk hem de ceza yargılamasında göz önünde bulundurulmaktadır. Çalışmamızda da aşağıdaki başlıklarda her iki boyutuyla ele alınmıştır.

A. ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI

“Çocuğun yararı” veya “çocuğun üstün/yüksek yararı” kavramı çocuk hukukunun temelini oluşturmaktadır. Çocuğu ilgilendiren bir konuda karar verirken hâkim, çocuğun üstün yararını gözetmek ve ona göre karar vermek zorundadır. Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi¹¹ m. 3/I hükmü “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*” demek suretiyle bunu uluslararası bir hukuk ilkesi olarak benimsemiştir. Bu ilke AY m. 90/V hükmü gereği iç hukukta da geçerlidir. Bu ilke niteliği itibariyle herhangi bir kanunda genel olarak tanımlanmamış olsa da göz önünde bulundurulması gerektiği birçok maddede hüküm altına alınmıştır.

Anayasa’nın 41. maddesinde “*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*” Kişisel ilişki kurma hakkını düzenleyen TMK m. 182/II hükmünde çocuğun yararının göz önünde tutulacağı düzenlenmiştir. Kişisel ilişki kurma hakkının sınırlandırılmasında ise (TMK m. 324/II) çocuğun yararı kavramı yerine, “*çocuğun huzurunun tehlikeye girmesinden*” bahsedilmiştir.

Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m. 6/I’e göre, “*Çocuklara yönelik tüm iş ve işlemler ile hizmet sunumunda çocuğun üstün yararı ilkesi esas alınır.*” denilmektedir.

¹¹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, RG T. 27.01.1995, S. 22184.

AB hukukunda 2012/29/EU548 sayılı Mağdur Hakları Direktifi çocuk mağdurların durumunu açık olarak tanımlamaktadır. Direktife göre, mağdur kişi çocuksa, çocuğun yüksek yararı her durumda birinci derecede gözetilecek ve bireysel temelde değerlendirilecektir.

Çocuk ile ilgili verilecek kararların merkezinde yer alan bu kavramın ne olduğuna dair tek ve mutlak bir tanımın yapılması ise mümkün değildir. Somut olayın özelliklerine göre neyin çocuğun üstün yararına olacağı farklılık arz edecektir. Dolayısıyla çocuğun yüksek yararı, hem kamu hem özel hukuk uyumsuzluklarında gözetilmesi gereken, hâkimin takdirine açık, somut olayın özelliklerine göre uyarlanacak bir hakkaniyet kavramıdır¹².

Yargıtay kararlarında¹³ çocuğun yararı, “*çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımından en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilebilmesi için çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu ilke hem çocuk için söz konusu olabilecek ihtimallerde onun için en iyisini seçmek hem de ebeveyn ile menfaatleri çatıştığında çocuğun menfaatine üstünlük tanımak anlamına gelmektedir¹⁴.

B. ÇOCUĞUN DİNLENİLME HAKKI

Çocuğun dinlenilmesi çocuğun üstün yararı ile yakından ilgili bir kavramdır. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca çocuğun,

¹² **Akyüz, Emine** (2020) Çocuk Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Pegem, s.49.

¹³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/10716, K: 2016/11271, T: 08.06.2016; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2018/ 5626 K: 2018/10626 T: 04.10.2018 (lexpera.com).

¹⁴ Bkz. **Serozan, Rona** (2017) Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s.65 vd.; Akyüz, s.50 vd.; **Şirin, Memduh Cemil** (2019) Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış, Çocuk ve Medeniyet, C: 4, S: 8, s.220 vd.; **Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Alper** (2022) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Filiz, s.146; **Erlüle, Fulya** (2010) Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması, MÜHF-HAD, C: XVI, S: 3-4, s.225; **Yılmaz, Canan** (2015) Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, MHB C: 35, S: 1 s.111; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/10716, K: 2016/11271, T: 08.06.2016 (lexpera.com); Münchener Kommentar zum BGB, § 1696 Rn. 26.

kendini ilgilendiren konularda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı vardır¹⁵. Burada önemli olan, çocuğun görüş oluşturabilme becerisine yani bu olgunluk ve ayırt etme gücüne sahip olmasıdır¹⁶. Özel hukuk anlamında velayet, vesayet, kişisel ilişki ve evlatlık ilişkisinin kurulması gibi konularda çocuğun dinlenilmesi konusu sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukuku anlamında ise çocuğun mağdur veya tanık olarak dinlenilmesi durumunda özel düzenlemeler öngörülmüştür.

1. Özel Hukuk Anlamında

“Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir.

Bir yargılama faaliyeti olmaksızın, çocuğun kendini ilgilendiren konularda görüşünün alınması gerektiği Türk Medeni Kanunu’nda da hüküm altına alınmıştır. TMK m. 339/III uyarınca “*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.*” Yine TMK m. 450 hükmüne göre, “*Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür.*”

¹⁵ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12 uyarınca, “Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanır.”

Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.”

¹⁶ Çocukların anlama düzeyleri her zaman biyolojik yaşları ile bağlantılı değildir, bkz. **Elçin Grassinger, Gülçin** (2010) Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C: 1, s. 837; **Oktay Özdemir, Saibe** (2009) Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C: II, İstanbul, s. 1231 vd.; **Yılmaz**, s. 114 vd.; **Büchler Andrea/ V. Enz, Benjamin** (2018) Der persönliche Verkehr, FamPra, C: 4, s. 913 vd.

Yargılama faaliyeti esnasında da hâkimin, kendisini ilgilendiren konularda çocuğu dinlemesi gerekmektedir¹⁷. Çocuğun dinlenilmesi, onun istekleri doğrultusunda karar verileceği anlamına gelmemektedir. Çocuğun üstün yararı ve istekleri arasında bir ayırım bulunmaktadır. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür¹⁸.

Çocuğun dinlenilmesi ve görüşünün alınmasındaki ana amaçlar, çocuğun kişi varlığına değer ve önem verilmesi ve hâkimin hüküm verirken olayı anlamasına kolaylık sağlanmasıdır¹⁹. Hukuki açıdan değerlendirdiğimizde, çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşüne başvurulması kulağa çok güzel ve hakkaniyetli gelse de çocuk psikolojisi düşünüldüğünde anne babasının boşanma davasında kendisine ilişkin konulara yönelik bile olsa çocuğun duruşma salonunda bulunması kanaatimizce onun menfaatine olarak değerlendirilemez²⁰. Kürsüden kendisine yöneltilen “annenle mi kalmak istersin babanla mı?” sorusuna muhatap olmak ve bu soruyu yanıtlamak zorunda hissetmek her çocuk için yaralayıcı olacaktır. Bu ifadelerle kastımız çocuk haklarına yönelik temel bir ilke olarak karşımıza çıkan “çocuğun dinlenilmesi” ilkesini eleştirmek değil bu ilkenin uygulanmasında karşılaşılan sorunlara dikkat çekmektir. Hâkim, çocuk psikolojisinden anlayan bir uzman değildir. Böyle olması beklenemez de. Bu nedenle aile mahkemelerinde uzmanlardan yararlanılması öngörülmüştür (4787 Sayılı K. m. 5). Ailesi boşanma sürecinde olan bir çocuk hem uzmanlarla hem hâkimle görüşecektir. Sonrasında kişisel ilişkinin değiştirilmesine yönelik bir talep olduğunda bir daha bu süreci yaşaması gerekecektir. İstismar iddiasının varlığı durumunda bunlara ek olarak ceza davasında da dinlenecektir. Yaşadığı durumu tekrar tekrar ifade etmek zorunda kalması ve

¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/401, K: 2012/723, T: 17.10.2012; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/10716, K: 2016/11271, T: 08.06.2016; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2018/5626, K: 2018/10626, T: 04.10.2018 (lexpera.com).

¹⁸ **Büchler/ V.ENZ**, s. 917 vd.; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/10716, K: 2016/11271, T: 08.06.2016; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2018/5626, K: 2018/10626, T: 04.10.2018 (lexpera.com).

¹⁹ **Elçin Grassinger**, s. 833.

²⁰ Aynı yönde bkz. **Elçin Grassinger**, s. 840 vd.

nihayetinde anne ve babası arasında bir seçim yapıyor olması şüphesiz yaralayıcı olacaktır.

Çocuğun dinlenilmesinin onu daha fazla yaralamak yerine, onun yararına olabilmesi için çocuğu kim, nerede dinleyecek sorularının üzerinde titizlikle durulması gerekmektedir. Uygulamaya baktığımızda, öncelikle uzmanlar çocukla görüşmekte, yaşadığı ortamı gözlemlemekte ve bir rapor hazırlamaktadır. Çocuk kendisini ifade edebilecek bir yaştaysa duruşmaya çağrılarak hâkim tarafından da dinlenmektedir²¹. Hâkimin uygun görmesi veya ihtiyaç duyması durumunda taraflar, duruşma salonundan çıkarılarak, çocuk, vekillerin huzurunda dinlenmektedir. Uzmanların adliyede çocukla görüşmeleri gerektiği durumlarda da bu görüşmeler uzman odasında gerçekleşmektedir.

Çocuğun yararı, mümkün olduğunca az sayıda, sağlıklı bir şekilde kendisini ifade etme imkânına sahip olmasıdır. İş bu nedenle ceza davalarında olduğu gibi hukuk davalarında da çocuğun duruşma dışında dinlenmesi mümkün kılınmalıdır. Bunun için adliye şartlarının iyileştirilmesi, çocuğun, çocuk dostu bir ortamda, ifadesi kayıt altına alınarak, mutlaka uzman katılımıyla dinlenmesi gerekmektedir. Hâkimin çocuğa doğrudan soru sorması yerine uzman aracılığıyla sorularını iletmesi de çocuğun yararına olacaktır. Bununla birlikte aile mahkemesi hâkimlerine çocuk psikolojisi ve çocuklarla görüşme tekniklerine yönelik tamamlayıcı eğitimler verilmesi düşünülebilir.

2. Ceza Hukuku Anlamında

Yukarıda ifade edildiği üzere çocuk mağdurların ceza yargılamasında etkili bir şekilde dinlenilmesi için özel düzenlemeler bulunmaktadır²². Adli sisteme dâhil olan çocuklar 63 Sayılı suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca kırılğan grup olarak nitelendirilmektedir (m. 2, m. 7). Buna göre adli destek görevlileri mağdurun kendini daha rahat ifade edebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını Cumhuriyet Savcısı veya hâkime bildirmek, mağdur dinlenirken yanında

²¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/10716, K: 2016/11271, T: 08.06.2016; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2018/ 5626, K:2018/10626, T: 04.10.2018 (lexpera.com).

²² Bkz. dn. 7.

olmak, ifade ve beyan işlemlerinin adli görüşme odalarında gerçekleştirilmesini önerme hak ve yetkisine sahiptirler.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 2019 yılında yapılan değişiklikle²³ (CMK m. 236) mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması gerektiği düzenlenmiştir. Aynı hüküm uyarınca Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınacağı ifade edilmiştir. Bunu temin edebilmek adına adliyelerde adli görüşme odaları kurulmuştur²⁴. Cinsel istismar mağduru çocukların beyan ve görüntülerinin kayda alınacağı düzenlenmiştir (CMK m. 236/V).

Burada son olarak vurgulanması gereken konu, sanığın savunma hakkı ile mağdurun korunmasına yönelik menfaatlerinin dengelenmesidir²⁵.

²³ 7188 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 17.10.2019, R.G. T. 24.10.2019, S. 30928.

²⁴ Adalet Bakanlığı'nın sayfasında yer alan bilgiye göre 81 ilde 104 adliyede 109 adli görüşme odası bulunmaktadır, bkz. <<https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/agonedir>> (s.e.t. 21.03.2022).

Hâkim ve avukatlar, adli görüşme odaları kullanılarak yapılan yargılamalarda çocukların kendilerini daha rahat hissettiklerini ve ifade ettiklerini gözlemlemiş, uygulamayı olumlu bir gelişme olarak değerlendirmişlerdir, bkz. **Taner, Fahri Gökçen** (2021) Kırılğan Mağdurların Beyanlarının CMK'nın 236. maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi, TBB Dergisi, S: 153, s 4; **Sarıca, Ayşe Dolunay/ Coşkun, Umut Haydar** (2020) Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, S: 8 (1), s.12, 14, 16, 18; **Şamar, Berhudan/Urhan, Betül** (2020) Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme, Toplum ve Sosyal Hizmet, C: 31, S: 3, s.935.

Adli Görüşme Odalarının işlevinin arttırılmasına yönelik öneriler için bkz. **Şamar/Urhan**, s.935, "AGO sürecinde uygulayıcılar arasındaki işbirliği ve eşgüdüm eksikliği ile ortak dil ve anlayış farkı, belirleyici güç olan hâkim/savcıların kırılğan grup konusundaki eğitim eksiklikleri, mağdurun AGO'da ifade alınmasına sadece hâkim/savcının karar vermesi, teknik aksaklıklar, bekleme süresinin fazlalığı yaşanan sorunlardır."

²⁵ **Taner**, s.9 ve 13; **Taner, Fahri Gökçen** (2019) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 1. Basım, Ankara, Seçkin, s.432.

Mağdura tanınan haklar, sanığın adil yargılanma hakkının önüne geçmemelidir. Sanığın, mağdurun beyanlarına ulaşabilmesi, bunlara cevap verme imkânının olması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hallerde mağdurun duruşmaya davet edilmesi (CMK m. 236/II) bu dengenin sağlanması açısından dikkat edilmesi gereken hususlardır.

AİHM, çocuk istismarına ilişkin adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini incelediği bir olayda şu değerlendirmeyi yapmıştır²⁶; “*cinsel suçlar söz konusu olduğunda bir tanığın çapraz sorgulamasının her zaman mümkün olmayabileceğini ve böyle durumlarda tanık ifadelerinin büyük bir dikkatle ele alınması gerektiğini de kabul etmiştir. Çocuk tarafından yapılan açıklamalar sanığa karşı tek kanıt olmasına rağmen süreç bir bütün olarak adil yürütülmüştür. Video kaydı duruşma ve başvuru oturumlarında gösterilmiş, ikinci görüşmenin kaydı ise Yerel Mahkemede okunmuştur; sesli kayıt Temyiz Mahkemesinde de dinlenmiştir. Bütün bunlar başvuru sahibine çocuğun ifadesini ve yargı sürecindeki inandırıcılığını sorgulamak için yeterli fırsatları sağlamıştır. Dolayısıyla AİHS Madde 6 (3) (d)'ye yönelik herhangi bir ihlal söz konusu değildir.*”

C. İKİNCİL MAĞDURİYETİN ÖNLENMESİ

Çocuk mağdurlar, daha fazla mağdur olmalarına neden olabilecek durumlara karşı korunma ve alternatif süreçlere etkin biçimde katılma hakkına

²⁶ Olayda çocuk istismarı olaylarında önemli deneyim sahibi bir polis müfettişi çocukla iki kez görüşmüştür. İlk görüşmenin görüntü, ikincisinin de ses kaydı yapılmıştır. Başvuru sahibinin avukatı ikinci görüşmede yer almamış, ancak ele alınacak konularda polis müfettişiyle daha önceden anlaşmaya varmıştır. Duruşma sırasında yerel mahkeme çocukla yapılan görüşmelerin kayıtlarından yararlanmış, ancak çocuğun kendisini değerlendirmemiştir. Sonunda mahkeme, hemen hemen tamamen çocuğun ifadelerine dayanarak başvuru sahibini mahkûm etmiştir. Temyiz Mahkemesi de bu kararı onamıştır. Mahkemeye göre polisin yaptığı görüşmeler başvuru sahibinin suçunu sabit kılma açısından yeterli kanıtlar sunmaktadır; ancak, çocuğun zaman zaman kesinlikten uzak iddialarını destekleyici teknik kanıt olmadığını mahkeme de kabul etmiştir. Bkz. AİHM S.N. v. İşveç, No. 34209/96, 2 Temmuz 2002, Çocuk Haklarıyla İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı, 2015, Lüksemburg, Avrupa Birliği Basım Ofisi, s.196,<<http://www.cocukgozlemevi.org/storage/app/uploads/public/5ca/1aa/042/5ca1aa0428189711249469.pdf>> (s.e.t. 15.04.2022)

sahiptir. İkincil mağduriyetin önlenmesi adına alınacak önlemler; özel yaşamın ve kimliğin korunması, olayın kolluk birimlerine ya da adli birimlere intikal ettiği andan itibaren uzmanlarca takip edilmesi, ses, görüntü kaydı alınması ve bunların yargı sürecinde kanıt olarak kullanılması ve mağdur çocukla, bakım veren arasında çıkar çatışması olduğu durumlarda, çocuğun seçtiği şahsın kendisine refakat edebilmesinin sağlanması olarak zikredilebilir. Bunlarla birlikte ikincil mağduriyetin önlenmesi için çocukla yapılacak görüşmeler, bu amaçla tasarlanmış yerlerde, uzmanlar tarafından gerçekleştirilmelidir. Bu başlık altında bu konu üzerinde durulmuştur.

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nin (Lanzarote Sözleşmesi) 35. maddesi²⁷ uyarınca çocuklarla yapılacak görüşmelerin bu amaçla tasarlanmış veya uyarlanmış binalarda, bu amaçla eğitilmiş, uzmanlar tarafından yapılması gerekmektedir. Bu anlamda ülkemizde Çocuk İzlem Merkezleri Kurulmuştur²⁸. İlgili genelgede de belirtildiği üzere, mağdur çocukların; kolluk kuvvetleri, adli merciler ve sağlık kurumları tarafından ayrı ayrı değerlendirilmesi ve bu süreçte

²⁷ Madde 35- Çocuğun ifadesinin alınması

1- Taraflardan her biri aşağıdakileri sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır:

- a. Çocukla yapılacak mülakatın, yetkili makamlara vakalar bildirildikten sonra haksız bir gecikme olmaksızın gerçekleştirilmesi;
- b. Çocukla yapılacak mülakatın" gerekli görülüyorsa, bu amaçla tasarlanmış ya da uygun hale getirilmiş binalarda gerçekleştirilmesi;
- c. Çocukla yapılacak mülakatın bu amaçla eğitilmiş profesyoneller tarafından gerçekleştirilmesi;
- d. Mümkün ve uygunsa, çocukla yapılacak bütün mülakatların aynı kişiler tarafından gerçekleştirilmesi;
- e. Çocukla yapılacak mülakatların cezai işlemlerin amacı için gerekli olan kadar ve mümkün olduğunca sınırlı tutulması;
- f. Çocuğa, yasal temsilcisinin ya da uygun olduğu takdirde kendi seçeceği bir yetişkinin, bu kişiye yönelik aksi yönde bir karar alınmamışsa, eşlik etmesi.

2- Taraflardan her biri, mağdurla ya da çocuk tanıkla yapılan tüm mülakatların sesli görüntülü olarak kaydedilmesini ve bu kayıtların gerektiğinde iç hukuktaki kurallara uygun olarak mahkeme işlemlerinde delil olarak kabul edilmesini sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır.

3- Mağdurun yaşı konusunda bir belirsizlik ve mağdurun çocuk olduğuna inanılacak sebepler var ise, yaşının doğrulanması beklenilirken paragraf 1 ve 2'deki tedbirler uygulanır.

²⁸ 2012/20 sayılı Başbakanlık Genelgesi, RG. T. 04.10.2012, S. 28431.

yaşadıklarını defalarca dile getirmek zorunda bırakılması, gizliliğin yeterince sağlanamaması, ilgili kurumlarda çocukla görüşme yapanların; çocuğun ruhsal durumunu gözeterek görüşme yapabilecek yeterlilikte eğitime sahip olmaması halinde, çocuğun uğradığı travma şiddetlenmektedir. Bu hususlar dikkate alınarak, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmeye; Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler/kurumlar bünyesinde Çocuk İzlem Merkezlerinin (ÇİM) kurulması gerekli görülmüştür. 2021 verilerine göre 50 ilde 53 çocuk izlem merkezi bulunmaktadır²⁹. Sürecin kovuşturulması ve soruşturulmasında görev alan tüm paydaşlarca çocuk izlem merkezleri önemli bir gelişme olarak değerlendirilmekte birlikte³⁰ adli tıp uzmanı, çocuk ve ergen psikiyatristi, adli görüşmeci gibi nitelikli eleman ihtiyacına dikkat çekilmektedir³¹.

Çocuk İzlem Merkezinde görev alacak uzmanlar, Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmış merkezlerde eğitim alarak adli görüşmeci olabilmekte. Özellikle çocuklarla ilgili alanlarda görev yapan öğretmen, sosyal çalışma görevlisi, sağlık personeli, din görevlisi gibi kamu görevlileri ile kolluk görevlilerine eğitim verilmesi öngörülmüştür. Bununla hedeflenen amaç, ÇİM'lerde yürütülecek adli ve tıbbi işlemlerin, farklı uygulamalara yer vermeyecek biçimde, bu alanda eğitilmiş kişiler tarafından tek seferde yapılmasını temin etmektir.

Uzmanların, cinsel istismar vakalarında uzmanlaşmış olmaları da önem arz etmektedir. Nitekim Almanya'da yaşanan bir aile içi cinsel istismar iddiasında dışarıdan bakıldığında çok güzel görünen baba-oğul ilişkisinde

²⁹ <<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR-43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html>> (s.e.t. 23.03.2022)

³⁰ **Topdemir, Canan** (2016) İstismar Mağduru Çocukların Korunmasında Bir Uygulama, Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM), Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi, S: 43, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abmyoder/issue/46655/584928>>(s.e.t. 14.04.2022).

³¹ **Yüksel, Fadime/ Keser, Nilüfer/ Odabaş, Elif/ Kars, Gözde Bahar/ Yurtkulu, Fayık/ Daşkafa, Filiz/ Arslan, Fatma/ Cayrat, Emine** (2013) Çocuk İstismarı ve Çocuk İzlem Merkezleri, Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi, S: 2, s.22, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/954854>> (s.e.t. 23.03.2022).

cinsel istismar konusunda uzman terapist ile yapılan görüşmede çocuğun verdiği tepkilerden cinsel istismarın tespit edildiği belirtilmiştir³².

II. AİLE İÇİ CİNSEL İSTİSMAR İDDİALARINDA ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Çalışmanın bu kısmında aile içi cinsel istismar iddiasının varlığında çocukla kişisel ilişki kurulması yargı kararları ışığında ele alınmıştır.

A. GENEL OLARAK KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI

Kişisel ilişki kurma hakkı, velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin, çocuk ile görüşmesini, onu ziyaret etmesini ve ondan haber almasını teminat altına alır. Bu hak AİHS m. 8/I³³ ve BMÇHS m. 9/III³⁴ ile güvence altına alınmıştır. İç hukukumuzda ise TMK m. 323 uyarınca “*ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.*” TMK m. 182 hükmü gereği, mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken ana ve babanın haklarını ve çocukla olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Kişisel ilişki kurmak hem anne baba hem de çocuk için bir hak³⁵. Bu hakkın tesis edilmesinde ve kullanılmasında ise çocuğun eğitimi³⁶, özel

³² **Bühring, Petra** (2016) Kinderschutz: Ein scheinbar fröhliches Kind, Aertzteblatt, PP 6/2016, s.262, çalışmada disiplinler arası çalışmanın önemi vurgulanırken, ‘*cinsel istismarın ispat edilememesi, olmadığı anlamına gelmez*’ değerlendirmesi yapılıyor, bkz. <<https://www.aerzteblatt.de/archiv/179826/Kinderschutz-Ein-scheinbar-froehliches-Kind>> (s.e.t. 23.03.2022)

³³ AİHS m. 8/I: “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

³⁴ BMÇHS m. 9/III: “Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.”

³⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2021/712, K: 2021/2287, T: 16.3.2021; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2018/7788, K: 2019/51, T: 14.1.2019 (lexpera.com).

³⁶ “*Velayeti anneye verilen müşterek çocuk öğrenim çağındadır. Çocuğun eğitim ve öğretimini olumsuz yönde etkileyecek ve annenin de velayet hakkını kısıtlayacak şekilde kişisel ilişki kurulamaz. Bu husus göz önünde bulundurulmadan çocuğun iki hafta gibi baba yanında*

gereksinimleri ve gelişimi göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir ifade ile bu hakkın kapsamı, çocuğun yüksek yararı gözetilerek belirlenmelidir.

Hukuki niteliği itibariyle kişisel ilişki kurma hakkı, tarafların kişilik haklarına dâhil temel bir yüküm haktır³⁷. Bu hakkın amacı çocuğun anne ve babasıyla düzenli ilişki kurmasının temin edilmesidir³⁸.

Kişisel ilişki hakkı kurulurken hâkim, çocuğun yaşı ve eğitim durumunu da göz önünde bulundurarak³⁹, görüşmelerin sıklığını, süresini, ne zaman başlayıp ne zaman sona ereceğini ve tatil günlerindeki görüşmeleri düzenlemelidir. Yargıtay da bu konuların açıkça hükme bağlanmış olmasını mutlaka aramaktadır. Bununla birlikte Yargıtay, önemli iki husus üzerinde durmaktadır. Bunlardan ilki uzman görüşüne başvurulup başvurulmadığı⁴⁰, ikincisi ise idrak çağındaki çocuğun dinlenip dinlenmediği⁴¹. Çalışmamızın ilk kısmında bu konular üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Burada tekrara düşmemek adına sadece atıf vermek suretiyle, aile içi cinsel istismar iddiasının

kalacak şekilde kişisel ilişki düzenlemesi doğru görülmemiştir.”, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 21373 K: 10239, T: 18.06.2007, (Gençcan, Ömer Uğur (2015) Velayet Hukuku, Ankara, Yekin, s. 251).

³⁷ Akıntürk Turgut/Ateş, Derya (2022) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 24. Bası, Ankara, Beta, s. 396; Usta, Sevgi (2016) Velayet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, s.223; Erlüle, Fulya (2010) Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması, MÜHF-HAD, C: XVI, S: 3-4, s.219; Yılmaz, s.111 vd.; Yüksel, Sera Reyhani (2019) Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı, MÜHFHAD, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C: 25, S: 2, s.1542; Münchener Kommentar zum BGB, § 1696, Rn. 32.

³⁸ Erlüle, s.223

³⁹ Çocuk ile anne babanın menfaatinin çatıştığı durumlarda çocuğun menfaatine üstünlük tanınması gerektiği yönünde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.148; Erlüle, s.224; Yüksel, s.1541.

⁴⁰ Antalya BAM 2. Hukuk Dairesi, E: 2019/7998 K: 2020/4919; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2019/1642, K: 2019/7110, T: 12.6.2019; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2014/28190, K: 2015/13433, T: 23.06.2015; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2015/13268, K: 2015/16336, T: 17.9.2015 (lexpera.com).

⁴¹ Antalya BAM 2. Hukuk Dairesi, E:2019/7998 K: 2020/4919; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/401, K: 2012/723, T: 17.10.2012; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2011/2-884, K: 2012/197, T: 16.03.2012.

bulunduğu hallerde çocuğun ne şekilde dinlenmesi gerektiği konusunun altını çizmekte fayda olduğu kanaatindeyiz⁴².

Kişisel ilişki kurma, somut olayın özelliklerine göre farklı şekillerde olabilmektedir. Bu hakka sahip ebeveynin yanında yatılı kalma, yatılı olmaksızın sadece günün belli saatlerinde görüşme, uzman gözetiminde görüşme, mektup, e- posta gibi haberleşme araçları kullanarak görüşme bunlara örnek olarak gösterilebilir. Ana babanın çalışma günleri ve süreleri⁴³ ile yaşadıkları ortam⁴⁴ da bunların belirlenmesinde bir kıstas olarak gözetilmelidir.

⁴² Uygulamada çocuklar, duruşma salonuna çağrılarak dinlenmektedir. Hâkim tarafından bizzat dinlenmiş olması şartı aranmakta, uzman görüşleri yeterli kabul edilmemektedir. Aile içi cinsel istismar iddiasının varlığı halinde çocuğun, duruşma salonunda ebeveynleri yanında kendisini ifade etmesinin istenmesi sağlıklı bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle öncelikle adliyelerin fiziki şartları iyileştirilerek çocukla yapılacak görüşmelerin çocuk dostu bir şekilde gerçekleşmesi temin edilmelidir. Ceza yargılamasında olduğu gibi hukuk davalarında da AGO benzeri odalar kullanılarak, çocuğun duruşma salonuna bağlanması sağlanmalıdır. İkinci olarak hâkimin çocuğa doğrudan soru sorması yerine uzmanlar aracılığıyla soru yöneltmesi ve aile mahkemesi hâkimlerinin psikoloji içerikli eğitimlerle desteklenmesi önem arz etmektedir, bkz. yukarı I. B. 1.

⁴³ “Kendisine kişisel ilişki hakkı tanınan davacı-davalı (koca), yıllık iznini her yıl Ağustos ayında kullandığını belirterek, kişisel ilişki tesis edilirken bu durumun dikkate alınmasını istediğine göre, velayetleri annelerine bırakılan müşterek çocuklar ile babaları arasında Ağustos ayında kişisel ilişki kurulması gerekirken bu yön nazara alınmadan her yıl temmuz ayında kişisel ilişki kurulması doğru görülmemiştir”, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2013/25183, K: 2014/14729, T: 27.06.2014 (**Gençcan**, s.254).

“Davalı'nın ...'da çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle Pazar günü için şahsi ilişki tesisine karar verilmesi gerekirken işte olduğu Çarşamba günü şahsi ilişki kurulması doğru görülmemiştir.”, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 29.11.2004, 12817, 14122, (**Gençcan**, s.255).

“...Çocuğun yaşı ve velayet hakkı kendisine bırakılan annenin tam gün çalışıyor olması nedeniyle, çocuk ile babası arasında her hafta sonu kişisel ilişki kurulmasına yönelik düzenleme doğru değildir.” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.06.2004 7303- 8092 (**Gençcan**, s.255).

⁴⁴ Hem coğrafi koşullar nedeniyle bölgesel özelliklerin hem de taraflardan birinin cezaevinde olması durumunda bunun göz önünde bulundurulması gerekliliğine ilişkin olarak bkz. **Gençcan**, s.257 vd.

B. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 41. maddesinde “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade açıkça göstermektedir ki çocuğun ebeveyni ile kuracağı kişisel ilişki, onun yüksek yararı gözetilerek kısıtlanabilir⁴⁵. TMK m. 182/II uyarınca çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. TMK m. 324/II hükmü ise kişisel ilişki kurma hakkının kaldırılabilceğini açıkça düzenlemiştir. Buna göre, “*Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.*”

Yukarıda zikredilen hükümlerin de açıkça ifade ettiği üzere çocukla kişisel ilişki kurmak her ne kadar taraflar açısından bir hak olsa da çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda bu hakkın sınırlandırılması hatta kaldırılması mümkündür.

Kişisel ilişki kurulmasında gözetilecek unsurlar bunun kısıtlanması veya kaldırılması için de kıstas oluşturmaktadır. Şöyle ki çocuğun huzurunun tehlikeye gireceği anlaşılırsa, çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesi engellenirse, çocuk ile ciddi olarak ilgilenilmezse ve diğer önemli sebepler varsa kişisel ilişki kurma hakkı kaldırılabilir veya kısıtlanabilir⁴⁶.

Öncelikle çocukla kurulan kişisel ilişkinin içeriğinin ve sınırlarının düzenlenmesi suretiyle bir çözüm üretilmesi, kişisel ilişkinin kaldırılmasına ise son çare olarak başvurulması fikri hem öğreti hem yargı kararlarında kabul görmektedir⁴⁷.

⁴⁵ Bkz. **Dilek Tsakiridis Başvurusu**, AYM, Başvuru No:2018/35068, K.T. 09.06.2020, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/35068>>(s.e.t. 23.03.2022).

⁴⁶ **Erlüle**, s.234 vd.; **Gençcan**, s.250 vd.; Münchener Kommentar zum BGB, § 1684 Rn. 70 vd.

⁴⁷ **Erlüle**, s.234.

Ana babanın yaşam biçimleri kurulacak kişisel ilişkinin kapsamının belirlenmesinde önemlidir. Uyuşturucu kullanmaları, hırsızlık veya fuhuş yapmaları durumunda uzman görüşünden faydalanarak kişisel ilişki kurma hakkının sınırlandırılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸. Taraflardan birinin cezaevinde olması da kural olarak kişisel ilişki kurulmasına engel bir durum değildir. Bu noktada Yargıtay'ın farklı kararları olsa da bizim de katıldığımız görüş uyarınca ceza evinden bilgi alınmak suretiyle çocukla ebeveyn arasında görüş ve ziyaret imkânının araştırılması ve kişisel ilişkinin buna göre belirlenmesi gerekmektedir⁴⁹.

Kişisel ilişki kurma hakkının tamamen kaldırılmasında ise Yargıtay, “*bu ağırlıkta, tamamen kaldırılmasını haklı kılacak bir eylem*” aramaktadır⁵⁰. Bunun ne olduğu ise somut olayda belirlenecektir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere buna son çare olarak başvurulmaktadır. Kişisel ilişkinin kaldırılması talebiyle açılan bir davada ilk derece mahkemesi baba ile kişisel ilişkinin devamına karar verirken Yargıtay⁵¹, çocuğun babaya karşı yüksek öfkesi ve görüşmek istememesini yeterli bulmamış, sınırlı bir şekilde kişisel ilişki kurulması gerektiğine hükmetmiştir. Bir başka davada ise babanın, çocuk beş yaşındayken annesini silahla ağır bir şekilde yaralaması sebebiyle çocukta

⁴⁸ Bu durumlarda Yargıtay, kişisel ilişki hakkının kaldırılması değil sınırlı bir şekilde düzenlenmesi yönünde kararlar vermiş ve özellikle annenin fuhuş yapması ihtimalinde çocuğun idrak çağında olup olmamasını da kıstas olarak göz önünde bulundurmuştur, bkz. **Gençcan**, s.253.

⁴⁹ Bkz. **Gençcan**, s.258, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2011/10647, K: 2012/9804 T: 16.04.2012; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2012/995, K: 2012/21266 T: 13.09.2012.

⁵⁰ **Gençcan**, s.256.

⁵¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2014/12178, K: 2014/18254, T: 24.09.2014, “*Mahkemeye aldırılan uzman raporunda ‘çocuğun babaya karşı olumsuz tutumunun olduğu, öfke yoğunluğunun yüksek düzeyde olduğu, baba ile görüşmeme konusunda ısrarlı tavır sergilediği, küçüğün baba ile görüşmeye zorlanmasının ilişkiyi daha olumsuz hale getirebileceği ve küçüğün agresyonunu artırabileceği, bu nedenle çocuğa bu konuda biraz zaman tanıtarak baba ile görüşmelerinin asgari seviyede tutulmasının, gün içinde ve yatılı kalmaksızın ayarlanmasının, psikolojik danışmanlık da alınmasının sağlıklı olacağı’* belirtilmiştir. Bu yön ve davacının talebi de gözetilmeden, yazılı şekilde kişisel ilişki tesisi doğru görülmemiştir.” (lexpera.com).

babaya karşı oluşan aşırı korkuyu kişisel ilişkinin kaldırılması için haklı sebep olarak görmüştür⁵².

2. Cinsel İstismar İddiasının Varlığında

Cinsel istismar iddiasının varlığı ve kişisel ilişkinin düzenlenmesi talepleri farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. İlk olarak boşanma davası sırasında ebeveynlerden birinin çocuğa cinsel istismarda bulunduğu iddia edilebilmektedir. İkinci olarak da boşanma davası sonrasında, ebeveynlerden birinin eşinin, sevgilisinin ya da bir akrabasının çocuğa cinsel istismarda bulunması söz konusu olabilmektedir.

a. Ebeveynlerden Birine Karşı İstismar İddiası

Ebeveynlerden birinin çocuğa karşı cinsel istismarda bulunduğuna yönelik bir iddia olduğunda çocukla bu ebeveyn arasında kişisel ilişkinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Böyle durumlarda genellikle ceza ve boşanma davası birlikte açılmaktadır. Ancak ceza yargılaması boşanma davasından daha uzun sürmektedir. Aile mahkemesi hâkimi, ceza davasını bekletici mesele⁵³ yapmadan hızlı bir şekilde kişisel ilişki kurulup

⁵² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2005/5868İ K: 2005/8446, T: 31.5.2005, “*Toplanan delillerden; davalının boşanmalarından sonra davacıyı ve davacının annesini, çocuğun gözleri önünde silahla ağır biçimde yaraladığı, çocuk, beş yaşındayken gerçekleşen bu olay nedeniyle; çocukta babaya karşı aşırı derecede korku geliştiği ve babasının sürekli olarak annesine zarar verebilecek potansiyel olarak gördüğü, babasını görmek ve karşılaşmak istemediği babasıyla görüşmesi, çocuğu psikolojik açıdan olumsuz etkilediği, kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun ciddi biçimde bozulduğu ve tehlikeye girdiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 324/2. maddesi koşulları oluştuğundan, davanın kabulü ile baba ile çocuğun kişisel ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*” (lexpera.com).

⁵³ Velayeti annede bulunan çocuğun, annesinin erkek arkadaşı tarafından istismar edildiği iddiasıyla açılan velayetin değiştirilmesi davasında, “*Her ne kadar davalı vekili ceza dosyasının kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğini iddia etmiş ise de; hukuk hâkimi ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz (TBK m.74). Buna göre tüm dosya içeriğine göre ceza dosyasının kesinleşmesinin beklenmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.*”, İzmir BAM, 18. Hukuk Dairesi, E: 2019/2335, K: 2020/606, T: 16.6.2020 (lexpera.com).

kurulmayacağını ve sınırlarını belirlemelidir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda bu hususu şu şekilde ifade etmiştir; “*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davalı kocanın çocuğuna cinsel taciz ve istismar suçu nedeniyle ceza mahkemesinde yargılaması devam etmekte ise de; kocanın mahkemece de kabul edilen ve toplanan delillerle gerçekleştiği anlaşılan diğer kusurlarına göre, verilen boşanma hükmünün isabetli olduğu ve kocanın belirtilen ceza mahkemesindeki kamu davasının niteliği itibarıyla ortak çocukla şimdilik kişisel ilişki kurulmamış olmasında da usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığının anlaşılmasına göre; davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir*⁵⁴.” Bununla birlikte ceza dosyasının incelenmesi, dosyada yer alan sağlık ve adli tıp raporu gibi delillerin dosya içerisine alınması gerekmektedir⁵⁵.

Cinsel istismar iddiasının varlığı halinde aile mahkemesi hâkiminin yaklaşımı ceza mahkemesi hâkimlerinden daha farklı olacaktır. Kişisel ilişkinin sınırlarının belirlenmesi ya da kaldırılmasında esas olan bir suçun gerçekleşmiş olup olmaması değildir. Yukarıda ayrıntılarıyla üzerinde durulduğu üzere

⁵⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2013/14900, K: 2013/29383, T: 12.12.2013, (lexpera.com).

⁵⁵ İstanbul BAM, 38. Hukuk Dairesi, E: 2018/10, K: 2019/153, T: 6.2.2019, “*Bununla birlikte, hüküm tesisine esas alınan davacının cinsel şiddet iddialarının dayanağı soruşturma neticesinde davalının cezalandırılması istemi ile açılan Bakırköy 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2016/187 Esas sırasında kayıtlı ceza dosyasının tamamı ve özellikle davacı hakkında düzenlenen sağlık kurulu raporu dosya içerisine alınmaksızın, yine davalı iddialarında belirtilen kayınpederi ile arasında şikayete konu olaya ilişkin yürütülen Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2016/37195 soruşturma sayılı evrakının dosya içerisine getirilmeden ve tüm bu deliller değerlendirilmeksizin eksik inceleme ile ilk derece mahkemesince karar verildiği belirlenmekle, bu nedenlerle tarafların istinaf taleplerinin kabulü ile diğer yönler incelenmeksizin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur.*”

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2013/303, K: 2013/2191, T: 28.01.2013, “*Davalı baba hakkında ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararı, taraflarca gösterilen tanıkların mahkemece tespit edilen beyanları, toplanan diğer deliller ve yargılama sırasında davalı baba ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişkinin çocuk açısından olumlu ya da olumsuz sonuçları hep birlikte değerlendirilerek, konusunda uzman bilirkişi kurulundan, kişisel ilişkinin kaldırılması ya da devamının çocuğun yüksek yararına uygun olup olmayacağı yönünde yeniden bir rapor alınarak karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile kişisel ilişkinin tamamen kaldırılmasına yönelik yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.*” (lexpera.com)

çocuğun ebeveyne karşı gösterdiği tepki, stres düzeyi, bunu değerlendiren ve destekleyen uzman görüşü kişisel ilişkinin sınırlandırılması için yeterli kabul edilecektir. Kişisel ilişkinin kaldırılmasında ise ağır ve kişisel ilişkinin tamamen kaldırılmasını haklı kılacak bir eylem⁵⁶ aranmaktadır. Cinsel istismar iddiası bu nitelikte bir eylem olarak değerlendirilmelidir. Şayet davada böyle bir iddia varsa, çocuğun tepkileri ve ifadeleri bunu doğrular nitelikteyse, uzman raporu da bu yönde suçun henüz ispatlanmamış olduğundan hareketle kişisel ilişkinin sınırlandırılması yoluna gidilmemelidir. Çocuk ve ebeveyni arasında kişisel ilişki kurulmasının çocuğun gelişimi açısından önemi tartışmasız bir şekilde kabul edilse de cinsel istismar iddiasının varlığı hassas bir konudur. İdeal olarak düşünüldüğünde, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, boşanma sürecinde yıpranan ve ebeveynleri arasında kalan çocuk ile velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn arasında ilişkilerin yumuşaması, düzelmesi, kalitesinin artmasına hizmet etmelidir. Ebeveynler arasındaki çatışma uğruna yapılan asılsız iddialarla kişisel ilişkinin kaldırılması, çocuğun ve ebeveynin hakkı olan birlikte geçirecekleri yıllarından ve anılarından çalmak olacaktır. Belki zamanla, çocuk rüştünü ispatladıktan sonra bu mümkün olabilecektir. Cinsel istismar şüphesinin varlığında ise bir ideal uğruna ebeveyn ve çocuk arasında sınırlı da olsa kişisel ilişki tesis etmek telafisi daha büyük sorunlara yol açabilecektir. İş bu nedenle çocuğun tavırları ve uzman görüşü bu şüpheyi destekler nitelikteyse sınırlı bir kişisel ilişki tesisinden kişisel ilişkinin hiç kurulmaması veya kaldırılması daha yerinde olacaktır. Hâkim, tarafların ifadeleri, deliller, uzman görüşleri ve en nihayetinde vicdani kanaatine dayanarak bu kararı verecektir. İstismar iddialarının varlığında maddi delile ulaşmak her zaman kolay olmamaktadır. Karar sürecini zorlaştıran kısım da budur. Yukarıda ifade edildiği üzere yargılama sürecinde çocuğun sağlıklı bir şekilde kendini ifade etmesine imkân tanınması, sürecin tüm paydaşlarının birbiriyle uyumlu ve titizlikle çalışması bu noktada önem arz etmektedir.

⁵⁶ Gençcan, s.256.

b. 3. Kişiyeye Karşı İstismar İddiası

İkinci olarak karşılaşılan durum ise genellikle boşanma davası sonrasında, çocuk ebeveynlerinden birinin yanındayken o ebeveynin sevgilisi, eşi veya bir akrabası tarafından istismar edilebilmektedir.

Boşanma davası sonrasında velayeti elinde bulunduran ya da kişisel ilişki kurma esnasında bu hak sahibi kişinin sevgilisi, eşi veya bir akrabası tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülen cinsel istismar iddialarının da sayısı oldukça fazladır. Böyle durumlarda velayetin değiştirilmesi veya kişisel ilişkinin kaldırılması talebi ile dava açılmaktadır. Bu davalarda ise kişisel ilişkinin tamamen kaldırılması yerine genellikle yatılı olmayacak şekilde sınırlandırılması yönünde kararlar verilmektedir. Buna örnek olarak, Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta velayet babaya ait ve çocuk annenin yanındayken annenin eşi tarafından cinsel istismara uğradığı iddiası ile kişisel ilişkinin kaldırılması talep edilmiştir. Anne ve eşinin ceza davasından beraat ettikleri ve uzman raporu ile çocuğun anneye öfkeli olduğu tespit edilmiştir. Yatılı olmayacak şekilde kişisel ilişki kurulması gerektiğine karar verilmiştir⁵⁷.

2015 tarihli bir kararda ise yine velayeti babaya bırakılan bir çocuğun anne ile kişisel ilişkisi sırasında, annenin eşi tarafından cinsel istismar iddiasının olması ve ceza yargılanmasının devam etmesi halinde kişisel ilişkinin kaldırılması gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur⁵⁸.

SONUÇ

Aile içi cinsel istismar vakaları suç boyutuyla ceza mahkemelerinde, boşanma, velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularıyla ilgili olarak da aile mahkemelerinde görülmektedir. Bu süreçler hukuki olarak birbirinden ayrılrsa da mağdur için yaşanan tek bir olay ve bunun ağır sonuçları vardır. İş bu nedenle kurumlar arasındaki işbirliği ve birbirlerine olan güvenilirlik sürecin daha sağlıklı işlemesine hizmet edecektir. Öncelikle ÇİM ve AGO'ların

⁵⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2020/3247, K: 2020/4685, T: 13.10.2020; Aynı yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2019/7998 K: 2020/4919 T: 21.10.2020 (lexpera.com).

⁵⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2015/21179, K: 2015/21304, T: 16.11.2015 (lexpera.com).

sayılarının ve buralarda görev alan uzmanların niteliğinin arttırılması önem arz etmektedir.

Aile içi cinsel istismar iddiasında boşanma davası, ceza yargılamasından daha kısa sürede sonuçlanmaktadır. Hukuk davalarında da çocuğun dinlenilmesi ve ikincil mağduriyetin önüne geçilmesi için hukuki düzenlemeler arttırılmalıdır. Adliyelerde, çocuk dostu görüşme odaları kurulmalı, çocuk ile yapılacak görüşmeler orada gerçekleşmeli ve çocuğun duruşma salonun çağrılması yerine oradan duruşmaya bağlanması sağlanmalıdır.

Aile mahkemesi hâkimlerinin, çocuklarla doğrudan muhatap olan savcı ve ceza mahkemesi hâkimlerinin bu konuda bilgi ve farkındalıklarının arttırılması amacıyla psikoloji içerikli eğitim almaları temin edilmelidir.

Cinsel istismar iddiasının varlığı halinde, ceza yargılaması devam ediyor olsa da eğer çocuk ebeveyn ile görüşmek istemiyorsa ve ona karşı öfkeli ise ebeveyn ve çocuk arasında bir çıkar çatışması söz konusudur. Kanaatimizce böyle durumlarda kişisel ilişkinin sınırlı bir şekilde kurulması çocuğun yararına olmayacaktır. Çocuğun yararına üstünlük tanınarak kişisel ilişki kurma hakkı tesis edilmemeli veya sonrasında bir talep varsa kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2022) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 24. Bası, Ankara, Beta Yayınevi.
- Akyüz, Emine** (2021) Çocuk Hukuku, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara.
- Büchler, Andrea/ V. Enz, Benjamin** (2018) Der persönliche Verkehr, FamPra, C: 4, s. 911- 939.
- Bühning, Petra** (2016) Kinderschutz: Ein scheinbar fröhliches Kind, Aertzteblatt, C: 6, s. 262-264.
- Çocuk Haklarıyla İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı** (2015) Lüksemburg, Avrupa Birliği Basım Ofisi, <<http://www.cocukgozlemevi.org/storage/app/uploads/public/5ca/1aa/042/5ca1aa0428189711249469.pdf>>
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper** (2022) Türk Özel hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Elçin Grassinger, Gülçin** (2010) Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I, İstanbul, s.823-846.
- Erlüle, Fulya** (2010) Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması, MÜHF-HAD, C: XVI, S: 3-4, s. 217-248.
- Gençcan, Ömer Uğur** (2015) Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Münchener Kommentar zum BGB** (2020) C: 10, 8. Auflage, Münih.
- Oktay Özdemir, Saibe** (2009) Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, İstanbul, s.1219-1242.
- Sarıca, Ayşe Dolunay/ Coşkun, Umut Haydar** (2020) Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, S: 8 (1), s. 1-26.
- Serozan, Rona** (2017) Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

- Şamar, Berhudan/Urhan, Betül** (2020) Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme, Toplum ve Sosyal Hizmet, C: 31, S: 3, Temmuz, s. 931- 959.
- Şirin, Memduh Cemil** (2019) Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış, Çocuk ve Medeniyet, Cilt: 4, Sayı: 8, s. 219-240.
- Taner, Fahri Gökçen** (2019) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara.
- Taneri, Gökçen Fahri** (2021) Kırılğan Mağdurların Beyanlarının CMK'nın 236. maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi, TBB Dergisi, s. 1- 38.
- Topdemir, Canan** (2016) İstismar Mağduru Çocukların Korunmasında Bir Uygulama, Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM) Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi, S: 43.
- Usta, Sevgi** (2016) Velayet Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul.
- Yılmaz, Canan** (2015) Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, MHB Y: 35, S: 1, s. 103-141.
- Yüksel, Fadime/Keser, Nilüfer/Odabaş, Elif/Kars, Gözde Bahar/Yurtkulu, Fayık/Daşkafa, Filiz/Arslan, Fatma/ Cayrat, Emine,** Çocuk İstismarı ve Çocuk İzlem Merkezleri, Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi, s. 18-22.
- Yüksel, Sera Reyhani** (2019) Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık, s. 1539-1556.

BAŞKA BİRİNİN SÜREKLİ BAKIMINA MUHTAÇ DERECEDE AĞIR ENGELLİ ÇOCUĞU BULUNAN KADINLARIN SİGORTALILIĞA BAĞLI OLAN VE OLMAYAN HAKLARI*

Dr. Öğr. Üyesi Sevgi DURSUN ATEŞ**

ÖZET

Primli ve primsiz rejimden oluşan sosyal güvenlik sistemimizde sadece kadınlara yönelik yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerden kadınlara sağlanan hakların bir kısmı kadının sigortalılığına bağlı iken, diğer bir kısmı ise sigortalılık niteliğine bağlı değildir. Sürekli başkasının bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan kadınlara erken emeklilik imkânı sağlayan haktan yararlanabilmek için sigortalı olmak gerekirken bakıma muhtaç ağır engelli çocuğa evde bakım hizmeti sunulmasının sonucu evde bakım yardımından yararlanabilmek için sigortalı olma şartı aranmamaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle 5510 sayılı Kanun'da yer alan, kadınlara özgü düzenlemelere genel olarak yer verilecek, daha sonra sürekli başkasının bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan kadın sigortalılara sağlanan erken emeklilik imkânı ayrıntılı biçimde ele alınacak ve sigortalı olmayan kadınların –annelerin- evde bakımını üstlendikleri çocukları olması durumunda hak kazandıkları evde bakım desteği açıklanacaktır. Kadınlara sağlanan bu hakların kapsamına ilişkin sorunlar çerçevesinde, özellikle sadece anne olan kadınlara sağlanmış söz konusu haklardan erkeklerin ve dolayısıyla ebeveynlerin nasıl yararlandırılabilceğine ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kadın sigortalı, sosyal güvenlik, ağır engelli çocuk, erken emeklilik, evde bakım desteği.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1105127 – Geliş Tarihi: 18.04.2022 – Kabul Tarihi: 26.05.2022.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Myo, sevgi@selcuk.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3259-9180.

**THE RIGHTS OF WOMEN WHO HAVE DISABLED CHILD TO
THE EXTENT OF BEING IN NEED OF CONSTANT CARE OF
ANOTHER PERSON WITHIN THE SCOPE OF INSURANCE AND NON-
INSURANCE**

ABSTRACT

There have been legal regulations only for women in our social security system consisting of a premium and non-premium regime. While some of the rights provided to women by these regulations depend on the insurance of the woman, the other part does not depend on the quality of insurance. One fourth of the paid premium days after the enactment of this Law of the ones, among the female insurance holders who request to be put on retirement or old - age pension, who have disabled child to the extent of being in need of constant care of another person, shall be added to the sum of number of premium payment days and these added periods shall be subtracted from the retirement age limits. As a result of providing home care services to a severely disabled child in need of care, there is no requirement to be insured in order to benefit from home care assistance.

In our study, first, the regulations regarding women in the Law No. 5510 will be covered in general, then the early retirement opportunity provided to women with severely disabled children who are constantly in need of the care of others will be discussed in detail. And uninsured women – mothers – if they have children that they take care of at home, the home care aid they are entitled to will be explained. Within the framework of the problems related to the scope of these rights provided to women, an evaluation will be made about how men and therefore parents can benefit from these rights, which are provided only to women who are mothers.

Keywords: Assured woman, social insurance, gravely disabled child, early retirement, home care aid.

GİRİŞ

Toplumdaki ekonomik eşitsizliklerin azaltılıp, sosyal adaletin sağlanmasına yardımcı olan¹ sosyal güvenlik,² kadın veya erkek ayrımı olmaksızın toplumda yaşayan herkesi hayatın içindeki çeşitli sosyal risklere³ karşı korumayı ve ekonomik güvence altına almayı, toplumdaki muhtaç ve yoksul insanlara yardım etmeyi ve böylece insan onuruna yaraşır asgari yaşam seviyesi⁴ sağlamayı amaçlamıştır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için uygulanan yöntemlerden en önemlileri, sosyal sigortalar ile sosyal yardım ve hizmetlerdir. Sosyal sigortalar, ilgilinin maddi katkısıyla, sosyal yardım ve hizmetler ilgilinin katkısı bulunmaksızın sağlanır. Bu rejimlerden sosyal sigortalar katılnmalı yani primli rejimi, sosyal yardımlar ve hizmetler ise katılmasız yani primsiz rejimi oluşturur⁵. Sosyal sigortalarda, çalışan kişinin belirli sosyal riskler için düzenlenen sigorta kolları için prim ödemesi ve risk ortaya çıktığında sigorta yardımından yararlanması söz konusudur⁶. Sosyal yardım ve hizmetler ise

¹ **Centel, Tankut** (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku,1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.4.

² Sosyal güvenlik kavramı için bkz. **Alper, Yusuf** (2019) Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık, s.4-5. Ayrıca bkz. **Tunçomağ, Kenan** (1990) Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5.Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.5; **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.6 vd.; **Tuncay, A.Can/Ekmekçi, Ömer** (2019) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.1 vd.; **Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1.Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.3 vd.; **Sümer, Haluk Hadi** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.6 vd.; **Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.27 vd.; **Korkusuz, M. Refik/ Uğur, Suat** (2018) Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, .3 vd.; **Üçışık, Fehim** (2015) Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, Ötüken Yayınları, s.18; **Şakar, Müjdat** (2017) Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.3 vd.

³ Bkz. **Arıcı**, s.5; **Şakar**, s.4.

⁴ **Centel** (2021), s.3-4.

⁵ **Tuncay/Ekmekçi**, s.6-7. Ayrıca Bkz. **Tunçomağ**, s.6-7; **Centel**, s.2, 7-8; **Arıcı**, s.3-4; **Sümer**, s.9-10; **Korkusuz/Uğur**, s.58 vd.; **Şakar**, s.9.

⁶ **Arıcı**, s.21; **Sözer, Ali Nazım** (2019) İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 4.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.3; **Tuncay/Ekmekçi**, s.16-17

sosyal sigorta yardımlarından yararlanamayan kişilerin sosyal güvenliğini sağlayan araç olup bunlardan yararlanabilmek için belirli sigortalılık süresi ya da prim ödeme yükümlülüğü yoktur⁷.

Ülkemizde sosyal sigorta kolları ve sigorta kollarından sağlanan yardımlar 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda düzenlenmiş⁸ olup uzun vadeli sigorta kollarının kapsamında önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu esaslı değişikliklerden birisi⁹ de engelli ve malul sigortalılara tanınan erken emeklilik hakkının, sürekli başkasının bakımına muhtaç derecede ağır engelli¹⁰ çocuğu olan kadın sigortalılara veya isteğe bağlı sigorta primi ödeyen kadınlara da tanınmasına¹¹ ilişkin düzenlemedir. 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 8. fıkrasıyla¹² getirilen düzenlemeyle, sigortalının kendisi haricinde bir başka kişinin engellilik durumundan dolayı emekliliğin kolaylaştırılması sağlanmıştır¹³.

Sosyal sigortalardan yararlanamayan kişilerin sosyal güvenliğini sağlayan araçlardan olan sosyal yardımlardan ve hizmetlerden yararlanabilmek için ise kişinin sigortalılığının önemli bulunmamaktadır¹⁴. Bakıma muhtaç çocuğu olan annelere sağlanan sosyal yardımlardan birisi de evde bakım

⁷ Sümer, s.11.

⁸ RG. 16.06.2006, S.26200.

⁹ Konu hakkında bkz. **Ertürk, Şükran** (2008) "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Öngören 5754 Sayılı Kanun'dan Sonra Uzun Vadeli Sigorta Kollarına Genel Bir Bakış", Legal İHSGHD., C:5, S:19, s.1051-1052; **Başterzi, Süleyman** (2011) "5510 Sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları – Önceki Mevzuatla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Sarper Süzek Armağanı, Cilt II, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 2208 vd.

¹⁰ 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 41 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "malül" ibaresi "ağır engelli" şeklinde değiştirilmiştir.

¹¹ Maddeye getirilen değişiklikle kadın sigortalıların fiilen çalışmasına ilişkin koşul esnekleştirilmiştir. **Yetik, Murat/ Erkan, Duygu** (2017) "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası Açısından Sürekli Bakıma Muhtaç Derecede Ağır Engelli Çocuğu Olan Kadın Sigortalılar", Legal İSGHD, C:14, S:53, s.229.

¹² 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesine 8. fıkra eklenmiştir.

¹³ **Sözer**, s.412.

¹⁴ **Sümer**, s.323, 329.

yardımıdır¹⁵. Evde bakım desteği (aylığı), evde bakıma muhtaç olan engelli kişinin bakımını tek başına üstlenen kişiye ödenen aylık ücrettir¹⁶.

Çalışmamızda, öncelikle 5510 sayılı Kanun'da yer alan, kadınlara özgü düzenlemelere genel olarak yer verilecek, daha sonra sürekli başkasının bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan kadın sigortalılara sağlanan erken emeklilik imkânı ayrıntılı biçimde ele alınacak ve sigortalı olmayan kadınların –annelerin- evde bakımını üstlendikleri çocukları olması durumunda hak kazandıkları evde bakım desteği açıklanacaktır. Kadınlara sağlanan bu hakların kapsamına ilişkin sorunlar değerlendirilerek, özellikle sadece anne olan kadınlara sağlanmış söz konusu haklardan erkeklerin ve dolayısıyla ebeveynlerin nasıl yararlandırılabilceğine ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK KADIN SİGORTALILARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Kadınların, ev işlerine ve aileye ilişkin sorumlulukları, gerekli yasal düzenlemelerin yetersizliği gibi birçok neden, çalışma hayatında kadın istihdam oranını düşürmektedir. Oysaki kadınlar çalışarak, görevlerinin sadece eş ve annelik olmadığını topluma kabul ettirebilme, toplumdaki konumlarını geliştirebilme ve erkeklerle eşit statüde birey olduklarını¹⁷ gösterebilme imkânı

¹⁵ 2014'te 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun ek 7. maddesinde yapılan değişiklikle evde bakıma ilişkin ödemeler “sosyal yardım” olarak tanımlanarak “Evde Bakım Yardımı” adını almıştır. Bu yardımın kapsamındaki “evde bakım desteği”, “evde bakım aylığı” ifadesi yerine kullanılmakta olup Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın 2021 yılı Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi'nde “evde bakım desteği” ifadesine yer verildiği için çalışmamızda “evde bakım aylığı” ifadesine yerine “evde bakım desteği” ifadesini yer vereceğiz.

¹⁶ **Aygüler, Edip/Ayalp, Mustafa Çağrı** (2018) “Türkiye’de Evde Bakım Aylığı Düzenlemesine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:16, S:3, s.4.

¹⁷ **Gökçeoğlu Balcı, Şebnem** (2017) “Koruma Mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:54, S:3, s.1265-1266.

elde etmektedir¹⁸. Ailevi sorumluluklar önemli olmakla birlikte kadınların çalışma hayatında daha çok yer almasını destekleyici düzenlemeler getirilerek kadınların sadece eş ve anne olarak toplumda var olmadığı hususunda toplumsal bilincin oluşturulması son derece önemlidir¹⁹. Nitekim, çalışma hayatında daha fazla kadının yer alabilmesi için sosyal güvenlik yönünden korunması ve bu kapsamda kadına özgü düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Sosyal güvenlik mevzuatımızda kadınlara²⁰ yönelik münferit düzenlemeler ve haklar²¹ bulunmaktadır. 5510 sayılı Kanun'da, kadına ilişkin düzenlemelerin özellikle gebe ve anne olan kadın²² çalışanlarla ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Kadının korunmasına yönelik ayrıık hükümler, analık riskinin

¹⁸ **Hüseyinli, Namık/Hüseyinli, Tahire** (2016) "Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler", Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, C:16, S:34, 2016, s.109.

¹⁹ Bu konuda bkz. **Köseoğlu, Ali Cengiz** (2016) "Türk İş Hukukunda Analık", İş ve Hayat, C:2, S:4, s.99.

²⁰ Sosyal güvenlik hukukunda açısından kadın, "*kişinin sigortalı olarak kendisini ya da ailesinin (sigortalı kişinin eşi, kız çocuğu, annesi) sigortasını tabi olarak bağlı sigortalı kadını*" ifade etmektedir. **Silkin, Sema** (2011) "Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:23, S:5-6, Ağustos-Kasım 2011, s.28.

²¹ Konu hakkında ayrııntılı bilgi için bkz. **Şahin Emir, Asiye** (2019) İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.346 vd.; **Yamakoğlu, Efe** (2020) "Sosyal Güvenlik Mevzuatındaki Kadınlara Yönelik Ayrıık Düzenlemeler ve Haklar", Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu, 7 Mart 2019, Bildiri Kitabı, Ed. Aydın, Melisa /Kaya, Ceren /Sağlam, Furkan, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, İstanbul, s.93 vd.; **Tuaç, Pelin** (2017) "Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar – 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler", Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 32, S: 1, s.202 vd.; **Baskan, Ş. Esra** (2016) "Analık Halinin Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları", Prof. Dr. Turhan Esenere Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C:15, S:1, s.688 vd.; **Kurt, Resul** (2018) "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Doğuma Bağlı Haklar", Terazi Hukuk Dergisi, C:13, S:138, s.57 vd.; **Değer Ermumcu, Senem** (2017) "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı Ödeneği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, s.1997 vd. Ayrıca bkz. Ayrıca bkz. **KEİG Platformu** (2015) "Türkiye'de Kadınlar Sosyal Güvenliğin Neresinde? 5510 Sayılı SSGSS Kanunu'nun Toplumsal Cinsiyet Açısından Analizi", 1.Bası, İstanbul, Keig Yayınları, s. 16-18.

²² 5510 sayılı Kanun'da, "kadın" kavramının yanı sıra "kız", "gebelik" ve "analık" ifadeleri de yer almaktadır.

yanı sıra yaşlılık riskine ilişkin hususları da içermektedir²³. Sosyal güvenlik sistemimizde, gebe ve anne olan kadın sigortalılara, sigortalılık vasıfları uyarınca primli sistem üzerinden; sigortalı olup olmadığına bakılmaksızın primsiz sistem üzerinden çeşitli haklar sağlanmaktadır²⁴.

A. ANALIK SİGORTASI KAPSAMINDAKİ EDİMLER

Kadın işçinin hamilelik süreci ile başlayan analık döneminde, anneyi ve doğacak çocuğu oluşabilecek risklere karşı korumak amacıyla birçok düzenleme getirilmiştir²⁵. Analık dönemi daha önce²⁶, sadece gebelik, doğum ve lohusalık ve emzirme dönemlerini içeren bir süreci içermekteyken, yapılan değişiklikten sonra çocuğun büyütülmesi ve bakımı için geçen süreleri de kapsar biçimde genişletilmiştir²⁷.

Analık sigortası kapsamında yapılan yardımlar, sadece parasal edimleri²⁸ içermekte olup, bunlar geçici iş göremezlik ödeneği ve emzirme ödeneğidir²⁹. Bu ödeneklerin verilmesi, 5510 sayılı Kanun ile doğuma bağlanmış olduğundan

²³ Yamakoğlu, s.118.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çavuş, Özgür Hakan (2021) “Sosyal Güvenlik Mevzuatımızda Gebe ve Anne Sigortalılara Yönelik Düzenlemeler”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:68, S:1, s.76 vd.; Şahin Emir, s.359 vd., 488 vd.

²⁵ Senyen Kaplan, Emine Tuncay (2000) “İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı”, Prof.Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, (s.709-722), s.709.

²⁶ Analık sigortası hususunda geçmiş dönem uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tulukçu, N. Binnur (2000) İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, 1.Baskı, Ankara, Haber İş Sendikası Yayınları, s.10 vd.

²⁷ Sözer, s. 244; Senyen Kaplan, s. 713.

²⁸ Sağlık edimlerinin sunulması genel sağlık sigortası kapsamında olup genel sağlık sigortasından karşılanmaktadır. Yamakoğlu, s.94; Tuuç, s.216.

²⁹ Centel, s.256; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.475; Tuncay/Ekmekçi, s.465; Yamakoğlu, s.94; Tuuç, s.216.

evlat edinme halinde³⁰ söz konusu ödenekler ödenmeyecektir³¹. Ayrıca, analık sigortasına ilişkin hükümlerin uygulama alanına sadece işçiler ile bağımsız çalışanlar alınmıştır³². Kamu görevlileri içinse 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda analık haline ilişkin koruyucu düzenlemelere yer verilmektedir³³.

1. Geçici İş Göremezlik Ödeneği

Geçici iş göremezlik ödeneği, kadın sigortalının analık hali nedeniyle çalışmamasından dolayı oluşan gelir kaybını karşılamak için Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ödemedir³⁴. Kanun'un 16. maddesinde, analık sigortasından sigortalıya analık hallerine bağlı olarak meydana gelen iş göremezlik süresi boyunca, günlük geçici iş göremezlik ödeneği verileceği hükme bağlanmıştır. Ödenek, yalnızca asli sigortalı olan kadına analığı halinde verildiğinden, sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma hakkı bulunmamaktadır³⁵. Sigortalı kadının ödenekten yararlanabilmesi için 5510 sayılı Kanun'da belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir³⁶. Analık sigortası kapsamında kadın sigortalıya verilecek geçici iş göremezlik ödeneğinin tutarı, iş kazası ve meslek hastalıkları

³⁰ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Centel, Tankut** (2016), "6663 sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler –Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S:35, s.11-12; **Sözer**, s.246, dn.1; **Akdeniz, Ayşe Ledün** (2018) *İş İlişkilerinde İmkansızlık*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.124; **Şahin Emir**, s.367.

³¹ SGK, 2006/21 sayılı Genelge, "Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları", Ek, 10/7/2018 tarihli ve 2018/26 sayılı Genelge, s.36, <<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143421>> s.e.t. 06.06.2021.

³² **Centel**, s.255. Bağımsız çalışanlar bakımından analık sigortasına ilişkin bilgi için bkz. **Sözer**, s.255-256. **Tuaç**, s.228-230.

³³ Bu konuda bkz. **Sözer**, s.257-260; **Yamakoğlu**, s.99-102; **Tuaç**, s.230-236.

³⁴ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.477; **Sözer**, s.246; **Çavuş**, s.77; **Yamakoğlu**, s.94; **Tuaç**, s.217.

³⁵ **Centel**, s.261; **Sözer**, s.248; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.478; **Tuncay/ Ekmekçi**, s.469-470; **Arıcı**, s.348; **Uşan** (2009), s.191; **Pakin Akın**, Ebru (2005) *Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği*, 1.Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, s.82; **Çavuş**, s.77.

³⁶ Bkz.5510 sayılı Kanun m.18/1. Sigortalı kadının Kuruma başvuru yapmasının gerekip gerekmediği hususu 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Genelge ile açıklığa kavuşturulmuş olup raporun Kurum kayıtlarına intikal etmesi sonucunda sigortalının başvuru ve talep dilekçesi aranmaksızın geçici iş göremezlik ödeneği ödenecektir.

ile hastalık sigortasında belirtilen miktardadır³⁷. Geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma süresi, 5510 sayılı Kanun'un 18. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, İş Kanunu'nun 74. maddesine paralel bir biçimde düzenlenmiştir³⁸.

2. Emzirme Ödeneği

Emzirme ödeneği; analık sigortasından sağlanan ve Kurumca belirlenen tutar üzerinden verilen parasal bir edimdir³⁹. Söz konusu ödenekten yararlanacak olanlar, geçici iş göremezlik ödeneğinden daha kapsamlı olarak belirlenmiş olup; analık sigortası kapsamında olan herkese yani sigortalı kadına veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşine⁴⁰ de emzirme ödeneği verilecektir. (m.16/3)⁴¹ Bu kapsamda, kadın işçi ve bağımsız çalışan sigortalılardan; kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadına ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşine ödenecek olan emzirme ödeneği, her çocuk için yaşaması şartıyla yapılan bir yardımdır. Doğum tarihinde geçerli olan ve Kurumca belirlenen tarife üzerinden verilen emzirme ödeneği bir defaya özgü verilmektedir⁴². Ayrıca Kanun'da belirtilen pirimin bildirilmesi veya ödeme

³⁷ Bkz.5510 sayılı Kanun m.18/3. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 40/9.

³⁸ **Yamakoğlu**, s.95. Ayrıca bkz. **Sözer**, s.249. Bk.5510 m.18/1,d. Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu' nun 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları hakkındaki genelgesi için bkz. <<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143421>> s.e.t. 06.06.2021.

³⁹ **Çavuş**, s.80. Emzirme ödeneği, 2022 yılı için 316 TL dir.

⁴⁰ Sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısının analık sigortası edimlerinden yararlanabilmesi için sigortalı erkek ve karısı arasında resmi bir evlilik bulunması gerekir. **Tuncay/Ekmekçi**, s.467

⁴¹ **Tuncay/Ekmekçi**, s.469; **Centel**, s.260; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.476; **Yamakoğlu**, s.96. Sigortalılığı sona erenler, Kanun'da belirtilen şartları taşımaları halinde emzirme ödeneğinden yararlanabilirler. **Uşan** (2009), s.193.

⁴² **Tuncay/Ekmekçi**, s.469; **Tuaç**, s.224; **Centel**, s.261. Ayrıca bkz. Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Tebliği m.12/2. Emzirme Ödeneği ve Yararlanma Şartları (Başlık Değişikliği ve Taşıma, 10/7/2018 tarihli ve 2018/26 sayılı Genelge) Sigortalı erkeğe emzirme ödeneği verilebilmesi için, doğum tarihinde doğum yapan kadınlı Medeni Kanuna göre evliliğin gerçekleşmiş olması şartı aranacaktır. Ancak sigortalı kadının doğum yapması halinde, emzirme ödeneği ödenebilmesi için doğum tarihinde evli olma şartı aranmayacaktır, s.35. <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143421>, s.e.t. 06.06.2021.

gün sayısı, emzirme ödeneğine hak kazanabilmek için gereklidir⁴³. Belirtelim ki, emzirme ödeneğine hak kazanan sigortalının, ödeneklerini almaları için, Kuruma talep dilekçesi vermelerine ilişkin koşul uygulamada kaldırılmış olup sistemde görülen emzirme ödeneği raporuna istinaden otomatik olarak ödenmektedir⁴⁴. Ayrıca 6637 sayılı Kanun'un⁴⁵, ek-4.maddesi uyarınca doğum yardımı⁴⁶ verilmesi gerekmektedir⁴⁷.

B. İŞSİZLİK SİGORTASI KAPSAMINDA SUNULAN DOĞUM VEYA EVLAT EDİNME SONRASI YARIM ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

Analık halinde sunulacak diğer bir edim, doğum veya evlat edinme sonrası yarım zamanlı çalışma ödeneğine ilişkin düzenleme olup 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda⁴⁸ yer almaktadır. Söz konusu ödenek, 6663 sayılı Kanun'un⁴⁹ 20. maddesi ile 4447 sayılı Kanunu'na eklenen ek 5. maddede hüküm altına alınmıştır. Hükme göre, işçiye, 4857 sayılı Kanun'un 74. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresi boyunca, doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenecektir. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla düzenlenmiş olan doğum sonrası yarım çalışma izninde⁵⁰, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar süreyle çalışan kadın işçinin çalıştığı süreye ilişkin prim ve ücreti işveren, izinli olduğu için çalışmadığı süreye ilişkin prim ve ücreti İşsizlik Sigortası Fonu tarafından karşılanacaktır⁵¹. Yarım çalışma ödeneğinden

⁴³ Bkz. 5510, m.16/4.

⁴⁴ **Centel**, s.259.; **Şakar**, s.232. Bkz. SGK'nın 2016/21 sayılı Genelgesi, s.36, <<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143421>>s.e.t. 06.06.2021.

⁴⁵ RG. 07.04.2015/29319.

⁴⁶ Primsiz rejim sistemine ilişkin olmakla birlikte ayrıntıya girilmeyeceğinden bu bölümde belirtilmiştir.

⁴⁷ Bkz. **Yamakoğlu**, s.102-103; **Tuaç**, s.224-226. Düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Sözer**, s.254.

⁴⁸ RG. 08.09.1999/ 23810.

⁴⁹ RG. 10.02.2016/29620.

⁵⁰ Bkz. **Ocak, Saim** (2017) "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması", İş ve Hayat, C: 3, S:55, s.178.

⁵¹ **Centel**, s.265; **Tuaç**, s.227.

yararlanabilmek için gerekli olan koşullar 4447 sayılı Kanun'un ek- 5 maddesinde yer almaktadır⁵².

C. YAŞLILIK SİGORTASI KAPSAMINDA SAĞLANAN İMKÂNLAR

İnsan yaşamının belirli bir dönemini ifade eden yaşlılık, kaçınılmaz olarak kişinin bedeni ve ruhi gücünde kayıplara yol açar⁵³. Çalışma hayatından gittikçe uzaklaşan yaşlılar bakımından gelir azalması riski ortaya çıkmış olur. Ortaya çıkan gelir kayıplarını karşılama amacı taşıyan yaşlılık sigortası ile kişiye, yaşamının iş göremediği günleri için asgari ve sürekli bir gelir elde etme imkânı sağlanmaktadır⁵⁴. Böylece çalışma yaşamından çekilen sigortalı çalışmadan yaşamını sürdürme ve dinlenme olanağına kavuşmaktadır⁵⁵. Yaşlılık sigortasından yararlanma sigortalının yaşlanmasına bağlı olup⁵⁶ yaşlanan sigortalının çalışmayacak olmasından dolayı oluşacak gelir kaybı, yaşlılık sigortasından sağlanan parasal yardımlarla giderilmeye çalışılacaktır⁵⁷. Yaşlanma dışında engellilik(maluliyet) durumu da kişinin emekli olmasına imkân sağlamak ve çalışma hayatında belirli bir süre bulunmuş kişiye Kanun'da belirtilen koşulları da sağlamasıyla gelir güvencesi sağlamaktadır⁵⁸.

Yaşlılık sigortasından yararlanma koşulları⁵⁹, 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinde düzenlenmiş ve yaş ile prim ödemeye ilişkin genel koşullar

⁵² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ocak**, s.213 vd.; **Centel** (2016), s.13 vd.; **Caniklioğlu, Nurşen** (2016) "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği", Emeğin Kurultayı-2, 27 Mayıs 2016, Ankara, s.140 vd; **Ekonomi, Münir** (2017) "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları", Legal İSGHD, C.14, S.53, s.28 vd.; **Şahin Emir**, s.460 vd.

⁵³ **Arıcı**, s.362-363; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.526; **Yamakoğlu**, s.103.

⁵⁴ **Tuncay/Ekmekçi**; s.499-500; **Arıcı**, s.363; **Uşan** (2009), s.209; **Centel**, s.283; **Şakar**, s.241.

⁵⁵ **Tunçomağ**, s.381.

⁵⁶ **Centel**, s.283.

⁵⁷ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.526; **Tuncay/Ekmekçi**, s.533-534.

⁵⁸ **Yamakoğlu, Efe** (2018) "Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişikisine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 40, s.147.

⁵⁹ Bkz. **Başterzi** (2011), s. 2203-2242; **Kayrgan, Hasan** (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.82 vd.; 5510 sayılı Kanun öncesi dönem için bkz. **Başterzi, Fatma** (2006) Yaşlılık Sigortası, Ankara, TİSK Yayını, s.107 vd.

belirlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin doğrudan kadın sigortalıları ilgilendiren hükümleri, kolaylaştırılmış emeklilik imkânı ve hizmet borçlanmasına ilişkindir.

1. Kadın Sigortalılara Erken Emeklilik İmkânı

5510 sayılı Kanun'un "Yaşlılık Sigortasından Sağlanan Haklar ve Yararlanma Şartları" başlıklı 28. maddede normal emeklilik koşullarının yanı sıra kolaylaştırılmış emeklilik koşullarına da yer verilmiştir. Nitekim sosyal bir devlet olmanın gereklerinden birisi de ihtiyaç halindeki belli kişilere ve gruplara daha kolay emekli olabilme imkânı yaratılmasıdır⁶⁰. Bu kapsamda kadın sigortalıları ilgilendiren kolaylaştırılmış emeklilik seçeneği bulunmaktadır. Hükümde belirtilen, sürekli başkasının bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunan kadın sigortalıların emeklilikleri aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. Hizmet Borçlanması İmkânı

Yaşlılık sigortasından yararlanabilmek için Kanun'da belirtilen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını etkileyen hizmet borçlanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesi, sigortalının borçlanabileceği süreleri düzenlemektedir. Hizmet borçlanması yapılabilecek haller sınırlı sayı ilkesine tabi olup kanunda gösterilen haller dışında hizmet borçlanması yapabilmeye imkânı bulunmamaktadır. Bunlardan kadın sigortalıları ilgilendirenleri 5510 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan doğum borçlanması⁶¹ ve çocuğunun bakımı için kısmi süreli çalışmaya geçenlerin hizmet borçlanması⁶² ile 3201 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesine⁶³ ilişkin hizmet borçlanmasıdır.

⁶⁰ Tuncay/Ekmekçi; s.521.

⁶¹ Bkz. Canbolat, Talat/ Özkan, Sema (2017) "Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler", İş ve Hayat, S:6, s.105-136; Özkaraca, Ercüment (2010) "Doğum Borçlanması (Karar İncelemesi)", Legal İSGHD, C:7, S:26, s.501-525.

⁶² Bkz. Ermumcu, s.197 vd.

⁶³ Bkz. Urhanoğlu, İştâr (2020) "3201 Sayılı Kanun'a Göre Yapılacak Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında Aylık Bağlama Koşulları", Sosyal Güvenlik Dergisi (Journal of Social Security), C:10, S:2, s.248 vd.; Çavuş, Ö. Hakan (2015) "Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik

II. SİĞORTALILIĞA BAĞLI HAKLAR BAKIMINDAN BAŞKASININ SÜREKLİ BAKIMINA MUHTAÇ DERECEDE AĞIR ENGELLİ ÇOCUĞU OLAN KADIN SİĞORTALILARIN HAKLARI

A. GENEL OLARAK

Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunan anne sigortalılara daha erken yaşta yaşlılık aylığı hakkı sağlayan düzenleme, 5510 sayılı Kanun ile yürürlüğe girdiğinden, Kanunun yürürlük tarihi olan 01.10.2008 sonrası bakıma muhtaç çocuğu olup çalışan kadın sigortalılara erken emeklilik imkânı yaratmaktadır. 01.10.2008 öncesi bakıma muhtaç çocuğu olup çalışan kadın sigortalıların ise belirtilen tarihten önceki süreleri erken emeklilik bakımından dikkate alınmamaktadır⁶⁴. Konuyla ilgili bu tarihten önce aynı yönde bir düzenleme bulunmadığından söz konusu sigortalılar hakkında herhangi bir geçiş hükmüne yer verilmemiştir⁶⁵.

B. ENGELLİ, BAKIMA MUHTAÇ ENGELLİ VE AĞIR ENGELLİ KAVRAMLARI

Engelli⁶⁶, “doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan” kişidir⁶⁷. Bununla birlikte,

Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:47, S:4, s.38 vd.

⁶⁴ Uşan (2009), s.224; Tuncay/Ekmekçi; s.529.

⁶⁵ Özer, Hatice Duygu (2012) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.264.

⁶⁶ Engelli kavramı sakat kavramını da kapsayan daha geniş anlama sahip bir kavramdır. Caniklioğlu, Nurşen (2002) Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, 1.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.13. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Levent (2007) Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s.3 vd.

⁶⁷ Uşan, Fatih (1999), İş Hukukunda Sakat İstihdamı, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayınları, s.47. Yazar, engelli tanımına ilişkin ülkemiz dahil birçok ülkedeki düzenlemelerde, ilgili kuralın amacına yönelik farklı tanımın olduğunu, yeni bir tanım yapmak yerine Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik (RG.,

engellilik kavramıyla⁶⁸ ilgili değişik kurumlar ve yasalar tarafından çeşitli yönde farklı tanımların yapıldığını söyleyebiliriz. Bu nedenle, sadece Dünya Sağlık Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından yapılan tanımlara ve Mevzuatımızda düzenlenmiş güncel tanımlara kısaca yer verilecektir.

Dünya Sağlık Örgütü'ne göre üç aşamalı bir yapıya sahip olan engellilik⁶⁹, özürlülük ve sakatlık sonucu, kişi tarafından normal sayılacak bir işlevin yerine getirilememesi, bitirilememesi yahut tamamlanamaması olup kişinin yaşına, cinsiyetine, sosyal ve kültürel etkilere bağlı olarak farklılaşmaktadır.

2006 yılında kabul edilen, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin⁷⁰ 1.maddesine göre engelli, *“diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişiler”dir.*

18.03.1998, S.23290) uyarınca düzenlenen tanımın kabulünün uygun olacağı düşüncesindedir. Nitekim yukarıdaki tanım yazarın da belirttiği gibi mülga Yönetmelik m.3/a 'da yer alan tanımdır.

⁶⁸ Konu hakkında bkz. **Şişman, Yener** (2012) "Özürlülük Alanında Kullanılan Kavramlar Üzerine Genel Bir Değerlendirme", Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, C:7, S:28, s. 71 vd.

⁶⁹ <https://www.cdc.gov/ncbddd/disabilityandhealth/disability.html#:~:text=According%20to%20the%20World%20Health,%2C%20walking%2C%20or%20problem%20solving;> <https://www.un.org/esa/socdev/enable/faqs.htm>, s.e.t., 14.03.2022. Dünya Sağlık Örgütü'nün uluslararası standart kabul edilen tanımına göre ise engellilik üç aşamalı bir süreçtir. İlk olarak kişide herhangi bir noksan veya bozukluk (impairment) oluşur, ardından işlevsel kısıtlılık yani sakatlık (disability) ortaya çıkar ve sonunda engellilik yani sosyal açıdan daralma (handicap) oluşur. En uç durumda ise engelli, toplumdaki soyutlanmış bir yaşamı idame ettirir. Bu konuda bkz. **Uşan**, s.9-11; **Şişman**, s.77-78.

⁷⁰ Sözleşme 'nin tam ve İngilizce metni için bkz. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>> s.e.t., 11.04.2022. 3/12/2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme"nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 13/5/2009 tarihli ve HUMŞ/619 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 27/5/2009 tarihinde kararlaştırılmıştır. Karar Sayısı: 2009/15137, RG., 14.07.2009, 27288 S.

Uluslararası Çalışma Örgütü, 1983 yılında “Engellilerin Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı” hakkında 159 sayılı Sözleşme⁷¹ ve 168 sayılı Tavsiye Kararını kabul etmiştir. Bahsi geçen sözleşmenin birinci maddesine göre; “*Bu sözleşmenin amaçları bakımından, engelli kavramı, usulüne uygun geçerli fiziksel veya zihinsel bir noksanlığın sonucu olarak uygun bir işi sağlama, işte kalma(işi sürdürme) ve ilerleme beklentileri önemli ölçüde azalmış olan kişiyi*“ ifade eder.

Mevzuatımızda, engelli kavramıyla ilgili temel tanım 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da⁷² yer almaktadır. Kanun'un 3. maddesinin c bendine göre engelli; “*Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi*”; e bendinde yer alan engellilik durumu ise “*Bireyin engelliliğini ve engellilikten kaynaklanan özel gereksinimlerini, uluslararası yöntemleri temel alarak belirleyen derecelendirmeler, sınıflandırmalar ve tanılamalar*” olarak ifa edilmiştir.

2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun⁷³ 3. maddesinin c bendinde" Engelli"⁷⁴, “*doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olup; korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyacı olan kişiyi*; aynı maddenin d bendinde “*Bakıma İhtiyacı Olan*⁷⁵ Engelli"⁷⁶;

⁷¹ Sözleşme 'nin tam ve İngilizce metni için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304> s.e.t., 11.04.2022.

⁷² RG. 07.07.2005/25868.

⁷³ RG. 27.05.1983/18059. Bu Kanunun adı “Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu” iken, 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı KHK'nin 35 inci maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

⁷⁴ Değişik: 30/5/1997- KHK - 572/5 md.

⁷⁵ Bakıma ihtiyacı olan kişi bakıma muhtaç durumda bulunan kişidir. Bu kişiler, hayatın olağan akışı içerisinde kendilerinden beklenen hareket ve davranışların yapılmasında başkalarının yardımına veya desteğine ihtiyaç duyarlar.

⁷⁶ Ek: 1/7/2005-5378/26 md.

“engellilik sınıflandırmasına göre resmî sağlık kurulu raporu ile ağır engelli olduğu belgelendirilenlerden, günlük hayatın alışılmış, tekrar eden gereklerini önemli ölçüde yerine getirememesi nedeniyle hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün olan kişiyi” ifade etmektedir.

Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği⁷⁷nde “Bakıma ihtiyacı olan engelli”, “Engellilik sınıflandırmasına göre engelliler için sağlık kurulu raporu ile ağır engelli olduğu belgelendirilenlerden günlük hayatın alışılmış, tekrar eden gereklerini önemli ölçüde yerine getirememesi nedeniyle hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek durumda olduğu sosyal inceleme raporu ile belirlenen ve 2828 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesine göre ücreti Bakanlık tarafından karşılanan kişi”dir. (m.3/c).

Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği⁷⁸nde, yaşlılık sigortası kapsamında kadın sigortalı çocuğunun, hangi hallerde başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli sayılacaklarının tespiti;

⁷⁷ RG., 04.11.2016 /29878. Yönetmeliğin 67. Maddesinde, 16/8/2013 tarihli ve 28737 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Bakıma Muhtaç Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği ile 30/7/2006 tarihli ve 26244 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tesbiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmeliğin yürürlükten kaldırıldığı, geçici 1. maddesinde ise 67 nci maddenin ikinci fıkrası ile yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin evde bakım hizmetlerine ilişkin Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına yeni bir düzenleme yapılmaya kadar devam olunacağı belirtilmiştir.

⁷⁸ RG. 28.09.2021, S.31612. Söz konusu Yönetmeliğin amacı, “31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre sigortalı sayılanların maluliyet, çalışma gücü kaybı ve erken yaşlanma durumları ile bunların bakmakla yükümlü oldukları veya hak sahibi çocuklarının maluliyet ve başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engellilik durumlarının tespitine ve bu tespitlerde esas alınacak sağlık kurulu raporlarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir” (m.1). Yönetmelik’in kapsamı 2. maddede düzenlenmiştir. 3/8/2013 tarihli ve 28727 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliğini yürürlükten kaldıran (m.20) Yönetmelikle maluliyetin belirlenmesine ilişkin sistematik değişiklik öngörülmüş ve tanımlar başlıklı 4. maddeyle maluliyet üç aşamalı olarak-hafif-orta-ağır orta düzeyde çalışma gücü kaybı” tanımlanmıştır. 2013 tarihli Maluliyet Tespit İşlemleri Hakkındaki Yönetmelik; “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre sigortalı sayılanlar ile bunların bakmakla yükümlü oldukları veya hak sahibi çocuklarını” kapsamaktaydı.

başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engellilik tespitinde esas alınacak sağlık kurulu raporlarının düzenlenmesi ile başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli sigortalı çocuğunun kontrol muayenelerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir (m.2/e, f,g). Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde, “Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuk”, “Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelikte tanımlanan “Çok ileri düzeyde ÖGV”, “Belirgin ÖGV” ve “Özel koşul gereksinimi var (ÖKGV)”⁷⁹ ile Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelikte tanımlanan “Tam bağımlı engelli birey”⁸⁰ durumundaki” kişidir (m.4/d). Yönetmelik’te ayrıca, kadın sigortalının başka birinin sürekli bakımına muhtaç⁸¹ derecede ağır engelli çocuğunun tespiti için, Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ile Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir (m.9)⁸².

⁷⁹ Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelikte geçen “Çok ileri düzeyde Özel Gereksinimi Var (ÖGV)”, “Belirgin ÖGV” ve “Özel koşul gereksinimi var (ÖKGV)” ifadeleri, ilgili mevzuatın uygulanması açısından ağır engellilik durumunu ifade eder (m.15).

⁸⁰ Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik’te, “Tam bağımlı engelli birey: Engel durumuna göre engel oranı %50 ve üzeri olduğu tespit edilenlerden doku, organ ve/veya fonksiyon kaybı ve/veya psikiyatri tanısı bağlantılı olarak muhakeme yeteneği değerlendirilmesine göre günlük yaşam aktivitelerini yardım almasına rağmen kendi başına gerçekleştiremediğine karar verilen bireyi” ifade etmektedir. (m.4/m).

⁸¹ Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği’nin 10. maddesinde sigortalıların başka birinin sürekli bakımına muhtaç olduğu durumlar belirtilmiştir.

⁸² Başka birinin sürekli bakımına muhtaç olma halleri söz konusu Yönetmeliklerde belirtilmemekle birlikte Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği’nde Sigortalıların başka birinin sürekli bakımına muhtaç olduğu durumlar açıklanmıştır. Buna göre; “a) Kuadrupleji, parapleji, dipleji ve sigortalının yaşamını kendi başına yürütmesine engel hemipleji veya merkezi sinir sisteminin sfinkter bozuklukları ile birlikte olan diğer hastalıklar; b) Süreli veya sürekli ruh sağlığı ve hastalıkları kliniğinde kalmayı gerektiren ve tedavi edilemeyen psikotik hastalıklar; c) İki gözde de yüzde yüz (tam) görme kaybı; ç) İki elin kaybı veya yok hükmünde olması; d) Bir kolun omuzdan ve bir bacağın kalçadan kaybı veya yok hükmünde olması.; e) Her iki bacağın alttan en az 1/3’ünün kaybı veya yok hükmünde olması; f) Tedavisi olanaksız bir hastalıktan ileri gelen ağır beslenme bozuklukları ve kaşeksiler; g) Solunum yetmezliği nedeniyle yardımcı solunum cihazlarının sürekli kullanılması; ğ) Giyinme, beslenme, fonksiyonel mobilite, bağırsak ve mesane bakımı, kişisel hijyen ve tuvalet ihtiyaçları

C. ERKEN EMEKLİLİK İMKÂNINDAN YARARLANMA KOŞULLARI

5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 8. fıkrasında yer alan hükümden⁸³ yararlanmak için öncelikle kadın ve sigortalı olmak gerekmektedir. İkinci koşul olarak, kadın sigortalının başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğunun olması ve bu çocuğunun bakımının sigortalı kadın tarafından gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Son olarak, sigortalı kadının Sosyal Güvenlik Kurumu'na çocuğunun bakıma muhtaç ve engelli olduğuna ilişkin sağlık kurulu raporu ile birlikte başvuruda bulunması icap etmektedir⁸⁴. Belirtelim ki, doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere⁸⁵, başka birinin bakımına muhtaç çocuğu olan kadın sigortalının, çocuğuna bakma zorunluluğu onu çalışma yaşamından kaçınılmaz olarak uzaklaştırmakta; ancak kadın sigortalının erken emekli olabilmesi yine de belli bir süre çalışmasına bağlı kılınmaktadır. Kadın sigortalıdan bu durumda dahi çalışmasının beklenmesi düzenlemenin amacına aykırılık oluşturmaktadır.

gibi günlük yaşam aktivitelerinin sağlanamaması; h) Bu maddede tespit edilen durumlar dışında kaldığı halde tedavi edilemeyen ve başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma gelmesine sebep olan sekeller ve ağır hastalıklar.”

⁸³ 5510 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 5754 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesine eklenmiş olup 5754 sayılı Kanun'a ait 23.Dönem, 2. Yasama Yılı 92.Birleşimindeki Genel Kurul tutanakları ve madde gerekçesi için bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil2/bas/b092m.htm>> s.e.t., 24.05.2022.

⁸⁴ Bkz. **Şahin Emir**, s.389; **Yetik/Erkan**, s.226; **Çavuş**, s.86. Engelli çocuğu olan kadın sigortalılara daha erken emekli olma imkânı sağlayan benzer bir düzenleme Fransa 'da uygulanmaktadır. Bu kapsamda, evinde ve tek başına yaşamını sürdürmesi imkânı olmayacak derecede engelli yani başkasının bakımına muhtaç bir kimseye bakmak için çalışmasını kısmen veya tamamen bırakan kişilerin primleri aile yardım fonları tarafından ödenmekte ve prim ödemedi emeklilik haklarının devamına olanak tanınmaktadır. Almanya'da ise bakım sigortası yasası çerçevesinde, bakıma muhtaç bir yakınına ev ortamında bakan kişiler için yasal emeklilik sigortası primleri bakım sigortasınca karşılanmakta, bakımı üstlenen ve haftada 30 saatin altında ücretli bir işi olanlar da bu imkândan yararlanmaktadır. Avusturya'da ise engelli bir çocuğa bakmak için şahsi sigorta yaptırılması ve böylece hiç bir sigortalılık süresinin bulunmaması veya çok az bir sigortalılık süresinin bulunması halinin devamında isteğe bağlı sigortalılık hakkı kazanılması sağlanmaktadır. **Özer**, s.262-263.

⁸⁵ **Özer**, s.263.

1. Kadın Sigortalı Olma

Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan kişinin, Kanun'un 28.maddesinin 8. fıkrasındaki hükümden yararlanabilmesi için kadın sigortalı⁸⁶ olması gerekmektedir⁸⁷. 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge⁸⁸ ile erken emeklilik imkânından yararlanacak kadın sigortalılar belirlenmiştir. Genelge 'ye göre; "Kanununun 28 inci maddesinin sekizinci fıkrası hükmünden; (a) 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında çalışan kadın sigortalılar ile 2008 yılı Ekim ayı başından önce 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlara tabi çalışırken Kanununun geçici 1 inci maddesi gereğince 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmalarını devam ettiren, (b) Kanununun yürürlük tarihinden önce 5434 sayılı Kanuna tabi hizmeti bulunanlardan Kanununun yürürlük tarihinden sonra geçici 4 üncü maddesi gereğince 5434 sayılı Kanununun mülga 12 nci maddesinin (II) işaretli fıkrasının son paragrafı, ek 71, mülga ek 76 ve mülga geçici 192 inci maddeleri uyarınca sigortalı olan, (c) 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren Kanuna tabi olarak isteğe bağlı sigorta primi ödeyenler ile 2008 yılı Ekim ayı başından önce 506, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara göre isteğe bağlı sigortalı olup, Kanuna göre isteğe bağlı sigortalılıkları devam eden, (Ek, 3/7/2015 tarihli ve 2015/19 sayılı Genelge) (d) Kanununun ek 5, ek 6 ve ek 9 uncu maddesi kapsamında çalışan kadın sigortalılar yararlanacaklardır. Bu kapsamdaki kadın sigortalıların emeklilik talebinde bulunmadan önce kayıt ve tescillerinin yapılması sağlanacak, ancak açıkta iken veya emeklilik/yaşlılık aylığı talebiyle birlikte bu haktan yararlandırılmasının istenilmesi halinde bunlar hakkında da aktif sigortalılar gibi işlem yapılacaktır." Buna göre, kadın sigortalıların çalışma hayatında yer alıp almamalarına göre iki sigortalı grubu bulunmaktadır. Çalışma hayatı içerisinde fiilen yer alan kadın sigortalılar ile çalışma hayatı

⁸⁶ Bu hakkın sadece kadınlara tanınıp erkek sigortalılara tanınmaması hususundaki değerlendirme için bkz. başlık F.

⁸⁷ Sözer, S.412;

⁸⁸ Sosyal Güvenlik Kurumu Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 03/11/2021 tarihli ve 2021/37 sayılı Genelge İşlenmiş Haliyle, Kasım 2021,. s. 306-307, <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/82660,ET:11.04.2022>.

içerisinde aktif olarak bulunmamlarına rağmen isteğe bağlı sigorta kapsamında olan kadınlar söz konusu haktan faydalanabilmektedir⁸⁹.

Kadın sigortalıya tanınmış olan erken emeklilik hakkından yararlanmak için anne olan sigortalının, başka birisinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğunun biyolojik annesi olması şart değildir⁹⁰. Nitekim Genelge 'de de belirtildiği üzere, *“kadın sigortalının kendisinin veya eşiyle birlikte evlat edindiği çocuğunun da başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olduğunun tespiti halinde bu çocuk nedeniyle de kadın sigortalı bu Kanun hükmünden yararlandırılacaktır.”* Ayrıca kadın sigortalının ilave hizmetinin tespitinde çocuğun evlat edinildiği tarih de dikkate alınmakla birlikte ilave hizmetin verileceği sürenin başlangıcı çocuğun evlat edinilme tarihi itibarıyla belirlenecektir⁹¹.

2. Başka Birinin Sürekli Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğa Sahip Bulunma

Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nde⁹², başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuk tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 4. maddesinin d fıkrasına göre, ağır engelli çocuk, Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelikte⁹³ tanımlanan “Çok ileri düzeyde ÖGV”, “Belirgin ÖGV” ve “Özel koşul gereksinimi var (ÖKGV)” olarak belirlenen çocuklar ile Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelikte⁹⁴ tanımlanan “Tam bağımlı

⁸⁹ Yetik/Erkan, s.229-230; Göktaş, Murat (2015) “Başkasının Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğu Bulunan Kadın Sigortalıların Emekliliği”, İş ve Hayat Dergisi, C:1, S:1, s.214.

⁹⁰ Şahin Emir, s.392; KEİG Platformu, s.40 (Kadın Emeği ve İstihdamı Girişimi, Kadın İstihdamı Zirvesi'nden sonra 2006 yılının Mart ayında Kadın Örgütleri Ortak Basın Açıklaması başlığı altında yapılan basın açıklamasının ardından, kadın emeği ve istihdamı alanında çalışan bir grup kadın akademisyen ve aktivistin 2 Nisan 2006 tarihinde gerçekleştirdiği toplantı sonucunda kurulmuştur. <<http://www.keig.org/hakkimizda/>> s.e.t. 23.05.2022).

⁹¹ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.311-312.

⁹² Yönetmelik'in 20.maddesinde, 3/8/2013 tarihli ve 28727 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırıldığı hüküm altına alınmıştır.

⁹³ RG., 20.02.2019, S.30692.

⁹⁴ RG., 20.02.2019, S.30692.

engelli bireyi” (m.4/m) ifade etmektedir. Buna göre, ağır engelli çocuğun çocuk yaşta olması ile erişkin yaşta olması farklı hükümlere tabi kılınmıştır⁹⁵. Ayrıca, Yönetmelikte, kadın sigortalının çocuğunun başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olduğunun tespiti için Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ile Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik’in esas alınacağı düzenlenmiştir (m.9).

Anne olan kadın sigortalının başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli birden fazla çocuğunun olması mümkündür. Bu durumda, kadın sigortalı çocuklarından sadece birisi için⁹⁶ Kanununun 28 inci maddesinin sekizinci fıkrası hükmünden yararlanma hakkına sahiptir. Ağır engelli çocuklara verilmiş raporlardan, engel tarihi eski olan rapor esas alınarak uygulamanın başlangıç tarihi belirlenecektir. Bununla birlikte Kanun’un ilgili hükmünden yararlanan çocuğun başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olma durumundan çıkması halinde, kadın sigortalı, ağır engelli diğer çocuklarından dolayı söz konusu uygulamadan yararlanmaya devam edecektir. Ancak, diğer çocukların engelliliklerinin başlangıç tarihinin engelli durumundan çıkan çocuğun çıkış tarihinden sonraki bir tarih olması durumunda, bu çocuklarının engelliliklerinin başlangıç tarihi esas alınmak suretiyle ilave hizmet süresi verilecektir⁹⁷. Her ne kadar kadın sigortalı yalnızca bir çocuk üzerinden erken emeklilik hakkından yararlanabilse de birden fazla engelli çocuğunun bulunması, bakıma muhtaçlığı ortadan kalkan çocuk yerine bu hakkın diğer çocuk üzerinden devamına imkân yaratmaktadır.

Yukarıda açıkladığımız üzere, anne olan kadın sigortalının, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli evlatlık çocuğunun bulunması halinde de söz konusu uygulamadan yararlanabilecektir⁹⁸. Fıkra kapsamındaki evlatlık çocuğun annesi olan kadın sigortalının, uygulamadan yararlanma hakkının tespitinde diğer hususlarla birlikte çocuğun evlat edinildiği tarih

⁹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.553.

⁹⁶ KEİG Platformu, s. 40.

⁹⁷ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.312.

⁹⁸ Yetik/Erkan, s.230.

dikkate alınarak ilave hizmetin verileceği sürenin başlangıcı belirlenecektir. Nitekim bu tarihin çocuğun evlat edinilme tarihinden önce olması imkânı yoktur⁹⁹.

Kadın sigortalının, başka birisinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğunun biyolojik annesi olması koşulu aranmamakla birlikte eşinin önceki evliliğinden olan engelli çocuğuna bakması hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysaki ülkemizin toplumsal yapısı gereği, kadınların eşlerinin önceki evliliğinden olan çocuklarına engeli olsun ya da olmasın baktıkları yadsınamaz. Bu durumun değerlendirilerek, eşinin eski evliliğinden olan yahut evlilik dışında doğan bakıma muhtaç ağır engelli çocuğun bakımını üstlenen kadın sigortalının bu Kanun hükmünden yararlandırılması yerinde olacaktır.

Kanun'un 28. maddesinin 8. Fıkrasıyla getirilen hükümlerle, ağır engelli çocuğun fiilen bakılması nedeniyle yıpranan kadın (anne) sigortalının korunması amacı taşıdığından, sigorta primi ödediği sürelerde, bu kapsamdaki çocukların bakımı fiilen üstlenilmelidir¹⁰⁰.

3. Sosyal Güvenlik Kurumuna Başvurma

Kadın sigortalının erken emeklilik düzenlemesinden yararlanmasına ilişkin son koşul Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvuru yapmaktır. 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge'de belirtildiği üzere, çocuğunun, başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumda ağır engelli olduğunun tespitini isteyen kadın sigortalıların, en son çalışmalarının geçtiği Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü veya Sosyal Güvenlik Müdürlüğü'ne başvuruda bulunmaları gerekmektedir. İlgili birim tarafından çocuk/ çocukların sağlık sunucularına sevk işlemleri¹⁰¹ 2018/38 sayılı Genelgenin "Sevk ve Kontrol Muayene İşlemleri, Masrafların Karşılama, Kurum Sağlık Kurulları ve İtiraz İşlemleri" başlıklı yedinci bölümünde açıklanan hususlar uyarınca gerçekleştirilecektir. Kadın sigortalının ağır engelli çocuğunun birden fazla olması halinde, her çocuk için ayrı ayrı Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuruda bulunmalıdır. Nitekim Kurum,

⁹⁹ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.312.

¹⁰⁰ Yetik/Erkan, s.229-230; Göktaş, s.214.

¹⁰¹ Değişik, 19/6/2020 tarihli ve 2020/21 sayılı Genelge.

her çocuğun başkasının sürekli bakımına muhtaç olup olmadığını ayrı ayrı tespit eder¹⁰².

Genelge'ye göre, "Prim ödeme gün sayıları toplamına eklenecek ve emeklilik yaş hadlerinden indirilecek süre, başka birinin sürekli bakımına muhtaç olma halinin başladığı tarih ile sona erdiği tarih arasında geçen veya bu süre içinde çocuğun yaşadığı süreye göre tespit edileceğinden, yaşlılık aylığı bağlanacağı tarihi beklemeden Kuruma başvuran kadın sigortalıların çocuklarının sevkleri de sağlık hizmeti sunucularına yapılacaktır."¹⁰³. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kadın sigortalıların emeklilik talebinde bulunmadan önce kayıt ve tescillerinin yapılması imkânı bulunmaktadır.

Kurum'a başvuru için yaşlılık aylığı talebinde bulunma zorunluluğu yoktur. Kadın sigortalının yaşlılık aylığı talebinden önce başvurabilmesi mümkündür. Lakin uygulamada, çoğunlukla eş zamanlı başvurular yapılmaktadır. Kanun'un 28. maddesindeki uygulamadan yararlanabilmek için çocuğun ağır engellilik halinin tespiti gerektiğinden ağır engellilik tespiti yapılmadan ölen veya bu durumu ortadan kalkan çocuk bakımından tespiti yapılması mümkün olmayacağından, erken emeklilik imkânından yararlanmak da söz konusu olamayacaktır. Öyleyse, kadın sigortalıların, haklarını kaybetmemek için zamanında başvuru yapması önem taşımaktadır¹⁰⁴.

2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge 'de, açıkça, Kuruma başvuru tarihinde kadın sigortalının aktif olarak çalışıp çalışmadığına bakılmayacağı, ancak, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalı olarak tescil edildikleri halde adlarına malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmemiş olanların çocuklarının sevklerinin yapılmayacağı düzenlenmiştir¹⁰⁵. Öyleyse, kadın sigortalının Kuruma başvurduğu tarihte fiilen çalışmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmadığından

¹⁰² Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.307.

¹⁰³ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.307.

¹⁰⁴ Yetik /Erkan, s.231; Göktaş, s.217;

¹⁰⁵ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.307.

isteğe bağlı sigortalı olan kadın sigortalılar da söz konusu haktan yararlanabileceklerdir¹⁰⁶.

D. ERKEN EMEKLİLİK İMKÂNINDAN YARARLANMAK İÇİN TOPLAM PRİM ÖDEME GÜN SAYISINA VE EMEKLİLİK YAŞINA ETKİ EDECEK SÜRENİN TESPİTİ

Emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan kadın sigortalının, prim ödeme gün sayılarının dörtte birinin, prim ödeme gün sayıları toplamına ekleneceği ve eklenen bu sürelerin emeklilik yaş hadlerinden¹⁰⁷ de indirileceği öngörülmüştür. Söz konusu ilave edilecek süre; kadın sigortalının sigortalılık başlangıcının 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra olması, bakıma muhtaç ağır engelli çocuğunun doğum tarihi, çocuğunun ölmesi durumunda ölüm tarihi, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede engellilik halinin başlangıç ve bitiş tarihi, çocuğunun evli olup olmadığı, kadın sigortalının boşanmış olması halinde velayetin kadın sigortalıda olup olmadığı, çocuğun, kadın sigortalı tarafından evlat edinilip edinilmediği¹⁰⁸, ağır engelli çocuğun birden fazla olup olmadığı, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretli veya ücretsiz, sürekli ve yatılı olarak faydalanıp faydalanmadığı hususları dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir¹⁰⁹.

Kanunun 28 inci maddesinin sekizinci fıkrasında, emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalının başka birinin sürekli

¹⁰⁶ Kurt, s. 66.

¹⁰⁷ Başkasının bakımına muhtaç derecede engelli çocuğu bulunan kadın sigortalıya yaş haddinden indirim yapılması ile erken yaşlanma emekliliğinin yaş haddinden indirimini birlikte değerlendiren Özer, engelli çocuğu bulunan kadın sigortalı için 55 yaş haddinden indirim yapılmasının uygun olacağı görüşündedir. **Özer, Hatice Duygu** (2021) “Erken Yaşlananlar”ın Emekliliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:70, S:3, s.1805.

¹⁰⁸ Ayrıca bkz. **Özer**, s.265 vd.

¹⁰⁹ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.309.

bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunması durumunda, bu 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen toplam prim gün sayısına eklenecek ve emeklilik yaş haddinden indirilecek sürenin, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 01.10.2008 tarihinden sonraki bildirimler için geçerli olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁰. Söz konusu haktan aktif olarak çalışmaya devam eden kadın sigortalılar ve isteğe bağlı sigorta kapsamında olan kadın sigortalılar yararlanabilecektir¹¹¹.

Genelge' de, "2008 yılı Ekim ayı başından önce çalışmaya başlayan ve aynı zamanda da başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunan kadın sigortalının çocuğunun, Kurum ilgili sağlık kurulu tarafından 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumda olduğunun tespit edilerek bildirilmesi halinde, sigortalının 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren geçen çalışma süresinin dörtte biri, toplam prim ödeme gün sayısına ilave edilecek, ilave edilen süre kadar da emeklilik yaş haddinden indirim yapılacaktır. 2008 yılı Ekim ayı başından sonra çalışmaya başlayan kadın sigortalılar 2008 yılı Ekim ayı başından sonra çalışmaya başlayan ve başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli durumda çocuğu bulunan kadın sigortalının çocuğunun doğum tarihi dikkate alınarak, çocuğun ağır engelli durumunun işe giriş tarihinden önce olması halinde; işe giriş tarihinden, sonra olması halinde ise çocuğun ağır engelli olduğu

¹¹⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.553; Uşan, s.224; Tuncay/Ekmekçi, s.529; Yetik/Erkan, s.231.

¹¹¹ Genelge'ye göre; "Kadın sigortalılara Kanununun 28 inci maddesinin sekizinci fıkrası hükmü uyarınca ilave edilecek hizmetin hesabında, - Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerine tabi olarak 2008 yılı Ekim ayı başından sonra geçen, -2008 yılı Ekim ayı başından sonra isteğe bağlı sigortalı olarak prim ödenen, -1/10/2008 tarihinden önce 2925 sayılı Kanuna tabi olup, bu tarihten itibaren Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi geçen, - 2008 yılı Ekim ayı başından sonra geçen ve Kanun ile 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlandırılan, süreler dikkate alınacaktır. Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi sigortalıların söz konusu haklardan yararlandırılmaya başlayacakları sürenin başlangıcı, 2008 yılı Ekim ayı başından önce çalışmaya başlayanlardan maaşlarını her ayın 15'inde alanlar için ayın 15'i, maaşlarını ayın 1'inde alanlar için ayın 1'i, 2008 yılı Ekim ayı başından sonra ilk defa çalışmaya başlayanlar için ise çalışmaya başladıkları tarihtir". Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.309.

tarihinden itibaren Kanundaki erken emekliliğe ilişkin hükmünden yararlandırılmaya başlayacağı“ belirtilmiştir¹¹².

Genelge ile açıklığa kavuşturulmuş diğer bir husus ise ilave hizmet süresi olarak değerlendirilmeyecek sürelerle ilişkindir. Buna göre, kadın sigortalıların prim ödeme gün sayıları değerlendirilirken, “*Kanununun 40. maddesi uyarınca hesaplanan fiili hizmet süresi zammı, Kanununun 49. maddesi uyarınca hesaplanan itibari hizmet süresi, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli birden fazla çocuğu olanlardan ikinci ve diğer çocukları, için ilave hizmet süresi verilmeyecektir.*” Söz konusu düzenlemeyle, birden fazla bakıma muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan sigortalıya, sadece tek bir çocuk için süre ekleme imkânı tanımaktadır. Oysaki her bir ağır engelli çocuğun bakımına ayrı ayrı zaman harcayan kadın sigortalıya her bir çocuk için ayrı eklemenin yapılması yerinde olurdu¹¹³. Ayrıca, kısa vadeli sigorta kollarına tabi olarak geçen süreler ile sadece genel sağlık sigortasına prim ödenerek geçen süreler, ilave edilecek hizmet süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır¹¹⁴.

E. ERKEN EMEKLİLİKTEN YARARLANMAYA İLİŞKİN UYGULAMANIN SONA ERMESİ

Erken emeklilikten yararlanmak için gerekli olan koşullardan birisinin olmaması halinde, kadın sigortalının ilgili uygulamadan yararlanmaya devam etmesi de mümkün olmayacaktır. Öncelikle, kadın sigortalının toplam hizmetine ilave edilecek ve emeklilik yaşından düşülecek süre, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olduğu tespit edilen çocuğun yaşadığı ve ağır engelli olma halinin devam ettiği süre boyunca kadın sigortalının yaptığı çalışmalara göre belirlenecektir. Yani, Kurumun ilgili sağlık kurulunca çocuğun, başka birinin sürekli bakımına muhtaç olduğu tespit edildikten çocuğun ölümüne kadar geçen çalışmalar dikkate alınacaktır. Çocuğun öldüğü tarih esas alınmak suretiyle, bu tarihten sonra geçen

¹¹² Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.309-311.

¹¹³ **Özer**, s.267.

¹¹⁴ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.313-.314.

çalışmalarından dolayı kadın sigortalıya ilave hizmet verilmesi söz konusu olmayacaktır¹¹⁵.

Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olan çocuğun, ölmesi, kontrol muayenesi sonucunda başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli halinin ortadan kalkması, bakıma muhtaç ağır engelli çocuğun evlenmesi, kadın sigortalının boşanması sonucu ağır engelli çocuğun velayetinin anne dışında başka bir kişiye verilmesi (çalışmaya başladığı tarihten önce başka birisine verilmesi halinde çalışmaya başladığı, çalışmaya başladığı tarihten sonra başka birisine verilmesi halinde velayetin verildiği tarihten itibaren¹¹⁶) bakıma muhtaç ağır engelli çocuğun 2828 sayılı Kanun hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretli veya ücretsiz sürekli ve yatılı olarak faydalanmaya başlamasından itibaren kadın sigortalı bakımından uygulama sona erecektir. Yani, bahsedilen durumların gerçekleştiği tarih esas alınarak, prim gün sayısına dörtte bir oranında eklenen prim gün sayıları ve bu sürelerin emeklilik yaşından indirilmesi sonlanacaktır¹¹⁷.

F. ERKEN EMEKLİLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMENİN EŞİTLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

5510 sayılı Kanun'un 28. maddesindeki düzenlemeden sadece kadın sigortalıların yararlanmasını eşitlik ilkesi kapsamında ayrıca değerlendirmek gerekir. Nitekim başka birinin sürekli bakımına muhtaç ağır engelli çocuğun ebeveynini sadece anneye indirgeyerek kadın sigortalıya erken emeklilik imkânının yaratılması, onunla eşit durumda olan baba yani erkek sigortalıya

¹¹⁵ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.311.

¹¹⁶ Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.313.

¹¹⁷ **Göktaş**, s.215; **Yetik/Erkan**, s.233; **Uğur, Murat**: “Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Göre Sağlanan Haklar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 32, 2014, s.198; Ayrıca bkz., Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü: 2013/11 Sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s.312-314.

karşı bir ayırım olarak değerlendirilebileceği gibi kadına yönelik pozitif ayrımcılık olarak da nitelendirilebilecektir. Doktrinde bu yönde farklı görüşler bulunması bu durumun ayrıca değerlendirilmesini gerektirir.

Sosyal güvenlik hukukunda eşitliği doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmadığından Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesi "sosyal güvenlik hakkı" başlıklı 60. maddesini dikkate alarak eşitliği açıklamak uygun olacaktır.

Genel anlamıyla eşitlik, iki veya daha çok şeyin belirli özellikler açısından eksik ve fazla olmaması halidir¹¹⁸. Eşitlik ilkesi, bir taraftan hukuk kurallarının genel olmasını (şekli/yatay eşitlik), diğer taraftan kişilere eşit davranılmasını (maddi/dikey eşitlik) gerektirir¹¹⁹. Ayrımcılık yasağı ise, "yasaklanan temellerde aleyhe sonuç doğurucu ve haklı kılınamayan fark gözetme" olarak ifade edilebilir¹²⁰.

Anayasa'nın 60. maddesinde "herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu" düzenlemekle birlikte sosyal güvenlik hakkının sağlanmasında eşitliğin de dikkate alınması gerekir. Ancak bu hak, istisnasız herkesin hakkı olarak yorumlanamaz¹²¹. Nitekim ülkemizdeki sosyal sigortalar sistemi karşılık esasına dayanan primli rejime dayandığından, herkes değil, prim ödeme koşulunu yerine getiren herkes, yardımlardan yararlanma hakkına sahiptir¹²². Maddenin devamında, Devletin sosyal güvenlik hakkını sağlamakla yükümlü

¹¹⁸ **Tuncay, Aziz Can** (1992) İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, s.8.

¹¹⁹ **İnceoğlu, Sibel** (2006) "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:4, S:11, s.47. Konu hakkında bkz. **Özbudun, Ergun** (2000) Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 136-137; **Öden, Merih** (2003) Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, Yetkin Yayınları, s.140 vd.; **Tuncay**, s.5 vd.; **Kaya, Pir Ali** (2007) Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım; **Süzek, Sarper** (2008) "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 12, s.24-38.

¹²⁰ **Karan, Ulaş** (2017) Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.65.

¹²¹ **Mutlay**, s.33-34.

¹²² **Sözer**, s.3.

olduğu düzenlenmiş, ancak bunun nasıl sağlanması gerektiği belirtilmediğinden söz konusu hakkın devlete ait olduğu¹²³ söylenebilecektir.

Eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10 maddesinde aynı zamanda çeşitli nedenlerle yapılacak ayrımcılık da yasaklanmıştır. Maddenin ilk fıkrasında eşitlik ilkesine ayırım yasağıyla birlikte yer verilmiş olduğundan bu yükümlülük, sadece “eşitlik yükümlülüğü” olarak değil, “ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü” olarak ifade edilebilir¹²⁴.

Cinsiyet temelli dâhil birçok durum karşısında ayrımcı muameleleri yasaklayan Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrasında kadın ve erkeklerin eşit oldukları vurgulanmak suretiyle devletin bu eşitliğin yaşama geçmesinde yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Bunun sonucunda pozitif ayrımcılığın yani olumlu ayrımcılığın anayasal dayanağı oluşmuştur. Ayrıca, Anayasanın 10 maddesine 2010 yılında yapılan değişiklik sonucu eklenen cümleyle, kadınların yanı sıra çocuk, yaşlı, engelli bireyler, şehit yakınları ve gaziler” de sayılarak bu gruplara için yapılacak muamelelerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilerek pozitif ayrımcılığın kapsamı genişletilmiştir¹²⁵.

Her ne kadar Anayasa'da, devlet, kadınlara pozitif ayrımcılık yapmakla yükümlü kılınmış olsa da mevzuatta pozitif ayrımcılık uygulamasına ilişkin düzenlemelerin çoğu pozitif ayrımcılık uygulamasından çok sosyal devlet gereği yapılan düzenlemelerdir. Sosyal devlet olmanın gerektirdiği uygulamalarda ise gereklilik vardır. Örneğin emziren kadına süt izni verilmesinin pozitif ayrımcılık olarak değerlendirilmesi için erkeğin de emzirebilmesi ve bu iznin sadece kadına tanınmış olması gerekirdi. Oysaki kadın emzirdiği için bu izin gereklidir. Burada diğer cinsiyet aleyhine olacak bir şekilde kadına ayrıcalık tanınmamıştır. Dezavantajlı gruplara yönelik muamelelerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağına ilişkin düzenlemeyle zayıf ve

¹²³ **Yuvalı Ertuğrul** (2020) “Sosyal Politika Aracı Olarak Sosyal Güvenlik Kavramı”, İş ve Hayat, C:6, S:11, s.69.

¹²⁴ **Gülmez, Mesut** (2010) “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:2, S:25, s.221, s.217-266.

¹²⁵ **Karadağ, Nergiz** (2020) “Hukuka Feminist Yaklaşım”, Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu, 7 Mart 2019, Bildiri Kitabı, Ed. Aydın, Melisa /Kaya, Ceren /Sağlam, Furkan, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, İstanbul, s.135.

korunmaya muhtaç kişiler bakımından maddi anlamda eşitlik sağlanmaktadır. Kadınlar ise cinsiyetlerinden dolayı zayıf ve korunmaya muhtaç kişiler olarak nitelendirilemez¹²⁶.

Bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda, sosyal güvenlik hukukunda kadın sigortalılara erken emeklilik imkânı sağlayan düzenlemenin değerlendirilmesi icap eder. Nitekim erken emekliliğe ilişkin düzenleme, başkasının bakımına sürekli muhtaç durumda bulunan ağır engelli çocuğun bakımının sadece kadın sigortalı tarafından üstlenilmesi durumunda kadın sigortalı lehine hak yaratmaktadır.

Doktrinde, sadece anne olan kadın sigortalının yararlandığı erken emeklilik hakkına ilişkin düzenlemeyi pozitif bir ayrımcılık olarak nitelendirenlerin yanı sıra¹²⁷ baba olan erkek sigortalının bu haktan yararlanamamasını eşitlik ilkesine aykırı bularak ayrımcılığın olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır¹²⁸.

Düzenlemeyi pozitif ayrımcılık olarak gören görüş, ülkemiz koşulları dikkate alındığında 28.maddedeki düzenlemenin pozitif bir ayrımcılık olduğu ve bunun da yerinde bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir¹²⁹. Sosyal güvenlik hukukunda, bakıma muhtaç ağır engelli çocuğunun bakımını üstlenen kadın sigortalıların böyle bir pozitif ayrıma tabi kılınması Anayasa'nın sosyal devlet ilkesinin sosyal sigortalardaki görünümü olup eşitlik ilkesine aykırı bir durum bulunmamaktadır¹³⁰.

¹²⁶ Karadağ, s. 138-139.

¹²⁷ Tuncay /Ekmekçi, s. 529; Gökteş, s.216.

¹²⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.554; Baştzerzi, Süleyman (2010) "5510 sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Sigortası ve Yeni Gelişmeler", Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş'a Armağan Semineri, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük-Yaşlılık Sigortası, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yayını, Ankara, s.80-81, 227; Mutlay, s.437-438; Arslan Ertürk, Arzu (2014) "6552 Sayılı Kanunun 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Getirdiği Bazı Önemli Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, S:3, s.258; Kurt, s.66; Yetik /Erkan, s.227; Şahin Emir, s.392; KEİG Platformu, s.41.

¹²⁹ Tuncay /Ekmekçi, s. 529.

¹³⁰ Gökteş, s.216.

Düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı bularak ayrımcılığın oluştuğu yönündeki görüş ise her ne kadar toplumsal yapı gereği bu durumdaki çocuklara kadınların bakacağı göz önüne alındığında sadece kadın sigortalılara bu hakkın tanınması yerinde olsa bile ortada ayrımcı bir düzenleme bulunduğu düşüncesindedir. Nitekim söz konusu hükümlerle, başkasının bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan ve bu çocuğun bakımını yerine getiren sigortalıya daha erken emekli olma imkânı sağlanmıştır. Yani erken emekliliği meşrulaştıran neden, bakımı yerine getirenin, kadın ya da erkek olması ile ilgili değildir¹³¹. Erkek sigortalının da sürekli başkasının bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu varsa ve bu çocuğun bakımı erkek sigortalı tarafından gerçekleştiriliyorsa, söz konusu haktan erkek sigortalının yararlandırılmamasını objektif açıdan haklılaştıran bir gerekçe bulmak kolay değildir¹³². Kanundaki düzenlemenin temelinde başkasının bakımına muhtaç ağır engelli çocuğun olmasından hareket edildiği göz önünde bulundurulduğunda cinsiyetin yapılan ayrımı haklılaştırması makul ve adil olamayacaktır¹³³. Özellikle annenin ölmesi veya boşanmasından dolayı çocuğun velayetinin babaya verilmesi gibi durumlarda bakıma muhtaç derecede ağır engelli çocuğun bakımı fiilen baba olan erkek sigortalı tarafından yerine getiriliyorsa, erkek sigortalılara söz konusu hakkın tanınması açıklanamaz. Ayrıca, ağır engelli çocuğun fiili bakımından dolayı ortaya çıkan yıpranma olgusu düşünüldüğünde, kadın sigortalılarla sınırlandırılmış düzenlemenin, ağır engelli çocuğuna fiilen bakım yükümlülüğünü yerine getiren baba olan erkek sigortalılar açısından negatif ayrımcılığa neden olacaktır¹³⁴. Doktrinde, başka birinin bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan ve bu çocuğa bakacak başka kimsesi olmayan erkek sigortalının, en azından bu durumda, çocuğun bakımını bizzat üstlenmesi halinde, bu haktan yararlandırılması¹³⁵ ve söz konusu hakkın kadın veya erkek aynı durumda olan bütün sigortalılara

¹³¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.554; Arslan Ertürk, s.258; Yetik /Erkan, s.227.

¹³² Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.554; Arslan Ertürk, s.258.

¹³³ Mutlay, s.437.

¹³⁴ Yetik /Erkan, s.227.

¹³⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.554; Centel, s.297; Arıcı, s.369; Başterzi, 2010, s.81; Kurt, s.66; Mutlay, s.437; Yetik /Erkan, s.227.

ayrım yapılmadan tanınacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁶.

Düzenlemenin eşitlik ilkesi bakımından aykırılık oluşturmasını, doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, yalnızca erkek sigortalının çocuğa kendisinden başka bakacak bir kimsenin bulunmadığı durumlarla sınırlanamamak gerekir. Nitekim söz konusu düzenleme kadınlar aleyhine ayrımcılık oluşturacak niteliktedir. Öyle ki, aile içinde çocuğa bakacak durumda annenin olması, babaya da bu hakkın tanınmayacağı anlamına gelmemelidir. Ağır engelli çocuğun anne ve babasının varlığı halinde, söz konusu hak anne ve babaya yani ebeveynlere birlikte tanınmalıdır. Hakkın kim tarafından kullanılacağına ise eşler beraber karar vermelidir¹³⁷. Bu durumda sadece eşlerden birinin bu hakkı kullanarak erken yaşta emekliliği söz konusu olacaktır. Bu düşünce yerinde olmakla birlikte ailenin birden fazla engelli çocuğunun bulunması ihtimali de vardır ki bu durumda çocuklardan sadece birisi için söz konusu imkândan yararlandırılmaktadır. Oysaki, birden fazla ağır engelli çocuğun bakımını üstlenen anne ve babanın her ikisine de ayrı ayrı erken emeklilik imkânından yararlandırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim ağır engelli bir tane çocuğun bakımı bile kişi açısından oldukça yıpratıcı bir durumdur. Ağır engelli çocuk sayısının birden fazla olması halinde, çocuklara annenin bakacağına yönelik klasik düşüncenin yetersiz kalacağını söyleyebiliriz. Zira bu durumda hem annenin hem de babanın ağır engelli çocuklarının bakımını üstlenmesi kaçınılmaz olacaktır. Birden fazla ağır engelli çocuğu olan ailede, her iki ebeveynin de aktif sigortalı olması ihtimali düşük görülebilir. Öyle ki, özellikle toplumumuzda kadına yüklenen önceliğin “anne” ve “eş” olmasından kaynaklı durumun sonucu, anne olan kadın sigortalının ağır engelli çocuklarının bakımını üstlenmek için çalışma hayatına son vermeyi tercih etmesi ihtimali çok yüksektir. Bununla birlikte ebeveynlerden birisinin aktif diğerinin ise isteğe bağlı sigortalı olması durumunda, sürekli bakıma muhtaç birden fazla ağır engelli çocuğun bakımını üstlenen ebeveynlerin her ikisine de ayrı ayrı erken emeklilik imkânı tanınması son derece yerinde olacaktır. Sosyal bir hukuk devletinden sadece engellilere imkânlar ve

¹³⁶ Arslan Ertürk, s.258.

¹³⁷ Mutlay, s.437-438; Yamakoğlu, s.106; Yetik/Erkan, s.236; Şahin Emir, s.392.

kolaylıklar sağlanması değil, engellilerin bakımını üstlenen kişiler bakımından da kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın birtakım güvenceler getirilmesi beklenir. Söz konusu ihtimallerin değerlendirilerek yasada bu yönde değişiklik yapılması uygun olacaktır.

Diğer taraftan, başkasının sürekli bakımına muhtaç ağır engelli çocuğun anne ve babası haricinde, bu çocuğun yakın akrabası olan kadınlar tarafından da bakıldığı bir gerçektir. Özellikle çocuğun annesinin ölümünden veya babasının başka birisiyle evlenmesinden dolayı kimsenin ilgilenmek istemediği ağır engelli çocukların bakımı, çocuğun anneanne, babaanne, teyze ve hala gibi yakınları tarafından gerçekleştirilmektedir. Öyleyse bu gibi durumlarda, söz konusu yakınlarla da aynı yönde imkânlar sağlanması değerlendirilmelidir.

Sonuçta, erken yaşta emeklilik hakkı sağlayan düzenlemeden her iki ebeveynin de yararlanması sağlanmalıdır. Belirtelim ki ebeveynlerden sadece birisinin sağ olması durumunda, bu hak yalnızca ona tanınmalıdır. Erkek ve kadının çalışma hayatında eşit olması, çalışma hayatını sürdürmede de fırsat eşitliği sağlanması ile mümkün olacaktır. Mevcut düzenleme, sadece kadın sigortalıya tanındığından, kadın sigortalı gerekli koşullar oluşur oluşmaz çalışma hayatına son vererek çocuğuna bakmayı tercih etmektedir ki bu bir tercihten çok tek ve zorunlu seçenektir¹³⁸. Nitekim bu tür düzenlemeler kadınların çalışma yaşamını doğrudan etkilemektedir. Çocuk bakımı, normal koşullar altında bile kadınların işgücüne katılımını olumsuz etkilerken, çocuğun ağır engelli olması durumunda kadınların çalışma yaşamındaki varlığını koruyabilmelerinin oldukça güç olduğunu söyleyebiliriz. Çocuğun bakımının anne ya da baba da olmasından değil ebeveynde olmasından kaynaklı, çocukların ebeveynleri için getirilmiş olan ve getirilecek bütün düzenlemelerde bu husus daima göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Anayasamızın 41. maddesine göre de; “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*”¹³⁹.

¹³⁸ Mutlay, s.437-438.

¹³⁹ Ayrıca bkz. Caniklioğlu, Nursen (2016), s.116 vd.

III. SİGORTALILIĞA BAĞLI OLMAYAN HAKLAR BAKIMINDAN SÜREKLİ BAŞKASININ BAKIMINA MUHTAÇ DERECEDE AĞIR ENGELLİ ÇOCUĞU OLAN KADINLARIN HAKLARI

A. GENEL OLARAK

Sosyal yardımlar ve hizmetler, “toplumun kendi ellerinde olmayan nedenlerle yoksul ve muhtaç duruma düşen veya ruhen ya da bedenen bir eksikliğe uğrayan bireylerine insanlık onuruna yaraşır bir hayat düzeni sağlamak amacıyla devlet bütçesinden yapılan yardımlar ile maddi, manevi, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının giderilmesine ilişkin, devlet ve özel kuruluşlarca sağlanan hizmetleri”¹⁴⁰ içermektedir. Sosyal yardımlar ve hizmetler primsiz rejim sisteminin araçlarından olduğu için söz konusu yardımlardan yararlanmak için kişinin sigortalı olup olmamasının bir önemi yoktur¹⁴¹.

Kadınların çalışma yaşamından uzaklaşmaları, çalışma hayatında kazandırılmalarının yanı sıra aile içindeki sorumluluklarını da azaltmak amacıyla doğum yardımı, evde bakım yardımı, bakıcı desteği gibi çeşitli sosyal yardımlar yapılmaktadır. Bu yardımlardan bazıları bakım hizmeti yapan annelere maddi destek sağlamaya ilişkinen, bazıları ise anne olma nedeniyle çalışma yaşamından uzaklaşan anneleri yeniden çalışma yaşamına kazandırmaya ilişkindir¹⁴². Konumuz itibarıyla sadece evde bakım desteğinden bahsedilecektir.

B. EVDE BAKIM DESTEĞİ

Engelli kişilerin engel oranları, onları toplum yaşamından uzak tutmasının yanı sıra kendi şahsi ihtiyaçlarını karşılamada güçlük yaşamalarına ve bundan dolayı başkasının yardımına ihtiyaç duymalarına neden olabilir. Başkasının bakımına ihtiyaç duyan engelli kişilere, yaşam rutinlerinin bozulmaması için aile bireyleri ile beraber yaşadıkları evde bakılmasını

¹⁴⁰ Tuncay/Ekmekçi, s.800, 8119-820. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.835 vd.; Arıcı, s.503 vd.; Uşan (2009), s.57 vd.

¹⁴¹ Sümer, s.329.

¹⁴² Şahin Emir, s.491.

gerektirir. Engelli kişinin yaşadığı sosyal ortamdan ayrılmasını önleyen evde bakım, bakım alanında uzman bir ekip yahut kişi tarafından sağlığın bütün kapsamı dikkate alınarak verilen bakım ve hizmetleri kapsamaktadır¹⁴³.

Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik¹⁴⁴ m.4/d' ye göre evde bakım hizmeti, *“Hekimlerin önerileri doğrultusunda hasta kişilere, aileleri ile yaşadıkları ortamda, sağlık ekibi tarafından rehabilitasyon, fizyoterapi, psikolojik tedavi de dahil tıbbi ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde sağlık ve bakım ile takip hizmetlerinin sunulması”* olarak tanımlanmıştır.

2828 sayılı Kanun'un Ek-7. maddesine; *“Her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, hane içinde göre kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı, asgarî ücretin aylık net tutarının 2/3'ünden daha az olan bakıma ihtiyacı olan engellilere, resmî veya özel bakım merkezlerinde bakım hizmeti ya da sosyal yardım yapılmak suretiyle evde bakımına destek verilmesi sağlanır. Hanede birden fazla bakıma ihtiyacı olan engelli bulunması hâlinde, hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarının hesaplanmasında birinci bakıma ihtiyacı olan engelliden sonraki her bakıma ihtiyacı olan engelli iki kişi sayılır. (Ek cümle:21/2/2019-7166/1 md.) Bu fıkranın uygulanmasında, 5510 sayılı Kanunun ek 18 inci maddesi uyarınca Ramazan ve Kurban bayramlarında ödenen bayram ikramiyeleri hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarının hesaplanmasına dâhil edilmez. Bakıma ihtiyacı olan engellilere özel bakım merkezlerinde sunulacak bakım hizmetinin karşılığı olarak belirlenecek kişi başına aylık bakım ücreti tutarı, (20.000) gösterge rakamı ile memur aylık katsayısının çarpımı sonucu bulunacak tutardan fazla olamaz. Bakıma ihtiyacı olan engellinin evde bakımına destek için ise (10.000) gösterge rakamı ile memur aylık katsayısının çarpımı sonucu bulunacak tutar kadar¹⁴⁵ aylık sosyal yardım yapılır.”* Belirtelim

¹⁴³ Aygüler/Ayalp, s.3-4.

¹⁴⁴ RG., 10.03.2005, S. 25751.

¹⁴⁵ 2828 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce bakım maaşı net asgari ücrete göre belirlenmekteydi. Kanunda üst sınır olarak net iki asgari ücret sınırı getirilirken yapılacak ödemelerin yönetmelikle belirleneceği, Yönetmelikte ise akrabaları tarafından günde yirmidört saat süreyle bakılan bakıma muhtaç özürülüler için bir aylık net asgari ücret tutarında ödeme yapılacağı hüküm altına alınmıştı. Bu uygulamadan 6518 sayılı Kanunun 21. maddesiyle yapılan değişiklik sonrası vazgeçilmiştir (2828, m.Ek-7/II).

ki, koşulları sağlayan ve engelliye bakan engelli yakınına, muhtaçlık hali devam ettiği sürece ve bakımı fiilen gerçekleştirmeleri kaydıyla yardım yapılacaktır¹⁴⁶.

Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı¹⁴⁷ tarafından desteklenen hizmetler, engelli bireylerin resmi ve özel kuruluşlarda bakım hizmetinden yararlanmaları ve yakınlarının evde bakım yardımı alabilmelerine ilişkindir.

Evde bakım yardımı, bakıma muhtaç engellinin resmi veya özel bakım merkezleri yerine kendi evinde bakımı tercih etmesi durumunda, söz konusu bakımın evde sağlanmasıdır. Bu bakımı sağlayan akraba veya vasiye bakım hizmeti karşılığında belli bir ücret verilmektedir¹⁴⁸. Öyleyse bu yardımlardan, başkasının bakımına muhtaç ağır engelli çocuğu olan kadın sigortalının yanı sıra söz konusu bakımı gerçekleştiren yakınları da yararlanabilmektedir.

Bakanlığın 2021 yılında yayınlamış olduğu Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi'nde, engelli bakım hizmeti, “*günlük hayatını sürdürme sürecinde bakıma ihtiyacı olan engelli bireylerin kişisel bakım ve psikososyal destek hizmetlerini*” ifade etmektedir. Bakanlık, engelli bireylerin sevgi ve ilgi gördükleri aile ortamından kopmadan yaşamını sürdürebilmelerini amaçlamaktadır. Bunun imkânı bulunmaması halinde ise engelli bireylere yönelik kurumsal bakım hizmetleri sunulmaktadır¹⁴⁹.

Daha önce evde bakım aylığı¹⁵⁰ adı altında ödenen evde bakım desteği¹⁵¹, engelli bireylerin hayatlarının idamesini evde yürütecek kişilere Aile ve Sosyal

¹⁴⁶ Arıcı, s.536.

¹⁴⁷ 2021 yılında yapılan değişikliğinden sonra Bakanlık “Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı” olarak ifade edilmektedir.

¹⁴⁸ Özkan, Şirin/Aca, Zeynep (2021) “Japonya Evde Bakım Hizmetlerinin İncelenmesi Ve Türkiye İçin Öneriler”, Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi, S:18, s.170. <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/tshd/issue/67853/940518>> s.e.t.13.04.2022.

¹⁴⁹ Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi 2021, s.62-64, <https://aile.gov.tr/media/94446/engelliler_icin_bilgilendirme_rehberi_2021.pdf> s.e.t. 10.03.2022.

¹⁵⁰ “Evde bakım aylığı, bakıma muhtaç kişinin bakımını profesyonel bir ekip yerine tek başına yapan kişiye verilen aylık ücrettir. Bu ücret, evde bakım aylığı uygulamasının ortaya çıktığı ilk dönemlerde asgari ücret tutarında belirlenmişse de ilerleyen dönemlerde değişiklik yapılmış ve evde bakım aylığı miktarı düşürülmüştür”. Aygüler/Ayalp, s. 4-5.

¹⁵¹ Söz konusu kavram daha önce “evde bakım aylığı” olarak ifade ediliyordu. Bkz. Çavuş, s.89; Aygüler/Ayalp, s.4.

Hizmetler İl Müdürlüğü tarafından ödenen ücrettir¹⁵². Evde bakım desteği engelli bireylerin kendisine değil, bakımını üstlenen akrabası, vasisi gibi¹⁵³ üçüncü kişilere yapılan destektir. Belirtelim evde bakım desteği, maaş olarak nitelendirilemez. 5510 sayılı Kanun uyarınca maaş ya da aylık, “bir kişinin bir yerde çalışması sonucunda verilen ve işvereni sigorta yapma yükümlülüğüne sokan düzenli bir ücret” olarak ifade edilmektedir. Evde bakım desteği ise evde engelli bir bireye bakma karşılığında her ay düzenli olarak bakım veren kişiye ödenmektedir. Bakım veren kişilere devlet tarafından sosyal güvence yaptırılmadığı için bu kişiler çalışan olarak nitelendirilmezler¹⁵⁴. Bu durum sosyal devlet ilkesine aykırı bir hal yaratmaktadır¹⁵⁵.

Açıklamak gerekir ki bakım hizmeti ile evde bakım desteği kavramları birbirine karıştırılmaktadır. Bakım hizmeti, bakım ihtiyacı olan engelliye Bakanlıkça sunulan hizmeti; evde bakım desteği ise bu hizmetin bakıma muhtaç engellinin akrabalarınınca fiilen yerine getirilmesi halinde bakımı üstlenen kişiye ödenen ücreti ifade etmektedir. Bakımı üstlenen kişiye nakit ödeme yapılmakla beraber kendisine bakılan engelli bakımından bir sosyal yardım değil, bir sosyal hizmet olarak nitelendirilecektir¹⁵⁶.

¹⁵² Ocak ve Temmuz aylarında, memur maaş katsayısı değiştiğinde ödenen tutar değişir. 2022 yılı ilk 6 ayı için bu tutar; 2.354 TL’dir.

¹⁵³ Bakmakla yükümlü olunan bireyler tanımı iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm; üyeler de dâhil olmak üzere engelli kişinin kendisi ve kendisi ile birlikte aynı evde yaşayan eşi, çocukları ile ana ve babası, çocuklarının eşleri, evli olmayan torunları, ana ve babasının ana ve babası, evli olmayan kardeşleri, eşinin ana ve babası, eşinin evli olmayan kardeşleri, başka bir adreste bulunsa dahi evli olmayan ve eğitimini devam ettiren çocukları ile aynı durumdaki kardeşleri ve eşinin kardeşleri, aynı evde yaşamakta iken er veya erbaş olarak askere gitmiş olan babası, çocuğu ve kardeşi, ayrı adreslerde ikamet etse dahi engelli üzerinde velayeti devam eden anne ve babasıdır. İkinci bölüm ise “kanunen bakmakla yükümlü kimsesi bulunamayan özürülü ile aynı evde yaşayan ve bakım hizmeti vermeyi yazılı olarak taahhüt eden akraba, vasi ve bunlarla birlikte aynı evde yaşayan kişileri,” kapsamaktadır (2010/13 Sayılı Bakmakla Yükümlü Olunan Bireyler konulu Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Genelgesi).

¹⁵⁴ **Aygüler/Ayalp**, s. 4-5.

¹⁵⁵ **Karadeniz**, s.111-112.

¹⁵⁶ **Özdamar/Çakar**, s.180-181.

Söz konusu destekten yararlanabilmesi yani engelli bireylerin evde bakım desteği alabilmesi için üç koşul gereklidir. Bu koşullardan ilki, her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirleri toplamı esas alınmak suretiyle kendilerine ait veya bakmakla yükümlü olduğu birey sayısına göre kendisine düşen ortalama aylık gelir tutarının, bir aylık net asgari ücret tutarının 2/3'ünden daha az olduğunun gelir testi raporu ile tespit edilmesine ilişkindir¹⁵⁷. İkinci olarak ise, engelli bireyin heyet raporu veren hastanelerden alacağı engelli sağlık kurul raporunun¹⁵⁸ ağır engelli –erişkinler için tam bağımlı-kısımında mutlaka “Evet” yazan bir ibare bulunması, 18 yaşının altındaki bireyler de ise; Çok İleri Düzeyde Özel Gereksinim Vardır (70-79), Belirgin Özel Gereksinimi Vardır (80-89), Özel Koşul Gereksinimi Vardır (90-99) ifadelerinden birini almış olmak koşulu aranmaktadır. Son olarak, engelli bireyin başkasının yardımı olmadan hayatını devam ettiremeyecek şekilde bakıma ihtiyacı olduğu, bakım heyeti raporu ile tespit edilmelidir. Evde bakım desteği alabilmek için engelli bireyin ikametgâhının bulunduğu yerdeki Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü'ne veya varsa Sosyal Hizmet Merkezi Müdürlüklerine başvurulması gerekmektedir. Müdürlüklerinin bulunmadığı yerlerde ise Kaymakamlıklara başvuru yapılması mümkündür¹⁵⁹. Raporlara itiraza ilişkin düzenleme, her iki Yönetmelikte de 12. maddede hüküm altına alınmıştır.

¹⁵⁷ Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi 2021, s.59-60, <https://aile.gov.tr/media/94446/engelliler_icin_bilgilendirme_rehberi_2021.pdf> s.e.t. 10.03.2022.

¹⁵⁸ “Engelliler için sağlık kurulu raporu; kişilerin engellilik durumlarını, engel gruplarını, engellilik tür ve derecelerini değerlendiren Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş heyetler tarafından düzenlenen bir belge olup engelli haklarından yararlanmak için temel belge niteliğindedir. Engelliler için sağlık kurulu raporu; engelli aylığı, evde bakım yardımı, bakım hizmetleri, özel eğitim, istihdam ve sağlık gibi alanlarda tanımlanmış hak ve hizmetlerden yararlanmak için gerekli olan belgedir. Engelliler için sağlık kurulu raporu, Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş hastanelerden alınmaktadır. Yetkili hastaneler Sağlık Bakanlığı internet sitesinde yayımlanmaktadır.” Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi 2021, s.9. <https://aile.gov.tr/media/94446/engelliler_icin_bilgilendirme_rehberi_2021.pdf> s.e.t. 10.03.2022.

¹⁵⁹ Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi 2021, s.59-60., <https://aile.gov.tr/media/94446/engelliler_icin_bilgilendirme_rehberi_2021.pdf> s.e.t. 10.03.2022.

2019 yılında, evde bakım desteği (aylığı) ile ilgili iki yeni Yönetmelik yayınlanmış ve çocuk ve erişkinler için verilecek raporlar birbirinden ayrılmıştır¹⁶⁰. Bu yönetmelikler Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ve Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik¹⁶¹ olup 18 yaşından küçük çocuklar için engellilik süreçleri tamamen Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik'in (Çözger Yönetmeliği) kapsamına alınmıştır. Çözger Yönetmeliği önceki sisteme göre birçok farklılık içermektedir. Söz konusu Yönetmelik ile sağlık kurulu raporu kaldırılarak "çocuklar için özel gereksinim raporu" (Çözger) (m.4) alınması zorunlu hale getirilmiş, bu raporda engel oranları ve yüzde değerlerine yer verilmeyerek (m.8) raporun geçerlilik süre sınırının –sürekli veya süreli- (m.11) belirtilmesi ve raporun başvuru tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde tamamlanması (m.8) gerektiği düzenlenmiştir.

Çözger Yönetmeliği'nde engel kavramı ya da oranı belirtilmeksizin çocukların "özel gereksinim"¹⁶² düzeyleri belirlenmektedir. Çocukların ağır engelliliğinin değerlendirilmesi erişkinlerden farklı olduğundan, çocuklar hakkında değerlendirme yapabilmek için Çözger standart değerlendirme süreçlerinin oluşturulması¹⁶³ son derece önemlidir. Çözger Yönetmeliği Özel Gereksinimleri Alanları Kılavuzu (Ek 2), Çözger için yapılacak olan değerlendirmenin temel yöntem, ilke ve kıstaslarını açıklamakta ve Yönetmeliği'nin ekinde yer alan ek-3 sayılı tabloda çocukların özel gereksinim

¹⁶⁰ Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, kadın sigortalının başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğunun tespiti için, Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik ile Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir (m.9).

¹⁶¹ RG., 20.02.2019/30692.

¹⁶² Yönetmeliğe göre, özel gereksinim, "Çocuğun toplumsal yaşama eşit katılabilmesi için bedensel ya da gelişimsel işlev kısıtlılığı olmayan bireylerden farklı sağlık, eğitim, rehabilitasyon, cihaz, ortez, protez, çevresel düzenlemeler ve diğer sosyal ve ekonomik haklara ve hizmetlere gereksiniminin olması", ifade etmektedir (Çözger Yönetmeliği, m.4/n).

¹⁶³ <<https://menemendh.saglik.gov.tr/TR,358436/cocuklar-icin-ozel-gereksinim-raporu-cozger.html>> s.e.t 12.04.2022.

düzeylerinin hangi engel oranına karşılık geldiği belirtilmektedir. Özel gereksinim düzeylerine ilişkin düzenleme,” Özel Gereksinimi Var.”, “Hafif Düzeyde Özel Gereksinimi Var. “Orta Düzeyde Özel Gereksinimi Var.”, “İleri Düzeyde Özel Gereksinimi Var.”, “Çok İleri Düzeyde özel Gereksinimi Var.”, “Belirgin Özel Gereksinimi Var.” ya da “Özel Koşul Gereksinimi Var.” olan çocuk yasal düzenlemelerde “engelli” olarak nitelendirilen kişidir. Yönetmelikte belirtilen özel gereksinim düzeylerinden “Çok İleri Düzeyde Özel Gereksinimi Var”, “Belirgin Özel Gereksinimi Var” veya “Özel Koşul Gereksinimi Var” ağır engelli bireye karşılık gelmektedir.

Yönetmelik’in 4. maddesinde bakım veren kişi “çocuğun velisi veya vasisi ya da bakım ve gözetiminden sorumlu olarak yetkilendirilmiş gerçek ya da tüzel kişiler” olarak belirlenmiştir. Evde bakım desteği engelli bireylerin kendisine değil, bakımını üstlenen akrabası, vasisi gibi üçüncü kişilere yapılan destektir. Engelli bireylerin yakınlarının evde bakım yardımından yararlanmaları¹⁶⁴ için engelli sağlık kurulu raporunda (eski mevzuatla alınan raporlar için) ağır engelli bölümü “evet” , erişkinler için sağlık kurulu raporunda yer alan bağımlılık değerlendirmesi bölümü “tam bağımlı”, “Çok İleri Düzeyde Özel Gereksinimi Vardır”, “Belirgin Özel Gereksinimi Vardır (BÖKV)” veya “Özel Koşul Gereksinimi Vardır (OKGV)” ifadelerinden birinin yazılmış olması gerekmektedir¹⁶⁵.

Bununla birlikte, emeklilik hakkı elde etmek için çalışmak isteyen ancak engelli çocuğuna bakım veren kişi olan annenin bir işte çalışıp, geri kalan zamanında bakıma muhtaç engellinin yanında fiilen en az sekiz saat bulunması şartıyla, bakım desteği alabilmesi mümkündür. Ancak bunun için öncelikle, fiili bakımın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair Bakım Hizmetleri Değerlendirme Heyetinin kararı gereklidir. Ayrıca, bakım hizmeti veren kişinin

¹⁶⁴ Evde bakıma muhtaç olan birden fazla kişi varsa; bir bakıma muhtaç-ağır engelliden sonraki her bir bakıma muhtaç engelli kişi 2 kişi sayılır. Aynı kişi birden fazla engelli birey adına bakım aylığı alabilir.

¹⁶⁵ Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi 2021, s.12, 14, 59, <https://aile.gov.tr/media/94446/engelliler_icin_bilgilendirme_rehberi_2021.pdf> s.e.t. 10.03.2022.

işte olduğu zamanlarda engelli kişiye kimin bakacağı konusunda sosyal hizmet yetkilileri ile görüşülmesi gereklidir¹⁶⁶.

Bakıma muhtaç engelliler yoksul olmaları durumunda, özel bakım merkezleri yerine, genellikle evde bakım hizmeti¹⁶⁷ almaktadırlar. Evde bakım hizmeti ise çoğunlukla kadınlar tarafından ifa edilmekte, böylelikle kamu kurumunun-devletin- görevleri bir anlamda kadınlara yüklenmektedir. Oysaki devletin engelli bakım hizmetlerinde daha çok sorumluluk üstlenmesi zaruridir¹⁶⁸. Ayrıca evde bakıma muhtaç kişiye bakan kadına verilen ücretin miktarı özel merkezlerde bakım halinde sunulacak hizmetin karşılığının yarısı olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte bakım görevini üstlenen kadın, sosyal güvenceden de mahrum bırakılmıştır. Her ne kadar Kurum ile bakım ihtiyacı olan engelli kişiye bakan kadın arasında hukuki bir bağımlılık bulunmasa da ekonomik anlamda bir bağımlılık söz konusudur. Nitekim Kurum'un bakıma muhtaç engelliye evinde bir başka kişiye yahut kendi bakım merkezinde

¹⁶⁶ **Çakar, Erden** (2013)“Evde Bakım Ücretinden Kimler Hangi Şartlarda Yararlanabilir”, *Yaklaşım Dergisi*, S:244, s.226. Sosyal güvenlik kurumlarından gelir veya aylık alanların ya da bu sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak çalışanların da bakım hizmetlerinden faydalanabileceği hususunda bkz. **Özdamar, Murat/ Çakar, Erden** (2015) “Muhtaç Yaşlılar ile Engellilere Aylık Bağlanması ve Bunların Bakımını Üstlenenlere Evde Bakım Ücreti Ödenmesinin Şartları”, *İş ve Hayat* , C:1, S:2 , s.178-179.

¹⁶⁷ Evde bakım yardımından yararlanan kişi sayısı 2007 yılında 28.583 iken bu sayı yaklaşık 18 kat artarak 2022 yılında 532.337'ye ulaşmıştır. Evde bakım yardımından yararlanan engelli sayısı ve ödeme miktarının yıllara göre dağılımını gösteren tablo için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Engelli ve Yaşlı İstatistik Bülteni, Şubat 2022, s.48, <https://www.aile.gov.tr/media/102557/eyhgm_istatistik_bulteni_subat_2022.pdf> s.e.t. 14.04.2022. Oysaki 2005 yılında 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nda yapılan düzenlemeyle bakıma muhtaç engelli bireyler özel ve tüzel kişiler tarafından açılan ve Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlükleri tarafından denetlenen özel bakım merkezlerinde yatılı veya gündüzlü bakım hizmeti alabilmektedirler. 2007 yılında 10 özel bakım merkezinde 351 engelli birey bakım hizmeti almış ve yaklaşık 1 milyon TL ücret ödenmiştir. 2022 yılı Şubat ayı itibarıyla 296 özel bakım merkezinde 25.436 engelli yatılı bakım hizmetinden faydalanmaktadır. Bülten 2022, s.59.

¹⁶⁸ **Ecevit, Yıldız** (2008), “İşgücüne Katılım ve İstihdam”, (İçinde) Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği: Sorunlar, Öncelikler ve Çözüm Önerileri, "Kadın-Erkek Eşitliğine Doğru Yürüyüş: Eğitim, Çalışma Yasamı ve Siyaset", Raporunun Güncellemesi, TÜSİAD, KAGİDER, s.165, 205.

baktırması durumunda, çalıştırdığı kişinin primlerini ödemek ve sosyal güvencesini sağlamakla yükümlü olacaktır. Oysaki söz konusu bakım görevini yerine getiren kadına ücret verilmekte; ancak güvencesiz yani sigortasız çalıştırılmaktadır. Bu durum sosyal devlet ilkesine aykırı bir hal yaratmaktadır¹⁶⁹. Diğer taraftan düşük gelirli kadın sigortalının bakım desteğinden yararlandığı için 28. madde kapsamındaki kolaylaştırılmış emeklilik imkânından yararlanamamasına rağmen geliri yüksek olduğu için, bakım desteğinden mahrum kalan kadın sigortalının 28. madde uyarınca erken emekli olabilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır¹⁷⁰.

Ülkemizde, bakıma muhtaç engellinin evde bakım görevini üstlenen kişilerin çoğunlukla kadınlar olması, onları aile içerisinde ücretsiz bakıcılar ve hizmet sunucularına dönüştürerek işgücü piyasasından daha da uzaklaştırmaktadır¹⁷¹. Ayrıca evde bakım aylığı alan annelerin sigortalı yapılarak, emekli olmaları hakkındaki çalışma ile ilgili henüz yasal bir düzenleme yoktur. Bu konuyla ilgili bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

SONUÇ

5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 8. fıkrasında, yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalıya, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunması halinde erken emeklilik imkânı tanınmaktadır. Bu hükümden yararlanabilmek için ise kadın ve sigortalı olmak gerekmektedir. Oysaki bakıma ihtiyacı olan engelli çocuğun erkek yani baba tarafından bakılması mümkündür. Bu durumun kadınlar aleyhine ayrımcılık olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim böyle bir imkânının sadece anne olan sigortalıya değil babaya da tanınması ebeveyn olmanın bir gerekliliğidir. Ebeveynlikte ayırım yapılamayacağı için çocuğa aynı ve eşit derecede yakınlığı olan anne ve babaya aynı imkânların sağlanması gereklidir.

Kadın sigortalının, başka birisinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğunun biyolojik annesi olması koşulu aranmamakla birlikte

¹⁶⁹ Karadeniz, s.111-112.

¹⁷⁰ Özer, s.268.

¹⁷¹ Ecevit, s.202.

eşinin önceki evliliğinden olan engelli çocuğuna bakması hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysaki ülkemizin toplumsal yapısı gereği, kadınlar, eşlerinin önceki evliliğinden olan çocuklarına engeli olsun ya da olmasın bakmaktadırlar. Bu durumun değerlendirilerek, eşinin eski evliliğinden olan yahut evlilik dışında doğan bakıma muhtaç ağır engelli çocuğunun bakımını üstlenen kadın sigortalının bu Kanun hükmünden yararlandırılması yerinde olacaktır. Diğer taraftan, bu çocukların, özellikle annesinin öldüğü veya babasının başka birisiyle evlenmesinden dolayı kimsenin ilgilenmek istemediği durumlarda anneanne, babaanne, teyze ve hala gibi kadın yakınları tarafından bakıldığı da bir gerçektir. Söz konusu durumlarda, bu yakınlarla da aynı yönde imkânlar sağlanması hususunun ayrıca değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Üzerinde özellikle durduğumuz bir diğer konu ise ailenin birden fazla engelli çocuğunun bulunması ihtimaline ilişkindir. Nitekim, birden fazla ağır engelli çocuğun olduğu durumda, bu çocukların bakımını üstlenen anne ve babanın her ikisinin de ayrı ayrı erken emeklilik imkânından yararlandırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Ağır engelli bir tane çocuğun bakımının bile, kişi açısından hem psikolojik hem de ekonomik yönden oldukça yıpratıcı olduğu inkâr edilemez. Birden fazla ağır engelli çocuğa sahip olunması durumunda, çocuklara annenin bakacağına yönelik klasik düşüncenin yetersiz kalacağını söyleyebiliriz. Zira bu durumda hem annenin hem de babanın ağır engelli çocuklarının bakımını üstlenmesi kaçınılmaz olacaktır. Birden fazla ağır engelli çocuğu olan ailede, her iki ebeveynin de aktif sigortalı olması ihtimali düşük görülebilir. Öyle ki, anne olan kadın sigortalının ağır engelli çocuklarının bakımını üstlenmek için çalışma hayatına son vermeyi tercih etmesi ihtimali çok yüksektir. Diğer taraftan sosyo-ekonomik anlamda alt gelir grubunda engelli çocuk sayısı ikiden fazla dahi olmaktadır. Nitekim bu kişiler çocuğun engelli doğmayacağı ihtimali doğrultusunda çok sayıda çocuk sahibi olmakta; lakin çocukların çoğu engelli olarak hayata gelmektedir. Bütün bunların yanı sıra, ebeveynlerden birinin aktif diğerinin ise isteğe bağlı sigortalı olması ihtimali de yüksektir. Sürekli bakıma muhtaç birden fazla ağır engelli çocuğun bakımını üstlenen ebeveynlerin her ikisine de ayrı ayrı erken emeklilik imkânı tanınması son derece yerinde olacaktır. Böylece, erken emeklilik hakkını elde

eden ebeveynler engelli çocukları ile daha fazla ilgilenebilecektir. Sosyal bir hukuk devletinden sadece engellilere imkânlar ve kolaylıklar sağlanması değil, engellilerin bakımını üstlenen kişiler bakımından da kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın birtakım güvenceler getirilmesi beklenir. Söz konusu ihtimallerin değerlendirilerek yasada bu yönünde değişiklik yapılması uygun olacaktır.

Primsiz rejim sistemine ilişkin düzenlemelerden birisi olan evde bakım yardımı ise bakıma muhtaç engellinin resmi veya özel bakım merkezleri yerine kendi evinde bakımı tercih etmesi durumunda, söz konusu bakımın evde sağlanmasıdır. Bu bakımı sağlayan akraba veya vasiye bakım hizmeti karşılığında belli bir ücret verilmektedir. Esasen düzenlemeye göre bu bakımın kadın /anne tarafından yerine getirilmesine ilişkin bir zorunluluk yoktur. Ancak toplumumuzdaki aile yapısı kadın ve erkeğe düşen birtakım roller bulunmakta ve bunun sonucu kadınlara düşen rol, ev işlerinin yanı sıra, çocuk doğurmak ve yetiştirmek, hasta ve yaşlılara bakmak doğrultusunda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla kadın, daha çok “anne”, “düzenleyen”, “hizmet eden”, “bakım yapan” bir varlık olarak algılanmaktadır. Kadınların her şeyden önce bir insan olduğu unutulmamalıdır. Kadının fizyolojik olarak çocuğu dünyaya getirmesi dışında, babadan farklı olduğunu söylemek, sadece onların çocuklara bakabilecekleri sonucunu doğurur. Oysaki çocuğun babası olan erkek de bakım işini yerine getirebilir. Kadınların çalışma yaşamındaki varlıkları ailevi yükümlülüklerin eşit paylaşılması ile mümkün olacaktır.

Ülkemizde, bakıma muhtaç engellinin evde bakım görevini üstlenen kişilerin çoğunlukla kadınlar olması onların aile içerisinde ücretsiz bakıcılar ve hizmet sunucularına dönüştürerek çalışma hayatından uzaklaştırmaktadır. Bu konuda devletin daha çok sorumluluk alarak kurumlarını yetkilendirmesinin uygun olacaktır.

Son olarak belirtelim ki mevcut sistemimizde engelli kişiye evde bakım verenlerin, bakım hizmeti süresince sosyal sigorta sisteminden yararlanması söz konusu değildir. Evde bakım desteği alan kişilerin dolayısıyla kadınların, sigortalı yapılarak, emekli olmaları yönünde bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akdeniz, Ayşe Ledün** (2018) İş İlişkilerinde İmkânsızlık, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Akın, Levent** (2007) Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, 2.Baskı Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Alper, Yusuf** (2019) Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık.
- Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1.Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Arslan Ertürk, Arzu** (2014) “6552 Sayılı Kanun’un 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Getirdiği Bazı Önemli Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, S:3, s.247-272.
- Aygüler, Edip/ Ayalp, Mustafa Çağrı** (2018) “Türkiye’de Evde Bakım Aylığı Düzenlemesine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:16, S:3, s. 1-22.
- Baskan, Ş. Esra** (2016) “Analık Halinin Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C:15, S:1, s.687-719.
- Başterzi, Fatma** (2006) Yaşlılık Sigortası, Ankara, TİSK Yayını.
- Başterzi, Süleyman** (2011) “5510 Sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları – Önceki Mevzuatla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Sarper Süzek Armağanı, Cilt II, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 2203-2242.
- Başterzi, Süleyman** (2010) “5510 sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Sigortası ve Yeni Gelişmeler”, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş’a Armağan Semineri, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük-Yaşlılık Sigortası, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yayını, Ankara, s.71-95.

- Canbolat, Talat/ Özkan, Sema** (2017) “Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler”, İş ve Hayat, S:6, s.105-136.
- Caniklioğlu, Nurşen** (2002) Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, 1.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Caniklioğlu, Nurşen** (2016) “Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği”, Emeğin Kurultayı-2, 27 Mayıs 2016, Ankara, s. 115-153.
- Centel, Tankut** (2016) “6663 sayılı Yasa’yla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikler –Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:35, s.9-16.
- Centel, Tankut** (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Çakar, Erden** (2013) “Evde Bakım Ücretinden Kimler Hangi Şartlarda Yararlanabilir”, Yaklaşım Dergisi, S:244, s.226.
- Çavuş, Ö. Hakan** (2015) “Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:47, S:4, s.35-75.
- Çavuş, Özgür Hakan** (2021) “Sosyal Güvenlik Mevzuatımızda Gebe ve Anne Sigortalılara Yönelik Düzenlemeler”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:68, S:1, s.75-96.
- Değer Ermumcu, Senem** (2017) “Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı Ödeneği”, 9 Eylül üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, (Özel Sayı): 1997-2027.
- Ecevit, Yıldız** (2008) “İşgücüne Katılım ve İstihdam”, (İçinde) Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği: Sorunlar, Öncelikler ve Çözüm Önerileri, "Kadın-Erkek Eşitliğine Doğru Yürüyüş: Eğitim, Çalışma Yaşamı ve Siyaset", Raporunun Güncellemesi, TÜSİAD, KAGİDER, Temmuz, s.113–213.
- Ekonomi, Münir** (2017) “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, Legal İSGHD, C.14, S.53, s.21-58.
- Engelliler İçin Bilgilendirme Rehberi** (2021), <https://aile.gov.tr/media/94446/engelliler_icin_bilgilendirme_rehberi_2021.pdf> s.e.t. 10.03.2022.

- Ertürk, Şükran** (2008) “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Öngören 5754 Sayılı Kanundan Sonra Uzun Vadeli Sigorta Kollarına Genel Bir Bakış”, Legal İHSGHD., C:5, S:19, s.1045-1066.
- Gökçeoğlu Balcı, Şebnem** (2017) “Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:54, S:3, s.1263-1298.
- Göktaş, Murat** (2015) “Başkasının Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğu Bulunan Kadın Sigortalıların Emekliliği”, İş ve Hayat Dergisi, C:1, S:(1), s.211-218.
- Gülmez, Mesut** (2010) “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:2, S:25, s.217-266.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.
- Hüseyinli, Namık/Hüseyinli, Tahire** (2016) “Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler”, Akdeniz İİBF Dergisi, C:16, S:34, s.108-137.
- Karadağ, Nergiz** (2020) “Hukuka Feminist Yaklaşım”, Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu, 7 Mart 2019, Bildiri Kitabı, Ed. Aydın, Melisa /Kaya, Ceren /Sağlam, Furkan, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, İstanbul, s.123-156.
- Karadeniz, Oğuz** (2011) “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:29, S:2, s.83-127.
- Karan, Ulaş** (2017) Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Kaya, Pir Ali** (2007) Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım.
- Kayırgan, Hasan** (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- KEİG Platformu** (2015) Türkiye’de Kadınlar Sosyal Güvenliğin Neresinde? 5510 Sayılı SSGSS Kanunu’nun Toplumsal Cinsiyet Açısından Analizi, 1.Baskı, İstanbul, Keig Yayınları.
- Korkusuz, M. Refik/ Uğur, Suat** (2018) Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.
- Köseoğlu, Ali Cengiz** (2016) “Türk İş Hukukunda Analık”, İş ve Hayat, C:2, S:4, s. 97-124.
- Kurt, Resul** (2018) “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Doğuma Bağlı Haklar”, Terazi Hukuk Dergisi, C:13, S:138, s.48-69.
- Ocak, Saim** (2017) “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, İş ve Hayat, C: 3, S:55, s.174-227.
- Öden, Merih** (2003) Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Özbudun, Ergun** (2000) Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Özdamar, Murat/ Çakar, Erden** (2015) “Muhtaç Yaşlılar ile Engellilere Aylık Bağlanması ve Bunların Bakımını Üstlenenlere Evde Bakım Ücreti Ödenmesinin Şartları”, İş ve Hayat, C:1, S:2 , s.169-183 .
- Özer, Hatice Duygu** (2012) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özer, Hatice Duygu** (2021) “Erken Yaşlananlar”ın Emekliliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C:70, S:3, s.1781-1812.
- Özkan, Şirin/Aca, Zeynep** (2021) “Japonya Evde Bakım Hizmetlerinin İncelenmesi ve Türkiye İçin Öneriler “, Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi, S:18, s.157-178.
- Özkaraca, Ercüment** (2010) “Doğum Borçlanması (Karar İncelemesi)”, Legal İSGHD, C:7, S:26, s.501-525.
- Pakin Akın, Ebru** (2005) Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, 1.Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi.

- Senyen Kaplan/ Emine, Tuncay** (2000) “İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, s.709-722.
- Silkin, Sema** (2011) “Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:23, S:5-6, Ağustos-Kasım, s.28-75.
- Sözer, Ali Nazım** (2019) İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 4.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Sümer, Haluk Hadi** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Süzek, Sarper** (2008) “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 12, s.24-38.
- Şahin Emir, Asiye** (2019) İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Şakar, Müjdat** (2017) Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Şişman Yener** (2012) "Özürlülük Alanında Kullanılan Kavramlar Üzerine Genel Bir Değerlendirme", Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, C:7, S:28, s. 69-85.
- Tuaç, Pelin** (2017) “Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar – 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 32, S: 1, s.201-241.
- Tulukçu, N. Binnur** (2000) İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, 1.Baskı, Ankara, Haber İş Sendikası Yayınları.
- Tuncay, Aziz Can** (1992) İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını.
- Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer** (2019) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.
- Uğur, Murat** (2014) “Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Göre Sağlanan Haklar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 32, s.192-202.

- Urhanoglu, İştar** (2020) “3201 Sayılı Kanun’a G6re Yapılacak Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında Aylık Bağlama Koşulları”, Sosyal G6venlik Dergisi (Journal of Social Security), C:10, S:2, s.245-258.
- Uşan, Fatih** (1999), İş Hukukunda Sakat İstihdamı, 1.Baskı, Ankara, T6rkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayınları.
- Uşan, M.Fatih** (2009) T6rk Sosyal G6venlik Hukukunun Temel Esasları, G6ncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- 6cışık, Fehim** (2015) Sosyal G6venlik Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 6t6ken Yayınları.
- Yamakoğlu, Efe** (2018) “Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişkisine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 40, s.145-165.
- Yamakoğlu, Efe** (2020) “Sosyal G6venlik Mevzuatındaki Kadınlara Y6nelik Ayrık D6zenlemeler ve Haklar”, Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu, 7 Mart 2019, Bildiri Kitabı, Ed. Aydın, Melisa /Kaya, Ceren /Sağlam, Furkan, İstanbul Yeni Y6zyıl 6niversitesi, İstanbul, s.92-121.
- Yetik, Murat/ Erkan, Duygu** (2017) “T6rk Sosyal G6venlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası Açısından S6rekli Bakıma Muhtaç Derecede Ağır Engelli 6ocuğu Olan Kadın Sigortalılar”, Legal İSGHD, C:14, S:53, s.219-237.
- Yuvalı, Ertuğrul** (2020) “Sosyal Politika Aracı Olarak Sosyal G6venlik Kavramı”, İş ve Hayat, C:6, S:11, s.46-75.

ANONİM ŞİRKETTE YÖNETİM KURULU BAŞKANININ NİTELİKLERİNE, SEÇİLMESİNE VE YÖNETİM KURULUNUN BAŞKANSIZ İŞLEYİŞİNE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER*

Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU**

Arş. Gör. Zehra AVCI***

ÖZET

Kanun koyucu anonim şirketin yönetim kurulu başkanına önemli bir takım görev ve yetkiler vermiştir. Başkanın herhangi bir nedenle belirlenememesi, bir başka ifadeyle, tek kişiden müteşekkil yönetim kurulu hariç olmak üzere, başkan statüsünde herhangi bir üyenin bulunmaması, başkana tevdi edilen görevlerin icra edilememesine, neticede şirket yönetiminin işleyememesine yol açabilir. Bu çalışma ifade edilen tıkanma durumunu irdelemekte ve çözüm önerileri üzerinde durmaktadır. Çalışmada ayrıca yönetim kurulu başkanının seçilmesine ve niteliklerine ilişkin bazı değerlendirmelere, bu çerçevede örneğin başkanın belirlenmesinde kooptasyon yöntemine başvurulmasına, görev süresine, kimin tarafından hangi süre için seçilebileceğine ve tüzel kişilerin başkan olarak seçilmesine ilişkin bazı görüş ve tartışmalara yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket yönetim kurulu başkanı; yönetim kurulu başkanının yokluğu; yönetim kurulu başkanının seçilmesi; yönetim kurulu başkanının ikame edilmesi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1127983 – Geliş Tarihi: 08.06.2022 – Kabul Tarihi: 05.08.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ceminoglu@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6219-3360.

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, avcifzehra@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1071-9740.

AN EVALUATION REGARDING THE ELECTION AND QUALIFICATIONS OF THE CHAIRMAN OF THE BOARD AND THE OPERATION OF THE BOARD WITHOUT A CHAIRMAN

ABSTRACT

The legislator has given several essential duties and powers to the chairman of the board of directors of the joint-stock company. The inability to designate the chairman for any reason, in other words, the absence of any member with the status of chairman, except for the board of directors composed of a single person, may lead to the inability to perform the duties entrusted to the chairman, and ultimately to the inability of the company's management. This study examines the stated clogging situation and focuses on solution suggestions. The study also includes some evaluations regarding the election and qualifications of the chairman of the board of directors and in this context for example, the use of co-optation method in the determination of the chairman, the term of office, who can be elected for what term, and some opinions and discussions on the election of legal entities as chairman.

Keywords: Chairman of the board in the joint-stock company; absence of the chairman of the board; election of the chairman of the board; replacement of the chairman of the board.

GİRİŞ

Anonim şirketlerin yönetimi, yetki devredilmediği müddetçe yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir. Yönetim kurulu, genel kurulun yetki alanına bırakılmış hususlar dışındaki (TTK m. 408) bütün konularda karar almaya yetkilidir. TTK m. 365 uyarınca yönetim kurulu, sınırları kanunun emredici hükümleriyle belirlenmiş alanda şirketi yönetme yetki ve görevine sahiptir. TTK, yönetim kurulunu yönetim ve temsil yetkilerini devretmeye de yetkili kılmıştır. Yönetim kurulu, yetkilerini devretmediği takdirde bu yetkileri kurul olarak kullanır. Anılan çerçevede TTK m. 366/1 hükmü yönetim kurulunun organizasyonunu belirlemektedir. Hükümde yönetim kurulunun her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçeceği düzenlenmiştir. Aynı hükümde ayrıca esas sözleşmede kararlaştırılması halinde, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesinin öngörülebileceği hükme bağlanmıştır.

TTK'da anonim şirket yönetim kurulu başkanının seçilmesi gerekli görülmüş ve buna çeşitli sonuçlar bağlanmıştır. Kanun'da, yönetim kurulu başkanının görevlerinin bazılarının istisnai olarak açıkça düzenlendiği, önemli bir kısmının ise ya kanunda örtülü olarak yer verildiği veya işin niteliğinden anlaşıldığı görülmektedir. Bu sebeple anonim şirket yönetim kuruluna başkan seçilmesi ve başkanın Kanun'da açıkça düzenlenen ve düzenlenmeyen diğer görevlerini yerine getirmesi gerekir. Yönetim kuruluna başkan seçilmemesi veya seçilememesi halinde yönetim kurulu başkansız kalmış olur. Bu durumda başkanın görevlerinin nasıl icra edileceği ve yönetim kurulunun nasıl işleyeceği soruları gündeme gelmektedir. Bu çalışmada, anonim şirkette yönetim kurulu başkanının niteliklerine, seçilmesine ve yönetim kurulunun başkansız işleyişine ilişkin bazı değerlendirmeler yapılacak ve yönetim kurulunun başkansız kalması halinde kurulun işleyişine ilişkin çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılacaktır.

I. YÖNETİM KURULU BAŞKANI

A. GENEL OLARAK

TTK m. 366/1 hükmünde yönetim kurulunun her yıl üyeleri arasında bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçeceği düzenlenmiştir. Aynı hükümde ayrıca esas sözleşmede kararlaştırılması halinde, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesinin öngörülebileceği hükme bağlanmıştır.

TTK'nın 366. madde hükmü birtakım farklılıklarla 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununun (eTTK) 318. maddesinden alınmıştır. eTTK'dan farklı olan hususlardan ilki 6762 sayılı kanunun 318. maddesinde yönetim kurulunun "*bir reisvekili*" seçmeye yetkili olduğu ifadesinin yerine TTK'da "*en az bir başkan vekili*" seçmeye yetkili olduğu ifadesinin getirilmiş olmasıdır. Hüküm gereği yönetim kurulu dilerse birden fazla başkan vekili de seçebilecektir. Hükümün gerekçesinde bu farklılığın nedeni, eTTK'daki ifadenin ticaret sicil müdürlükleri tarafından yalnızca bir başkan vekilinin seçilebileceği şeklinde yorumlanmasını ve sicile kaydolabilmek için esas sözleşmede birden fazla başkan vekili varsa ilgililerin bu sayıyı bire düşürmek zorunda kalmalarını önlemek olarak gösterilmiştir¹.

TTK ile yukarıda anılan hükümde yapılan diğer bir değişiklik ise, esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesinin kararlaştırılabileceği hususunun düzenlenmiş olmasıdır. Hükümün gerekçesinde adı geçen hükümle başkana ve vekiline güç kazandırmanın amaçlandığı belirtilmiştir².

TTK'nın başkan ve vekillerinin belirlenmesine ilişkin 366. maddesi, mehaızı niteliğinde olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationenrecht- OR*) 712. maddesinden bazı farklılıklar barındırmaktadır. Zira OR m. 712/1 hükmünde yönetim kurulunun başkan ve sekreter seçeceği, sekreterin yönetim kurulu üyesi olmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Hükümün ikinci fıkrasında ise esas sözleşmenin, başkanın genel kurul tarafından seçilmesini

¹ Bkz. TTK 'nun 366. maddesinin gerekçesi; **Pulaşlı, Hasan** (2018) Şirketler Hukuku Şerhi, C: I, 3. Baskı, Ankara, Adalet, § 30, Kn. 433.

² Bkz. TTK m. 366. maddesinin gerekçesi.

öngörebileceği düzenlenmiştir³. TTK m. 366 hükmünün aksine OR'nin ilgili hükmünde başkan vekilinin seçimi ile komisyon ve kurulların oluşturulması hususlarından bahsedilmemiştir. TTK'nın 366. maddesinde ise yönetim kurulunun sekreterliğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Yönetim kurulu sekreterliği, zabıt katipliği veya bu tür diğer görevleri ve bu görevlerin verileceği kişileri sürekli veya her toplantı açısından belirlemek Türk hukuku bakımından yönetim kurulunun takdir yetkisi içinde sayılmaktadır⁴.

B. BAŞKANIN SEÇİLMESİNE İLİŞKİN HÜKMÜN EMREDİCİ NİTELİĞİ

TTK'da anonim şirket yönetim kurulu başkanının seçilmesi gerekli görülmüş ve buna çeşitli sonuçlar bağlanmıştır. Kanun'da, yönetim kurulu başkanının görevlerinin bazılarının istisnai olarak açıkça düzenlendiği görülmektedir. Hâkim şirket raporunun hazırlanmasına ilişkin TTK m. 199/4, genel kurula katılabilecekler listesinin yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanmasını öngören m. 417/3 ve yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarının kullanılmasına ilişkin m. 392. ifade olunan istisnaları havi hükümlerdendir.

Yönetim kurulu başkanının görevlerinin önemli bir bölümü ise ya Kanun'da örtülü olarak düzenlenmiş bulunmakta veya işin niteliğinden anlaşılmaktadır⁵. Bunlara örnek olarak ise yönetim kurulu ve genel kurul toplantılarının hazırlanması, yönetim kurulu toplantılarının gerçekleştirilmesi, şeffaflığın sağlanması gibi işlemler gösterilebilir⁶.

³ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 712. maddesi şu şekildedir: “(1) Der Verwaltungsrat bezeichnet seinen Präsidenten und den Sekretär. Dieser muss dem Verwaltungsrat nicht angehören. (2) Die Statuten können bestimmen, dass der Präsident durch die Generalversammlung gewählt wird.”

⁴ **Kırca, İsmail (Şehirali Çelik, Feyzan /Manavgat, Çağlar)** (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C: I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, 1. Baskı, Ankara, BATİDER, s. 474; **Pulaşlı** (2018), C: I, § 30 Kn. 433.

⁵ **Kırca (Şehirali Çelik /Manavgat)**, s. 477.

⁶ **Kırca (Şehirali Çelik /Manavgat)**, s. 477; **Kıratlı, Metin** (2021) Yönetim Kurulu Başkanı, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 93 vd.

TTK'nın "Görev Dağılımı" başlıklı 366. maddesinin ilk fıkrasında "Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer. Esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir" denilmekle yönetim kuruluna başkan seçilmesinin özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Öğretide 366. madde hükmünün emredici olarak düzenlendiği, zira 340. maddede düzenlenmiş olan emredici hükümler ilkesi gereğince⁷, kanunun bu hususta esas sözleşme veya başka bir yöntemle farklı bir kararlaştırma yapılmasına açıkça izin vermediği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre hem hükmün lafzı hem de başkana yüklenen görevler dolayısıyla yönetim kurulu başkanının ve ona vekâlet etmek üzere en az bir başkan vekilinin seçilmesinin emredici bir şekilde düzenlendiği sonucuna ulaşılmaktadır⁸.

TTK'nın 366. maddesinde başkan seçiminin emredici bir şekilde anonim şirketlere yükletildiğini savunan görüşe katılmakla birlikte başkanın görevlerine ilişkin hükümlerin düzen normu olarak getirildiği kanaatindeyiz. Şu hâlde başkanın seçilmesi zorunluluk arz etse de seçilemediği durumlarda yönetim kurulunun ve dolayısıyla şirketin işleyememesi sonucunu çıkaracak şekilde yorum yapmak, şirketi geri dönülmesi güç zorluklarla karşı karşıya bırakmak anlamına gelir. Zira başkan seçilmemesi nedeniyle yönetim kurulunun işleyememesi demek, şirketin yönetiminin ve temsilinin mümkün olmaması, fiil ehliyetinin kullanılamaması sonucunu doğuracaktır. Nihayetinde yönetim kurulunun hiç toplanamaması ve organ yokluğuna ilişkin hükümler (TTK m. 530) işletilmek zorunda kalılabilecektir. Diğer taraftan başkanın görevlerine ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğunu kabul etmek uygulamada farklı nedenlerle başkansız işleyen yönetim kurullarının iş

⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Karasu, Rauf** (2009) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin; **Eminoğlu, Cafer/Dalgıç Altıntaş, Berrin** (2014) "TTK'nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 2, s. 1-25.

⁸ Bkz: **Tekinalp, Ünal** (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, Vedat, İstanbul, Kn. 12-92; **Pulaşlı** (2018), C: II, s. 1251, Kn. 275.

ve işlemleri ile bunlara dayalı olarak yapılan işlemler geçersizlik tehdidi ile karşı karşıya kalacak bu da hukuki güvenilirlik ve belirlilik ilkelerini zedeleyecektir.

Kanun'un başkanın görevlerine ilişkin hükümlerinin düzen normu olduğu görüşü, bunların ihlali hali için açıkça yaptırım öngörülmemiş olmasıyla da desteklenmektedir⁹. Kanaatimizce seçilmesi gerekli görülmüş olsa da kanun koyucu, anonim şirket yönetim kurulunun, başkan seçilmemesi veya seçilememesi hallerinde işlevini kaybetmesi sonucunu doğuracak şekilde düzenleme yapmayı arzu etmemiştir. Bu sebeple başkana ilişkin düzenlenen görevlerin de şirketin işleyişini sürdürecektir şekilde ikamesi ile ilgili hukuki çareler bulunmalıdır.

C. BAŞKANIN NİTELİKLERİ

1. Başkanın Kimler Arasından Seçilebileceği

Anonim şirketlerde yönetim kurulu TTK'nın 359. maddesinin ilk fıkrası hükmü gereği bir veya daha fazla üyeden oluşabilir. Başkan ve başkan vekilinin seçilmesi yalnızca yönetim kurulunun birden fazla üyesinin bulunduğu hallerde gereklidir. Zira tek bir üyesi olan yönetim kurulunun olduğu hallerde işin niteliği gereği başkan veya başkan vekilinin seçilmesine de ihtiyaç yoktur¹⁰.

Yönetim kurulu başkanının kimler arasından seçilebileceği ise açıkça Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre yönetim kurulu başkanı yalnızca yönetim kurulu üyeleri arasından seçilebilir. Kanun'da, başkanın hangi yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesi gerektiği ise belirlenmemiştir. Bu durumda yönetim

⁹ Öğretide, bir hükmün emredici niteliğinin tespitinde, TTK'nın 340. maddesinde yer alan "açıkça" ifadesi nedeniyle, sadece ilgili hükmün lâfzının esas alınması gerektiği, hükmün anlam ve amacının dikkate alınamayacağı ileri sürülmüştür; **Bahtiyar, Mehmet** (2005) "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, S: 61, s. 70 vd.; Başka bir görüş ise anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzına bakılmaması gerektiğini, somut olaya uygulanacak hukuk kuralının anlamını ve kapsamını belirlemek için yoruma ihtiyaç duyulacağını ifade etmiştir, **Karasu, Rauf** (2015) "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri" Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 2015/1, s. 117.

¹⁰ **Kırca (Şehirali Çelik /Manavgat)**, s. 474.

kurulu üyelerinin gerek TTK'nın 367. maddesi uyarınca ihtiyari; gerek Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kurumsal Yönetim İlkeleri uyarınca mecburi olarak icrada görevli olan ve olmayan üyeler şeklinde ayrıldığı durumlarda başkanın herhangi biri arasından seçilebilmesi mümkündür¹¹.

2. Tüzel Kişinin Başkan Olarak Seçilip Seçilemeyeceği

Başkan olarak seçilecek yönetim kurulu üyesinin mutlaka bir gerçek kişi olması zorunluluğunun olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılması da gerekmektedir. TTK'nın bu konuda, yönetim kurulu üyesi olmak için gerçek kişi olunması koşulunu barındıran ve bu sebeple tüzel kişilerin yönetim kurulu başkanı olmasına izin vermeyen İsviçre ve Alman hukuk kurallarından (OR m. 707/III) farklı düzenlemeleri mevcuttur. Dolayısıyla 366. madde hükmünden başkanın mutlaka bir gerçek kişi olması zorunluluğunun bulunduğu yönünde bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Çünkü madde hükmünde başkanın "üyeler arasından" seçileceği belirtilmiş; ancak bu üyelerin niteliğiyle ilgili herhangi bir ayırım yapılmamıştır. TTK'nın 359. maddesi hükmü uyarınca tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi mümkün olduğu için¹², yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin başkan olarak seçilmesi de mümkün olacaktır¹³. Yönetim kurulu başkanlığına seçilen tüzel kişi, TTK'nın 359. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca belirlediği ve tescil edilen gerçek kişi aracılığıyla bu görevi yürütebilir. Burada tüzel kişinin yönetim kurulu başkanı olmasına ilişkin çeşitli endişeler ileri sürülebilir¹⁴. Ancak tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişi

¹¹ Akdağ Güney, Necla (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 79.

¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Develi, Emine (2016) Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

¹³ Kırcı (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 474; Akdağ Güney (2016), s. 79; Kortunay, Ayhan (2015) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 223.

¹⁴ Tüzel kişilerin yönetim kurulu olması hakkında endişeler burada da ileri sürülebilir. Örneğin üyenin kişisel özelliklerinin önemi, tüzel kişilik arkasında kalan ve değişebilen gerçek kişi temsilcinin yönetim kurulu iç yapısını devamlı değiştirmeye zorlayacağı (Kortunay, s. 59 dn. 219), seçim yetkisine sahip organın belki seçmeyeceği kişilerin tüzel kişi temsilcisi olarak bu görevi üstleneceği vb.; Aksi yönde Akdağ Güney, tüzel kişinin temsilcisinin değişiminin kurulun iç yapısını değiştirmeye zorlamayacağı, bunun üyelerin herhangi bir sebeple değişiminde de söz konusu olabileceği, sırf bu sebeplerle tüzel kişinin yönetim kuruluna üye seçilmesine karşı çıkılmasına katılmadığını ifade etmektedir, Akdağ Güney (2016), s. 40.

açısından da yönetim kurulu üyelerinin taşınması gereken nitelikleri taşınması bekleneneğinden bu endişelerin azaltılması mümkün olabilecektir.

3. Kooptasyon Yöntemiyle Belirlenen Üyenin Başkan Olarak Seçilip Seçilemeyeceğı

TTK'nın 363. maddesinde herhangi bir sebeple yönetim kurulu üyeliğinin boşalması ihtimalinde yönetim kurulunun, kanuni şartları sağlayan birini geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunacağı düzenlenmiştir. Hükme göre bu yolla seçilen üye, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapar ve onaylanması hâlinde sefelinin süresini tamamlar. Kooptasyon adı verilen bu yöntem, seçilmiş üyelerin yönetim kuruluna yeni bir üye seçmesidir¹⁵. Kooptasyon yönteminin üyeler açısından düzenlenmiş olması, yönetim kurulu başkanlığı hakkında çeşitli sorular akla getirmektedir. İlk olarak, yönetim kuruluna kooptasyon yöntemiyle seçilmiş bir üyenin başkan olması mümkün müdür? Söz konusu sorunun akla gelmesindeki sebep, kooptasyon yöntemiyle üye olmuş birinin yönetim kurulunda önemli görevleri haiz olan başkan olarak seçilmesinin şirketin işleyişine vâkıf olmayan birinin anılan statüye gelmesi ve dolayısıyla da problemlere yol açabileceğı endişesidir. Ancak yönetim kurulu başkanlığı statüsü üyelikle bağlantılı olduğundan ve Kanun'da bunu engelleyecek bir hüküm de bulunmadığından, kooptasyonla seçilmiş bir üyenin başkan olabilmesinin mümkün olduğu kanaatini taşımaktayız. Söz konusu bu üye, başkan seçilmiş ise genel kurul toplantısına kadar başkanlık görevine devam eder. Genel kurulun onaylanması halinde ise sefelinin süresini geçmemek kaydıyla başkan olarak seçildiğı süre boyunca bu görevde kalır.

TTK'nın 363. maddesinde düzenlenen kooptasyon yöntemi, herhangi bir sebeple boşalması halinde üyeliğın doldurulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. O halde yönetim kurulu başkanının görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde ve yönetim kurulu başkanını seçme yetkisi genel kurulda bulunduğu bir durumda, yönetim kurulu kooptasyon yöntemiyle başkan seçebilecek midir? Kanaatimizce başkanlık statüsü üyelikle bağlantılı

¹⁵ **Pulaşlı** (2018), C: II, Kn. 244; **Demir, Koray** (2017) "Kooptasyon Uygulamasında Yeni Bir Perspektif Mümkün Mü? (TTK m. 363/1'de Öngöröldüğü Haliyle Kooptasyon)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 75, S: 1, s. 316.

olduğundan, herhangi bir sebeple başkanlık koltuğunun boşalması üzerine yönetim kurulu 363. madde uyarınca genel kurul toplantısına kadar bir yönetim kurulu başkanı seçmesinde bir sakınca yoktur¹⁶. Kaldı ki bu süre boyunca yönetim kurulunun başkansız kalmasının şirketin işleyişini zora sokabileceği durumlar¹⁷ söz konusu olabilecektir. Genel kurulun onayının alınması durumunda ise yine selefının süresini tamamlayana kadar görevi sürdürebileceği kanaatini taşımaktayız.

4. Belirli Pay ve Pay Sahibi Gruplarına (TTK m. 360) Başkan Belirleme Hakkı Tanınıp Tanınamayacağı

TTK'nın 360. maddesinde yönetim kurulunda belirli pay sahiplerinin temsili düzenlenmiştir. Hükme göre esas sözleşmede öngörülmek şartıyla belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, anılan kişi ve gruplara, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir¹⁸. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Burada yönetim kurulu başkanının da 360. madde hükmünde belirtildiği şekliyle imtiyazlı pay sahiplerinden seçileceğinin öngörülüp öngörülemediği sorusu akla gelebilir. Zira hükme göre, üyelerin imtiyazlı pay sahipleri arasından seçilmesi, esas sözleşmede kararlaştırılmasıyla mümkündür. TTK'nın 340. maddesinde emredici hükümler ilkesi gereği kanunun açıkça izin vermediği hususların esas sözleşmeyle düzenlenemeyeceği göz önüne alındığında başkanın imtiyazlı pay sahiplerinden seçileceği esas sözleşmeyle düzenlenemeyeceği savunulabilecekse de buna karşı bizim kanaatimizce seçim

¹⁶ Bu hususta ayrıca bkz.: **Pulaşlı** (2018), C: I, § 30 Kn. 435.

¹⁷ Örneğin yeni başkan seçilmesi için genel kurulun toplantıya çağrılmaması, yine başkan olmadığından yönetim kurulunun devamlı toplanamaması, geçerli bir genel kurul toplantısına katılabilecekler listesinin (TTK m. 417/3) hazırlanamaması gibi riskler ortaya çıkabilir.

¹⁸ **Cenkci, Esra** (2011) "6102 Sayılı TTK'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2011/1, s. 128.

yetkisinin genel kurulda olduğu durumlarda yönetim kuruluna başkan seçilmesi imtiyaz olarak ve paya bağlanmak suretiyle düzenlenebilecektir¹⁹.

5. Esas Sözleşmede Başkanın Niteliklerinin Belirlenmesi

TTK, 363. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere esas sözleşme ile yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için çeşitli nitelikler belirlenmesine imkân tanımıştır. Kanaatimizce bu sebepten üyelik ile sıkı sıkıya bağlantılı olan başkan ve başkan vekilliği seçilebilmek için de esas sözleşme ile bazı nitelikler aranması TTK'nın 340. maddesindeki emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil etmez²⁰. Kaldı ki kanaatimizce başkanı belirleme yetkisi genel kurula verilebilecekken başkanın niteliklerini, seçim kararı için gerekli olandan daha yüksek bir nisapla mümkün olmayacağını savunmak kanunun amacıyla bağdaşmayacaktır.

Esas sözleşmede belirlenecek nitelikler için öncelikle emredici hükümler, genel ahlak ve ayrımcılık yasağı bir sınır arz edecektir²¹. Diğer taraftan yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyaz haklarının zarar görmemesine ya da ilgili imtiyaz sahipleri genel kurulunun onayının alınmasına dikkat edilmesi gerekir. Bu hakların zarar görmeyeceği şekilde yönetim kurulu başkanı veya vekili seçilebilmek için eğitim düzeyi, görev süresi, uzmanlık veya gerçek kişi olunması²² gibi şartların esas sözleşmeyle düzenlenmesi mümkündür.

D. BAŞKANIN SEÇİLMESİ

Kanun koyucu, başkan ve başkan vekilinin seçilmesi koşuluyla yönetim kuruluna kendi organizasyonunu yapma yetkisini vermiştir²³. Bir başka

¹⁹ Karşı yönde, **Oğuz, Ersin** (2019) Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Belirli Grupların Seçilme Hakkı, Ankara, Seçkin, s. 166.

²⁰ Aynı yönde, **Kortunay**, s. 223; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 413; **Karasu** (2009), s. 132.

²¹ Akdağ Güney, esas sözleşme ile üyelere ilişkin belirlenen niteliklerin anonim şirketlerin temel ilkelerine, eşitlik ilkesine uygun olması ve hakkın kötüye kullanılması ile hakkın sakınılması ilkelere aykırı olmaması gerektiğini ifade etmektedir, **Akdağ Güney** (2016), s. 30.

²² Aynı görüşte, **Kırca, İsmail** (2012) "Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği", BATİDER, C: XXVIII, S: 2, s. 53; Karşı görüşte, **Kortunay**, s. 223.

²³ **Akdağ Güney** (2016), s. 78.

yaklaşım, başkan ve vekilinin seçilmesi şartıyla, yönetim kuruluna kural olarak kendisini organize etme serbestisi tanınmıştır²⁴. Fakat genel kurul, yönetim kurulunun kendini organize etmesini başkan ve başkan vekilinin seçimine ilişkin olarak kısıtlayabilecektir. Zira TTK'nın 366. maddesinin ilk fıkrasında yönetim kurulu başkan ve vekilini seçme yetkisinin yönetim kurulundan alınabileceği düzenlenmiştir. Hükme göre esas sözleşmede, başkan veya başkan vekillerinin veya bu kişilerden birinin seçimi genel kurula bırakılabilir. Söz konusu hüküm sonucunda TTK'nın emredici hükümler ilkesini teşkil eden 340. maddesine uygun olarak açıkça esas sözleşme ile Kanun'da yer alan anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapılması mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda yönetim kurulu başkanı ve vekilinin yönetim kurulu veya genel kurul tarafından seçilmesine ilişkin hususların ayrı ayrı incelenmesi faydalı görülmüştür.

Belirtmek gerekir ki kanun koyucu TTK m. 366 hükmünde başkan vekilinin görevini, başkan bulunmadığında "ona vekâlet etmek" şeklinde belirlemiştir. Başkan herhangi bir nedenle hazır bulunmadığında ona vekâleten başkan vekili gerekli işlemleri yapabilecektir. Şu halde vekillik vasfı başkanlık sıfatıyla ile bağlıdır. Bu bağlamda kanaatimizce vekil olunan başkanın herhangi bir nedenle başkanlığının sona ermesi halinde vekilinin de görevi sona erecektir. Bu nedenle aşağıda ele alınan başkansız kalma halleri aynı zamanda başkan vekilliğinin mevcut olmaması ya da ortadan kalmış olması şeklinde anlaşılmalıdır.

1. Yönetim Kurulu Tarafından Seçilmesi

TTK'nın 366. maddesinin ilk fıkrasında yönetim kurulu başkanının kural olarak yönetim kurulu tarafından seçilmesi gereği düzenlenmiştir. Ancak yönetim kurulu başkanının seçilmesi açısından yönetim kurulunun toplanmasına ve karar almasına ilişkin özel bir düzenleme hükümde yer almamıştır. Bu sebeple yönetim kurulu toplantısının çağrısı esas sözleşmede nasıl düzenlenmişse o usule göre; esas sözleşmede bir düzenleme bulunmadığı durumlarda ise iç yönergede nasıl düzenlenmişse, o usule göre yapılacaktır.

²⁴ Wernli, Martin; Rizzi, Marco A. (Honsell/Vogt/Watter (Editörler)) (2012) Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 3. Auflage, Zürich, Helbing & Lichtenhahn, OR 712, Kn. 3.

Yönetim kurulu başkanı, üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanan yönetim kurulunda, TTK'nın 390. maddesinin ilk fıkrası uyarınca esas sözleşmede aksine karar yeter sayısını ağırlaştırılan bir hüküm yoksa, toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğuyla seçilecektir.

2. Genel Kurul Tarafından Seçilmesi

TTK'nın 366. maddesinde anonim şirket yönetim kurulunun başkanını ve başkan vekillerini kural olarak kendisinin seçeceği düzenlenmiştir. Ancak hükmün ilk fıkrasının ikinci cümlesinde esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin genel kurul tarafından seçilmesinin öngörülebileceği hükme bağlanmaktadır. Buna göre esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle yönetim kurulu başkanı ve vekili veya bunlardan birinin seçiminin genel kurula bırakılması mümkündür.

Öğretide esas sözleşmeyle genel kurula, yönetim kurulunun başkan seçemediği, örneğin başkanlık seçiminin yapıldığı toplantılarda veya oylamalarda gerekli çoğunluğun sağlanamadığı hallerde, yönetim kuruluna başkan seçme yetkisi verilebileceği belirtilmiştir²⁵. Kanaatimizce böyle bir belirlemenin, örneğin yönetim kurulu başkanının belli bir zaman dilimi içinde yönetim kurulu tarafından seçilememesi bakımından yapılması mümkündür. Esas sözleşmede böyle bir belirlemenin yapılması, başkanın yönetim kurulu tarafından seçilememesi dolayısıyla kurulun karar alma mekanizmasının kilitlendiği durumlar açısından yarar sağlayabilir.

Yönetim kurulunun başkan seçememesi halinde esas sözleşmede hüküm bulunmaksızın genel kurulun başkan seçme yetkisinin olduğunun söylenmesi ise güçtür. Zira hükümde yönetim kurulu başkanının seçimi yetkisinin genel kurula ancak esas sözleşmeyle verilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak öğretilerde, esas sözleşmede böyle bir belirleme olmamasına rağmen yönetim kurulunun başkan seçememesi halinde genel kurulun başkan seçmesinin organlar arası eşitliğe ve yönetim organizasyonunun özgürlüğüne aykırı düşmediğinden bahisle kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur²⁶. Ne var ki 366.

²⁵ Kortunay, s. 222.

²⁶ Kortunay, s. 223.

madde hükmünün açık lafzı karşısında böyle bir sonuca varılamayacağı kanaatindeyiz.

Başkan ve vekilinin genel kurul tarafından seçimine ilişkin hüküm şirketin esas sözleşmesine kuruluşta yazılabileceği gibi sonradan da sözleşmeye eklenebilir. Bu hükmün esas sözleşmeye ekleneceği değişiklik için Kanun'da özel bir toplantı ve karar nisabı öngörülmemiştir. Dolayısıyla, TTK m. 421/1 hükmünde öngörülmüş nisaplar bu değişiklik için de uygulanır. Fakat esas sözleşmede kararlaştırılarak ilgili nisapların başkanın veya vekilin seçimi açısından birlikte ya da ayrı ayrı ağırlaştırılması da mümkündür²⁷.

TTK m. 339/3 hükmünde ilk yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşme ile atanacağı düzenlenmiştir. TTK'nın 339. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinde ise yönetim kurulu üyelerinin sayıları ile bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanlar esas sözleşmeye yazılması gereken hususlar arasında sayılmıştır. Ancak esas sözleşmenin ilk yönetim kurulu üyelerini atama usulüyle belirlemesi düzenlenmişken, esas sözleşmede ilk yönetim kurulunun başkan ve vekilinin de belirlenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yönetim kurulunun belirlenmesi ve üye atanması başkan belirlemekle bağlantılı bir işlem olduğundan anonim şirketin kurucularının, esas sözleşmeyle atanan ilk yönetim kurulu üleriyle birlikte başkan ve vekilini de belirlemeleri kanaatimizce TTK'nın 340. maddesinde düzenlenen emredici hükümler ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır²⁸.

Anonim şirketin kuruluşunda yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeyle atanmış olmasına rağmen başkan ve vekili atanmamışsa, bu durumda kuruluş sonrası yönetim kurulunun toplanarak başkan ve vekili seçmesi gerekir. Fakat kuruluşta hazırlanan esas sözleşme metninde başkan ve vekilinin seçiminin genel kurulca yapılacağı düzenlenmişse anılan kişileri yönetim kurulunun seçmesi mümkün değildir. Öyleyse yönetim kurulunun başkan ve vekilinin seçilmesi için genel kurulu toplantıya çağırma kararı vermek üzere toplanması

²⁷ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 474.

²⁸ Emredici hükümler ilkesi ışığında esas sözleşme özgürlüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Veziroğlu, Cem** (2021) Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

gerekmektedir. Bu durumda ise, aşağıda bilahare ele alınacağı üzere²⁹, öncelikle başkan olmaksızın genel kurulu toplantıya çağırma kararı almak üzere yönetim kurulunun nasıl toplanacağı sorunu gündeme gelmektedir.

E. GÖREV SÜRESİ

865 sayılı TTK'nın 315. ve eTTK'nın 318. maddelerine benzer olarak 6102 sayılı TTK'nın 366. maddesi hükmünde de seçimi yapacak organın inisiyatifine bırakılmadan yönetim kurulu başkanlığı için seçimin her yıl yapılması öngörülmüştür³⁰.

Yönetim kurulu başkanının ve vekillerinin görev süresi ve seçim sıklığının, yönetim kurulu üyelerinin görev süresi ve seçim sıklığından farklı olması mümkündür. TTK m. 366 hükmünde başkan ve vekillerinin seçim yetkisinin yönetim kurulunda olduğu hallerde seçimin her yıl yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Öğretide bazı yazarlar, eğer yönetim kurulu başkanını seçme yetkisi yönetim kurulunda ise ve sürenin sona ermesine rağmen makul bir süre içinde yeni başkan ve vekili seçilmemişse bu durumda yönetim kurulunun örtülü olarak mevcut dağılımı sürdürmek istediğini kabul etmek gerektiği görüşünü savunmaktadır³¹. Bu yaklaşımın ilgili hükmün açık lafzı karşısında sorunsuz olmadığı ortadadır.

Yönetim kurulu başkanının her yıl seçilmesi zorunluluğu şirket açısından özellikle iş yükü anlamında pratik olmayan sonuçlar doğursa bile³² bir önceki başkan seçmiş olan yönetim kurulu veya genel kurulun yapısında değişiklikler olması halinde fayda sağlayacağı da söylenebilir. Yine başkanın her yıl seçilmesi, azil müessesesi uygulamaya konulmadan başkanın değiştirilmesine fırsat sunabilir. Devam eden yılda seçilmek motivasyonu ile başkan, daha özenli çalışarak şirketin işleyişine katkıda bulunabilir³³.

²⁹ Bkz. Başlık III/B.

³⁰ 340. madde sebebi ile esas sözleşmeyle veya seçim kararıyla bu sürenin uzatılması güçtür; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, Kn. 12-92; **Pulaşlı** (2018), C: I, § 30 Kn. 293.

³¹ **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 475.

³² Aynı yönde, **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 476.

³³ **Kortunay**, s. 222.

Yönetim kurulu başkanı ve/veya vekilinin genel kurul tarafından seçildiği hallerde, genel kurulun takip eden yılda hiç veya gereği gibi toplanamaması ihtimalinde yönetim kurulunun görev dağılımının nasıl olacağı sorusu akla gelmektedir. Çünkü bu konuda da yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesine rağmen yeni üye seçilmediği taktirde süresi sona eren üyeler hakkında nasıl bir yol izleneceği hususunda olduğu gibi bir tartışmanın ortaya çıkması beklenebilir.

Öğretide başkan seçme yetkisinin genel kurulda olduğu hallerde kanunda belirtilen sürenin emredici nitelik taşımadığının ve başkanın görev süresinin, en fazla üç yıl olmak üzere TTK'nın 362. maddesi uyarınca genel kurula bırakılmış olan üyelerin görev süresinin kararlaştırılması yetkisi ile bağlantılı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu görüşe göre genel kurulun üç yıl ile sınırlı olmak üzere, TTK'nın 366. maddesi hükmünde belirtilmiş bir yıllık süreden daha uzun bir görev süresi belirlemesi mümkündür³⁴. Diğer bir görüş ise 366. maddenin hükmünde belirlenmiş olan bir yıllık sürenin seçim yetkisinin genel kurulda olduğu durumlar için de geçerli olduğunu, TTK'nın 340. maddesinde öngörülen emredici hükümler ilkesinin daha uzun bir sürenin kararlaştırılmasına imkân sağlayacağını kabul etmenin mümkün olmadığını belirtmektedir³⁵. Kanaatimizce bir yıllık süre, seçimi yapmaya hangi organın yetkili olduğuna bakılmaksızın uygulanması gereken genel bir süre olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple bir yıllık sürenin, seçim yetkisi genel kuruldayken de uygulanması gerekir. Ancak seçim yetkisinin genel kurulda olduğu hallerde bir yıllık sürenin emredici bir nitelik taşımadığı, zira TTK'nın 362. maddesi hükmü uyarınca genel kurulun, üyelerin görev süresinin en çok üç yıl olmak üzere belirlenmesi yetkisi ile yönetim kurulu başkanının görev süresinin belirlenmesi yetkisinin, bağlantılı yetkiler olduğu da uygulamada savunulmuştur. Burada genel kurulun her yıl toplanmasına ilişkin sorunlar söz

³⁴ Pulaşlı (2018), C: I, Kn. 434; Akdağ Güney (2016), s. 78.

³⁵ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 475; Bahtiyar, Mehmet (2022) "Anonim Ortaklıkta Başkanın Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağırmasının Yaptırımı ve Toplantısız Karar Alınmasında Bazı Sorunlar" Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Ankara, Yetkin, s. 103; Kortunay, s. 222.

konusu olduğunda yönetim kurulunun ve dolayısıyla şirketin sıhhatli bir şekilde işleyişinin sağlanması açısından genel kurulun üç yıldan fazla olmamak üzere 366. maddede belirtilen süreden daha uzun bir süreyi başkanın görev süresi olarak belirlemesinin geçerli olacağını kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir³⁶.

Öğretide, yönetim kurulu başkan ve başkan vekili seçiminin üyelerin her görev döneminin başında yapılmasının yeterli olacağı ve görev döneminin devam ettiği süre boyunca yeniden başkan ve başkan vekili seçilmesine gerek olmadığı yönünde bir görüş bulunmaktadır³⁷. Bu görüşe göre esas sözleşmede herhangi bir hüküm olmasa bile başkan ve başkan vekillerinin görev süresi, yönetim kurulu üyelerinin görev süresiyle veya yönetim kurulunun bir bütün olarak görev dönemi ile aynı kabul edilmelidir. Savunulan bu görüş, kanaatimizce, şirketin yönetimi açısından pratik bir çözüm benimsemektedir. Ancak TTK'nın 366. maddesinin açık hükmü karşısında böyle bir sonuca varmanın mümkün olmadığı görüşündeyiz³⁸.

II. YÖNETİM KURULUNUN BAŞKANSIZ KALMASI

A. BAŞKANIN SEÇİLEMESİ HALLERİ

1. Başkan Seçme Yetkisinin Yönetim Kurulunda Olduğu Haller Bakımından

Yönetim kurulu başkanını seçme yetkisi yönetim kurulunda olmasına rağmen başkanın seçilmemesi halinde yönetim kurulu başkansız kalmış olacaktır. Yönetim kurulunun hiç ya da zamanında başkan seçmemesinin birçok nedeni olabilir. Örneğin üyeler arasındaki çekişmeler, toplanamama, bir üye lehine çoğunluk sağlayamama, pay sahipleri arasındaki çekişmelerin yönetim kuruluna sirayet etmesi, hiçbir üyenin başkan seçilmek istememesi gibi nedenler söz konusu olabilir.

³⁶ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD. T: 22.05.2020, E: 2020/408, K: 2020/517, **Kıratlı**, s. 53, dn. 106.

³⁷ **Çamoğlu, Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal)** (2014) Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul, Vedat, Kn. 535; **Pulaşlı** (2018), C: I, § 30, Kn. 293.

³⁸ Aynı doğrultuda: **Kortunay**, s. 222;

Yönetim kurulu başkanının seçilmemesi veya seçilememesi hali, seçme yetkisinin yönetim kurulunda olduğu durumda, yönetim kurulu üyeleri bakımından özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir³⁹. Zira mezkûr hükümde yönetim kurulu üyelerinin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında olduklarından bahsedilmektedir. Özen yükümlülüğü, TTK m. 553/1 hükmüyle bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Bu bağlamda özen yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerinin kanunda açıkça düzenlenmeyen görevlerinin belirlenmesinde önem arz eder. Zira yönetim kurulunun görevleri 375. maddede sayılanlarla sınırlı değildir. 374. maddenin ilk fıkrasında bu durum “*Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Özen yükümü, yönetim kurulu üyelerinin şirket yönetiminde işletme konusunun gerçekleştirilmesi için yapılması gerekenleri ve kaçınılması gerekenleri somutlaştırmasına yarar⁴⁰. Özen yükümlülüğünün bu işlevine bakıldığında, yönetim kurulu üyelerinin başkan seçmesinin de şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gereken bir işlem olduğu dolayısıyla başkanın seçilmemesinin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği kabul edilmelidir. Zira başkanın seçilmediği bir yönetim kurulunun toplanması ve karar vermesi zorluklara sebep olarak şirketin işleyişini sekteye uğratabilecektir. Ancak burada özen yükümlülüğü üyelerin şirket menfaatlerini dürüstlük ilkesine göre önceleyerek serbest iradeleriyle başkana ilişkin oylamada serbest iradeleriyle oy verme hak ve yetkilerini sınırlamamalı ya da bununla yarışmamalıdır. Zira ikinci durum da özen yükümlülüğünün gereğidir.

³⁹ Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Çamoğlu, Ersin** (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat, s.67 vd.; **Akdağ Güney, Necla** (2010) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 70 vd.; **Sevi, Ali Murat** (2021) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Ankara, 1. Baskı, Seçkin.

⁴⁰ **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 656.

Yönetim kurulu başkanını seçmeyen veya seçemeyen yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK'nın 553. maddesi uyarınca sorumluluk davası açılması için bir zararın bulunması şarttır⁴¹. Zira bir yükümlülüğün ihlali ancak bir zararın söz konusu olması halinde tazminat yükümlülüğüne dönüşebilir.

Yönetim kurulu üyelerinin başkan seçmemekte ısrarcı davranması TTK'nın 364. maddesinin birinci fıkrası gereği haklı sebeple görevden alınma için bir sebep de teşkil edebilir. Mezkûr hükme göre yönetim kurulu üyeleri, gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin başkan seçmemesi, genel kurul açısından gündemde madde olmasa bile azil için haklı sebep teşkil edebilecektir.

2. Başkan Seçme Yetkisinin Genel Kurulda Bulunduğu Haller Bakımından

Anonim şirket yönetim kurulunu seçme yetkisi esas sözleşmeyle genel kurula bırakılmış olabilir. Yine genel kurul da yönetim kurulu başkanının seçimini bir üye üzerinde uzlaşmama, pay sahipleri arasındaki çekişmeler, sebepsiz yere karar almaktan imtina etme, oy çokluğunu sağlayamama, toplanamama gibi sebeplerle gerçekleştirememiş olabilir. Bu halde de yönetim kurulu başkansız kalmış olacaktır.

Öğretide başkan ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin genel kurulca seçileceğinin esas sözleşmede belirlenmesine rağmen seçilmemesi halinde kurulun ve dolayısıyla şirketin işleyişini temin etmek amacıyla başkan seçme yetkisinin yönetim kuruluna geçtiğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴².

Başkanın genel kurul tarafından seçileceğinin esas sözleşmede düzenlendiği durumlarda genel kurulun başkanı seçmeyi ihmal etmesi halinde kanaatimizce yönetim kurulu öncelikle genel kurulu bu amaçla (yeniden) toplamalıdır. Buna rağmen genel kurulun toplanamaması ya da toplanmasına rağmen başkan seçmemesi halinde, şirketin işleyişine hâle gelmesini önlemek

⁴¹ **Kendigelen, Abuzer** (2016) TTK Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 458.

⁴² **Kırca (Şehiralı Çelik/Manavgat)**, s. 475.

maksadıyla genel kurul seçene kadar başkanın yönetim kurulu tarafından belirlenebileceğini kanaatindeyiz.⁴³ Bu görüş, yönetim kurulunun, genel kurul bir başkan seçimi yapana dek görev yapmak üzere bir başkan seçebileceğini savunmaktadır⁴⁴. Belirtilen bu çözüm yolu, TTK'nın 363. maddesinde düzenleme alanı bulan kooptasyon yöntemini çağrıştırmaktadır.

TTK m. 366 hükmünde açıkça başkan ve vekilinin her yıl seçilmesi öngörülmüştür. Bu hükmün emredicilik niteliğinin kabulü halinde daha uzun bir süreye ilişkin genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının akıbetinin ne olacağı gündeme gelmektedir. Söz konusu durumda ilgili kararlar bütünüyle mi batıl sayılacak, yoksa bir yıllık süreyi aşan kısım bakımından mı hükümsüzlük söz konusu olacaktır? TTK, genel kurul kararlarının kısmi butlanına ilişkin bir imkân düzenlememiştir. Görüşümüzce, ifade edilen durumda sadece bir yıllık süreyi aşan kısım bakımından butlana karar verilmelidir. Bir başka ifadeyle ilgili kararın kısmi butlanla sakat olacağı kabul edilmelidir⁴⁵. Genel kurulun, yönetim kurulu üyesinin görev süresine paralel olarak başkanı da üç yıla kadar bir süre için seçebileceği kabul edilecek olursa, aynı sonuç üç yılı aşan kısım için söz konusu olmalıdır.

3. Seçim Yetkisi Genel Kuruldayken Yönetim Kurulunun Başkan Seçmesi

Esas sözleşme ile yönetim kurulu başkanını seçme yetkisinin genel kurula verildiği hallerde yönetim kurulunun kendisine başkan seçtiği kararın geçerliliği, özellikle de böyle bir kararın hangi hükümsüzlük türüyle karşı karşıya kalacağı tartışma konusu olacaktır.

⁴³ İsviçre uygulaması için aynı yönde: **Wernli / Rizzi (Honsell/Vogt/Watter [Editörler])**, Basler Kommentar, OR 712, Kn. 5; Ayrıca bkz.: **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, A.Ş. I, s. 475.

⁴⁴ **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 475.

⁴⁵ Yönetim kurulu üyelerinin azami görev süresi bakımından benzer değerlendirmeler için bkz.: **Moroğlu, Erdoğan** (2012) 6102 Sayılı TTK'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.184; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)** Kn. 554; **Pulaşlı** (2018), C: I, § 30 Kn. 320; Böyle bir kararın (bütünüyle) batıl olacağına ilişkin görüş için: **Akdağ Güney** (2016), s. 27, 28.

Öncelikle yokluk açısından incelemek gerekirse, yönetim kurulu kararlarının yokluğu, kanun tarafından yönetim kurulu kararı için gerekli görülen unsurlardan birinin eksik olması halinde söz konusu olur⁴⁶. Yönetim kurulu kararlarının yokluğundan bahsedebilmek için öncelikle kararın kurucu unsurlarını tespit etmek gerekir. Yönetim kurulu kararlarının iki kurucu unsuru bulunmaktadır; bunlardan ilki yönetim kurulu (toplantısı), ikincisiyse yönetim kurulu tarafından alınmış bir karardır⁴⁷. Yönetim kurulunun esas sözleşmeye aykırı bir şekilde yetkisi dahilinde olmayan başkan seçimi kararı alması konusunda, yönetim kurulunun varlığı ve kararın varlığı unsurlarının eksikliğinden bahsedilemeyeceğinden kanaatimizce yokluk yaptırımına gidilememelidir.

Değerlendirilmesi gereken ikinci hükümsüzlük türü ise butlandır. Yönetim kurulu kararlarının butlanı TTK m. 391 hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre yönetim kurulunun özellikle eşit işlem ilkesine⁴⁸ aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar batıldır⁴⁹.

TTK'da yönetim kurulu kararları bakımından, genel kurul kararlarında olduğunun aksine, iptale ilişkin düzenlemeler getirilmemiştir. Genel kurul kararlarının iptaline ilişkin ise TTK'nın 445. maddesinde kanun veya esas

⁴⁶ **Yüce, Aydın Alber** (2015) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 47 vd; **Turanlı, Hüsnü** (2013) "Yeni TTK Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XVII, S: 1-2, s. 947.

⁴⁷ **Özkorkut, Korkut** (1996) Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, 1. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu yayınları, s. 36; **Yüce**, s. 49; **Şeker, Hakan** (2020) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 149, s. 211.

⁴⁸ Eşit işlem ilkesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Yıldız, Şükrü** (2004) Eşit İşlem İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin; **Yağmur, Setenay** (2020) Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

⁴⁹ Butlan sebeplerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Yüce**, s. 124 vd.

sözleşme hükümlerine aykırı kararların iptal yaptırımına tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir⁵⁰. Dolayısıyla esas sözleşme hükmüne aykırı bir şekilde yönetim kurulunun başkan seçmesinin genel kurul kararlarının iptaline ilişkin prosedürün burada işletilip işletilemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK'nın yönetim kurulu kararlarını düzenleyen 390 ve 391. maddelerinde yönetim kurulu kararların iptal yaptırımına tabi tutulup tutulamayacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hatta 391. madde gerekçesinde *“Yönetim kurulu kararları iptal edilemez.”* denilmektedir. Dolayısıyla kural olarak yönetim kurulu kararlarının iptale tabi olmadığını söylemek mümkündür. Ancak TTK, m. 192/II ve m. 460/V hükümleriyle iptale tabi yönetim kurulu kararları belirlemiştir. Özellikle m. 460/5 hükmünde *“yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445 inci maddede öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler. Bu davaya 448 ilâ 451 inci maddeler kıyas yoluyla uygulanır.”* denmekle, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin sebeplere atıf yapılmıştır. Yine, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 18/VI'da *“Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, 6102 sayılı Kanunun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler.”* ifadeleriyle genel kurul kararlarının iptaline ilişkin prosedürün işletilebileceği yönetim kurulu kararları belirlenmiştir. Sözü geçen düzenlemeler dikkate alındığında, bir yandan hukuki işlemin genel esaslar çerçevesinde iptalinin mahkemeden istenmesinin mümkün olduğu söylenebilecek; ancak diğer yandan öğretisi⁵¹ ve

⁵⁰ Genel kurul kararlarının iptaline ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Kırca, İsmail** (2022) Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık; **Moroğlu**, 6102 Sayılı TTK'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü; **Türk, Mehmet Cemil** (2019) Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

⁵¹ **Moroğlu**, s. 180, 181; Kanunda yönetim kurulu kararlarının butlanının değil, belirli bazı hallerin gerçekleşmesi halinde iptalinin düzenlenmesi ve bunun da belirli bir süreyle sınırlandırılması gerektiği hakkında, **Üçışık, Güzin** (2011) “Türk Hukuku'nda Anonim

uygulamada da genellikle kabul edildiği şekilde yönetim kurulu kararlarının kanundaki istisnalar haricinde iptal yaptırımına tabi olmadığı görülecektir. Dolayısıyla esas sözleşmeye aykırı olarak genel kurul yerine kendisine başkan seçen yönetim kurulunun aldığı bu karara karşı iptal davası açılmayacaktır.

Yukarıdaki hükümsüzlük halleri değerlendirildiğinde, başkan seçme yetkisi genel kurulda iken ve genel kurul herhangi bir nedenle bu yetkisini kullanmada duraksamamışken yönetim kurulunun esas sözleşmesel bir yetki gaspında bulunması kanaatimizce şirketin temel yapısına aykırılık teşkil edecek ve ilgili yönetim kurulu kararı butlan yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır. Şu hâlde genel kurul tarafından seçilmiş mevcut bir başkan varken yönetim kurulunun, bu başkanın azline ve yenisinin atanmasına ilişkin bir kararının butlanla sakat olduğunun kabulü gerekir.

Başkan seçme yetkisi genel kurulda bulunmasına rağmen, genel kurul bu yetkisini herhangi bir nedenle kullanmadığında ise, yukarıda da ele alındığı üzere, kooptasyon benzeri bir yöntemle ilgili şartlarda yönetim kurulunun başkan seçebileceğini düşünmekteyiz.

B. BAŞKANIN SEÇİLEMEMESİNE İLİŞKİN YAPTIRIMLAR

TTK m. 366/1 hükmüne aykırılık halinde yaptırımın ne olacağı Kanun'da düzenleme alanı bulamamıştır. Yönetim kurulunda görev dağılımının yapılmamasının kurulun toplanamaması anlamına gelebileceğinden; OR m. 731b maddesinde anonim şirket organlarının kanuna uygun oluşturulmamış olması, organ eksikliğiyle aynı yaptırıma bağlanmıştır⁵². Bu sebeple İsviçre hukuku bakımından yönetim kurulu başkanının seçilmemesi veya seçilememesi, organ yokluğunu sonucunu doğurabilecek ve pay

Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C: 3, S:5, s. 64.

⁵² İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili 731b maddesi; “*Ein Aktionär oder ein Gläubiger kann dem Gericht bei folgenden Mängeln in der Organisation der Gesellschaft beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen: 1. Der Gesellschaft fehlt eines der vorgeschriebenen Organe. 2. Ein vorgeschriebenes Organ der Gesellschaft ist nicht richtig zusammengesetzt. (...)*” ifadelerini haizdir, <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html>> s.e.t. 01.06.2022.

sahiplerinin veya alacaklıların mahkemeye başvurarak gerekli tedbirlerin alınmasını talep hakkı bulunacaktır. Öğretide, İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da yönetim kurulu başkanının seçilmemesi halinde organ yokluğunun düzenlendiği TTK'nın 530. maddesine başvurulabileceği belirtilmiştir⁵³. Biz ise başkan ve vekilinin seçilmemiş olmasının kural olarak TTK m. 530 bağlamında organ yokluğu anlamına gelmeyeceği kanaatini taşımaktayız. Çünkü aşağıda değineceğimiz üzere başkan ve vekili bulunmasa dahi çeşitli yol ve yöntemlerle organların işlerliğini belirli ölçülerde sağlamak mümkündür. Burada başkan ve/veya vekilinin organ sıfatını taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirme yapmak da gerekir. Diğer taraftan ifade edilen görev dağılımı eksikliği, şirket işleyişini önemli ölçüde etkileyecek boyut kazandığında ise TTK m. 531 bağlamında şirketin feshi için haklı bir neden teşkil edebilecektir.

TTK'nın organ eksikliğini düzenleyen 530. maddesi hükmünde uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından birinin mevcut olmaması veya genel kurulun toplanamaması halinde; pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Ticaret Bakanlığının istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, yönetim kurulu da dinlenerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirleyeceği düzenlenmiştir. Hükme göre bu süre içinde durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir. Görüldüğü üzere hükümde şirketin "*kanunen gerekli organlarından biri*"nin mevcut olmaması ifadesinin ardından genel kurulun toplanamaması da organ eksikliği olarak düzenlenmiştir. Anonim şirketlerde genel kurul dışında yönetim kurulu zorunlu organ olarak belirlendiğinden yönetim kurulunun uzun süreden beri mevcut olmaması da hüküm uyarınca organ eksikliği anlamına gelecektir. Hükümde ayrıca organ eksikliği halinde mahkeme tarafından yönetim kurulunun dinleneceği belirtilmiştir. Hükümün gerekçesinde de "*(...) mahkemeye, bu hususta yönetim kurulunu dinleme görevi yüklenmiştir. Dolayısıyla, sona erme kararını verecek olan mahkeme, bu kararı vermeden önce, mutlaka yönetim kurulunu dinlemek zorundadır.*" ifadelerine yer verilmiştir. Yönetim kurulunun uzun süreden beri mevcut olmaması sebebiyle açılacak bir davada mahkemenin şirket yönetim

⁵³ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 476, dn. 239.

kurulunu dinleme olasılığı bulunmamasına rağmen hükümde mahkemenin karar vermesinde yönetim kurulunu dinlemesini öngörmüş olması, organ yokluğu yaptırımının yalnızca genel kurulun toplanamaması ihtimalinde uygulanacağı sonucuna götürebilir⁵⁴. Ancak kanaatimizce mahkeme sadece yönetim kurulunu dinlemesi mümkünse bunu yapmakla görevli kılınmıştır. Diğer taraftan gerekli tedbir ve kararları almak amacıyla mahkemenin görev süresi ve temsil yetkisi sona eren eski yönetim kurulunu dinlemesi ise kanaatimizce mümkündür ve kendi takdirindedir.

TTK'nın organ eksikliğini düzenleyen 530. maddesinin gerekçesinde yönetim kurulunun görev süresinin sona ermesine rağmen, yeni bir yönetim kurulunun seçilmemiş veya seçilememiş olmasının veya yönetim kurulu üyelerinin istifaları ile kurulun boşaldığı ve yerlerini doldurma imkânının bulunmadığı durumlarda yönetim organının mevcut olmadığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede yine, yönetim kurulunun hiç veya gereği gibi toplanamamasının da somut olayın özelliklerine göre 530. maddenin kapsamında kabul olunabileceği ifade edilmiştir⁵⁵. Bu bağlamda yönetim kurulunun başkanı olmadığı için fiili olarak uzun zamandan beri toplanamaması hali, organ yokluğunu oluşturacaktır⁵⁶. Ancak başkan yokken bile örneğin sirküler tipi karar alma usulünü izleyerek karar alan bir yönetim kurulu varsa artık burada organ yokluğundan bahsedilemeyecektir.

C. BAŞKANLIK GÖREVİNİN SONA ERMESİ

TTK m. 366 hükmünde yönetim kurulu başkanının ve vekillerinin seçilmesi hususu düzenlenmiş; ancak bu sıfatların kaybı konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla temel ilkeler ve seçim usulüne dayanarak başkan ve vekillik sıfatının kaybına neden olan durumların tespiti gerekir. O halde yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği bir üyeye tevdi edilen yönetim kurulu başkanlığı veya vekilliği görevinin, kural olarak yine aynı usul

⁵⁴ **Kendigelen**, s. 433.

⁵⁵ Bkz. TTK m. 530/1 gerekçesi.

⁵⁶ **Eminoğlu, Cafer** (2019) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev Sürelerinin Dolması ve Organ Yokluğu Sorunsalı", XXXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyum Tebliği, 13.12.2019, s. 14.

ile alınabileceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla başkan veya vekilinin seçilmesine yetkili olan organ yine bu kişileri görevden almaya yetkilidir⁵⁷. Görevden alma kararı için yine seçim kararı için öngörülen nisapların aranması gerektiği kabul edilmelidir.

Başkan ve başkan vekilinin seçimi yetkisi yönetim kurulunda ise hem seçimleri hem de görevden alınmalarına ilişkin kararlarda başkan ve vekillerinin şahsen ilgili oldukları bu oylamalara katılmaları, kararın sakatlığına neden olmayacaktır⁵⁸. Zira yönetim kurulu başkanının ve başkan vekilinin seçiminin şirket menfaatini ilgilendiren bir karar olması dolayısıyla TTK'nın 393. maddesi uyarınca kararla ilgili üyelerin şirket dışı kişisel menfaatini ilgilendirmediği görülmektedir⁵⁹. Türk hukukunda yönetim kurulu başkanına İsviçre hukukundan⁶⁰ farklı olarak üstün oy hakkı tanınmaması nedeniyle⁶¹, bu seçimde şirket menfaatinin söz konusu olduğunu savunmak yerinde olacaktır.

eTTK döneminde tartışma konusu olan başkana üstün oy tanınıp tanınmayacağı meselesi, 6102 sayılı TTK ile güncelliğini yitirmiştir. Zira kanunun 624. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Birden fazla müdürün varlığı hâlinde, bunlar çoğunlukla karar alırlar. Eşitlik hâlinde başkanın oyu üstün sayılır. Şirket sözleşmesi, müdürlerin karar almaları konusunda değişik bir düzenleme öngörebilir.*” denilerek limited şirketlerde müdürlere üstün oy hakkı tanınabileceği düzenlenmiştir. Anonim şirketlere ilişkin böyle açık bir hüküm bulunmamasının yanında TTK m.390/3 hükmünün ikinci cümlesinin “*İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır.*” ifadesinden anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve başkana eşit oy tanındığı anlaşılmaktadır. Hükmün emredici özellik taşıdığı dikkate alındığında 340.

⁵⁷ **Doğan, B. Fatih** (2011) Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 54; **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 476.

⁵⁸ Aynı yönde, **Akdağ Güney** (2016), s. 80; Karşı görüş için bkz. **Kortunay**, s. 226.

⁵⁹ **Akdağ Güney** (2016), s. 208; **Sulu, Muhammed** (2019) Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 146.

⁶⁰ İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 713. maddesinin ilk fıkrasında aksi esas sözleşmede belirtilmedikçe yönetim kurulu başkanının üstün oyu olduğu düzenlenmiştir.

⁶¹ **Kortunay**, s. 225.

maddede düzenlenen emredici hükümler ilkesine aykırı düşmeden başkana üstün oy tanınması mümkün olmayacaktır⁶².

Başkan ve vekillik sıfatı, yönetim kurulu üyeliğinin herhangi bir sebepten sona ermesi veya başkan ve vekilliği için esas sözleşmede öngörülen nitelikler varsa bunların kaybedilmesi halinde sona erer. Zira başkan ve vekil seçilmek için yönetim kurulu üyesi olunması zorunlu olduğu için, yönetim kurulu üyeliği sona eren bir kişinin başkanlık görevine devam etmesi mümkün değildir⁶³. Dolayısıyla başkan ve vekilini seçim yetkisi yönetim kurulundayken bile genel kurul, bu kişiyi yönetim kurulu üyeliğinden azledebilir; böylelikle onun başkanlık sıfatını da ortadan kaldırabilir.

Yönetim kurulu başkan ve vekilinin bu sıfatları, yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmadan da sona erebilir. Zira başkanlık görevi, görev süresinin bitmesi veya başkanın istifası ya da bu görevden azledilmesi sebebiyle sona ermiş olsa da yönetim kurulu üyeliği devam edebilir. Ancak, önceden de belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyeliği sona eren bir kişinin başkan veya vekillik sıfatlarının devam etmesi mümkün değildir.

III. YÖNETİM KURULU BAŞKANININ GÖREVLERİ VE BU GÖREVLERİN BAŞKANSIZ YÜRÜTÜLMESİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

A. BAŞKANIN GÖREVLERİ

TTK'da yönetim kurulu başkanının görevlerini sayarak düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Ancak Kanun'da başkanın görevleri bazen açıkça bazen zımni olarak dağınık biçimde düzenlenmiştir; bazı görevleri ise işin niteliğinden anlaşılmaktadır. Aynı zamanda yönetim kurulu başkanına esas sözleşmeyle veya iç yönergeyle başka görevler verilmesi de mümkündür⁶⁴.

⁶² **Tekinalp**, Kn. 12-96; **Akdağ Güney** (2016), s. 54; **Coştan**, s. 183; Konuya ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz: **Sevi, Ali Murat** (2020) "Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukuki Çözüm Yolları. Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu", On İki Levha, 323-394., s. 350 vd.

⁶³ **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 476.

⁶⁴ **Doğan**, s. 55.

TTK'nın 199. maddesinin dördüncü fıkrasında hâkim yönetim kurulu başkanının bağlı şirket hakkında rapor hazırlaması yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hükme göre hakim şirketin her yönetim kurulu üyesi yönetim kurulu başkanından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir.

Ayrıca; TTK'nın 392. maddesinin üçüncü fıkrasında her yönetim kurulu üyesinin, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabileceği ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin görevleri neticesinde altında buldukları sorumluluk⁶⁵ sebebiyle, onların şirketle ilgili bilgi alma hakkı şirket ve üye arasındaki güven ilişkisinin gereğidir⁶⁶. Yönetim kurulu üyesinin yeterli bilgi sahibi olmadan nitelikli karar vermesi de mümkün değildir. Şirket menfaati ve ticari sırlar da göz önünde bulundurulduğunda TTK, yönetim kurulu üyelerinin toplantılarda bilgi alma hakkına ilişkin bir sınırlama getirmemiş ancak toplantı dışında bilgi alma hakkını kullanmaları yönetim kurulu başkanının iznine bağlanmıştır⁶⁷.

TTK'nın 392. maddesinin yedinci fıkrasında ise her yönetim kurulu üyesinin başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebileceği düzenlenmiştir.

⁶⁵ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Dinç, Serhan** (2017) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, s. 30.

⁶⁶ **Eminoğlu, Cafer** (2014) TTK 'nda Kurumsal Yönetim (Kurumsal Yönetim), 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

⁶⁷ Yönetim kurulu üyelerinin yükledikleri sorumluluk sebebiyle bilgi alma hakkı öngören kanun koyucunun, bilgi alma hakkına izin veren konumunda olan yönetim kurulu başkanına yönetim kurulu kararı olmadan defter ve belgeleri inceleme hakkı tanımaması öğretilmiştir, **Kendigelen**, s. 280.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, bilgi akışının yürütülmesini de sağlamaktadır. Bu bakımdan karar alma mekanizması içinde olan başkana, bilgilerin toplandığı merkezi bir pozisyonu olduğundan, kurulun işleyişini sağlama görevi tevdi edilmiştir. Başkan, yönetim kurulu üyeleri tarafından yöneltilen sorulara cevap verir. Ayrıca üyelere, amacına uygun olarak hazırlanmış olan bu bilgileri, şirketin işleriyle görevli kişilerden yardım ve uzmanlık alarak zamanında sunmalıdır. Bu sebeple yönetim kurulu başkanı, bilgi verme yükümlüsü olmakla birlikte, üyelerin bilgi alma hakkının güvencesini de sağlamaktadır. Yönetim kurulu başkanı istenilen bilgilerin hazırlanması ve sunulmasından öncelikle sorumludur⁶⁸. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.4.2 maddesine göre yönetim kurulu başkanı yönetim kurulu toplantısı gündeminde yer alan konular ile ilgili bilgi ve belgeleri, eşit bilgi akışını sağlamak suretiyle, toplantıdan yeterli zaman önce yönetim kurulu üyelerinin incelemesine sunar.

Bilgi almadaki bu görev, şirketin işleyişinde eşit işlem ilkesinin de uygulanmasını sağlaması açısından yönetim kurulu başkanına önemli bir mevki sağlar. Bu bakımdan yönetim kurulu başkanının, üyelere imkân hasıl olduğu müddetçe eşit bilgi vermesi gerekir.

TTK'nın 417. maddesinin üçüncü fıkrasında ise genel kurula katılabilecekler listesinin yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanacağı ifade edilmektedir.

Yukarıda sayılan ve yönetim kurulu başkanının görevlerinin açıkça zikredildiği hükümler haricinde başkanın, yönetim kurulu toplantısının gündemini hazırlamak ve üyelerin incelemesine sunmak, toplantıyı yürütmek, üyeleri toplantıya çağırarak, yönetim kurulu kararlarını ve talimatları ilgili birimlere iletmek, gereken hususları sicile tescil ve ilan ettirmek, yönetim kurulunun çağrı kararı üzerine genel kurul toplantısı için gereken hazırlık ve işlemleri yapmak gibi görevleri de vardır⁶⁹. Ayrıca işin niteliği gereği ve limited şirketlerde müdürler kurulu başkanıyla ilgili TTK m. 624/2 hükmünün kıyasen

⁶⁸ **Kalender, Emre** (2017) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392), 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 145.

⁶⁹ **Pulaşlı** (2018), C: II, s. 1252, 1253, Kn. 277, 278; **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 477.

uygulanması sonucunda, şirket adına kamuoyuna açıklama ve ilan yapmak da başkanın görevlerindedir.

B. BAŞKANSIZ YÖNETİM KURULUNUN BAŞKAN SEÇMEK ÜZERE TOPLANMASI

Başkansız kalmış bir yönetim kurulunun nasıl işleyeceği meselesinde öncelikle ele alınması gereken husus, ilgili şartlarda yönetim kurulunun nasıl toplanacağıdır. Özellikle şirket kuruluşunda henüz bir yönetim kurulu başkanının olmadığı veya başkanın istifa ettiği veya üyeliğinin bir şekilde sonlandığı, vekilinin de bulunmadığı hallerde, yönetim kurulunun başkan seçmek üzere nasıl toplanacağı hususları üzerinde durulmalıdır. Zira TTK m. 392/7 hükmü uyarınca yönetim kurulunun toplanabilmesi ancak başkanın veya vekilinin kendilerinin veya yönetim kurulu üyelerinin talebi ile yapacakları çağrı üzerine mümkündür⁷⁰.

Öğretide, yönetim kurulu toplantısına çağrının başkan tarafından yapılmadığı hâllerde, toplantının şekli nitelikteki kurucu unsurlarında eksiklik bulunduğundan hareketle böyle bir toplantıda alınan kararların yok hükmünde olacağı görüşü bulunmaktadır⁷¹. Buna karşılık, süresi dolan başkanın çağrısıyla toplanan yönetim kurulunun aldığı kararların yokluk yaptırımına tabi tutulmaması savunulmuştur. Bu görüşe göre, süresi dolmuş başkanın yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisi mevcut olmamakla birlikte yönetim kurulunun alacağı karar açısından kurucu unsur yokluğu anlamına gelmeyeceği; böyle bir durumda emredici hükümlere aykırılıktan kararın butlana tabi tutulmasının daha isabetli olacağı belirtilmiştir⁷². Kanaatimizce de

⁷⁰ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, Kn. 12-92; **Akdağ Güney** (2016), s. 247 vd.

⁷¹ **İlbasmış Hızlısoy, Özlem** (2022) “Anonim Şirket Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağrıya Yetkili Olanlar ve Yetkisiz Kişilerce Yapılan Çağrıyla Toplanan Yönetim Kurulunda Alınan Kararların Hukuki Akıbeti”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C: 8 S: 1, s. 137; Bu yönde, Yargıtay 11. HD. T: 16.04.2019 E: 2017/4046 K: 2017/3005, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 20.07.2022.

⁷² **Bahtiyar** (2022), s. 107. Bu görüşe paralel olarak Yargıtay'ın da “anonim şirketlerde yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisinin açıkça yönetim kurulu başkanına verildiği, bu yetkinin emredici nitelikte olduğu, somut olayda butlanla sakat olduğu belirtilen kararların alındığı yönetim kurulu toplantılarının ise yönetim kurulu başkanının daveti üzerine değil, toplantıya

başkan bulunmadığı bir durumda başkan seçimi için toplanarak karar alan bir yönetim kurulunun bu kararı yokluk gibi bir yaptırımla karşı karşıya kalmamalıdır. Zira çağrı usulü, toplantının kurucu unsurlarından biri değildir.

TTK m. 392/7 hükmünden yola çıkarak söz konusu durumda yönetim kurulunun bir başkanı veya vekili bulunmadığında toplantının nasıl yapılabileceği veya nasıl karar alınabileceği belirsizliğini korumaktadır⁷³. Bu belirsizliğe yönelik çeşitli çözüm önerileri ortaya konulabilir. Bunlardan biri sirküler tipi karar alma usulüyle başkan seçilmesi yöntemidir. Sirküler tipi karar alma usulünde, kurul üyelerinden birinin başkan seçmeye ilişkin karar olarak yazılmış olan önerisine, en az kurulun üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınarak yönetim kurulu kararı verilebilir⁷⁴. Ancak bu yöntemle karar alınabilmesi için TTK m. 390/4 hükmü gereği bu önerinin mutlaka tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması ve üyelerden toplantı yapılması isteminde bulunan kimsenin olmaması gerekir.

Yönetim kurulunun başkansız kalmış olması sonucu başkan seçebilmek amacıyla toplanması için bir diğer çözüm yolu, görev süresinin sona ermesi nedeniyle başkanlığı sona eren üyenin, yönetim kurulunu toplamak amacıyla

davet yetkisi olmayan üyelerin daveti üzerine yapıldığı, bu hususun anonim şirketin temel yapısına uymadığı ve TTK'nın 391/1-b maddesi uyarınca alınan bu yönetim kurulu kararlarının butlanı sonucunu doğurduğu şeklinde kararı mevcuttur, Yargıtay 11. HD. T: 26.01.2016, E:2015/3129, K: 2017/804; Aynı yönde Yargıtay 11. HD. T: 21.03.2018 E: 2016/9409 K: 2016/2154, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 22.07.2022.

⁷³ Amerikan hukukunda anonim şirketin temel şekli olarak gösterilen “*business corporation*”ın (Pulaşlı, Hasan (2007) “Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu” BATİDER, S: 24(1), s. 17, dn. 3) yönetim ve temsil organı olan “*board of directors*”ın toplanması için 24 eyaletin kabul ettiği 2002 tarihli Model Business Corporation Act'in toplantıya davet başlıklı § 8.22 kısmında iç yönerge aksini düzenlemediği müddetçe olağan toplantıların davetsiz yapılabileceği, olağanüstü toplantıların ise iki gün öncesinden davet yapılarak toplanacağı düzenlenmiştir. Ancak toplantıya davetin kim tarafından yapılacağına ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir, <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf> s.e.t. 23.07.2022.

⁷⁴ Akdağ Güneş (2016), s. 249; Coştan, Hülya (2012) “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı”, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı, BATİDER, C: 28, S: 3, s. 156 vd.; İlbasmış Hızlısoy (2022), s. 124.

yapacağı çağrının geçerli kabul edilmesi de olabilir⁷⁵. Zira benzer durumda genel kurulun toplanmasına ilişkin olarak TTK m. 410/1 hükmünde kanun koyucunun genel kurul toplantıları açısından düzenlediği bu yöntemin yönetim kurulunun toplanması için uygulanmasının da mümkün olabileceği görüşünderiz. Belirtilen hususta kanun koyucunun bilinçli olarak sessiz kaldığı savunulabilecekse de, toplantı ve çağrı usulü kazuistik bir yöntemle düzenlenmiş bulunan ve temel karar alma organı mahiyetinde olan genel kurul için izin verilen bir yöntemin yönetim kurulu toplantı çağrısı bakımından mümkün olmayacağını savunmak güç olacaktır.

TTK'da özel olarak düzenlenmiş olmasa bile yönetim kurulunun tüm üyelerinin hazır bulunduğu bir toplantıda kurula başkan seçmek amacıyla bir karar almaları da söz konusu olabilir⁷⁶. Bu çözüm yöntemi ise anonim şirket genel kurul toplantıları için çağrısız toplantı usulüne kıyasen düşünülebilir.

Başkan veya başkan vekili sıfatı bulunmayan bir üyenin yaptığı çağrı üzerine toplanan yönetim kurulunda, toplantı ve karar nisaplarına da uyularak alınan kararların geçerli olacağı zira kanunda bunu engelleyecek

⁷⁵ Aynı yönde, **Bahtiyar** (2022), s. 106, 107. Yine, öğretide süresi dolan başkanın çağrısıyla toplanan yönetim kurulunun aldığı kararların yokluk yaptırımına tabi tutulmaması, zira başkanın süresinin dolmuş olmasının yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisinin olmadığı anlamına gelmekle birlikte yönetim kurulunun alacağı karar açısından kurucu unsur yokluğu anlamına gelmeyeceği savunulmuştur. Bu görüşe göre böyle bir durumda emredici hükümlere aykırılıktan kararın butlana tabi tutulmasının daha isabetli olacağı belirtilmiştir, **Bahtiyar** (2022), s. 107. Bu görüşe paralel olarak Yargıtay'ın da "anonim şirketlerde yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisinin açıkça yönetim kurulu başkanına verildiği, bu yetkinin emredici nitelikte olduğu, somut olayda butlanla sakat olduğu belirtilen kararların alındığı yönetim kurulu toplantılarının ise yönetim kurulu başkanının daveti üzerine değil, toplantıya davet yetkisi olmayan üyelerin daveti üzerine yapıldığı, bu hususun anonim şirketin temel yapısına uymadığı ve TTK'nın 391/1-b maddesi uyarınca alınan bu yönetim kurulu kararlarının butlanı sonucunu doğurduğu" şeklinde kararı mevcuttur, Yargıtay 11. HD. T: 26.01.2016, E: 2015/3129, K: 2017/804; Aynı yönde Yargıtay 11. HD. T: 21.03.2018 E: 2016/9409 K: 2016/2154; Buna karşılık toplantı çağrısının başkan tarafından yapılmadığı durumlarda alınan kararların yokluğuna ilişkin, Yargıtay 11. HD. T: 16.04.2019 E: 2017/4046 K: 2017/3005 sayılı kararı, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 22.07.2022.

⁷⁶ **Akdağ Güney** (2016), s. 250; **Bahtiyar** (2022), s. 106.

düzenlemelerin bulunmadığı öğretilerde savunulmuştur⁷⁷. Ancak TTK m. 392/2 hükmünde her yönetim kurulu üyesinin başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebileceği düzenlenmiştir. Hükümde yönetim kurulunun toplantıya çağırılması için bir usul belirlenmiştir. Dolayısıyla bu hükümden anlaşıldığı üzere kanun koyucunun iradesi, başkan veya vekili sıfatı bulunmayan üyelerin kendi inisiyatifleriyle yönetim kurulunu toplantıya çağırabilmesi yönündedir⁷⁸. Bu sebeple kanaatimizce başkansız kalan bir yönetim kuruluna başkan seçilebilmesi için yukarıda değinilen yöntemlerden biriyle yönetim kurulunun toplanması daha yerinde olacaktır.

C. YÖNETİM KURULUNUN BAŞKANSIZ İŞLEYİŞİNDE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Genel Olarak

TTK'da yönetim kurulu başkanına yüklenmiş görevlerin başkan olmadığı durumlarda yerine getirilememesi, anonim şirketin yönetim kurulunun dolayısıyla şirketin işleyişine engel olabilir. Bu sebeple yönetim kurulu başkanı için belirlenmiş görevlerin başkansız kalındığı durumlarda icra edilebilmesi, şirketin işleyişini sürdürebilmesi, hukuki güvenilirlik ve belirliliğin sağlanması, şirketin işleyişinin temini, şirkete ilişkin menfaat sahiplerinin ve çıkarlarının korunması ve işlem güvenliği için çözüm yolları üzerine düşünülmelidir. Belirtilen durum için, bir tanesi yukarıda kısmen ele alınmış bulunan iki yol önermekteyiz.⁷⁹ Birisi yönetim kurulunun elden

⁷⁷ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 476.

⁷⁸ İlbasmış Hızlısoy (2022), s. 124; Aksi yönde eTTK döneminde Domaniç, Hayri (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul, Temel Yayınları, s. 587.

⁷⁹ Yönetim kurulu başkanının gözetim kurulu (Aufsichtsrat) tarafından seçilmesinin öngörüldüğü Alman Hukukunda (AktG § 84/II) birden fazla başkanın seçilebileceği kabul görmektedir. Bkz.: Koch, Jens (2022) "Aktiengesetz", 16. Baskı, C.H.Beck, § 84, Kn. 28. Türk hukukunda ise birden fazla başkanın aynı anda seçilmesinin TTK m. 366/1 hükmünün lafzının sayı bakımından açıklığı, birden fazla vekil seçilmesine izin verilmişken sadece bir başkanın seçileceğinin belirtilmiş olması, diğer taraftan emredici hükümler ilkesinin (TTK m. 340) varlığı ve yönetimde iki başlılığın ortaya çıkma ihtimali gibi nedenlerle mümkün olmayacağını düşünmekteyiz. Diğer taraftan yönetim kurulunun başkansız kalmasının doğurduğu boşluk için "yedek başkan seçilmesi" de bir çözüm yolu olarak gözükse de

dolaştırma yöntemiyle karar almasıdır. Diğeriyse salt başkan tarafından icra edilecek işlemler bakımından yönetim kurulunun oy çokluğuyla aldığı kararın başkanı ikame etmesidir. Diğer taraftan, ayrı bir başlık olarak ele almamış olsak da esas sözleşmeye yönetim kurulunun çağrılma usulüne ilişkin hükümlerin konulabileceğini, bu yolla örneğin her bir yönetim kurulu üyesinin toplantı çağrısında bulunabileceğini kabul etmek gerekir.⁸⁰ TTK m. 367 hükmünde yönetimin düzenlenmesine ve bilhassa bu hususta iç yönergeyle belirleme yapılabilmesine olanak tanınmış olması nedeniyle emredici hükümler ilkesinin bu açıdan engel teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

2. Elden Dolaştırma Yoluyla Karar Alma

Kanun koyucu TTK m. 390/4 hükmüyle yönetim kuruluna elden dolaştırma yoluyla karar alma olanağı tanımıştır⁸¹. Hükme göre yönetim kurulu kararları, üyelerden hiçbirinin toplantı yapılması talebinde bulunmaması halinde, üyelerinden birinin belirli bir konuda karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Söz konusu önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması elden dolaştırma yoluyla alınacak kararın geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla yönetim kurulu, başkanın bulunmaması sebebiyle toplantıya çağrılmıyorsa bile, üyelerden birinin bu yöntemi kullanarak karar alınmasını sağlaması mümkündür⁸².

emredici hükümler ilkesinin buna da engel teşkil ettiğini söylemek gerekir. TTK'da yapılacak bir düzenlemeyle başkanın başkanlık sıfatının ortadan kalktığı hallerde ilgili görevi üstlenmek üzere yedek başkan seçilebileceğine ilişkin bir düzenleme yapılması bir başka çözüm yolu olarak değerlendirilebilir.

⁸⁰ **Nomer Ertan, N. Füsün** (2018) "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları" (Yönetim): (Kendigelen, Abuzer/Soykan, İsmail Cem/Uzel, Necdet/Evlek, Müge/Yıldız, Nurgül), Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, 12 Ekim 2018, İstanbul, On İki Levha, s. 49; **Coştan**, s. 164.

⁸¹ **Teoman, Ömer** (2001) "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması", Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim, Cilt II, 1982- 2001, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 488.

⁸² Öğretide bu yöntemin başkanın yönetim kurulunu toplantıya çağırması halinde de işletilebilmesi önerilmiştir; **Bahtiyar** (2022), s. 116, 117.

3. Kurulun Çoğunluk Prensibiyle Başkanı İkame Etmesi

Kanunda başkan için öngörülen görevlerin başkan olmadan yerine getirilemeyeceğinin kabul edilmesi halinde, şirketin işleyişi özellikle genel kurula katılanlar listesinin imzalanmaması, genel kurul toplantısının yapılamaması ve şirketin işleyememesinden organ yokluğundan feshine kadar çeşitli sorunlara yol açabilecektir. Burada şirketin devamlılığının, seçim yetkisi kendisinde olan bir kurulun görevini ihmal etmesi ya da başka bir sebeple şirketin yönetim kurulunun başkansız kalması sebebiyle tehlikeye girmesinin önlenmesi amaçlanmalıdır.

Başkanın belirlenmemiş olduğu durumlar bakımından bir çözüm olarak yönetim kurulunun çoğunluk ilkesi temelinde yönetim kurulu başkanını ikame etmesini öneriyoruz. Bu durumda, yapılacak işleme göre yönetim kurulu başkanının TTK'da düzenlenen görevlerini, yönetim kurulunun tam üye sayısının salt çoğunlukla aldığı yönetim kurulu kararları ya da çoğunluk üyenin imza atması yoluyla ikame edebilmelidir. Bu anlamda örneğin bir yönetim kurulu üyesinin toplantı dışında bilgi almak istemesi üzerine, buna bir yönetim kurulu kararıyla izin verilebilmelidir. Yine bu bağlamda bağlı şirket hakkında hazırlanan rapor ve genel kurula katılabilecekler listesi çoğunluk üye tarafından imzalanmasıyla başkan yetkisi ikame edilebilmelidir⁸³.

Yönetim kurulunun başkanı ikame edebilmesine yönelik yaklaşımın öncelikli gerekçesi başkan statüsünün anonim şirketin hükmi şahsiyetine, hak ve fiil ehliyetine ilişkin değil salt organizasyonuna ilişkin olmasıdır. Nitekim başkanın seçimine ilişkin TTK m. 366 hükmünün madde metninden sayılan (TTK m. 1543/1) kenar başlığı "görev dağılımı" şeklindedir. Gerçekten de TTK'da başkanın yokluğuna doğrudan sonuç bağlayan herhangi bir müeyyide bulunmamaktadır. O halde yönetim kurulu başkanının görevlerine ilişkin hükümlerin düzen normu olduğu kabul edilmelidir.

Diğer taraftan uygulamada karşılaşılmaması oldukça muhtemel olan yönetim kurulu başkanın seçilmemesi ya da seçilememesi durumuna şirketi

⁸³ Belirtmek gerekir ki bu çalışmada ele alınan hususlar şirketler topluluğu bakımından ayrı bir değerlendirme ve incelemeyi gerekli kılmaktadır. Ancak böyle bir girişimden, bu çalışmanın kapsamını aşacak mahiyette olması nedeniyle imtina edilmiştir.

kilitleyecek, işleyişini durduracak sonuçlar bağlamak *ratio legis* bakımından yerinde olmayacak; anonim şirketler hukukunun dogmatik yapısına uygun düşmeyecektir. Gerçekten de kanun koyucunun amacı anonim şirketi mümkün olduğu ölçüde işlevsel kılmaktır⁸⁴. Bunun içindir ki organlar bakımından görüş birliği değil çoğunluk prensibi benimsenmiştir. Yine her bir organ için vazgeçilmez görev ve yetkilerin benimsenmiş olması, organların eşitlik prensibine dayalı olarak işlemesi ve temsilin yönetim kurulu üyelerinin tamamı yerine sadece iki üye ile gerçekleştirilebilmesi (TTK m. 370/1), hatta bu sayının teke düşürülebilmesinin (TTK m. 370/2) önemli nedenlerinden biri şirketin işleyişini temin etmektir.

Başkana bazı müstakil görevler verilmiş olsa da kendisine yönetim kurulunun iradesinin üstünde ya da bu iradeyi bertaraf edebilecek veya onunla yarışabilecek bir yetki ve güç bahşedilmemiştir. Başkan esas itibarıyla belirli organizasyonel işlemleri icra etmekle yükümlü üyedir. Kurulun üyeye verilen görevleri icra edemeyeceğini iddia etmek anonim şirketin bu yönüyle temel yapısıyla da uyumsuzdur.

Yönetim kurulu şirketin iradesinin tecelli etmesine ve yansımaya aracılık etme yetkisi ve kabiliyetine sahiptir. Oysa başkanlık yetkisi ve başkanın görevleri doğrudan böyle bir statü sağlamaz. Örneğin başkanın yönetim kurulunun yerine geçme, karar alma ya da üye sıfatına bağlanan yetki hariç olmak üzere salt başkanlık vasfı nedeniyle şirketi genel anlamda ve kural olarak temsil etme yetkisi bulunmamaktadır. Yetkileri iç işleyiş ve organizasyona yöneliktir.

Başkanlık yetkisini ikame edilemez görmek şirketin organsız kalmasına, bu da şirketin feshine yol açabilir. Gerçekten de başkanın yönetim kurulunu toplantıya çağırması ve genel kurula katılabilecekler listesinin imzalamasının sadece başkan tarafından yapılabileceğini, örneğin yönetim kurulu üye çoğunluğunun bunu yapamayacağını kabul etmek her iki organın uzun süre toplanamamasına ve neticede şirketin feshinin talep edilmesi için en azından bir gerekçe oluşmasına yol açabilir. Oysa kanun koyucu anonim şirketin feshini son çare olarak görmekle kalmamakta feshi götürecektir sebepler oluşturmaktan

⁸⁴ Eminoğlu (2014), s. 141.

da kaçınılmaktadır⁸⁵. Çünkü asıl olan önemli bir iktisadi yapı olan, hatta korunması kamu düzeni ile bağlantılı kabul edilen şirketin işlemesi ve ayakta kalmasıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki yönetim kurulu, seçme yetkisi genel kurula verilmediği müddetçe başkanı seçen ve dilediği zaman azledebilecek bir organdır. Bu organın asli vazifelerinden bir tanesi de şirketin işlerliğini tesis etmek ve aksamasını önlemektir. Seçme ve azletme yetkisine sahip olan, şirketin işleyişini temin etme vazifesi bulunan yönetim kurulunun, yokluğu halinde başkanı çoğunluk prensibi temelinde ikame edebileceğini kabul etmek gerekir.

Yönetim kurulunun başkansızlık hali için yönetim kurulu tarafından ikame edilmesine yönelik önerimiz sadece olağanüstü dönemler bakımından söz konusudur, bir rutin ve daimî işleyiş yolu olarak düşünülmemelidir. Yönetim kurulu, seçme yetkisi kendisinde iken bir an önce başkanı seçmek, söz konusu yetki genel kurulda olduğu halde ise başkanı seçmek üzere yine bir an önce genel kurulu toplantıya çağırarak vazifeli olup bundan imtina etmesi, yukarıda ele aldığımız üzere sorumluluğuna yol açabilecektir. Önerimizin öğretilerinde tartışılması neticesinde kanun koyucu tarafından TTK'ya eklenecek bir madde ile kanuni bir zemine kavuşması elverişli olacaktır. Bu bağlamda TTK m. 366/2 hükmüne bir cümle ya da yine TTK m. 366 hükmüne üçüncü bir fıkraya olarak aşağıdaki hüküm eklenebilir:

“Kuruluştaki yönetim kurulu başkanının atanmadığı ya da seçilmediği, sonrasında ise başkanlık görevinin herhangi bir nedenle sona erdiği hallerde geçici olarak ve yeni bir başkan seçilene kadar başkana özgülenen görevler yönetim kurulunca üye tam sayının salt çoğunluğuyla alınacak kararlarla ya da aynı orana denk gelen sayıdaki üye tarafından atılacak imza ile icra edilir”.

⁸⁵ **Nomer Ertan, Füsün** (2015) “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXXIII, S: 1, s. 428, 429; Anonim şirketin haklı sebep feshine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **İlbasmış Hızlısoy, Özlem** (2016) Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi, Ankara, Adalet.

SONUÇ

TTK'nın "Görev Dağılımı" başlıklı 366. maddesinde, anonim şirket yönetim kurulu başkanının seçilmesi gerekli görülmüş ve buna bazı sonuçlar bağlanmıştır. Hükümün niteliği öğretide çeşitli görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Biz, TTK m. 366'da başkan seçiminin emredici bir şekilde anonim şirketlere yükletildiğini savunan görüşe katılmakla birlikte başkanın görevlerine ilişkin hükümlerin düzen normu olarak getirildiği kanaatindeyiz. Yönetim kurulu başkanının seçilmesi zorunluluk arz etse de seçilememeye durumuna ağır sonuçlar bağlamak, yönetim kurulunun ve dolayısıyla şirketin işleyememesi sonucunu çıkaracak şekilde katı yorum yapmak, şirketin işleyememesine yol açabilir. Bu durum da yönetim kurulunun hiç toplanamaması, genel kurulun toplantıya çağrılmaması ve neticede organ yokluğuna ilişkin hükümlerin işletilmesine kadar gidebilecek bir sürecin başlamasına neden olabilecektir. Aynı zamanda uygulamada farklı sebeplerle başkansız işleyen yönetim kurullarının iş ve işlemleri ile bunlara dayalı olarak yapılan işlemler geçersizlik tehdidi ile karşı karşıya kalacak bu da hukuki güvenilirlik ve belirlilik ilkelerini zedeleyecektir.

Kanun'da, başkanın seçilmemesine ilişkin herhangi bir yaptırımın öngörülmemiş olması, başkanın görevlerine ilişkin hükümlerinin düzen normu olduğu görüşünü desteklemektedir.

Yönetim kurulu başkanının yalnızca yönetim kurulu üyeleri arasından seçilebileceği ise açıkça kanunda düzenlenmiştir. Madde hükmünde başkanın "üyeler arasından" seçileceği belirtilip bu üyelerin niteliğiyle ilgili herhangi bir ayırım yapılmadığından, tüzel kişi yönetim üyelerinin de başkan seçilebileceği anlaşılmaktadır. Yönetim kurulu başkanının da 360. madde hükmünde belirtildiği şekilde imtiyazlı pay sahiplerinden seçileceğinin öngörülüp öngörülemediği hususunda ise seçim yetkisinin genel kurulda olduğu durumlarda yönetim kuruluna başkan seçilmesi imtiyaz olarak ve paya bağlanmak suretiyle düzenlenebileceği kanaatini taşımaktayız. TTK, 363. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere esas sözleşme ile yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için çeşitli nitelikler belirlenmesine imkân tanımıştır. Kanaatimizce bu sebepten üyelik ile sıkı sıkıya bağlantılı olan başkan ve başkan vekilliği seçilebilmek için de esas sözleşme ile bazı nitelikler aranması

mümkündür. Yine, yönetim kurulu başkanlığı statüsü, üyelikle bağlantılı olduğundan ve kanunda bunu engelleyecek bir hüküm de bulunmadığından, kooptasyonla seçilmiş bir üyenin başkan olabilmesinin mümkün olduğu kanaatini taşımaktayız.

Kanun koyucu, yönetim kurulu başkanının görevlerinin bazılarının istisnai olarak açıkça düzenlemiş, önemli bir kısmını ise ya örtülü olarak düzenlemiş, diğer görevler ise işin niteliğinden anlaşılmaktadır. Yönetim kurulu başkanı seçmeye yetkili organın bu görevi yerine getirememesi durumunda yönetim kurulu başkansız kalacak ve başkana ilişkin görevlerin akıbeti tartışmaya sebep olacaktır. Yönetim kurulu başkanının yönetim kurulunu toplantıya çağırması haricinde kanunda açıkça düzenlenmiş diğer görevleri de mevcuttur. Özellikle TTK m. 199/4 hükmü gereği yönetim kurulu başkanının bağlı şirket hakkında rapor hazırlaması yükümlülüğü, TTK m. 392/3 hükmü bağlamında yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantıları dışında bilgi almalarına izin verilmesi, TTK m. 417/3 hükmünde düzenlenen genel kurula katılabilecekler listesini imzalaması görevlerinin başkan olmaksızın nasıl yürütüleceği hususuna çözüm üretilmesi gerekmektedir.

TTK'da yönetim kurulu başkanına yüklenmiş görevler, başkan olmadığı durumlarda anonim şirketin yönetim kurulunun, dolayısıyla şirketin kendisinin işleyememesine neden olabilecektir. Bu sebeple yönetim kurulu başkanı için belirlenmiş görevlerin başkansız kaldığı durumlarda icra edilebilmesi, şirketin işleyişini sürdürebilmesi, hukuki güvenilirlik ve belirliliğin sağlanması, şirketin işleyişinin temini, şirkete ilişkin menfaat sahiplerinin ve çıkarlarının korunması ve işlem güvenliği için çözüm yolları üzerine düşünülmelidir. Belirtilen durum için yönetim kurulunun elden dolaştırma yöntemiyle karar alması ve salt başkan tarafından icra edilecek işlemler bakımından yönetim kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğuyla başkanı ikame etmesi çözümünü önermekteyiz.

Kanun koyucu TTK m. 390/4 hükmüyle yönetim kuruluna elden dolaştırma yoluyla karar alma olanağı tanımıştır. Yönetim kurulu, başkanın bulunmaması sebebiyle toplantıya çağrılmıyor olsa bile, üyelerden birinin bu yöntemi kullanarak karar alınmasını sağlaması mümkündür.

Kanaatimizce, yönetim kurulu, başkanın yokluğu halinde, başkanın TTK'da düzenlenen başkana özgü görevleri, yönetim kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alacağı kararla ya da bunların atacağı imza ile icra edebilmelidir. Bir başka ifadeyle yönetim kurulu çoğunluk prensibiyle başkanın ikame edebilmelidir. Zira başkana kanunda açıkça bazı görevler verilmiş olsa da aslında bu görevler onun yönetim kurulunun iradesinin üstünde ya da bu iradeyi bertaraf edebilecek güçte değildir. Başkan esas itibariyle belirli organizasyonel işlemleri icra etmekle yükümlü üyedir. Dolayısıyla kurulun bir üyeye verilen görevleri icra edemeyeceğini iddia etmek anonim şirketin bu yönüyle temel yapısıyla da uyuşmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla** (2016), Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Akdağ Güney, Necla** (2010) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Bahtiyar, Mehmet** (2022) “Anonim Ortaklıkta Başkanın Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağırmasının Yaptırımı ve Toplantısız Karar Alınmasında Bazı Sorunlar” Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan, Ankara, Yetkin, s. 99-127.
- Bahtiyar, Mehmet** (2005) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S: 61, s. 47-106.
- Cenkci, Esra** (2011) “6102 Sayılı TTK’na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2011/1, s. 119-137.
- Coştan, Hülya** (2012) “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı”, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı, BATİDER, C: 28, S: 3, s. 155-190.
- Çamoğlu, Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal)** (2014) Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Çamoğlu, Ersin** (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Demir, Koray** (2017) “Kooptasyon Uygulamasında Yeni Bir Perspektif Mümkün Mü? (TTK m. 363/1’de Öngörüldüğü Haliyle Kooptasyon)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 75, S: 1, 315-334.
- Develi, Emine** (2016) Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Dinç, Serhan** (2017) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara.
- Doğan, B. Fatih** (2011) Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Domaniç, Hayri** (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul, Temel Yayınları.

- Eminoğlu, Cafer** (2019) “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev Sürelerinin Dolması ve Organ Yokluğu Sorunsalı”, XXXIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyum Tebliği, 13.12.2019.
- Eminoğlu, Cafer** (2014) TTK’nda Kurumsal Yönetim, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Eminoğlu, Cafer/Dalgıç Altıntaş Berrin** (2014) “TTK ’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 2, s. 1-25.
- İlbasmış Hızlısoy, Özlem** (2022) “Anonim Şirket Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağrıya Yetkili Olanlar ve Yetkisiz Kişilerce Yapılan Çağrıyla Toplanan Yönetim Kurulunda Alınan Kararların Hukuki Akıbeti”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C: 8 S: 1, s. 115-142.
- İlbasmış Hızlısoy, Özlem** (2016) Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi, Ankara, Adalet.
- Kalender, Emre** (2017) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392), 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Karasu, Rauf** (2009) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Karasu, Rauf** (2015) “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 2015/1, s. 115-132.
- Kendigelen, Abuzer** (2016) TTK Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kıratlı, Metin** (2021) Yönetim Kurulu Başkanı, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Kırca, İsmail** (2012) “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, BATİDER, C: XXVIII, S: 2, s. 51-59.
- Kırca, İsmail** (2022) Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kırca, İsmail (Şehirali Çelik, Feyzan /Manavgat, Çağlar)** (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C: I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, 1. Baskı, Ankara, BATİDER.
- Koch, Jens** (2022) “Aktiengesetz”, 16. Baskı, C.H.Beck.

- Kortunay, Ayhan** (2015) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Moroğlu, Erdoğan** (2012) 6102 Sayılı TTK 'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Nomer Ertan, Füsün** (2015) “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası - TTK m. 531 Üzerine Düşünceler” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXXIII, S: 1, s. 421-440.
- Nomer Ertan, N. Füsün** (2018) “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları” (Yönetim): (Kendigelen, Abuzer/Soykan, İsmail Cem/Uzel, Necdet/Evlek, Müge/Yıldız, Nurgül), Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, 12 Ekim 2018, İstanbul, On İki Levha.
- Oğuz, Ersin** (2019) Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Belirli Grupların Seçilme Hakkı, Ankara, Seçkin.
- Özkorkut, Korkut** (1996) Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, 1. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu yayınları.
- Pulaşlı, Hasan** (2018) Şirketler Hukuku Şerhi, C: I, II, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Pulaşlı, Hasan** (2007) “Anonim Şirketler Hukukunda CEO'nun Hukuki Durumu” BATİDER, S: 24 (1), s. 17-64.
- Sevi, Ali Murat** (2021) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Ankara, Seçkin.
- Sevi, Ali Murat** (2020) Anonim Ortaklık Organlarında Kilitlenme Hâli ve Hukukî Çözüm Yolları. Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha, s. 323-394.
- Sulu, Muhammed** (2019) Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Şeker, Hakan** (2020) “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 149, s. 209-223.
- Tekinalp, Ünal** (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Vedat.

- Teoman, Ömer** (2001) “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim, Cilt II, 1982- 2001, 1. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Turanlı, Hüsnü** (2013) “Yeni TTK Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XVII, S: 1-2, s. 939-960.
- Türk, Mehmet Cemil** (2019) Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Üçışık, Güzin** (2011) “Türk Hukuku’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C: 3, S:5, s. 57-65.
- Veziroğlu, Cem** (2021) Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Wernli, Martin/ Rizzi, Marco A. (Honsell/Vogt/Watter (Editörler))** (2012) Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 3. Auflage, Zürich, Helbing & Lichtenhahn.
- Yağmur, Setenay** (2020) Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Yıldız, Şükrü** (2004) Eşit İşlem İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Yüce, Aydın Alber** (2015) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- <<https://wadmin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.htmlww.a>> s.e.t. 01.06.2022.
- <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf> s.e.t. 23.07.2022.

LONDRA DENİZ TİCARETİ HAKEMLERİ BİRLİĞİ (LMAA) TAHKİMİ İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME*

Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN**

Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL***

ÖZET

Tahkim, gizliliğe duyulan ihtiyaç, ticari itibarın korunması, uyuşmazlıkların hızlı ve alanında uzman kişilerce çözülmesi gibi sebeplerle dünya çapında deniz ticareti alanında uyuşmazlıkların çözümünde en çok kullanılan yöntem olma özelliği göstermektedir. Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde uygulamada çoğu milletlerarası ticari anlaşmada tahkim yeri olarak Londra, tahkime uygulanacak hukuk olarak da İngiliz hukukunun tercih edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, ICC gibi uluslararası tahkim kurumlarından ziyade, özellikle *ad hoc* tahkim yargılamasını öngören Londra Deniz Ticareti Hakemleri Birliği (LMAA), kendisine en çok başvurulmuş kurumdur. Deniz ticareti alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde uzmanlaşmış hakemlerden oluşan LMAA'nın, 2021 yılında güncellediği üç set tahkim kuralları ile bu kurallardan bağımsız uygulanabilecek FALCA Kuralları mevcuttur. Ayrıca tahkim yargılamasına henüz başlamadan, tamamen ihtiyari olarak erken tarafsız değerlendirme yapılması için taraflar ile değerlendirici arasında bir sözleşme imzalanması mümkündür. Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi şekli olarak erken tarafsız değerlendirme sürecinde uyuşmazlığın objektif ve gerçekçi bir şekilde değerlendirilmesini sağlamak amacıyla, bir değerlendiriciye başvurulması söz konusudur. Uyuşmazlığın herhangi bir aşamada çözülememesi halinde, bu çalışma kapsamında, uygulanacak LMAA Tahkim Kuralları ile bu kapsamda öngörülen tahkim prosedürü ele alınacak ve hakem heyetine ve hakem kararlarına karşı kanun yollarına ilişkin bazı hususlar tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Deniz ticareti, erken tarafsız değerlendirme anlaşması, Londra Deniz Ticareti Hakemleri Birliği, milletlerarası ticari anlaşmalar, tahkim.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1105545 – Geliş Tarihi: 18.04.2022 – Kabul Tarihi: 23.06.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, eerdogan@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7439-0780.

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, nmeral@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6205-2680.

AN EVALUATION OF THE LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION (LMAA)

ABSTRACT

Due to several reasons such as the need for secrecy, the protection of reputation, the fact that the disputes are resolved quickly and by experts in the field, arbitration has become the most popular method used in maritime disputes across the world. In practice, it seems that in many international commercial agreements, the arbitration venue is determined as London, and the law to be applied in arbitration is often English law. Moreover, around the world, rather than arbitration institutions like ICC, LMAA with its *ad hoc* arbitration process is considered to be the most applied association. Consisting of a number of expert arbitrators in maritime disputes, LMAA has updated its three sets of arbitration rules along with its independent rules – namely FALCA Rules. Moreover, before the arbitration process begins, it is possible for parties to a dispute to sign an agreement voluntarily with an evaluator in order to obtain an early neutral evaluation. As being a form of an alternative dispute resolution method, in this process, parties apply to the evaluators for their objective and realistic opinions. However, this study discusses that in case the dispute cannot be resolved at any stage until arbitration, the LMAA Terms could be applied, the procedure regulated in these Terms should be examined and some matters regarding arbitral tribunals and legal remedies against tribunal awards should be discussed.

Keywords: maritime trading, early neutral evaluation agreement, London Maritime Arbitrators Association, international commercial agreements, arbitration.

GİRİŞ

Tahkim, özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın, tarafların iradesiyle, devlet mahkemeleri yerine bir veya daha fazla hakemden oluşan bir yapı eliyle ve bağlayıcı bir kararlarla çözülmesini ifade eder.¹ Milletlerarası alanda ağırlıklı şekilde “ticari

¹ Benzer tanımlar için bkz. **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2021) Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, s.729; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2019) Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin, s.786; **Budak, Ali C./ Karaaslan, Varol** (2018) Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s.409; **Pekcanitez, Hakan/ Yeşilirmak, Ali** (2017) Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.2593; **Kuru, Baki** (2018) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 666; **Nomer, Ergin/ Ekşi, Nuray/ Öztekin-Gelgel, Günseli** (2016) Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 5. Baskı, İstanbul, Beta, s.1; **Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır** (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, s.734; **Yılmaz, Ejder** (2013) Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 1719; **Akıncı, Ziya** (2021) Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, İstanbul, Vedat, s.5; **Ekşi, Nuray** (2013) Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, İstanbul, Beta, s.95; **Kuru, Baki** (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. VI, İstanbul, Demir, s.5875; **Karayalçın, Yaşar** (1998) “Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usûlü”, BATIDER, C: 19, S: 3, s.3; **Şanlı, Cemal** (1986) Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 17; **Yeğengil, Rasih** (1974) Tahkim, İstanbul, s.7; **Alangoya, Yavuz** (1973) Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, s.4; **Üstündağ, Saim** (1968) Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul, s.68. Karş. **Schütze, Rolf A.** (2016) Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Baskı, München, C. H. Beck, kn. 7; **Girsberger, Daniel/ Voser, Nathalie** (2016) International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives, 3. Baskı, Den Haag, Nomos, kn. 1; **Zeiss, Walter/ Schreiber, Klaus** (2014) Zivilprozessrecht, 12. Baskı, Tübingen, Mohr Siebeck, kn. 785; **Hober, Kaj** (2014) Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration, Leiden, Brill, s.109; **Stahelin, Adrian/ Stahelin, Daniel/ Grolimund, Pascal** (2013) Zivilprozessrecht, 2.Baskı, Zürich, Schulthess, § 29, kn. 1; **Baertsch, Philippe/ Petti, Angelina M.** (2013) “Chapter 3: Arbitration Agreement”: **Geisinger, Elliott/Voser, Nathalie** (Editörler), International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners, 2. Baskı, Den Haag, Wolters Kluwer, s. 25; **Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl H./ Gottwald, Peter** (2010) Zivilprozessrecht, 10.Baskı, München, Beck, § 175, kn. 7; **Spühler, Karl/ Dolge, Annette/ Gehri, Myriam** (2010) Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9.Baskı, Bern, Stämpfli Verlag, Kapitel 14, kn. 1; **Lachmann, Peter J.** (2008) Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Baskı, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, kn. 2; **Lew, Julian D. M./Mistelis, Loukas A./Kröll, Stefan M.** (2003) Comparative International Commercial Arbitration, Den Haag, Kluwer

tahkim” olarak kendisine müracaat edilen tahkim kurumu, deniz ticareti hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından da en önemli uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak varlığını sürdürmektedir².

Deniz ticareti tahkimi açısından, dünya çapında yaygın uygulamanın Londra’da ve Londra Deniz Ticareti Hakemleri Birliği (*LMAA: London Maritime Arbitrators Association*) tahkim kurallarına göre uyuşmazlıkların çözülmesi şeklinde olduğu görülmektedir³. 2020 yılı içerisinde yayınlanan bir rapora göre, deniz ticareti tahkimi uyuşmazlıklarının yüzde sekseninden fazlasının Londra’da çözüldüğü belirtilmektedir⁴. Londra’da genel anlamda tahkim 1996 tarihli Tahkim Kanunu ile düzenlenmekte iken Londra’da deniz ticareti tahkiminden söz edilebilmesi için, taraflarca tahkim yerinin Londra olarak belirlenmiş olması icap eder. Nitekim 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu’nun 2. maddesinin birinci fıkrasında⁵, tahkimin tabi olduğu hukukun belirlenmesi açısından açıkça “tahkim yeri” (*seat of the arbitration*) ölçütü

Law International, s.2-3; **Wagner, Gerhard** (1998) *Prozessvertraege: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, s.578; **Bosch, Wolfgang** (1991) *Rechtskraft und Rechthaengigkeit im Schiedsverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, s.15; **Glossner, Ottoarndt/ Bredow, Jens/ Bühler, Michael B.** (1990) *Das Schiedsgericht in der Praxis*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, s.19; **Schlosser, Peter** (1989) *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.Baskı, Tübingen, Mohr, kn. 19; **Habscheid, Walther J.** (1986) *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, Basel, Helbing&Lichtenhahn, kn. 1151; **Schütze, Rolf A./Tscherning, Dieter/Wais, Walter** (1985) *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Berlin, Walter de Gruyter, kn. 557; **Kessler, Joachim** (1970) *Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsverfahren*, 3.Baskı, München, Goldmann, s.11; **Münzberg, Reinhard** (1970) *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 15.Baskı, Berlin, Duncker&Humblot, s.19; **Guldener, Max** (1979) *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3.Baskı, Zürich, Schulthess, s. 600.

² **Ekşi, Nuray** (2004) *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, 1.Bası, İstanbul, Beta, s.15.

³ **Ekşi** (2004), s.19.

⁴ Söz konusu rapora göre 2019 yılında Londra’da 1737 deniz ticareti tahkimi gerçekleştirilmiş iken, en yakın rakibi olan Singapur’da 229 ve Hong Kong’da 124 deniz tahkimi gerçekleştirilmiştir. Rapor sonuçları için bkz. <<https://splash247.com/london-continues-to-dominate-maritime-arbitration-market/>> s.e.t. 13.04.2022.

⁵ Madde metni aynen: “*The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland.*”

kabul edilmiştir⁶. Deniz ticaretine ilişkin çok sayıda standart sözleşmede Londra'nın tahkim yeri olarak belirlendiği ifade edilmektedir⁷. Dolayısıyla, tahkim yerinin Londra olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda, tahkime elverişlilik, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tarafların irade serbestisinin sınırı⁸, zikredilen Kanun hükümleri çerçevesinde belirlenir.

Bu çalışmanın konusunu, uluslararası deniz ticaretinde uygulamada sıklıkla başvurulana⁹ ve deniz ticaretine ve özellikle gemilere ilişkin

⁶ *Lex arbitri*'nin belirlenmesi açısından kabul edilen ölçütlere ilişkin tartışmalar için bkz. **Erdoğan, Ersin** (2020) *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2.baskı, Ankara, Yetkin, s.46 vd.

⁷ **Collett, Michael** (2013) "Maritime Arbitration": **Lew, Julian D. M./ Bor, Harris et al.** (Editörler), *Arbitration in England, with Chapters on Scotland and Ireland*, Wolters Kluwer, s.145.

⁸ Tahkim Kanunu m. 4/I'de emredici hükümlerin, Ek-1'de sayıldığı belirtilmiştir. Buna göre, m. 9, 10, 11, 12, 13, 24, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 37/II, 40, 43, 56, 60, 66, 67, 68, 72, 73, 74 ve 75'inci maddeler emredicidir. Bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/schedule/1>> s.e.t. 27.02.2022.

⁹ Deniz ticareti tahkiminde lider konumda olan LMAA'ya 2016 yılında 1700 tane; 2017 yılında 1476 tane; 2018 yılında 1483 tane ve 2019 yılında da 1668 tane yeni deniz ticareti uyuşmazlığı için başvuru yapılmıştır ve 2019 yılı için bu alanda Londra'dan sonra tercih edilen ikinci tahkim merkezi olan Singapur ise toplamda 229 tahkim ile oldukça geride seyretmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. HFW Annual Report on "The Maritime Arbitration Universe in Numbers: London Remains Ever Dominant", Shipping Insight: Who Rules the Waves?, July 2020, <<https://www.hfw.com/downloads/002203-HFW-Maritime-Arbitration-in-Numbers-July-2020.pdf>> s.e.t. 17.12.2022; **Gaunt, Ian** "What makes LMAA Arbitration Different?" Halliburton v. Chubb- LMAA Position Paper, s. 2-4, <<http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/Halliburton%20v%20Chubb%20-%20LMAA%20position%20paper.pdf>> s.e.t. 11.12.2021; **Sutton, David St. J.** (1982) "Choosing a Forum for International Commercial Arbitration in London", *American Society of International Law Proceedings*, C: 76, s. 179; **Öksüzöğlü, H. Tuğba** (2018) "Türkiye'de Deniz Ticareti Tahkim Merkezi Kurulması Üzerine Düşünceler", *Public and Private International Law Bulletin*, C: 38, S: 2, s.371; **Ertan, Kerem** (2010) "Deniz Hukukunda Londra'da Tahkim" (Doktora), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 6 ve 19; **Hızır, Serdar** (2007) "Londra Deniz Hakemleri Birliği Tahkim Yargılaması" (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 22; **Ambrose, Clare/ Maxwell, Karen/ Collett, Michael** (2018) *London Maritime Arbitration*, 4. Baskı, Oxon, Informa Law, s.11.

uyuşmazlıklar için yapılan tahkim sözleşmelerinde, sadece şehir ile belirlenen¹⁰ ve bu çalışma özelinde Londra’da deniz ticareti tahkimi (“*maritime arbitration in London*”)¹¹ olarak ifade edilen, LMAA Kurallarının uygulandığı *ad hoc* tahkim oluşturmaktadır. Bu çalışmada *lex arbitri*’nin Londra olarak belirlendiği deniz ticareti hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin genel olarak ticari tahkime nazaran farklılık gösteren meseleler incelenmiştir. Bu kapsamda, ilk olarak kısaca LMAA hakkında bilgi verildikten sonra, LMAA tahkimi çerçevesinde öngörülen tahkim prosedürleri ve bunların sınıflandırması ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Bir sonraki bölümde, LMAA tahkiminin *ad hoc* tahkimi olmasının ve İngiliz hukukunda yer alan üst hakem uygulamasının özelliği dolayısıyla hakem heyetinin LMAA kural setlerine göre oluşturulması ve yetki itirazları ele alınacaktır. Son bölümde ise hakem kararlarına karşı İngiliz hukukunun sağladığı kanun yolları incelenerek sonuç bölümünde, bu çalışmanın sonunda varılan bulgulara ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK LONDRA’DA DENİZ TİCARETİ TAHKİMİ

Deniz ticareti alanında, uluslararası alanda en çok tercih edilen tahkim yeri, Londra’dır. İngilizcenin uluslararası ticarete çok önemli bir rol oynaması, İngiliz hukukunun, uygulamaya ayak uydurabilecek şekilde içtihat hukuku üzerinden gelişime açık olması, Londra’da borsanın 1744 yılından beri var olması, buna bağlı olarak P&I Kulüplerinin (*Protection and Indemnity Clubs*), deniz ticareti sigortacılarının ve brokerlerin merkez veya birimlerinin Londra’da bulunması, saat farkı sebebiyle, Asya ve ABD pazarlarına, mesai saatlerinde erişebilme kolaylığı, İngiltere’nin deniz ticaretinde çok uzun süre

¹⁰ *Ad hoc* tahkimde, sadece bir şehir isminin tahkim sözleşmesinde bulunması veya uyuşmazlık doğmadan evvel tahkime ilişkin hiçbir şartın olmadığı durumlarda *ad hoc* tahkimin ortaya çıkmasının mümkün olduğuna yönelik bkz. **Connerty, Anthony** “*Uluslararası Ticari Uyuşmazlık Çözümü; Uluslararası Ticari Tahkim Kurumları, Ad Hoc Tahkimi ve Tahkimin Geleceği*”, Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 09-10 Ocak 2009, Ankara, TBB Yayınları No: 164, s.18.

¹¹ Söz konusu ifadenin oldukça geniş bir şekilde, Londra’da gemiyi ilgilendiren herhangi bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini ifade ettiğine yönelik bkz. **Ambrose/ Maxwell/ Collett**, s.1.

önder konumda olması, LMAA deniz ticareti tahkimine olan talebi ve ilgiyi arttırmıştır¹². Bu durum, İngiltere veya İngiliz hukuku ile hiçbir bağlantısının olmadığı deniz ticareti uyuşmazlıklarında dahi Londra’da deniz ticareti tahkiminin tercih edilmesine yol açmıştır.¹³

Londra’da deniz ticareti tahkimine ilişkin İngiliz hukuku incelendiğinde, 1996 tarihli Tahkim Kanunu’nun¹⁴ 6. maddesi uyarınca,¹⁵ yazılı bir tahkim sözleşmesi veya şartının arandığı görülmektedir.¹⁶ Taraflar aralarında yaptıkları

¹² **Tsatsas, John** “Understanding Arbitration in London - The Role of the LMAA”, Taipei-Hong Kong Forums, 14 November 2012, s.4-5; **Ertan**, s.27. Ayrıca BIMCO Tahkim hükmünde LMAA Kurallarına açık atfın yer almasının da bu anlamda etkili olduğuna ilişkin bkz. **Koyuncu, Serdar** (2004) “Londra Deniz Hakemleri Birliği (LMAA) Tahkim Kuralları” Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1-2, s.467; **Hızır**, s.22 ve 25.

¹³ **Sutton**, s.179; **Öksüzöglü**, s. 385; **Hızır**, s. 26.

¹⁴ İngiliz Tahkim Kanunu, Türkiye dahil pek çok ülkenin aksine, bazı hükümleri benzese de UNCITRAL Model Kanunu’ndan esinlenerek hazırlanmamıştır. Model Kanunda yer alan 36 hükmün tamamını içerse de Tahkim Kanunu toplam 110 maddeden oluşmaktadır.

¹⁵ The UK Arbitration Act of 1996, Ch. 23, Sec. 6 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/6>> s.e.t.: 11.03.2022. Referans yoluyla tahkim şartının sözleşmeye dahil edilmesinde birçok problem gündeme gelmektedir. Özellikle gemi sahibi ve gemiyi kiralayan arasında yapılan charter sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, taşıyıcı tarafından düzenlenen konişmentoda, charter sözleşmesine sadece referans yapıldığı hallerde, konişmentodan doğacak uyuşmazlıklar için de tahkimin öngörülmesi oldukça sorunludur, bkz. **Majumdar, Ariya B.** (2013) “Incorporation by Reference in Maritime Arbitration”, Transportation Law Journal, C: 40, S: 2, s.106 vd.; **Hızır**, s.51. İngiliz mahkemelerinin bu soruna yaklaşımı, konişmentoda, charter sözleşmesinin hüküm ve koşullarının geçerli olduğuna yönelik sıradan bir referans (“*terms and conditions of charter party applies in this bill of lading*”) yerine, konişmentoda açıkça charter sözleşmesindeki tahkim şartına referansın vurgulanarak yazılması halinde (“*all other terms and conditions including arbitration clause of charter party.*”), bu referansın geçerli olduğu yönündedir. Bkz. T.W. Thomas & Co., Ltd. V. Portsea Steamship Co., Ltd., 16 June 1911, House of Lords, <<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8c860d03e7f57ecd556#>> s.e.t. 11.11.2021. Türk hukukundaki düzenleme için bkz. TTK m. 1237 hükmü.

¹⁶ Söz konusu yazılılık koşulunun oldukça geniş yorumlandığına yönelik bkz. **Hızır**, s.43. Tahkim sözleşmesinin yazılı olması koşulu da UNCITRAL Model Kanunu ve Türk Hukukunda (HMK m. 412, MTK, m. 4) olduğu şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin, taraflar arasındaki bir teleks veya e-posta teatisi de yazılılık koşulunu karşılamak açısından yeterlidir. Keza aynı madde uyarınca, bir tahkim sözleşmesine veya tahkim şartını taşıyan herhangi bir belgeye taraflarca yapılan referansın, geçerli bir tahkim sözleşmesine vücut verebilmesi için,

tahkim sözleşmesinde, tahkim yerini, tahkim kurallarını ve bu sözleşmenin tabi olduğu hukuku serbestçe belirleyebilirler¹⁷. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun dışında, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin de sözleşme serbestisi mevcuttur. *Common law* uyarınca tahkim yeri hukuku (*lex arbitri*), tahkim sözleşmesinin uygulanması ve hükmün icrası gibi tahkime ilişkin tüm konularda usûle uygulanacak hukuk (*curial law*)’tur. ‘Londra’da deniz ticareti tahkimi’nin kararlaştırıldığı bir uyuşmazlık açısından, tahkim sözleşmesine İngiliz hukukunun uygulanacağı; hakem kararlarının İngiliz devlet mahkemelerinin denetimine tabi olacağı; sözleşmede hüküm olmaması durumunda, esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi için İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulacağı taraflarca kabul edilmiş olmaktadır. Bir deniz ticareti sözleşmesinin tarafları, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara genellikle *lex maritima*’nın uygulanacağını öngörür¹⁸. Genel ticaret hukuku olan *lex mercatoria*’nın bir parçası olarak, kökleri 12. yüzyıla kadar uzanan *lex maritima* ise genel deniz ticareti hukuku anlamına gelmektedir. Günümüzde hala başvuru geminin bağlanması ve haczi gibi uygulamaların, *lex mercatoria* kapsamında birden fazla ülke tarafından benimsendiği görülmektedir¹⁹.

tarafların doğrudan tahkim maddesini de mevcut sözleşmenin bir parçası haline getirme amacı taşıması zorunludur. Bkz. **Koyuncu**, s. 469. Tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Rieckhoff, Jan J.** (2006) “Deutsche Seeschiedsgerichtsbarkeit unter dem der GMAA Schiedsordnung in vergleichender Betrachtung Englischer Seeschiedsgerichtsbarkeit unter dem LMAA Reglement” (Doktora), Hamburg Üniversitesi, s.62.

¹⁷ **Connerty**, s.19-20. İngiliz hukukunda, Tahkim Kanunu’nun 46. maddesi uyarınca, taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuka ilişkin bir seçim yapmamışlarsa, esasa uygulanacak hukuk, hakem mahkemesi tarafından, İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Bunun için ise Roma Sözleşmesi’nin 4. maddesine bakıldığında, tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuk, sözleşme ile en yakın ve en gerçek ilişki içinde olan hukuktur, Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 80/934/EEC, OJ L 266, Rome 19 June 1980, Article 4 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41980A0934>> s.e.t.14.02.2022.

¹⁸ **Lord, Buffy D.** (2022) “Dispute Resolution on the High Seas: Aspects of Maritime Arbitration”, *Ocean and Coastal Law Journal*, C: 8, S: 1, s.81.

¹⁹ Söz konusu uygulamalar *jus commune* olarak uygulanır ve bu uygulamaların kökeni ise M.Ö. 8. yüzyıla kadar uzanmaktadır, bkz. **Majumdar**, s.93.

Deniz ticareti uyuşmazlıklarında uygulanabilecek hukukun çeşitliliği ve niteliği göz önüne alınınca, hakemlerin ve tahkim yargılamasında yer alacak uzmanların, ilgili konularda teknik ve mesleki bilgilerinin bulunması ile uygulamaya ve hukuka hâkim kimseler olması gerekmektedir²⁰. Londra deniz ticareti tahkiminin en yaygın olduğu dönemlerde dahi hakemlerin deniz ticaretine ilişkin uzmanlıklarının ya da deneyimlerinin bulunması, sağduyulu olması, hakkaniyetli olması ve hukuk bilmesi yeterli kabul edilmekteydi²¹. Ancak o dönemlerde yürütülen tahkim usûlü ile günümüzde uygulanan tahkim usûlü oldukça farklı görünmektedir. Nitekim Londra'nın deniz ticareti tahkimi merkezi konumunda olduğu altın çağlarında deniz ticareti tahkimi, kurumsallıktan oldukça uzak ve gayri resmî; ancak uygulamanın içinden gelen hakemler sayesinde hızlı, mesleki anlamda etkin ve pratik çözümler getiren bir mekanizmayı temsil etmekteydi²². Bu hususta verilen en çarpıcı örnek, o dönemdeki çarter sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, iki tane gemi brokerinin, hakem sıfatıyla Baltık Borsası'nın (*Baltic Exchange*) küçük odalarından birinde gayri resmî bir ortamda içecekleri eşliğinde durumu tartışmaları; anlaşmazlık durumunda ise o anda oradan geçen tanıdık üçüncü bir brokere danışıp sorunu çözmeleridir²³. Ancak Londra'da deniz ticareti tahkiminin zamanla daha resmi, yavaş ve pahalı hale geldiği ve uyuşmazlıkların çözümünde, ticari yaklaşımdan ziyade düzenleyici hukuki yaklaşımın benimsendiği görülmektedir²⁴. Bu sebeple tahkimin asıl anlamının kaçırıldığı

²⁰ **Saad, Ahmed/ Rizvi, Zisha** (2017) "Maritime Arbitration- Legal Perspectives", Court Uncourt, C: 4, S: 5, s.9; **Sutton**, s.179-180; **Connerty**, s.23-24; **Öksüzöğlü**, s.371.

²¹ **Fyans, Christopher** "An Introduction to the LMAA", Seminar on "Arbitrating in Difficult Market Times", 15 April 2013, Shangai, s.7; **Sperling, G. Hans** (1997) "New London Arbitration Rules: Paradise Regained", Tulane Maritime Law Journal, C: 21, s.557.

²² **Gaunt**, s.1.

²³ **Sperling**, s. 557; ayrıca bkz. **Ambrose/ Maxwell/ Collett**, s. 2; **Fyans**, s. 6; **Gaunt**, s. 1. Nitekim, 1984 yılında yapılan bir araştırmaya göre, deniz ticareti yapan katılımcıların yarısından fazlası, tahkimin kesin kurallarla yürütülen bir süreç olmamasını tercih ettiklerini belirtmişlerdir, bkz. **Kwok, David** (2016) "Maritime Arbitration and Cultural Differences", Asian Business Lawyer, C: 17, s.79.

²⁴ **Ambrose/ Maxwell/ Collett**, s.2; Bir tahkim sürecinin, 7 yıl gibi uzun bir zaman alabileceğine veya tahkim masraflarının, uyuşmazlık konusu şeyin değerine veya alacağına denk olabileceğine ilişkin olarak bkz. **Sperling**, s.558 ve 559; ayrıca bkz. **Kwok**, s.76; özellikle

ve onun, devlet yargısının gölgesi olmaktan ziyade, uyuşmazlıkların hızlı, adil ve ucuz çözümünü için esnek bir mekanizma olması gerektiği eleştirisi getirilmektedir²⁵.

II. LONDRA DENİZ TİCARETİ HAKEMLERİ BİRLİĞİ (LONDON MARITIME ARBITRATORS ASSOCIATION: LMAA) TAHKİMİN TARİHİ GELİŞİMİ VE MİSYONU

İngiliz hukukunda, *ad hoc* tahkim ve kurumsal tahkim şeklinde yapılan ayırım göz önüne alınınca, her iki tahkim türüne de rastlanmaktadır²⁶. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA: *London Court of International Arbitration*), her türlü ticari uyuşmazlıkta kurumsal tahkim hizmeti sunarken²⁷;

İngiltere’de tahkimin, devlet yargısından daha masraflı olduğuna ilişkin bkz. **Akan, Pınar** (2012) “Deniz Hukuku’nda Alternatif Çözüm Yolları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 18, S: 2, s.467.

- ²⁵ **Sperling**, s.559; **Kwok**, s. 79 ve 83. Hatta tahkim, artık bu amaca hizmet etmediği için doktrinde, arabuluculuk yönteminin, deniz ticareti uyuşmazlıklarında uygulanması da önerilmektedir, bkz. **Akan**, s. 473; ancak yazar sonrasında, fiziksel mesafelerin ve kültürel farklılıkların arabuluculuğun işlemlerini de zorlaştıracığı itiraf etmektedir, **Akan**, s.473.
- ²⁶ Deniz ticareti tahkiminin, tarihsel olarak kurumsal tahkimin en eski şekli olduğuna yönelik olarak bkz. **Saad/ Rizvi**, s. 9; benzer şekilde, tahkimin deniz ticareti uyuşmazlıklarında uzun zamandır uygulandığına ve hatta kökenlerinin Yunan tüccarlarının yüklerini eski Fenikelilerin taşıdığı dönemlere uzandığına dair bkz. **Öksüzoğlu**, s.371. Söz konusu ayrıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman-Fıganmeşe, İnci** (2018) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, İstanbul, Vedat, s.616 vd.
- ²⁷ LCIA, mahkeme, yönetim kurulu ve sekreteryaya olarak üç organdan oluşur ve 1986 yılından beri bir limited şirket şeklinde işletilmektedir. LCIA Kuralları, tarafların tahkim sözleşmesinde, uyuşmazlığın bu kuralları göre çözümlenmesini kararlaştırmaları veya tarafların uyuşmazlıklarının LCIA tarafından yürütüleceğinin yazılı olarak anlaşmaları halinde uygulanır. LCIA çatısındaki mahkeme, taraflarca kararlaştırılan yerde ve herhangi bir hukuk sistemine göre uyuşmazlıkların çözümü için hakem atanması ve diğer gerekli idari desteği sağlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. LCIA resmi web sitesi <<https://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx>> s.e.t. 10.04.2022; 23 Kasım 1892 tarihinde resmi olarak Londra Tahkim Odası (*The City of London Chamber of Arbitration*) adıyla açılan bu kurumun, en eski tahkim merkezi olduğu görüşü için bkz. **Karademir, Ebru** (2015) “Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması”, *Public and Private International Law Bulletin*, C: 32, S: 2, s. 90; **Öksüzoğlu**, s. 405. Kurumsal tahkim merkezi olarak 2020 tarihli LCIA Kuralları için bkz.

Londra Deniz Ticareti Hakemleri Birliği (*LMAA: London Maritime Arbitrators Association*) yalnızca deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda *ad hoc* tahkim hizmeti sağlamaktadır²⁸. LMAA tahkimi, ticari tahkimde olduğu gibi, meşruiyetini uyuşmazlık doğmadan önce veya doğduktan sonra yapılan bir tahkim sözleşmesinden almaktadır. Nitekim *ad hoc* tahkimin unsurlarından olan, tarafların tahkim yerini, kurallarını ve sürecini belirlemede serbest olması, LMAA tahkiminde de görülen bir özelliktir. LMAA, tahkim davalarının yönetimini üstlenmediği gibi aktif olarak da tahkim davalarını denetlemez; yalnızca tarafların yazılı talebi üzerine ücreti karşılığında taraflara yardımcı olabilmektedir²⁹. Keza Birliğin bütçesi üyelik aidatının yanı sıra, bu gibi diğer ücretlerden oluşurken, Birlik hiçbir yerden mali bir yardım almaz³⁰.

Londra'da deniz ticareti tahkiminin, 1744 yılına kadar uzandığı, ancak modern anlamda deniz ticareti tahkiminin, 1960 yılında, LMAA'nın kurulması ile başladığı görülmektedir³¹. LMAA'nın kurulmasından önce, özellikle İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sonrasında, Baltık Borsası tarafından deniz ticareti uyuşmazlıklarında hakem olarak görev almak üzere bazı brokerlerin listesinin bulunduğu bilinmektedir³². LMAA da Baltık Borsası'nın toplantıları ile 1960 yılında kurulmuştur³³. LMAA'nın kurulma amacı ise deniz ticareti

<https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2023> s.e.t. 10.09.2021. **Şanlı, Cemal** (2019) Uluslararası Ticari Akitlerin

Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul, Beta, s.399.

²⁸ **Tsatsas, John**: “*Understanding Arbitration in London - The Role of the LMAA*”, Taipei- Hong Kong Forums, 14 November 2012, s.5-6, <<http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/Understanding%20Arbitration%20in%20London%20by%20J%20Tsatsas.pdf>> s.e.t. 07.12.2021; **Gaunt**, s.4 ve 6 <<http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/Halliburton%20v%20Chubb%20-%20LMAA%20position%20paper.pdf>> s.e.t. 11.09.2021.

²⁹ Özellikle, tarafların bir hakem atayamaması durumlarında LMAA Başkanı'nın atama yetkisi buraya örnek teşkil etmektedir, bkz. **Ambrose/ Maxwell/ Collett**, s.3; **Tsatsas**, s.5; **Öksüzöğlü**, s.385; **Ertan**, s.28.

³⁰ Hatta bu sebeple LMAA'nın, herhangi bir çıkar grubuna hizmet etmediği ve mutlak surette tarafsız olduğu da düşünülmektedir, **Tsatsas**, s.7.

³¹ **Ambrose/ Maxwell/ Collett**, s.2; **Collett**, s.146.

³² **Summerskill**, Michael B., “The London Maritime Arbitrators Association”, *Arbitration* 51 (1985): 503–513, s.504.

³³ **Summerskill**, s.506.

uyuşmazlıklarının hukuka uygun bir şekilde tahkim yolu ile çözümlenmesini sağlamak ve yeni hakemler eğitmek yanında, uyuşmazlıkların mümkün olduğu ölçüde süratle giderilmesidir³⁴.

LMAA, bir tahkim kurumu değildir; başka bir ifade ile ISTAC veya ICC gibi bir kurumsal tahkim merkezi değildir³⁵. Keza LMAA tahkim yargılamalarını da yönetmez³⁶; LMAA yalnızca deniz ticareti hakemleri ve tahkim ile ilgilenenlerin oluşturduğu bir birliktir³⁷. 2018 yılında, LMAA üyeleri 2.600'den fazla uyuşmazlıkta hakem olarak atanmış ve 500'den fazla hakem kararı vermişlerdir. LMAA'nın üye yapısına bakıldığında, LMAA'da tamamı İngiltere'de yerleşik, deneyimli ve profesyonel hakemler, bu Birliğe tam üye (*full members*) iken; profesyonel olmasa da deneyimleri dolayısıyla hakem olarak atanabilecek tam üyeliği bulunmayan üyeler, yardımcı üye (*supporting members*) olarak görev alırlar³⁸.

Deniz ticareti uyuşmazlıklarının gayri resmî, hızlı ve çok ucuza görülmesi her zaman mümkün olmasa da LMAA yine de tahkimde hızlilik, etkinlik, adillik ilkelerini ve usul ekonomisini korumak amacıyla, deniz ticareti

³⁴ Nitekim LMAA'nın ilk genel kurul toplantısında Alfred Bunker, Birliğin amacını “*to see that the machinery of Arbitration is adequately manned and new Arbitrators trained, also to further our aim that London Arbitration shall not only be strictly impartial and economical, but reasonably expeditious so far as consistent with thorough investigation and sound judgment*” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. **Summerskill**, s.506.

³⁵ **Ambrose/ Maxwell/ Collett**, s.3; **Collett**, s.146.

³⁶ **Ambrose/ Maxwell/ Collett**, s.3; **Collett**, s.146.

³⁷ LMAA için dört tür üyelik bulunmaktadır: tam üye (*full members*), destekleyen üye (*supporting members*), onursal üye (*honorary members*) ve emekli üye (*retiring members*). Tam üyeler, LMAA Komitesi tarafından deniz ticareti uyuşmazlıklarında hakem olma yeterliliğine sahip olduğu belirlenenlerden oluşur. Halihazırda brokirlardan, emekli hakimlerden, teknik uzmanlardan ve denizcilerden oluşan 36 tam üye bulunmaktadır (<http://www.lmaa.org.uk/membership-browse.aspx?mtype=1>). Destekleyen üyeler ise tam zamanlı olarak hakemlik yapmayan ancak zaman zaman hakemlik yapmayı kabul eden ve Birliğin amaçlarının gerçekleştirilmesine hizmet etmek isteyen kişilerden oluşmaktadır (<http://www.lmaa.org.uk/membership-browse.aspx?mtype=2>).

³⁸ Üyelğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ambrose/ Maxwell/ Collett**, s.4. Bugün itibarıyla Birlikte 38 tam üye bulunmakta iken (bkz. < <https://lmaa.london/arbitrators-full-members/> > s.e.t. 07.04.2022, 700'ün üzerinde yardımcı üye mevcuttur (bkz. < <https://lmaa.london/members-supporting-members/> > s.e.t. 07.04.2022).

tahkiminde, talebin değerine, harcamalara, uyuşmazlığın karmaşıklığına ve tahkimin süresine göre başvurulabilecek farklı prosedürler öngörmüştür.³⁹ Bu şekilde, bir sonraki bölümde sırasıyla ve ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, karmaşık uyuşmazlıklar daha uzun sürecek ve üç hakemden oluşacak heyet önünde görülürken, talep tutarının daha az olduğu küçük alacaklara ilişkin oldukça seri ve ucuz bir tahkim yargılaması prosedürü öngörülmüştür.

III. LMAA KAPSAMINDA TAHKİM PROSEDÜRÜ

A. ERKEN TARAFSIZ DEĞERLENDİRME ANLAŞMASI

Tahkim sürecine başlamadan evvel, taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığın dışında bir üçüncü kişiye başvurabilir ve uyuşmazlıklarının tamamen tarafsız bir gözle değerlendirilmesini talep edebilirler. Bu kapsamda, LMAA'nın alternatif uyuşmazlık çözüm yönetimlerinin bir şekli olarak Erken Tarafsız Değerlendirme sürecinde (*Early Neutral Evaluation-ENE Scheme*), tarafların uyuşmazlığın erken bir aşamasında anlaşabilmelerine zemin hazırlamak için tarafsız bir değerlendirici (*evaluator*) eliyle, uyuşmazlıktaki iddia ve savunmaların bağlayıcı olmayacak şekilde ama gerçekçi ve objektif bir değerlendirmesinin yapılması amaçlanır⁴⁰. ENE kapsamında, taraflar aralarındaki ticari ilişkiye zarar gelmeden ve uyuşmazlıkları yargılama aşamasına taşınmadan önce, kendilerince belirlenecek üçüncü kişi uzman aracılığıyla iddia ve savunmalarının değerlendirilmesini sağlamaktadır.

Erken Tarafsız Değerlendirme Anlaşması, uyuşmazlığın tarafları ve üçüncü kişi değerlendirici arasında imzalanan bir anlaşmadır. Bu anlaşma uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıysa, değerlendirme ücretini eşit bir şekilde peşinen ödemekle yükümlü olacaktır. Ayrıca bu amaçla yapılan ödemelerin hiçbiri, sonrasında yargılama aşamasında zarar olarak talep edilemeyecektir. LMAA'nın yayımladığı örnek değerlendirme anlaşmasına

³⁹ Özellikle FALCA Kuralları'nın bu amaca ulaşmada oldukça başarılı olduğuna ve artık eski rahat günlere geri dönüşün mümkün olmadığına ilişkin olarak bkz. **Sperling**, s.583.

⁴⁰ Bkz. LMAA Resmî Web Sitesi, 5 Ocak 2022 tarihli Haber, <<https://lmaa.london/lmaa-announces-new-early-neutral-evaluation-scheme/>> (s.e.t. 15.04.2022).

göre⁴¹, bu anlaşmaya İngiliz hukuku uygulanacaktır. Bu anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlığın ise LMAA Kuralları çerçevesinde tahkim usulüyle çözümlenmesi gerekir.

LMAA'nın örnek anlaşmasına göre, değerlendiricinin atanmasından veya sözleşmenin imzalanmasından sonraki 14 gün içerisinde, her bir tarafın, dayandığı tüm belge ve kanıtlarla birlikte, uyuşmazlığa ilişkin iddia ve savunmalarını gösterir yazılı özetlerini herhangi bir iletişim aracılığıyla değerlendiriciye ulaştırması gerekmektedir. Sonrasında bu özetlere cevap vermeye ilişkin bir hak bulunmamakla birlikte değerlendirici görüşünü oluşturmak için gerek duyarsa taraflardan delil veya bilgi talebinde bulunabilir. Ancak hiçbir şart altında duruşma yapılması öngörülemezdir. Kendisine gönderilen bilgi ve belgeler ışığında değerlendirici, uyuşmazlığın esasına ilişkin görüş ve tavsiyelerini, gerekçeleriyle birlikte taraflara iletir. Anlaşmada aksi kararlaştırılmadıysa bu görüş ve tavsiyeler, taraflar açısından bağlayıcı değil, yol gösterici niteliktedir. Aynı uyuşmazlığa ilişkin sonraki yargılamalarda mevzuatın öngördüğü kapsam ve haller dışında, bu görüş ve tavsiyeler ile taraflarca sadece değerlendirme süreci için hazırlanmış bilgi ve belgeler yargılama aşamasında kullanılamayacaktır. Bu aşamada yapılan görüşmeler, taraflarca getirilen bilgi ve belgeler ile değerlendiricinin görüş ve tavsiyeleri tamamen gizlilik ilkesine tabidir.

Değerlendirme anlaşması kapsamında görüş bildiren değerlendirici, aynı uyuşmazlıkta hakem, hâkim, tanık veya danışman olarak görev alamayacağı LMAA'nın yayımladığı örnek anlaşmada açıkça öngörülmüştür. Ancak değerlendiricinin bu uyuşmazlıkta arabulucu olarak belirlenmesine yönelik bir düzenleme mevcut değildir; yine de değerlendirme sürecinin gerekleri göz önüne alınınca, değerlendiricinin arabulucu olarak da görev alamaması kanaatimizce daha uygundur. Diğer taraftan değerlendiricinin bu süreçte değerlendirme anlaşması kapsamında uyuşmazlığa ilişkin herhangi bir fiili, haksız fiili veya ihmali sebebiyle sorumluluğu bulunmamaktadır.

⁴¹ Söz konusu anlaşma örneği için bkz. LMAA Resmî Web Sitesi, 5 Ocak 2022 tarihli Haber, < <https://lmaa.london/wp-content/uploads/2022/01/LMAA-Early-Neutral-Evaluation-Agreement.pdf>> s.e.t. 15.04.2022.

Sonuç olarak bir uyuşmazlığın doğmasının ardından ticari ilişkilerini zedelemeyen bu uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları için tarafların ENE (*early neutral evalutaion*) sürecine başvurarak uzman destek almaları mümkündür. Bu sayede uyuşmazlığın tarafsız bir üçüncü kişi eliyle değerlendirilmesi ve bu değerlendirmenin görüş ve tavsiyelerini taraflara iletmesi ile tarafların uyuşmazlıkları hakkında daha gerçekçi bir fikir sahibi olmaları amaçlanmıştır. Söz konusu yöntem, şüphesiz tahkim aşamasına geçilmeden bazı uyuşmazlıkların taraflarca çözümlenmesine katkı sağlaması açısından oldukça faydalı bir düzenlemedir.

B. LMAA KURALLARI

LMAA'nın tahkim kuralları setlerinden birincisi, yüksek miktardaki alacaklar (400.000 Amerikan Dolarının üzerindeki alacaklar) için uygulanan 2021 tarihli LMAA Kuralları (*LMAA Rules*)'dır. LMAA Kuralları 1984 yılında ilk kez yayımlanmış ve 1984, 1987, 1991, 1997, 2002, 2006, 2017 ve 2021 yıllarında revize edilmiştir. 1994 tarihli LMAA Kuralları, hakem heyetinin yetkileri, hakemlerin atanması, masraflar ve konaklama, dosya üzerinden tahkimin uyuşmazlığın çözümlenmesine için önerilen prosedür, ön görüşmeye ilişkin sorunlar ve heyetin tekrar oluşturmasına ilişkin prosedür olmak üzere beş farklı kısmı içermekte idi. 1996 yılında Tahkim Kanunu'nda yapılan kapsamlı değişiklikten sonra kabul edilen 1997 tarihli LMAA Kuralları ise, hakem heyetinin yetkilerine ilişkin ilk kısım, genel kuralların içine alındığı için sadece dört kısımdan oluşmaktaydı. 2021 tarihli LMAA Kuralları ise, birinci kısımda yer alan genel kurallar dışında beş kısımdan oluşmaktadır. Bunlar, tahkim heyetinin ücretinin düzenlendiği Birinci Kısım; tahkim prosedürüne ilişkin düzenleyici kurallar niteliğindeki İkinci Kısım; davanın ve uyuşmazlığın esasına ve usulüne ilişkin anketi içeren Üçüncü Kısım; ispat araçlarına ilişkin Dördüncü Kısım ve hakem heyetinin toplantı veya duruşma yapamaması durumunda yeniden oluşturulmasında izlenecek kuralları düzenleyen Beşinci Kısım'dır.

2021 tarihli LMAA Kuralları'nın 5. maddesi uyarınca, taraflar tahkim sözleşmesinde bu kuralların uyuşmazlıklarına uygulanacağı konusunda anlaşmaya vardı ise veya uyuşmazlık herhangi bir yolla LMAA'ya tam üye olan

hakemlerden birinin önüne geldiyse, tahkim sözleşmesine LMAA Kuralları uygulanır. Ayrıca LMAA Kuralları'nın 6. maddesi uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıysa, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk İngiliz hukukudur ve tahkim yeri de İngiltere'dir⁴². Tahkim yargılamasına uygulanacak usule ilişkin taraflar herhangi bir anlaşmaya varmadıysa, hakem veya hakem heyeti, yargılama usulüne kendisi karar vermeye yetkilidir. Ancak usule ilişkin ara sorunlar, aksi kararlaştırılmadıysa, LMAA Kuralları'na göre çözümlenir⁴³.

Uyuşmazlığın doğmasından itibaren ne kadar süre içerisinde tahkime başvurulması gerektiğine ilişkin LMAA'nın hiçbir kuralında hüküm bulunmamaktadır⁴⁴. Sadece 2021 tarihli LMAA Kurallarının 1 Mayıs 2022 tarihinden sonra başlatılan uyuşmazlıklarda uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece, Tahkim Kanunu'nun 13(1). maddesi uyarınca, İngiliz hukukundaki genel kural olarak sözleşmeden doğan alacaklar için dava açma süresi olan altı yılın uygulanması gerekmektedir.⁴⁵

2021 tarihli LMAA Kuralları'nın 15(a). maddesinde ise taraflarca farklı bir usûl kararlaştırılmadıysa, heyetin takdir ettiği kurallar ve ispat usûlü uygulanacaktır. Kural olarak tahkim usûlü, İkinci Kısım'da (*Second Schedule*) benimsenen kurallardan oluşmaktadır. Buna göre tek hakemden oluşan tahkimde, tek hakemin göreceği uyuşmazlıklar için hakemin atanmasından sonraki yirmisekiz gün içinde; birden fazla hakem tarafından görülecek uyuşmazlıklar içinse, ikinci hakemin atanmasından sonraki yirmisekiz gün içinde tahkim talebinin sunulması gerekir. Tahkime cevap dilekçesi veya varsa karşı dava dilekçesi, tahkim talebinin sunulmasından itibaren yirmisekiz gün içinde sunulmalıdır. Dava dilekçesi ise tahkime cevap dilekçesinden sonraki ondört gün içinde; ancak tahkime cevap dilekçesiyle bir de karşı dava açılmışsa, bu durumda karşı davaya cevap dilekçesi, tahkime cevap dilekçesinin

⁴² Aynı düzenleme, LMAA Küçük Alacaklar Usûlü'nün 19. maddesinde de yer almaktadır.

⁴³ **Ertan**, s.52.

⁴⁴ **Ertan**, s.47.

⁴⁵ Bkz. Limitation Act of 1980, Ch. 58, Part 1, Sec. 5 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58/section/5>> s.e.t. 10.03.2022; **Ertan**, s.47.

sunulmasından sonraki yirmisekiz gün içinde sunulmalıdır. Karşı davaya cevap dilekçesinden sonra verilecek cevaba cevap dilekçesi ise ondört gün içinde sunulmalıdır.

İkinci Kısım'da yer alan kurallar uyarınca, cevap ve savunma dilekçelerinde, yalnızca, tüm talepleri ve davayı reddederek savunma yapma, kabul edilmeyecektir. Reddedilen her bir iddia için makul sebeplerin gösterilmesi ve varsa bir karşı iddia ortaya konulması şarttır. Giderlerin temini için yapılan başvurular ise cevap dilekçesi sunulana kadar kabul edilmez. Tahkime başvururken tarafların 2021 tarihli LMAA Kuralları, Üçüncü Kısım'da yer alan ve tahkim prosedürüne ilişkin tercihleri içeren bir anketi doldurması gerekir. Her iki tarafın anketi, diğer tarafa tebliğ edilir ve hakem heyeti tarafından yirmi bir gün içinde, tarafların bir tahkim prosedüründe anlaşmaları sağlanır. Buradaki amaç, usûl ekonomisine uygun ve etkin bir tahkim prosedürüne taraflarca karar verilmesini sağlamaktır.

1997 tarihli LMAA Kuralları 13(a). maddesi uyarınca, tarafların üzerinde anlaşmaları veya hakem heyetinin kararı mevcut değilse, İkinci Kısım'da önerilen prosedür olarak dosya üzerinden karar alma usûlü uygulanmaktaydı⁴⁶. Benzer şekilde, 2021 tarihli LMAA Kuralları'na göre de tahkim yargılamasının duruşma yapılarak mı yoksa dosya üzerinden mi görüleceğine, yargılamanın başında karar verilmesi gerekir. Kural olarak tahkim yargılamasının dosya üzerinden yapılması söz konusudur, aksi taraflarca veya hakem heyetince kararlaştırılabilir⁴⁷. Keza kural olarak hakem heyetinin, Tahkim Kanunu'nda belirtilenler dışında da LMAA Kuralları'nın 17. maddesinde gösterilen ve duruşmaya, delillere ve başka birçok konuya ilişkin takdir yetkisi bulunmaktadır. Hakem heyeti takdir ederse, ön duruşma yapmak suretiyle, yargılamanın herhangi bir aşamasında, uyuşmazlığın taraflarca gözden geçirilmesine de karar verebilir.

⁴⁶ Bkz. LMAA Terms of 1997, Second Schedule <<http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/LMAAterms1997.PDF>> s.e.t. 09.09.2021.

⁴⁷ LMAA Kuralları'nın 15. maddesinin devamında, tahkim yargılamasının duruşmalı olarak yürütülmesine karar verilmişse, bu takdirde Birinci Kısım'da yer alan kurallar gereği gerekli ücretler ödendikten sonra duruşma tarihi belirlenmelidir.

LMAA Kuralları'nın 23. maddesine göre, hakem heyeti, kural olarak tahkim yargılamasının tamamlanmasından itibaren altı hafta içerisinde gerekçeli kararını vermelidir. Heyet, Tahkim Kanunu'nun 57. maddesinde belirtilen yetkilerinin yanında, LMAA Kuralları'nın 28. maddesi uyarınca, kararı düzeltebilir veya ek bir karar daha verebilir. Buna göre heyet, gerek kendi takdiriyle gerekse de bir tarafın başvurusu üzerine, verdiği bir hükümde yer alan yanlışlık, eksiklik veya hesap hatalarını düzeltebilir. Hakem heyeti ayrıca, taraflardan birinin başvurusu üzerine, hükmün bir kısmını veya daha özellik arz eden bir noktayı açıklayıcı karar da verebilir. Görüldüğü üzere, taraflarca aksi kararlaştırılmazsa, LMAA Kuralları uyarınca hakem heyetinin yetkileri oldukça geniştir.

C. LMAA ORTA ALACAKLAR USULÜ PROSEDÜRÜ

Deniz ticareti tahkiminde, LMAA'nın ikinci set kuralları olan 2021 tarihli LMAA Orta Alacaklar Usulü, tahkim yargılamasının bu kurallara göre yapılacağına taraflarca kararlaştırılması halinde uygulanır. Bu kurallar, dava veya karşı davadaki talep tutarının, 100,000 Doların üzerinde, ancak 400,000 Doların altında olması halinde uygulama alanı bulur. Taleplerden herhangi birinin bu tutarın üzerine çıkması halinde, karşı davanın açıldığı tahkime cevap dilekçesinin sunulmasından itibaren en geç on dört gün içinde, taraflardan biri yazılı olarak bildirimde bulunarak, tahkim yargılamasının LMAA Kuralları'na göre yapılmasını talep edebilir. Bunun üzerine, hakem heyeti bu talebi uygun görürse, tahkime uygulanacak prosedürü değiştirebilir.

Tahkim yargılamasında verilecek dilekçelerin içeriğinin numaralandırılmış olması, taraflar arasındaki sorunu kısa, açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyması ve ilgili tüm belgeleri içermesi gerekir. Tahkim talebinin verilerek hakemlerin belirlenmesinden sonraki aşamada dilekçeler teatisi başlamaktadır. Hakem heyetinin ikinci üyesinin atanmasının veya tek hakemli yargılamalarda, tek hakemin atanmasının ardından on dört gün içinde dava dilekçesinin (*claim submissions*) sunulması gerekir. Cevap dilekçesi (*defense submissions*) ise, dava dilekçesinin sunulmasından sonraki yirmi sekiz gün içinde, varsa karşı dava açılarak verilir. Sonraki yirmi bir gün içinde ise tahkim yargılamasının davacısı, karşı dava açıldıysa karşı davaya cevaplarını da içeren

bir cevaba cevap dilekçesi (*reply submissions*) verebilir. Sonraki yirmi bir gün içinde ise, asıl davanın davalısı tarafından ikinci cevap dilekçesinin (*reply to defence to counterclaim submissions*) sunulması mümkündür. Bu aşamadan sonra dilekçeler aşamasının sona ermiş olduğu kabul edilir ve taraflar heyet izni olmadan başkaca bir belge veya dilekçe sunmazlar.

LMAA Orta Alacaklar Usûlü'nün 11(a). maddesi uyarınca tahkim yargılaması duruşmalı olarak yürütülmez; ancak istisnai durumlarda duruşma yapılır. Taraflardan herhangi biri, dilekçeler aşamasının tamamlanmasından itibaren yirmi bir gün içinde; hangisi daha sonraki bir tarihte gerçekleşecekse, tanık ifadelerinin alınması ve karşı tarafa tebliğinden itibaren veya heyetin bilirkişi deliline başvurulmasına karar vermesinden veya bilirkişi raporunun diğer tarafa tebliğinden itibaren on dört gün içinde duruşma yapılması için heyete başvurabilir. LMAA Orta Alacaklar Usûlü'nün 11(c)(2) hükmü uyarınca duruşma yapılmasına heyetin karar vermesi halinde ise duruşma, her bir tarafa argümanlarını sunması ve savunma yapması için ikişer saatlik sürenin tanındığı ve son bir saatin de hakem heyetince uygun ve adil görülen şekilde dağıtılacağı toplam beş saat için ve bir iş günü ile sınırlandırılmıştır. Yapılan duruşmadan sonra, zorunluluk olmamakla birlikte, ilk yedi gün içinde öncelikle davalının ve sonraki yedi gün içinde de davacının son bir dilekçe sunma hakları bulunur. Duruşma yapılmaksızın yargılamanın dosya üzerinden görülmesi söz konusu ise, tarafların verebilecekleri son dilekçeler, dava ve cevap dilekçeleridir.

LMAA Orta Alacaklar Usûlü'nün 13. maddesi uyarınca, taraflardan biri, yargılamanın herhangi bir aşamasında, bu prosedürde belirlenen sürelerle uymazsa, hakem heyeti gerek diğer tarafın talebi üzerine gerekse kendi takdiriyle, ilgili tarafa en fazla yirmi bir günlük kesin süre verir. İlgili taraf, kendisine verilen bu kesin süreye de uymazsa, hakem heyeti o ana dek sunulan bilgi ve belgelere dayalı olarak kararını vereceğini ilgili tarafa bildirir. Ayrıca LMAA Orta Alacaklar Usûlü'nün 13. maddesi uyarınca, en son dilekçenin verilmesinden sonraki 6 hafta içinde heyetin karar vermesi ve bu kararının duyurulması için hakemlerin ellerinden geleni yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrıca heyetin ek karar vermesi veya kararını düzeltbilmesi konularında LMAA Kuralları'nın 27. ve 28. madde hükümleri burada da uygulama alanı bulacaktır.

D. LMAA KÜÇÜK ALACAKLAR USULÜ PROSEDÜRÜ

1987 yılında LMAA Kuralları ilk kabul edildiğinde, usul ekonomisine uygun olması açısından küçük meblağlı alacaklar için duruşma olmaksızın uygulanabilecek Kısa Form Kuralları (*Short Form Rules*) ve Üçüncü Kısım (*Third Schedule*) şeklinde tahkim kuralları benimsenmişti. Ancak bu iki set kuralın uygulanmadığı tespit edildikten sonra LMAA, P&I kulüpleri ve gemi brokerleri tarafından bu kurallar revize edildi. Günümüzde hala geçerli olan bu sistemde, LMAA tarafından benimsenen üçüncü set kurallar, 2021 tarihli LMAA Küçük Alacaklar Usûlü (*LMAA Small Claims Procedure*)’dür. Bu kurallar, tek başına bağımsız bir kural seti olmamakla birlikte, Küçük Alacaklar Usûlü’nün 9. maddesi uyarınca, LMAA Kuralları’nın ikinci kısmında yer alan dosya üzerinden tahkimin görülmesine ilişkin prosedürün tamamlayıcısı konumundadır⁴⁸. Küçük Alacaklar Usûlü, taraflarca bu prosedür uyarınca tahkimin görülmesinin kararlaştırılması halinde uygulanmaktadır.

Küçük Alacaklar Usûlü’nün 1(a). maddesi uyarınca, bu kurallar, dava veya karşı davadaki taleplerin tek tek 100.000 Amerikan Dolarını geçmemesi halinde uygulanabilir. Taleplerin bu tutarı geçmesi halinde, taraflardan herhangi biri, en geç karşı davanın açıldığı tahkime cevap dilekçesinin sunulmasından sonraki on dört gün içinde LMAA Kuralları veya LMAA Orta Alacaklar Usulü’ne göre tahkimin görülmesi için başvurabilirler. Bu kurallar kapsamında çözülebilecek uyuşmazlıklarda tahkim, sadece *tek hakem* tarafından yürütülür ve hakem ücretlerinin ödenmesi, tahkimin ön koşuludur. Bu kuralların en önemli farklılıklarından biri de Küçük Alacaklar Usûlü’nün 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, taraflarca küçük alacaklar usûlüne başvuru yapılması, hakem kararını *temyiz etme hakkından feragat* anlamına gelmektedir⁴⁹. Ancak, bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Birincisi, “hakemin kendi yetkisi hakkında verdiği kararın temyize tabi olması” iken ikinci istisnası Tahkim Kanunu’nun 68. maddesinde düzenlenen ağır usule aykırılıkların bulunmasıdır.

⁴⁸ Ayrıca bkz. **Sperling**, s.562.

⁴⁹ Bkz. İlgili ifade “... *By adopting the Small Claims Procedure the parties shall be deemed to have agreed to waive all rights of appeal...*” şeklindedir.

Bu kurallar çerçevesinde işleyecek tahkim prosedürü, 2021 tarihli LMAA Küçük Alacaklar Usûlü'nün 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hakemin atanmasından sonraki on dört gün içerisinde, başvuran taraf, iddialarını destekleyici belgelerle birlikte, 2,500 kelimeyi aşmayan dava dilekçesini (*a letter of claim*) karşı tarafa ve hakeme iletmelidir. Bunun üzerine yirmi sekiz gün içerisinde karşı taraf da iddia ve savunmalarıyla karşı davasını, yine 2,500 kelimeyi aşmayacak şekilde cevap dilekçesinde (*a letter of defense and of counterclaim*) belirtmeli ve dilekçesini, başvuran taraf ile hakeme iletmelidir. Tahkime cevap dilekçesine cevap oluşturacak şekilde bir cevaba cevap dilekçesi (*a letter of reply*) verilmek istenirse, davacının bu dilekçesini 1,000 kelimeyi aşmayacak şekilde yirmi bir gün içerisinde sunması gerekir. Eğer davalı cevap dilekçesinde bir karşı dava açmışsa, ancak bu durumla sınırlı olarak ve hakemin öncesinde onayı alınarak, davacının 2,500 kelimeyi aşmayacak şekilde karşı davaya cevap dilekçesini yine yirmi bir gün içerisinde, delil niteliğinde veya iddiaları destekleyici başka bazı belgeler sunulabilir. Ancak davalı, karşı dava açmamışsa; artık davacının, dilekçesinde herhangi bir belge sunma hakkı söz konusu değildir⁵⁰.

Davacının cevaba cevap dilekçesine (*a letter of reply*) istinaden, ikinci cevap dilekçesi vermek isteyen davalı ise, on dört gün içinde 1,000 kelimeyi aşmayacak şekilde ve karşı davaya ilişkin asıl davanın davacısının iddialarına ilişkin ikinci cevap dilekçesi (*a letter of reply to defence to any counterclaim*) sunabilir. Tahkim sürecinde, 2021 tarihli LMAA Küçük Alacaklar Usûlü 5(k). maddesi uyarınca olağanüstü koşullarda hakemin karar vermesi hali dışında, duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilir. Hakemin duruşma yapılmasına karar vermesi halinde ise duruşma, beş saat için ve bir iş günü ile sınırlandırılmıştır.

Tahkim kuralları ile getirilen dava ve cevap dilekçelerindeki kelime sınırlamalarının, tarafın hukuki dinlenilme hakkının ihlali sonucu

⁵⁰ Ayrıca bkz. <<https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/04/Guidelines-on-Procedure-under-the-LMAA-Small-Claims-Procedure-2021.pdf>> s.e.t. 15.04.2022. Ayrıca Küçük Alacaklar Usûlü'ne ilişkin açıklayıcı not için bkz. <<https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/05/COMMENTARY-ON-THE-LMAA-SMALL-CLAIMS-PROCEDURE.pdf>> s.e.t. 15.04.2022.

doğurabileceği değerlendirilmelidir. Nitekim, tarafın somut uyuşmazlık özelinde ifade etmek istedikleri hususu kelime sınırı dolayısıyla belirtememesi, açıklama ve ispat hakkını içeren hukuki dinlenilme hakkının ihlali teşkil edebilir. Bu ise daha sonra hakem kararının iptali gerekçesi veya tanıma/tenfiz engeli teşkil eder.

Tahkim yargılamasının sonunda, dosya üzerinden görülen davalar için tüm belgelerin hakeme sunulmasından; duruşmanın yapıldığı davalar için, duruşmaların bitiminden itibaren bir ay içinde hakemin karara varmak için her türlü çabayı göstermesi gerekir. Görüldüğü üzere LMAA Orta Alacaklar Usûlü'nün 13. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak, LMAA Küçük Alacaklar Usûlü'nün 7. maddesi bu noktada nihai kararın bir ay içinde verilmesini zorunlu tutmamakta; ancak bu yönde hakemin her türlü çabayı göstermesini aramaktadır. Ancak hakemin, kararını bir ay içinde vermemesi halinde, ne gibi yaptırımların veya çözüm mekanizmalarının bulunduğu bu prosedür açısından da belirsizdir.

E. FALCA KURALLARI

LMAA tarafından benimsenen diğer set kurallar ise 1997'de ilk kez düzenlenen FALCA Kuralları (*Fast and Low Cost Arbitration Rules*)'dir. Toplamda yirmi iki kuraldan oluşan FALCA Kuralları, ayrı set kurallar olarak, LMAA Kuralları'ndan tamamen bağımsız olarak uygulanır. Bu kurallar, taraflar arasında imzalanan sözleşmede açıkça FALCA Kurallarının uygulanacağını öngörülmesi halinde uygulanacaktır. Bu halde ayrıca uyuşmazlık miktarının sözleşmede kararlaştırılması mümkün olmakta ve bu rakam üzerinden FALCA Kuralları'nda öngörülen usul uygulanmaktadır. Ancak sözleşmede herhangi bir uyuşmazlık miktarının öngörülmemesi halinde, LMAA Küçük Alacaklar Usulü'nü aşan şekilde 50.000 Amerikan Doları ile en fazla 250.000 Amerikan Doları arasında kalan talepler için FALCA Kuralları uygulanır⁵¹. Ayrıca tahkim sürecinde, herhangi bir sebeple uyuşmazlık konusu şeyin değerinin veya

⁵¹ **Hızır**, s. 35; söz konusu üst limit, FALCA Kuralları'nın 22. Kuralı uyarınca, FALCA Tahkimi Hükümü'nde (*The LMAA FALCA Arbitration Clause*) not şeklinde yer almaktadır. Bkz. <<https://lmaa.london/falca-clause/>> s.e.t. 04.04.2022.

alacağın miktarının 250.000 Amerikan Dolarının üzerine çıkması söz konusu ise, FALCA Kurallarının uygulanmaya devam edilip edilmeyeceğine, taraflar karar vereceklerdir⁵².

FALCA Kuralları çerçevesinde yürütülen tahkim yargılamasında uyulması gereken prosedür, Küçük Alacaklar Usûlüne benzemektedir. FALCA Kuralları'ndan 17. Kural çerçevesinde, olağanüstü koşullarda hakem duruşma yapılmasına karar verebilirken, kural olarak tahkim sürecinde dosya üzerinden karar verilmektedir. Ancak hakemin duruşma yapılmasına karar vermesi halinde bu duruşma için Küçük Alacaklar Usûlünde olduğu gibi herhangi bir süre sınırı bulunmamaktadır. Benzer şekilde FALCA Kuralları'na göre tarafların on dört gün içinde uyuşmazlığı görecektek tek hakemin kim olacağına karar vermesi gerekir. Aksi halde LMAA Başkanı veya kendisinin tayin edeceği biri, taraflardan herhangi birinin yazılı başvurusu üzerine on dört gün içinde bir hakem atar. Hakemin atanmasını takip eden iki hafta içinde, davacı tarafın tahkim talebini iletmesi gerekir. Sonraki dört hafta içinde de davalı taraf iddia ve savunmalarıyla varsa karşı davasını gösterir bir tahkime cevap dilekçesi sunmak zorundadır. Bunu müteakip dört hafta içinde de davacı tarafın, dava dilekçesini ve varsa karşı davaya cevap dilekçesini sunması gerekir. Dilekçe aşamasının tamamlanmasından sonra ise taraflar ellerindeki belgeleri, dört hafta içinde birbirlerine sunarlar. Sonraki iki hafta içinde ise kendilerinde olmayan başka belgelerin edinilmesi için de hakemden talepte bulunabilirler ve bu halde kendisinden belge istenilen kimse de yedi gün içerisinde bu belgeyi sunar ya da sunmama nedenini belirtir. Belgenin edinilmesini isteyen taraf, ilgili kimsenin belgeleri sunmamasının ardından, hakeme ve diğer tarafa üç gün içinde itirazlarını bildirebilir. Hakemin ise bu durumda bir karar vermesi gerekir. Uyuşmazlıkla ilgili belgelerin dava dosyasına eklenmesine ilişkin geçen toplam altı haftadan sonraki dört hafta içinde taraflar ellerinde kalan başka ilgili belgeleri de sunabilirler. Sonuç olarak da hakem, atanmasından itibaren 7 ay içinde; karşı dava söz konusu ise 8 ay içinde son kararını vermek zorundadır.

⁵² Bkz. FALCA Rules, Rule 22, <<https://lmaa.london/wp-content/uploads/2020/08/Commentary-on-the-LMAA-FALCA-Rules.pdf>> s.e.t. 15.04.2022.

IV. LMAA TAHKİMİ KAPSAMINDA HAKEM HEYETİNİN TEŞKİLİ

A. HAKEMLERİN ATANMASI

1. Genel Olarak

Ad hoc tahkimde, genel anlamda taraflarca sözleşmede hakemlerin seçim usulleri, sayısı gibi konular karara bağlanmamışsa, tahkim yeri hukukunun (*lex arbitri*) yedek kuralları devreye girer⁵³. İngiliz hukukunun uygulandığı tahkim sürecinde, ICC tahkiminden farklı olarak İngiliz Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca, taraflar hakem sayısını belirlemede serbesttir, ancak bu belirleme yapılmamışsa, tahkime konu uyuşmazlık, kural olarak tek hakemle (*sole arbitrator*) görülür. Örneğin tarafların sözleşmede yalnızca uyuşmazlıklarının Londra'da tahkim yolu (*arbitration in London*) ile çözüleceğini kararlaştırmış olmaları halinde, Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca uyuşmazlık tek hakem tarafından görülür. Aynı hüküm uyarınca tahkim sözleşmesinde iki veya çift rakamlı hakem seçileceği kararlaştırılmışsa, bu durumda tahkim sözleşmesi, başkan olacak üçüncü bir hakemin atanacağı şeklinde yorumlanır⁵⁴.

Taraflar hakem veya hakemlerin seçim usulüne serbestçe karar verebilirler, ancak eğer bu yönde bir anlaşma olmazsa, Tahkim Kanunu'nun 16(2). maddesine göre, tek hakemli yargılamalarda, tahkime ilişkin yazılı başvurudan sonraki yirmi sekiz gün içinde, her iki tarafın katılımıyla bir hakem seçilir. Aynı maddenin devamındaki hükümler uyarınca eğer heyet, iki hakemden oluşacaksa, tahkime ilişkin yazılı başvurudan sonraki on dört gün içinde her iki taraf da kendi hakemini seçer. Eğer heyet üç kişiden oluşacaksa, tahkime ilişkin yazılı başvurudan sonraki on dört gün içinde her iki taraf da kendi hakemini seçer ve bu iki hakem de ya başkan ya da üst hakem atar.

⁵³ *Ad hoc* tahkimin söz konusu olduğu hallerde başvurulacak bir yedek hukuk kuralının bulunmadığı yönünde bkz. **Doğan, Vahit** (2020), Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara, Savaş, s.1151. Tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda, yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 415 ve 416'ncı maddesi uyarınca; yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda ise Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7'nci maddesi uyarınca hakemlerin sayısı belirlenerek seçim/belirleme gerçekleştirilecektir.

⁵⁴ İngiliz Tahkim Kanunu m. 15(2).

Buna karşılık, tahkim sözleşmesinde, ‘Londra’da olağan tahkim (*arbitration in London in the usual way*)’ veya ‘Londra’da geleneksel şekilde yürütülen tahkim (*arbitration in London in the customary manner*)’ ifadeleri kullanılmışsa, hakemlerin sayısı ve seçimi bakımından Tahkim Kanunu’nun kapsamı dışına çıktığı kabul edilmektedir⁵⁵. Bu durumda Londra’da görülen tahkimlerde en çok tercih edilen veya geleneksel olarak uygulanan yol, her iki tarafın birer hakem seçmesi ve bu iki hakemin davayı görmesi, gerekirse bu iki hakemin de bir üst hakem seçmesidir⁵⁶.

2. LMAA Kuralları ve LMAA Orta Alacaklar Usûlü Prosedürü

2021 tarihli LMAA Kuralları’nın 8. maddesi ve 2021 tarihli LMAA Orta Alacaklar Usûlü’nün 2 vd. maddeleri uyarınca taraflar hakem sayısını aralarında kararlaştırabilir; ancak böyle bir anlaşmanın yokluğunda kural olarak uyuşmazlık üç hakemden oluşan heyet önünde görülür. Her bir taraf, yazılı tahkim talebinden sonraki on dört gün içinde kendi hakemini seçer. Taraflarca seçilen iki hakem, tahkime ilişkin herhangi bir sorun hakkında anlaşamazlarsa, duruşmadan önce veya gecikmeksizin kendi aralarında üçüncü bir hakemi başkan olarak atayabilir. Bu durumda heyet başkanının atanmasına ilişkin bir hakemin diğerine yapmış olduğu çağrıdan sonraki on dört gün içinde hakemler, başkanı atayamazlarsa, LMAA Başkanı hakemlerden birinin başvurusu üzerine üçüncü hakemi atar. Ancak LMAA Kuralları’nın 8(iv). maddesi ve LMAA Orta Alacaklar Usûlü’nün 3(d). maddesi uyarınca, üçüncü hakemin atanmasından önce veya bu pozisyonun herhangi bir sebeple boşalmasından sonra, taraflarca atanan iki hakem, uyuşmazlığı görme ve karar verme yetkisini haizdir. Heyet oluştuktan sonra, kararlar oybirliği veya oy çokluğu ile alınmaktadır.

LMAA Kuralları’nın 9. maddesi ve LMAA Orta Alacaklar Usûlü’nün 4. maddesi uyarınca heyet, iki hakem ve bir üst hakemden (*umpire*) oluşacaksa, taraflardan her biri yazılı tahkim başvurusundan sonraki on dört gün içerisinde kendi hakemlerini seçer. Taraflarca seçilen iki hakem, herhangi bir aşamada üst hakemi atama noktasında takdir hakkına sahiptir. Ancak öncelikle taraflarca

⁵⁵ Ertan, s.40.

⁵⁶ Laertis Shipping Corporation v Exportadora Espanola De Cementos Portland S. A. [1982] 1 Lloyd’s Rep. 613 (Q.B.D.).

seçilen hakemler, tahkime ilişkin herhangi bir konuda aralarında anlaşamazlarsa en geç, yapılması gerekiyorsa duruşmadan önce veya gecikmeksizin üst hakem atamak zorundadır. İkinci olarak ise, üst hakem atanmasına ilişkin bir hakemin yaptığı çağrıya, diğer hakemin on dört gün içinde cevap vermemesi halinde LMAA Başkanı, herhangi bir hakemin başvurusu üzerine üst hakemi atar. Üst hakemin atandığı durumlarda, üst hakem, diğer hakemler gibi duruşmalara katılır, dosyadaki tüm bilgi ve belgeleri edinebilir ve hakem heyetinin toplantılarına katılabilir. LMAA Orta Alacaklar Usûlü'nden farklı olarak, LMAA Kuralları'nın 9(d). maddesi uyarınca üst hakem, diğer iki hakemin anlaşması halinde, heyet toplantılarına başkanlık edebilir. LMAA Kuralları'nın 9(e). maddesi ve LMAA Orta Alacaklar Usûlü'nün 4(e). maddesi uyarınca, taraflarca seçilen hakemler, tahkime ilişkin herhangi bir konuda aralarında anlaşamazlarsa uyuşmazlığı üst hakeme devreder ve üst hakem uyuşmazlığa ilişkin tek başına karar verme yetkisini haiz olur⁵⁷. Halihazırda üst hakemin atandığı durumlar, çoğunlukla taraflarca seçilen hakemlerin herhangi bir konuda anlaşamamaları halleri olduğu için, üst hakemin atandığı durumlarda kural olarak uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisinin üst hakemde olduğu söylenebilir. Bu üst hakem uygulaması, tamamıyla LMAA uygulamasına özgü olup başka hukuk sistemlerinde bulunmamaktadır⁵⁸.

LMAA Kuralları'nın 11. maddesi ve LMAA Orta Alacaklar Usûlü'nün 5. maddesine göre, hakem heyeti, tek bir hakemden oluşacaksa, bir tarafın hakem atanması için diğer tarafa bildirimde bulunmasından sonraki on dört gün içinde hala bir hakem atanmadıysa, taraflardan birinin yazılı başvurusu üzerine LMAA Başkanı tarafından, uyuşmazlığın konusuna göre uygun görülen bir kişi hakem olarak atanabilir.

Kurumsal tahkimde öngörülen acil durum hakemi (*emergency arbitrator*) atama prosedürü⁵⁹, LMAA tahkiminde bulunmamaktadır. Acil

⁵⁷ **Koyuncu**, s.473. Ayrıca bkz. UK Arbitration Act of 1996, Ch. 23, Part 1, Sec. 16(6); Fletamentos Maritimos S. A. V. Effjohn Int. B. V. [1995] 1 Lloyd's Rep. 311 (Q.B.D.).

⁵⁸ **Kwok**, s.85.

⁵⁹ Hakem mahkemesi nihai kararını vermeden önce, taraflar belirli menfaatlerini korumak amacıyla geçici hukuki koruma tedbiri (*interim measures of protection*) almak isteyebilirler.

durum hakemi atamak için gereken prosedürlerin oldukça uzun olması, hızlı bir şekilde başlayan ve o şekilde ilerlemesi hedeflenen LMAA *ad hoc* tahkiminin doğasına uygun düşmemektedir. Nitekim acil durum hakemi atanması, usûli zayıflık olarak görüldüğü için, LMAA tahkimi, Tahkim Kanunu'nda öngörüldüğü üzere, tarafların mahkemeye başvurarak ara karar alabilmeleri gibi bir çözüm sunmaktadır⁶⁰. Ayrıca acil durum hakeminin vermiş olduğu kararın New York Sözleşmesi uyarınca tenfizi hususunda bazı şüpheler bulunmakla birlikte, Tahkim Kanunu'nun 44(5). maddesi uyarınca, tahkim kurumunun, taraflardan birinin acil durum hakemi atanması talebini

Söz konusu kararların verilmesi, önceleri yalnızca devlet yargısına özgü bir yetki olarak görüldüğünden tahkim sürecinde bu taleplerin karşılanması söz konusu olmamaktaydı, **Savola, Mika** (2016) "Interim Measures and Emergency Arbitration Proceedings", Croatian Arbitration Yearbook, C: 26, s.73; **Lemenez, Guillaume/ Quigley, Paul** (2008) "Emergency Arbitrator: The ICRD's Procedure in Action", Dispute Resolution Journal, C: 63, S: 3, s.62. Ancak hakemlere uzmanlıkları için başvurma, yabancı devlet mahkemesine ilişkin prosedürel bilgi eksikliği, gizliliğin korunması gibi gerekçelerle taraf, devlet mahkemelerine gitmek istemeyeceğinden, günümüzde birçok devlet çeşitli yöntemlerle tahkimde geçici koruma tedbirine yönelik kararlarının verilmesini mümkün kılmışlardır, **Savola**, s.74. İlk olarak ABD'nin Uluslararası Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (International Center for Dispute Resolution) tarafından 2006 yılında kendi tahkim kurallarına (ICDR Rule 37) yapılan bir ekleme ile acil durum hakemliği kurumu düzenlenmiştir. Bu halde hakem mahkemesi teşkil edene kadar, ihtiyati tedbir kararı almak isteyen taraf, durumun aciliyetini kanıtlamak suretiyle bir tahkim merkezine başvurup geçici hukuki koruma tedbiri için kendisine acil durum hakemi atanmasını isteyebilir, **Lemenez/Quigley**, s.64; **Savola**, s.90. Bu şekilde ilgili tahkim merkezi tarafından atanan acil durum hakemi, hızlı bir şekilde tedbir kararı verebilir. Söz konusu karar, ara karar (*order*) şeklinde verilebileceği gibi nihai karar (*award*) şeklinde de kurulabilir, **Lemenez/Quigley**, s.67; **Kılınç**, s.269. Ancak ICC Rule 29(2) uyarınca bu karar yalnızca ara karar şeklinde verilebilmektedir.

⁶⁰ Kurumsal tahkimlerde var olan acil durum hakemliği prosedürünün, zayıflık olarak görüldüğüne ve bu sebeple LMAA tahkiminde yer almadığına yönelik olarak bkz. **Gaunt**, s.10. Yazar ayrıca İngiliz mahkemelerinin de bu noktada tahkimi fazlasıyla destekleyerek ara kararların 2 haftadan fazla olmayan bir sürede çıktığını ve mahkeme kararlarının üçüncü kişiler üzerinde de bağlayıcı olduğunu belirtmektedir, **Gaunt**, s.11-12. Doktrindeki baskın görüş uyarınca acil durum hakeminin hakem sıfatı tartışmaya açık olduğundan tenfizinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. **Savola**, s.85; ancak tenfize ilişkin değerlendirmeyi somut olay bazında tenfiz ülkesinin yapacağına ilişkin bkz. **Kılınç, Ahmet** (2021) "Acil Durum Hakem Kararının Hukuki Niteliği ve İcra Edilebilirliği" GSI Articleletter, S: 24, s.270.

reddetmesi, ilgili tarafın dondurma kararı (*freezing order*) almak için mahkemeye başvurusunu da engellemektedir⁶¹.

3. LMAA Küçük Alacaklar Usûlü Prosedürü

LMAA Küçük Alacaklar Usûlü kuralları çerçevesinde tahkim prosedürü oldukça katı, ama küçük alacaklar için makul bir çizelgeyi takip eder.⁶² Taraflar tek hakemin kim olacağı konusunda uyuşmazlığın doğduğu tarihten itibaren on dört gün içinde anlaşmışlarsa ve söz konusu hakem de uyuşmazlığı görmeyi kabul etmişse, sonraki on dört gün içinde tahkim talebi diğer tarafa ve hakeme iletilir. Bu aşamada tahkim talebiyle birlikte başvuran tarafın, LMAA Küçük Alacaklar Usûlü'nün 3(b). maddesinde gösterilen hakem ücretini de havale etmesi gerekir. Ancak taraflar hakemin kim olacağı konusunda henüz bir anlaşmaya varamamışlarsa karşı taraf, başvuran tarafa hakemin belirlenmesi sürecine katılmak istediğine dair bir bildirimde bulunabilir.

Uyuşmazlığın doğduğu tarihten itibaren on dört gün içerisinde, taraflar hakemin kim olacağı konusunda anlaşamamışlarsa, herhangi bir taraf, LMAA Küçük Alacaklar Usûlü Kurallarının 2(b). maddesi uyarınca yazılı olarak başvurarak LMAA Başkanı tarafından tek hakemin atanmasını, herhangi bir hakem adayı göstermeden talep edebilir. Bu başvuruya, ilgili tarafın, tek hakemin Küçük Alacaklar Usûlü'nün 3(b). maddesinde öngörülen ücretini ve KDV'si ile birlikte LMAA'nın idari ücretini eklemesi de gerekmektedir. LMAA Başkanı da söz konusu atama işlemi, uygun gördüğü şekilde yapar ve taraflara haber verir. *Ad hoc* tahkimin söz konusu olduğu LMAA deniz ticareti tahkiminde, idari işleri yürütmekle görevli olmayan LMAA, kendisine başvuru her işlem için buradaki gibi ayrı ayrı ücret tahsil etmektedir.

B. YETKİ İTİRAZLARI

Tahkim yargılaması ve hakem heyetinin yargılama yetkisinin temel dayanağı, tahkim sözleşmesidir. Buna göre, tarafların tahkim sözleşmesinde

⁶¹ **Gaunt**, s.11; UK Arbitration Act of 1996, Ch. 23, Sec. 44(5), <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/part/I/crossheading/powers-of-court-in-relation-to-arbitral-proceedings>> s.e.t. 11.04.2022.

⁶² **Sperling**, s.597.

hangi ifadeleri kullandıkları hakem heyetinin yetkisinin kapsamının belirlenmesinde oldukça büyük önem taşır⁶³. Tarafların iradesine dayalı olarak varlık kazanan tahkim yargılaması ve hakem heyetinin yetkisinin, bu kapsamda taraflarca itiraza uğraması da mümkündür.

Tahkim usulüne uygulanacak hukuku belirlemek konusunda serbest olan tarafların (HMK m. 424, MTK m. 8/A), hakemlerin yetkisine ilişkin itirazın da hangi sürede gerçekleştirileceğini aralarındaki sözleşmede düzenleyebilmesi mümkündür⁶⁴. Ancak bu yönde bir belirleme yapılmadıysa (ki yaygın olarak tarafların hakemlerin yetkisine ilişkin itirazı doğrudan düzenlememesi, ancak bir tahkim kurumuna veya tahkim kurallarına atıfla belirleme yapılması söz konusudur), kural olarak Tahkim Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca tarafın, tahkim sürecinde uyuşmazlığın esasına ilişkin vermesi gerekli ilk dilekçesinde bu itirazını ileri sürmesi gerekmektedir. Bu durumda, davalının en geç tahkime cevap dilekçesinde hakem heyetinin yetkisine itirazını ileri sürmesi gerekir⁶⁵. Aksi halde, Tahkim Kanunu'nun 73. maddesi uyarınca gerek heyet gerekse de mahkeme önünde bu itirazı öne sürme hakkından feragat ettiği varsayılmaktadır. Bu durumun tek istisnası, yetki itirazına yol açan sebepleri tarafın, bilmemesi veya makul özeni göstermiş olsaydı da bilebilecek durumda olmaması halidir⁶⁶. Bu durumda ilgili taraf,

⁶³ Taraflar, tahkim sözleşmesinin uygulanacağı uyuşmazlıkları, ya 'bu sözleşmede gösterilen konulardan doğan uyuşmazlıklar' ya 'bu sözleşme ile ilgili doğacak tüm uyuşmazlıklar' ya da ' taraflar arasındaki bu ilişkiden doğacak tüm uyuşmazlıklar' olarak ifade edebilirler, bkz. **Sperling**, s.564.

⁶⁴ Nitekim kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında da bu süreye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır, **Doğan**, s.1157.

⁶⁵ Türk hukukunda da yetki itirazının en geç cevap dilekçesinde öne sürülmesi gerektiği kabul edilmektedir (HMK m. 422; MTK m. 7/H). Ancak uygulamada, tarafların hakemlerin atanması aşamasında yetki itirazlarını öne sürdükleri görülmektedir, **Ertan**, s.91. Bu uygulama, tahkim sürecinin başlatılmaması gerektiğini düşünen tarafın zamandan tasarruf etmek için mümkün olan en kısa sürede itirazlarını sunması mantıklı olduğu için oldukça yerindedir. Ancak hakem atanmasının, yetki itirazı ileri sürülmesine engel teşkil etmeyeceğini açıkça düzenleyen İngiliz Tahkim Kanunu'nun 31(1). maddesinin ikinci cümlesinde yer alan kural, usul ekonomisine uygun bir düzenleme olmadığı da ileri sürülebilir.

⁶⁶ Türk Hukuku açısından da, tahkim sözleşmesinin varlığına itiraz etmeksizin esas ilişkin savunmalarını ileri sürdükten veya tahkim yargılaması sonuçlanarak kendisi aleyhine karar

istisnanın gerçekleştiğini kanıtlamak suretiyle, hakem kararının temyizi yoluyla yetki itirazını gerçekleştirebilir.

Taraflarca bir kararlaştırma yapılmadıysa, Tahkim Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca, hakem heyetinin kendi yetkisine ilişkin karar verme yetkisi bulunmakla beraber, verdiği bu kararın temyiz edilmesi imkânı da mevcuttur⁶⁷. Öncelikle, Tahkim Kanunu'nun 32. maddesine göre, taraflardan herhangi birinin, tahkim yargılamasının devam ettiği sırada hakem heyetinin yetkisine ilişkin mahkemeye başvurma imkânı mevcuttur ve bu durumda, her iki tarafın yazılı rızası veya hakem heyetinin izni ile mahkemenin uygun görmesi⁶⁸ gerekmektedir. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıysa, hakem heyeti, bu esnada davayı görmeye devam edebilir (m. 32/IV). Bunun ötesinde, ilgili hükümdeki şartların sağlanıp sağlanmadığına ilişkin ilk derece mahkemesinin vereceği karar kesindir; yani karar, bu mahkeme izin (*leave to appeal*) vermediği sürece temyiz edilemez. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin, hakem heyetinin yetkisine ilişkin kendi vereceği kararın temyiz edilmesine izin vermesi gerekir. Söz konusu bu izin ise ancak sorunun, genel olarak önemli hukuki bir mesele olması veya başka özel bir sebepten dolayı Temyiz Mahkemesinin üzerinde karar vermesi gereken bir husus olması halinde verilmektedir⁶⁹.

Hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verebilme kuralını yakından incelediğimizde, bu kuralın, LMAA Kuralları'nın en eski versiyonunda olmadığını görmekteyiz. 1994 tarihli LMAA Kuralları'nda tahkim heyetinin, söz konusu işlem veya sözleşmeyle ilgili veya bunlardan

verildikten sonra, davalının tahkim sözleşmesinin mevcut bulunmadığına ilişkin itirazının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği kabul edilmelidir.

⁶⁷ Nitekim Türk hukukunda hakem kararına ilişkin açılacak iptal davasında yetki itirazı da ele alınacaktır, **Doğan**, s. 1157-1158. Bu nedenle, hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisini anlatan *Comptence-competence* prensibinin, mutlak değil, sınırlı bir ilke olduğu, son söz hakkının hala devlet mahkemelerinde olduğu ifade edilmelidir.

⁶⁸ Tahkim Kanunu'nun 32'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre mahkeme, itiraz hakkında bu aşamada karar verilmesi masraflardan ciddi bir tasarruf sağlayacaksa, başvuru süresinde yapılmışsa ve neden mahkeme kararına ihtiyaç duyulduğu izah edilmişse, hakem heyetinin yetkili olduğuna ilişkin karara karşı başvuruyu uygun görecektir.

⁶⁹ Ancak mahkemenin, temyize izin vermeye ilişkin (*leave to appeal*) olumsuz kararı da eğer adalete aykırı ise temyiz edilebilir, ayrıntılı bilgi için bkz. CGU International Insurance plc and Ors v. Astrazeneca Insurance Co. Ltd. [2007] 1 Lloyd's Rep. 142 (C.A.).

doğan tüm uyuşmazlıklarda yetkili olduğu belirtilmekteydi⁷⁰. Ancak o dönemde hakem heyetinin kendisinin yetkili olup olmadığına karar vermeye yetkisinin olmadığı, herhangi bir yetki itirazının yapılması durumunda devlet mahkemelerinin bu hususu çözeceği kabul edilmekteydi⁷¹. 1997 tarihli LMAA Kuralları'nın 10. maddesinde, hakem heyetinin yetkisi, işlem veya sözleşmeyle ilgili veya bunlardan doğan tüm uyuşmazlıklar için benzer şekilde kabul edildi. Bir önceki düzenlemeden farklı olarak burada, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vermeye de yetkili olduğu, yani *kompetenz-kompetenz* kuralı kabul edilmişti. Bunun da ötesinde, ara sorun niteliğindeki bazı hususlar için mahkemeye gidip karar almak ile tahkimin geciktirilmesi engellenmek istendiği için, 1997 tarihli LMAA Kuralları'nın 10. maddesinde, tarafların yetki itirazının dışındaki başka uyuşmazlık noktaları için de hakem heyetine başvurulması gerektiğini öngörmüştü⁷². 2021 tarihli LMAA Kuralları'nın 13. maddesinde, 2017 tarihli LMAA Kuralları'nın 12. maddesi düzenlemesi ile aynı şekilde, tahkimde hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi kuralı kabul edilmiş; tahkim yargılaması bir kere başladıktan sonra ve heyet kararını verene kadar taraflara da ilgili işlemle ilgili veya bu kapsamda doğan tüm diğer uyuşmazlık konuları için de heyete başvurma hakkı tanınmıştır.

Küçük Alacaklar Usûlü'nün 4. maddesinde açıkça, tahkim yargılamasına bu usulün uygulanmasının kararlaştırılması halinde, tarafların her türlü temyiz haklarından feragat ettiğinin kabul edilmiş sayılacağı açıkça düzenlemiştir. Ancak kural koyucu bu noktada herhangi bir şüpheye mahal vermemek adına, maddenin ikinci cümlesinde, bu kuralın, hakemin kendi yetkisine ilişkin vereceği kararlara uygulanmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla Küçük Alacaklar Usûlü'nün uygulandığı tahkim yargılamasında, hakemin yetkisi hakkında

⁷⁰ 1994 tarihli LMAA Kuralları, Kısım 1(A)(1), (“...all disputes arising under or in connection with the transaction...”). Aynı ifade, 2017 tarihli LMAA Kuralları'nın 12. maddesinde de kullanılmıştır. Ayrıca bkz. **Sperling**, s.564.

⁷¹ 1994 tarihli LMAA Kuralları, 4(b) maddesi; **Sperling**, s.565.

⁷² 1997 tarihli LMAA Kurallarının ‘yetki’ başlıklı 10. maddesinde, hakem heyetinin, tahkim sürecinin başlamasından sonra ortaya çıkacak tüm meseleler hakkında da yetkili olduğu açıkça kabul edilmiştir (“...to refer to the tribunal for determination any further dispute(s) arising subsequent to the commencement of the arbitral proceedings.”), <<http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/LMAAterms1997.PDF>> s.e.t. 09.09.2021.

verdiği karara karşı itiraz edilmesi mümkündür. Ancak bu hususta ne tür hükümlerin uygulanacağı konusunda Küçük Alacaklar Usûlü sessiz kalsa da bu kuralların tamamlayıcı kurallar olduğu düşünüldüğünde, yetki itirazlarının LMAA Kuralları uyarınca yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

FALCA Kuralları'nın 6. maddesinde ise sözleşmenin varlığı ve geçerliliğine ilişkin sorunlar hakkında hakem heyetinin karar verme yetkisi kabul edilirken ayrıca hakem heyetinin yetkisine ilişkin *kompetenz-kompetenz* kuralının da kabul edildiği görülmektedir. Dolayısıyla ara sorunlar için de hakem heyetinin yetkili olduğu kabul edilmektedir⁷³ ve 1996 tarihli Tahkim Kanunu açısından da geçerli olarak, taraflar temyiz haklarından feragat etmişse, hakemlerin verdiği bu kararlar kesin ve bağlayıcıdır.

V. LMAA TAHKİMİ KAPSAMINDA VERİLEN HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI

İngiliz hukukunda, 1979 yılına kadar, hakemlerin kararlarını gerekçesiz ve oldukça kısa bir şekilde yazdıkları ifade edilmektedir⁷⁴. Bunun en önemli sebebi, 1979 yılında İngiliz Tahkim Kanunu'nda yapılan değişikliğe kadar tahkim üzerinde uygulanan yargı denetimiydi. Hakem kararları üzerinde gerçekleşen iki tür yargı denetimi sebebiyle, İngiliz hukukunun, hakem kararlarına karışma noktasında eşsiz olduğu yorumu bile yapılmıştır⁷⁵. 1922 yılında verilen bir mahkeme kararı⁷⁶ sonucunda, 18. yüzyılda başlayan uygulamaya göre aleyhine verilen bir hakem kararını iptal ettirmek isteyen taraf, mahkemeye başvurma imkanına sahipti⁷⁷. Hâkim, hukuka veya vakıalara ilişkin hata yapıldığı kanaatine varırsa, *common law*'dan kaynaklanan yetkisi

⁷³ Sperling, s.567.

⁷⁴ Shenton, David W./ Toland, Gordon K. (1980) "London as a Venue for International Arbitration: The Arbitration Act 1979", Law and Policy in International Business, C: 12, S: 3, s.645.

⁷⁵ Shenton/Toland, s.644.

⁷⁶ Bkz. Czarnikow v. Roth, Schmidt & Co. [1922] A.C. 2 (K. B.), Hakim Scruttan, aksi açıkça belirtilmedikçe, hakemlerin İngiliz hukukunu uygulamak zorunda olduklarına hükmetmiştir, s.488, <<http://www.uniset.ca/other/cs3/19222KB478.html>> s.e.t. 11.09.2021.

⁷⁷ Shenton/Toland, s.646.

çerçevesinde, hakem kararını iptal edebilirdi. Hakem kararını iptal etmenin etkisi, tahkime hiç gidilmemiş gibi tarafın tahkim yargılamasını tekrar başlatabilmesiydi⁷⁸.

İkinci olarak, 1854 tarihli Kanun⁷⁹ ile getirilen denetim mekanizmasına göre, hakemler gerek kendi takdirleri gerekse de tarafların talebi doğrultusunda, ellerindeki uyuşmazlığı, özel dava formatıyla (*special case form* veya *case stated*) mahkemenin önüne getirerek hakimlerin görüşünü alırdı. Buna göre, hakem, uyuşmazlığın doğasını, tarafların üzerinde anlaşamadıkları vakıa ve hukuki meseleleri açıklar, kendi bulgularını ve hâkimden görüş bildirmesini istediği hukuki sorunları belirlerdi⁸⁰. Hakemlerin yine gerekçesiz karar verdikleri bu halde de özel dava yönteminin etkinliği, hakemlerin tam bir karara vardıktan sonra tarafların mahkemeye giderek kararı iptal ettirmesinin önüne geçmesiydi⁸¹. Diğer taraftan, uyuşmazlıklarının kolayca, bir devletin mahkemelerinde gizliliğe riayet edilmeden kamuya sunulması, özellikle inşaat

⁷⁸ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (2001) ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile tahkime ilişkin hükümler değiştirilmeden önce, hakem kararlarına karşı, Türk hukukunda da temyiz kanun yolu düzenlenmekte idi. Buna göre, hakem kararının denetimi yalnızca tahkime ilişkin genel sınırlamalar kapsamında değil, bizatihi esasına girilerek yapılmaktaydı. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1994 yılında vermiş olduğu bir İçtihatları Birleştirme Kararında, hakem kararına karşı temyiz incelemesi sırasında, maddi hukuk kurallarının da doğru uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi gerektiği belirtilmiş idi (YİBHKGK, 28.01.1994, E. 1993/4, K. 1994/1). Ancak hem Milletlerarası Tahkim Kanunu 15/A maddesi ile hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu 439'uncu maddesiyle hakem kararlarına karşı ancak "iptal davası" açılabileceğini kabul etmiştir. Burada da esasa ilişkin bir denetim (*revision au fond*) mümkün değildir. Yargıtay da 2018 yılında verdiği yeni bir içtihatları birleştirme kararıyla bu hususu teyit etmiştir (YİBHKGK, 13.04.2018, E. 2016/2, K. 2018/4).

⁷⁹ Common Law Procedure Act of 1854, Ch. 125, Sec. 5. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/17-18/125/section/V/enacted>> s.e.t. 11.10.2021.

⁸⁰ **Clark, Reuben/Lange, Dieter G.** (1980) "Recent Changes in English Arbitration Practice Widen Opportunities for More Effective International Arbitrations", *The Business Lawyer*, C: 35, S: 4, s. 1624; **Shenton/Toland**, s.646-647.

⁸¹ **Shenton/Toland**, s.467. Ancak hakem kararlarının gerekçesiz olması tarafları tatmin etmediği için, hakemlerden gerekçe talep ettiklerinde hakemler, taraflara verdikleri bu gerekçenin, hükümlerinin bir parçası olmadığı belirtip tarafların bunu hiçbir yasal süreçte kullanamayacağına ilişkin feragatleri ile gerekçeyi teslim ediyorlardı, **Shenton/Toland**, s.649.

sektöründe tepki ile karşılanması ve gerekçesiz hakem kararlarının başka ülkelerde tenfizinin zor olması sonucunda⁸², 1979 yılında İngiliz Tahkim Kanunu'nda reforma gidildi.

1979 yılında, İngiliz Tahkim Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucunda, özel dava formatı kaldırılarak getirilen yeni yargı denetimi modeline göre, çok sınırlı şekilde sadece hukuki sorunlara ilişkin, mahkemelere başvurulabilecekti⁸³. Taraflar aralarında yazılı olarak anlaşarak bu yargısal denetimden kaçınılabirdi. İngiliz Tahkim Kanunu'nun 45. maddesinde yer alan benzer bir hüküm uyarınca mahkemeler, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılamasında karşılaşılan ve tarafların haklarını önemli derecede etkileyen bir soruna ilişkin hakem heyetine yapılan başvuru sonucunda karar verebilir. Tüm bunlara rağmen, Londra'nın deniz ticareti tahkiminin önemli bir merkezi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim 2012 yılında toplam hakem kararlarının %4'ü mahkeme önüne temyiz için götürülmesine rağmen, bu davaların sadece %1'i ya hakem heyetine geri gönderilmiş ya da bozulmuştur⁸⁴.

Tahkim yargılamasında taraflar, yargılama esnasında, hakem heyetinin yetkisine karşı devlet mahkemelerinde yetki itirazında bulunabileceği gibi, yargılamanın bitmesinin üzerine belirli şartların varlığı halinde, hakem kararının temyizi yoluyla yetki itirazını ileri sürebilir. Temyiz hakkı LMAA Kuralları'nda açıkça yer almasa da Küçük Alacaklar Usûlü'nün 14. maddesi uyarınca, tarafların temyiz hakkının, kural olarak var olmasa da belirli şartlarla sınırlı olarak kabul edildiği görülmektedir. Buna göre hakem kararı, genel kamu düzenine ilişkin bir sorun doğuruyorsa; ticari veya endüstriyel olarak önemli bir hususa ilişkinse ve hakem heyeti de bu görüşü belgelediye, hakem kararının temyizi için başvurabilir. Kural koyucu, herhangi bir şüpheye ver vermeme adına, bu hükmün hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında karar verdiği hallerde uygulanmayacağını açıkça düzenlemiştir.

Hakem kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmasından esasen anlaşılması gereken, Tahkim Kanunu'nun 67 ila 71. maddelerinde

⁸² Shenton/Toland, s.649 ve 651.

⁸³ Clark/Lange, s.1626.

⁸⁴ Fyans, s.11.

düzenlenmiştir. Temel üç grup sebebe dayalı olarak hakem kararına karşı mahkemeye müracaat edilebilir: hakem mahkemesinin yetkisiz olduğu iddiası, başvuran taraf açısından haksızlığa yol açan ağır aykırılıkların bulunduğu iddiası ve hukukun doğru uygulanmadığı iddiası. Hakem mahkemesinin yetkili olduğunu belirttiği karara karşı, taraflar tahkim yargılaması sırasında olduğu gibi hakem kararının verilmesinden sonra, bu kararın kısmen veya tamamen etkisiz olduğunu tespit etmek maksadıyla da hakem kararına karşı mahkemeye müracaat edebilir. Bunun yanında Kanun'un 68(1) maddesi uyarınca, tahkim sürecine, verilen karara veya heyete ilişkin ağır aykırılığın (*serious irregularity*) bulunması halinde ilgili taraf, hakem kararına mahkemede itiraz edebilir. Kanun ile örnek kabilinden bazı hususlar zikredilerek, bunlar gibi başvuran taraf açısından esaslı bir haksızlık teşkil edecek sebeplerin ağır aykırılık olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Buna göre,

- *hakemlerin hukuki dinlenilme hakkı ile tarafların eşitliğini ve yargılamanın makul süre içerisinde ve en az masrafla tamamlanmasına ilişkin görevlerini ihlal etmiş olmaları,*
- *hakemlerin yetkisini aşarak karar vermiş olmaları,*
- *hakemlerin, tarafların kararlaştırmış oldukları yargılama usûlüne aykırı olarak karar vermiş olmaları,*
- *hakemlerin taleplerin bir kısmı hakkında karar vermemiş olmaları,*
- *hakemlerin veya tahkim yargılaması süresince kendisine taraflarca yetki verilmiş kişi veya kurumların yetkisini almış olmaları,*
- *hakem kararının etkisinin müphem veya muğlak olması,*
- *hakem kararının hile ile elde edilmiş olması veya kamu düzenine aykırı olarak verilmesi,*
- *hakem kararının şekline ilişkin kurallara uyulmamış olması,*
- *hakemlerin veya taraflarca kendisine yetki verilen kişi veya kurumların yargılamada veya hakem kararında bir ağır aykırılık bulunduğunu ikrar etmiş olması*

ağır aykırılık olarak değerlendirilmektedir⁸⁵.

⁸⁵ Esasen söz konusu sebepler incelendiğinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A maddesinde düzenlenen iptal sebepleri ile çok benzer olduğu görülmektedir.

Bu durumda mahkeme, kural olarak kısmen ya da tamamen düzeltilmesi için kararı, heyete geri gönderebilir (*remittance for reconsideration*), istisnai olarak ise kararı tamamen veya kısmen iptal edebilir (*set the award aside*) ve kararın kısmen ya da tamamen geçersiz olduğuna (*declare the award of no effect*) hükmedebilir. Verilecek bu karar, kural olarak kesindir; ancak istisnai olarak bu kararın da bir üst mahkemede temyiz edilmesi, ilk derece mahkemesinin bu yönde izin vermesini (*leave to appeal*) gerektirir. Tahkim Kanunu'nun sayma yöntemi ile düzenlenen 68(2) maddesi uyarınca, ağır aykırılık olarak kabul edilebilecek durumlardan bazıları, hakem heyetinin yetkisini aşması, kararlaştırılan veya uygulanması gereken usule aykırılıklar ve sürecin sonunda verilen kararın belirsiz olmasıdır⁸⁶.

Hukuka aykırılık nedeniyle taraflar⁸⁷, Tahkim Kanunu'nun 69. maddesi uyarınca, hakem kararına karşı mahkemede temyiz yoluna başvurabilir. Ancak taraflar bu haklarından sözleşme ile feragat edebileceği gibi⁸⁸; hakem kararının gerekçesiz olması hususunda tarafların anlaşmaya varması, hukuka aykırılığa dayalı olarak mahkemeye başvurma hakkından da feragat edildiği anlamına gelmektedir⁸⁹. Bu yönde bir anlaşma yoksa, ilgili taraf, diğer tarafa ve hakem

⁸⁶ Taraflarca bilirkişi atanmasına ilişkin aksi kararlaştırılmış olmasına rağmen hakemin bilirkişi ataması, ağır usule aykırılık olarak yorumlanmıştır, bkz. Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo Spa [2005] 2 Lloyd's Rep. 310 (H.L.). Listenin tamamı için bkz. UK Arbitration Act of 1996, Ch. 23, Part I, Sec. 68(2), <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/68>> s.e.t. 12.03.2022. Ertan bu aykırılıkların, objektif hukuka aykırılık olması gerektiğini belirtmektedir, **Ertan**, s.74.

⁸⁷ Esasa ilişkin denetleme imkânı vermesi dolayısıyla, söz konusu hükmün, tahkim dostu bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmelidir. Bu konuda bir tartışma için bkz. <https://www.biicl.org/files/2493_michael_o_reilly_-_appeals_from_arbitral_awards_the_section_69_debate_.pdf> s.e.t. 03.03.2022.

⁸⁸ Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A maddesi de, tarafların iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebileceğini kabul etmektedir. Buna göre, yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; Kanunda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler.

⁸⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin başvurulursa, yabancı hakem kararının gerekçesiz olmasının tek başına Türk kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilemeyeceğini şu gerekçelerle ifade etmiştir: Devletler

heyetine bildirimde bulunmak suretiyle, Tahkim Kanunu'nun 69(3). maddesindeki şartlarda, tahkim sonunda verilen hükümdeki hukuki bir soruna ilişkin olarak devlet mahkemesinde temyize başvurabilir. Bu durumda ilk derece mahkemesinin önündeki hususun, tahkim sürecindeki taraf veya tarafların haklarını etkileyecek bir sorun olduğuna; hakem heyetinin üzerinde karar vermesi gereken bir sorun olduğuna; hakemin veya heyetin açıkça yanlış olarak verdiği karardan kaynaklandığına, genel kamu düzenine ilişkin bir sorun olduğuna ve son olarak da tahkim şartının varlığına rağmen, sorunun mahkeme tarafından çözülmesinin her şartta adil ve uygun olduğuna kanaat getirmesi gerekir. Bu şartların sağlanması halinde, ilk derece mahkemesi hâkimi, duruşma yapılmasına gerek olmadığına kanaat getirirse, karar verilmesi gereken hukuki sorunları dosya üzerinden belirleyerek, kendisine başvuran tarafa hakem kararını temyiz etme izni (*leave to appeal*) verir. İlk derece mahkemesinin bu kararı da temyiz edilebilir niteliktedir. Bu iznin alınmasının ardından, Tahkim Kanunu'nun 69(7). maddesine göre, hakem kararını temyiz etmek isteyen ilgili taraf, üst mahkemede temyiz davası açar. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*), bu davanın sonunda, kararı onayabilir; kararı kendisi değiştirebilir, kararı kısmen ya da tamamen hakem heyetine geri gönderebilir⁹⁰ ve istisnai olarak kararı kısmen ya da tamamen iptal edebilir. Tahkim Kanunu'nun 69(8). maddesi uyarınca, verilecek bu karar, kanun yoluna başvurulabilmesi açısından, temyiz edilebilir bir karardır.

Türk hukukundan farklı olarak, taraflar, hakem heyetinin uyuşmazlığın esası bakımından kendisinin yetkili olduğuna ilişkin karara karşı da mahkemeye müracaat edebilir (m. 67). Hakem heyeti, yetkiye ilişkin kararı hakkında devlet mahkemesi önünde yargılama devam ederken, kendisi de

Özel Hukuku'nun yabancı mahkeme kararlarının gerekçesine yaklaşımı Medeni Usul Hukuku ile aynı değildir. Kararın gerekçesi, kararı veren hâkimin mensup olduğu devletin usul kanunlarına tabi olup, kural olarak başlı başına bir kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi aykırılık yaratmayacaktır. Temel savunma hakkının ihlali ile kararın gerekçesiz oluşu farklı hususlar olup, savunma hakkının verilmemiş olması iç hukuktaki kamu düzenine aykırılık yaratacak ise de, yabancı ilamın gerekçesiz oluşu sadece ve tek başına bir sebep olarak kamu düzenine aykırılığı oluşturmayacaktır. (YİBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T:10.02.2012).

⁹⁰ Uygulamada en çok başvuru olan yöntemin, kararın hakem heyetine, yeniden değerlendirilmek üzere iadesine karar verdiği görülmektedir, **Ertan**, s.79.

ayrıca yargılamaya devam ederek karar verebilir. Ancak netice itibariyle hakem heyetinin yetkisini inceleyen mahkeme, kararı onayabileceği gibi, değiştirebilir veya iptal edebilir (m. 67/III). Mahkeme, bu kararına karşı kanun yoluna başvurulmasına izin verebileceği gibi, kararın verildiği anda kesin olacağını da belirtebilir.

SONUÇ

Milletlerarası ticarete ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim sıkça başvuru olan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Özellikle deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda, hızlı, etkin ve uzmanlığa uygun şekilde bir çözüm yolunun bulunması oldukça önemlidir. Bu amaca hizmet eden New York, Hong Kong, Singapur gibi birçok tahkim merkezi bulunmakla birlikte uygulama uyuşmazlıkların en çok Londra'da çözümlenmesi talep edilmektedir. Londra'da gerçekleşecek tahkim sürecine 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda, tahkim yerinin Londra olduğu deniz ticareti uyuşmazlıkları açısından Londra Deniz Ticareti Hakemleri Birliği'nin (LMAA) kurallarına tabi şekilde tahkim yöntemi tercih edilmektedir. LMAA, *ad hoc* tahkimin yürütüldüğü, deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda uzmanlaşmış hakemlerden oluşan bir birliktir ve uyuşmazlığa ilişkin istisnai haller dışında idari olarak bir görevi bulunmamaktadır. Tarafların tahkim anlaşmalarında Londra'da deniz ticareti tahkimi şeklinde yapacakları bir belirleme ile kendilerince belirlenen hakemler huzurunda uyuşmazlıkların çözümlenmesi amaçlanır.

LMAA'nın tahkime ilişkin süreci başlamadan evvel, erken tarafsız değerlendirme yapılması mümkündür. Buna göre uyuşmazlığın tahkime götürülmeden önce tarafların anlaşabilmelerine zemin hazırlamak için tarafsız bir değerlendirici eliyle, uyuşmazlıktaki iddia ve savunmaların bağlayıcı olmayacak şekilde ama gerçekçi ve objektif bir değerlendirmesinin yapılması söz konusudur. Bu amaçla değerlendirici ile uyuşmazlığın tarafları arasında bir değerlendirme anlaşması imzalanır ve bu anlaşma uyarınca değerlendirici, ücreti karşılığında, taraflara görüş ve tavsiyelerini bildirmekle yükümlüdür. Ayrıca değerlendirme garantisi diyebileceğimiz bir koruma da kabul edilmiştir, nitekim değerlendirmeden dolayı değerlendircinin hiçbir hukuki sorumluluğu

bulunmamaktadır. Ancak ihtiyari olan bu aşamada taraflar anlaşamazlarsa, artık tahkim süreci başlayacaktır.

Taraflar tahkim sözleşmesinde LMAA Kuralları'nın uyuşmazlıklarına uygulanacağı konusunda anlaşılabilir veya uyuşmazlık herhangi bir yolla LMAA'ya tam üye olan hakemlerden birinin önüne geldiyse, tahkim sözleşmesine LMAA Kuralları uygulanır ve aksi kararlaştırılmadıysa, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk İngiliz hukuku olup tahkim yeri de İngiltere'dir. Diğer taraftan LMAA Orta Alacaklar Usûlü, tahkim yargılamasının bu kurallara göre yapılacağına taraflarca kararlaştırılması halinde, dava veya karşı davadaki talep tutarının, 100,000 ila 400,000 Amerikan Doları arasında olması halinde uygulama alanı bulur. LMAA'nın son set kuralları olan Küçük Alacaklar Usûlü, alacak miktarının 100,000 Dolar'ın altında kalması ve taraflarca bu prosedür uyarınca tahkimin görülmesinin kararlaştırılması halinde uygulanır. Son olarak da LMAA'nın diğer kurallarından tamamen bağımsız nitelikte olan FALCA Kuralları, taraflar arasında imzalanan sözleşmede açıkça uyuşmazlığın bu kurallara göre çözümleneceğinin öngörülmesi halinde uygulanacaktır.

LMAA'nın tüm kurallarının yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere hakem heyetinin teşkili ve yetki itirazlarının görülmesi konusunda kendilerine özgü bazı prosedürleri mevcuttur. Bunun yanı sıra taraflarca hakem sayısının belirlenmediği hallerde, Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca, tahkime konu uyuşmazlık, kural olarak tek hakemle görülür. Ancak tahkim sözleşmesinde, 'Londra'da olağan tahkim' veya 'Londra'da geleneksel şekilde yürütülen tahkim' ifadeleri kullanılmışsa, hakemlerin sayısı ve seçimi bakımından bu kanununun kapsamı dışına çıktığı kabul edilmektedir. Bu durumda ise, her iki tarafın birer hakem seçmesi ve bu iki hakemin davayı görmesi, gerekirse bu iki hakemin de bir üst hakem seçmesi genellikle başvurulmuş bir yöntemdir.

Tahkim yargılamasında taraflar, yargılama esnasında, hakem heyetinin yetkisine karşı devlet mahkemelerinde yetki itirazında bulunabileceği gibi, yargılamanın bitmesinin üzerine belirli şartların varlığı halinde, hakem kararının temyizi yoluyla yetki itirazını ileri sürebilir. Kural olarak hakem heyetinin yetkisine ilişkin hususlar, taraflarca serbestçe tahkim anlaşmasında

düzenlenebilir. Ancak taraflarca bir karşılaştırma yapılmadıysa, tahkim yargılamasının devam ettiği sırada tarafların hakem heyetinin yetkisine ilişkin mahkemeye başvurma imkânı mevcuttur. Kural olarak hakem heyetinin kendi yetkisine ilişkin karar verme yetkisi bulunmaktadır, ancak bu karar temyiz edilebilir niteliktedir. Bu durumda, her iki tarafın yazılı rızasının veya hakem heyetinin izni ile mahkemenin uygun görmesi halinde, İngiliz mahkemelerinde hakemlerin yetkisine ilişkin kararın temyizi mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akan, Pınar** (2012) “Deniz Hukuku’nda Alternatif Çözüm Yolları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 18, S: 2, s.465-475.
- Akıncı, Ziya** (2021) Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Alangoya, Yavuz** (1973) Medenî Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul.
- Ambrose, Clare/ Maxwell, Karen/ Collett, Michael** (2018) London Maritime Arbitration, 4. Baskı, Oxon, Informa Law.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2019) Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2021) Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Baertsch, Philippe/ Petti, Angelina M.** (2013) “Chapter 3: Arbitration Agreement”: **Geisinger, Elliott/Voser, Nathalie (Editörler)**, International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners, 2. Baskı, Den Haag, Wolters Kluwer.
- Bosch, Wolfgang** (1991) Rechtskraft und Rechsthaengigkeit im Schiedsverfahren, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Budak, Ali C./ Karaaslan, Varol** (2018) Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Clark, Reuben/Lange, Dieter G.** (1980) “Recent Changes in English Arbitration Practice Widen Opportunities for More Effective International Arbitrations”, The Business Lawyer, C: 35, S: 4, s. 1621-1632.

- Connerty, Anthony** (2009) “Uluslararası Ticari Uyuşmazlık Çözümü; Uluslararası Ticari Tahkim Kurumları, Ad Hoc Tahkimi ve Tahkimin Geleceği”: Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, 09-10 Ocak 2009, Ankara, TBB Yayınları No: 164, s.17-25.
- Collett, Michael** (2013) “Maritime Arbitration”: **Lew, Julian D. M./ Bor, Harris et al.** (Editörler), Arbitration in England, with Chapters on Scotland and Ireland, Wolters Kluwer.
- Doğan, Vahit** (2020), Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara, Savaş.
- Ekşi, Nuray** (2004) Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, 1. Bası, İstanbul, Beta.
- Ekşi, Nuray** (2013) Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, İstanbul, Beta.
- Erdoğan, Ersin** (2020) Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Ertan, Kerem** (2010) “Deniz Hukukunda Londra’da Tahkim” (Doktora), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Fyans, Christopher** (2013) “An Introduction to the LMAA”, Seminar on “Arbitrating in Difficult Market Times”, 15 April 2013, Shangai, s.6-12.
- Gaunt, Ian** “*What makes LMAA Arbitration Different?*” Halliburton v. Chubb-LMAA Position Paper, s. 1-14, <<http://www.lmaa.org.uk/uploads/documents/Halliburton%20v%20Chubb%20-%20LMAA%20position%20paper.pdf>> s.e.t. 11.12.2021.
- Glossner, Ottoarndt/ Bredow, Jens/ Bühler, Michael B.** (1990) Das Schiedsgericht in der Praxis, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft.
- Girsberger, Daniel/ Voser, Nathalie** (2016) International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives, 3. Baskı, Den Haag, Nomos.
- Guldener, Max** (1979) Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Baskı, Zürich, Schulthess.

- HFW Annual Report on “The Maritime Arbitration Universe in Numbers: London Remains Ever Dominant”, Shipping Insight: Who Rules the Waves?, July 2020, <<https://www.hfw.com/downloads/002203-HFW-Maritime-Arbitration-in-Numbers-July-2020.pdf>> s.e.t. 17.12.2021.
- Habscheid, Walther J.** (1986) Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel, Helbing&Lichtenhahn.
- Hızır, Serdar** (2007) “Londra Deniz Hakemleri Birliği Tahkim Yargılaması” (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Hober, Kaj** (2014) Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration, Leiden, Brill.
- Karademir, Ebru** (2015) “Milletlerarası Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Bir Karşılaştırması”, Public and Private International Law Bulletin, C: 32, S: 2, s.73-104.
- Karayalçın, Yaşar** (1998) “Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usûlü”, BATİDER, C: 19, S: 3, s. 3-52.
- Kessler, Joachim** (1970) Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsverfahren, 3. Baskı, München, Goldmann.
- Koyuncu, Serdar** (2004) “Londra Deniz Hakemleri Birliği (LMAA) Tahkim Kuralları” Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1-2, s.467-486.
- Kılınç, Ahmet** (2021) “Acil Durum Hakem Kararının Hukuki Niteliği ve İcra Edilebilirliği” GSI Articletter, S: 24, s.258-273.
- Kuru, Baki** (2018) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Kuru, Baki** (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. VI, İstanbul, Demir.
- Kwok, David** (2016) “Maritime Arbitration and Cultural Differences”, Asian Business Lawyer, C: 17, s.75-94.

- Lachmann, Peter J.** (2008) Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Baskı, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Lemenez, Guillaume/ Quigley, Paul** (2008) “Emergency Arbitrator: The ICRD’s Procedure in Action”, *Dispute Resolution Journal*, C: 63, S: 3, s.60-69.
- Lew, Julian D. M./Mistelis, Loukas A./Kröll, Stefan M.** (2003) *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer Law International.
- Lord, Buffy D.** (2022) “Dispute Resolution on the High Seas: Aspects of Maritime Arbitration”, *Ocean and Coastal Law Journal*, C: 8, S: 1, s.71-89.
- Majumdar, Ariya B.** (2013) “Incorporation by Reference in Maritime Arbitration”, *Transportation Law Journal*, C: 40, S: 2, s.91-114.
- Münzberg, Reinhard** (1970) *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 15. Baskı, Berlin, Duncker&Humblot.
- Nomer, Ergin/ Ekşi, Nuray/ Öztekin-Gelgel, Günseli** (2016) *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I, 5. Baskı, İstanbul, Beta.
- Öksüzöğlü, H. Tuğba** (2018) “Türkiye’de Deniz Ticareti Tahkim Merkezi Kurulması Üzerine Düşünceler”, *Public and Private International Law Bulletin*, C: 38, S: 2, s.369-422.
- Pekcanitez, Hakan/ Yeşilirmak, Ali** (2017) *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Rieckhoff, Jan J.** (2006) “Deutsche Seeschiedsgerichtsbarkeit unter dem der GMAA Schiedsordnung in vergleichender Betrachtung Englischer Seeschiedsgerichtsbarkeit unter dem LMAA Reglement” (Doktora), Hamburg Üniversitesi.

- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl H./ Gottwald, Peter** (2010) *Zivilprozessrecht*, 10. Baskı, München, Beck.
- Rumfelt, Melanie** (2019) "Arbitration", *Malabu Maritime Law Bulletin*, C: 8, s.16-18.
- Saad, Ahmed/ Rizvi, Zisha** (2017) "Maritime Arbitration- Legal Perspectives", *Court Uncourt*, C: 4, S: 5, s.8-10.
- Savola, Mika** (2016) "Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings", *Croatian Arbitration Yearbook*, C: 26, s.73-97.
- Schlosser, Peter** (1989) *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Baskı, Tübingen, Mohr.
- Schütze, Rolf A.** (2016) *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 6. Baskı, München, C. H. Beck.
- Schütze, Rolf A./Tscherning, Dieter/Wais, Walter** (1985) *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Berlin, Walter de Gruyter.
- Shenton, David W./ Toland, Gordon K.** (1980) "London as a Venue for International Arbitration: The Arbitration Act 1979", *Law and Policy in International Business*, C: 12, S: 3, s.643-676.
- Sperling, G. Hans** (1997) "New London Arbitration Rules: Paradise Regained", *Tulane Maritime Law Journal*, C: 21, s.557-592.
- Spühler, Karl/ Dolge, Annette/ Gehri, Myriam** (2010) *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 9. Baskı, Bern, Stämpfli Verlag.
- Stahelin, Adrian/ Stahelin, Daniel/ Grolimund, Pascal** (2013) *Zivilprozessrecht*, 2. Baskı, Zürich, Schulthess.
- Sutton, David St. J.** (1982) "Choosing a Forum for International Commercial Arbitration in London", *American Society of International Law Proceedings*, C: 76, s.178-181.

- Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman-Figanmeşe, İnci** (2018) Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Şanlı, Cemal** (1986) Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Şanlı, Cemal** (2019) Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul, Beta.
- Tsatsas, John** (2012) “Understanding Arbitration in London - The Role of the LMAA”, Taipei- Hong Kong Forums, Papers from LMAA Seminars, 14 November 2012, s.1-10.
- Üstündağ, Saim** (1968) Medeni Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul.
- Wagner, Gerhard** (1998) Prozessvertraege: Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Yılmaz, Ejder** (2013) Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Zeiss, Walter/ Schreiber, Klaus** (2014) Zivilprozessrecht, 12. Baskı, Tübingen, Mohr Siebeck.

İCRA HUKUKUNDA İRADİ TARAF DEĞİŞİKLİĞİ*

Arş. Gör. Vildan ERDOĞAN**

Arş. Gör. Hüseyin ZORLU***

ÖZET

Davacı davanın açılması aşamasında dava dilekçesinde karşı tarafı belirler. Dava sırasında ise her iki taraf da mevcut taraflara dair değişiklik yapabilir. İradî taraf değişikliği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124'üncü maddesinde düzenlenen bir kavramdır. Taraf değişikliği bu hükümde iki şekilde düzenlenmiştir. Buna göre taraf değişikliği karşı tarafın açık rızası veya hâkimin izni ile yapılabilir. Tarafta iradî değişikliğin hukukî niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bu çalışma bakımından öncelikle öğretilerdeki bu görüşler değerlendirilmiş, ardından bu görüşlerden hareketle icra hukuku bakımından taraf değişikliği incelenmiştir. İlk olarak icra takipleri bakımından tarafta iradî değişikliğin mümkün olup olmadığı yargı kararları çerçevesinde irdelenecek ve sonrasında icra hukuku çerçevesinde başvurulmuş bazı hukukî çareler ve davalar açısından taraf değişikliği ele alınmıştır. Bu kapsamda şikâyetin, itirazın kaldırılmasının, itirazın iptali, istihkak ve menfi tespit davasının hukukî niteliği dikkate alınarak HMK'da düzenlenen tarafta iradî değişikliğin belirtilen her bir prosedür bakımından mümkün olup olmadığı izah edilmiştir. Buna bağlı olarak ilgili hükmün ne şekilde ve hangi kapsamda uygulanacağı öğretisi ve yargı kararları çerçevesinde tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İradî, Taraf Değişikliği, İcra Takibi, İcra Hukuku, İtiraz.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1108768 – Geliş Tarihi: 25.04.2022 – Kabul Tarihi: 29.06.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, verdogan@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8811-1391.

*** Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, huseyin.zorlu@yobu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8385-0104.

VOLUNTARY CHANGE OF PARTY IN ENFORCEMENT LAW

ABSTRACT

The plaintiff determines the other party in the petition at the stage of filing the lawsuit. During the proceeding, both parties can change to the existing parties. Voluntary change of parties is a concept regulated in Article 124 of the Code of Civil Procedure. The change of party is regulated in this article in two ways. Accordingly, the change of party can be made with the express consent of the other party or secondly with the permission of the judge. There are different approaches in the doctrine regarding the legal nature of the voluntary change in the party. In this study, first of all, these approaches of the doctrine will be evaluated, and then, based on these approaches, the change of party in enforcement law will be assessed. First of all, whether a voluntary change is possible in terms of enforcement proceedings will be examined within the framework of judiciary, and then the change of party will be discussed for some legal remedies and lawsuits applied within the framework of enforcement law. In this context, the legal nature of the complaint, the annulment of the objection, the cancellation of the objection, the compensation and the negative declaratory action have been taken into account. It has been explained whether a voluntary change of a party as it is regulated in the Code of Civil Procedure is possible in terms of each specified procedure. Accordingly, how and to what extent the relevant provision will be implemented will be discussed within the framework of doctrines and judicial decisions.

Keywords: Voluntary, Change of Party, Enforcement Proceeding, Enforcement Law, Objection.

GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu'nda iradî taraf değişikliğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan iradî taraf değişikliğine ilişkin hükmün kıyasen ya da doğrudan icra hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı sorusu cevaplanmalıdır. Öğretide hâkim görüşe göre taraf değişikliğinin icra hukuku bakımından uygulanabileceği kabul edilmektedir. Yargı kararlarına bakıldığında bu konuda farklı içtihatlar bulunmaktadır. Hem öğreti hem yargı kararlarında taraf değişikliğinin nasıl yapılacağı, usûlü ve sonuçları bakımından yeknesaklık yoktur.

Çalışma kapsamında iradî taraf değişikliği bakımından icra takiplerinde ve icra hukuku çerçevesindeki hukukî çarelerde tarafların tespiti önem arz etmektedir. Bu kapsamda öncelikle medenî yargılama hukukunda kabul edilen teorilerin icra hukukunda da geçerli olup olmayacağı tartışılmış, konunu daha iyi anlaşılması için bu tartışmadan evvel medenî yargılama hukukundaki taraf kavramı ve buna ilişkin teoriler irdelenmiştir. Daha sonra HMK'nın 124'üncü maddesinde düzenlenen iradî taraf değişikliği kavramı, kavramın hukukî niteliğine ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler çerçevesinde açıklanmıştır.

Son olarak iradî taraf değişikliği icra hukukunda başvurulacak hukukî çareler bakımından ele alınmıştır. Burada her bir hukukî çare bakımından HMK m. 124 hükmünün hangi kapsamda uygulanacağı, bunun icra takibi ve yargılama bakımından sonuçları ayrıntılı olarak incelenmiştir. Burada yalnızca icra hukukundaki hukukî çarelere yer verilmiş, iflâs hukuku ve konkordato çalışmanın kapsamını genişleteceğinden incelenmemiştir.

I. GENEL OLARAK TARAF KAVRAMI

İcra hukukunda iradî taraf değişikliğinin mümkün olup olmadığını incelemeye başlamadan evvel medenî usûl hukukunda dava ve davada taraf kavramlarının açıklanması konunun anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Medenî usûl hukukunda ileri sürülen bu kavramlara ilişkin teoriler genel olarak icra ve iflâs hukuku bakımından da uygulanmaktadır.

Dava ve davada taraf kavramları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Bu yüzden öncelikle bu kavramların tanımlanması gerekmektedir.

Dava, bir başkası tarafından subjektif hakkı ihlâl edilen, tehlikeye düşürülen veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kişinin mahkemeden hukukî koruma talep etmesiyle başlayan ve hüküm ile sonra eren süreçtir¹. Medenî yargılama hukuku bakımından davada taraf kavramı ile ilgili üç teori bulunmaktadır. Bunlar maddî taraf kuramı, şekli taraf kuramı ve işlevsel taraf kuramıdır².

Maddî taraf kuramına göre maddî hukuk ilişkisinin tarafları davanın da taraflarıdır, dolayısıyla bu teoriye göre taraf ve sıfat kavramları örtüşmektedir³. Nitekim bu kurama göre taraf sıfatı dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu şartın mevcut olup olmadığının mahkemece re'sen incelenmesi ve dava şartının yokluğu durumunda davanın esasa girilmeden reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴. Söz konusu görüş davanın taraflarının taraf sıfatına sahip olup olmadığının belirlenebilmesi için davanın esasına girilmesi gerektiği belirtilerek eleştirilmiştir⁵.

Davada tarafı belirlerken maddî hukuktan bağımsız hareket edilmesi gerektiği fikrine dayanarak şekli taraf teorisi öne sürülmüştür. Şekli taraf kuramına göre davanın tarafları, mahkemeden hukukî koruma talep eden ve

¹ **Kuru, Baki** (2018) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.102; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 319.

² **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 145; **Pekcanitez Hakan, Taş Korkmaz Hülya** (2017) Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 548.

³ **Taş Korkmaz, Hülya** (2014) Medenî Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 57; **Börü, Levent** (2012) Dava Konusunun Devri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 91.

⁴ **Alangoya, Yavuz** (1969) "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:3, S:5, s. 131.

⁵ **Alangoya**, s. 131; **Taş Korkmaz**, s. 58; **Börü** (2012), s. 244.

kendisine karşı hukukî koruma talep edilen kişilerdir, bu nedenle hukukî koruma talep eden (davacı) dava dilekçesiyle davanın taraflarını tespit eder⁶.

İşlevsel taraf kuramına göre ise malvarlığına ilişkin davalarda uyumsuzluk konusu mal üzerinde tasarrufa yetkili olan kişi davada taraf kabul edilmelidir. Ancak bu teori sadece malvarlığına ilişkin davalarda tarafı belirlediği için diğer davalar bakımından uygulanabilir olmaması sebebiyle eleştirilmiştir⁷.

Öğretide hâkim olan görüşe göre davada taraf belirlenirken şekli taraf kuramı uygulanmalıdır, çünkü dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen taraf gerçekte bu hukukî ilişkinin tarafı olmayabilir, bu nedenle taraf tamamen maddî hukuktan bağımsız olarak düşünülmesi gereken usûlî bir kavramdır⁸. Şekli taraf kuramı gereğince dava konusu hukukî ilişkinin tarafı olduğu iddiasıyla davayı yürütenler ile başkasına ait hakka dayanarak davayı sürdürebilme yetkisine sahip olanlar davada taraf olarak kabul edilmelidir⁹.

Bu çalışma kapsamında da öğretilerdeki hâkim görüşten yola çıkılarak icra takibinde ve takip sonrasında başvurulmuş hukukî çarelerde tarafın belirlenmesi bakımından şekli taraf kuramı esas alınacaktır. Bu kurama göre taraf değişikliği bakımından yalnızca davadaki süjeler değişmektedir, maddî taraf teorisinde olduğu gibi bir dava veya dava temelinin değişikliğinden bahsedilemeyecektir¹⁰.

II. İCRA HUKUKUNDA TARAF KAVRAMI

A. İCRA TAKİPLERİ BAKIMINDAN TARAF KAVRAMI

Medenî yargılama hukukunda geçerli olan şekli taraf kuramı icra takipleri açısından da esas alınmaktadır. Şekli taraf kuramına göre takibin

⁶ Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol (2018) Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 91; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 145; Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz Hülya, Pekcanitez Usûl, s. 551; Atalı/Ermenek/Erdoğan (2021) s. 212.

⁷ Pekcanitez Hakan, Taş Korkmaz Hülya, Pekcanitez Usûl, s. 549; Taş Korkmaz, s. 63; Börü (2012), s. 246.

⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 145; Pekcanitez Hakan, Taş Korkmaz Hülya, Pekcanitez Usûl, s. 550.

⁹ Pekcanitez Hakan, Taş Korkmaz Hülya, Pekcanitez Usûl, s. 552; Taş Korkmaz, s. 67; Börü (2012), s. 245.

¹⁰ Börü (2012), s. 90-91.

tarafları takip talebinde bulunan alacaklı ve borçlu olarak gösterilen kişilerdir. Bir başka deyişle hukuk davalarında olduğu gibi icra takibinde de alacaklı ve borçlu olmak üzere daima iki taraf vardır. İcra takibinde taraf olarak gösterilen kişiler takibin devamında başvuru hukukî çareler bakımından davacı ve davalı olarak yer alır.

İcra takibinde taraf olabilmeleri için alacaklı ve borçlunun taraf ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir¹¹. Taraf ehliyeti İİK’da düzenlenmemiştir, HMK’nın 50’nci maddesine göre hak ehliyetine sahip olan gerçek ve tüzel kişiler aynı zamanda taraf ehliyetine de sahiptir. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu’na göre hak ehliyetine sahip olan her gerçek ve tüzel kişi, icra takipleri bakımından taraf ehliyetine sahiptir¹². Taraf ehliyeti, takip şartı olduğu için icra müdürü tarafından re’sen gözetilmelidir, aksi halde süresiz şikâyete konu edilebilecektir¹³.

Tüzel kişiliğe sahip olmayan toplulukların taraf ehliyeti yoktur. Örneğin adi ortaklık ve miras ortaklığının taraf ehliyeti bulunmadığı için taraf ehliyeti olmayan kişi adına veya o kişiye karşı icra takibi yapılamayacaktır¹⁴. Bu kuralın kamu düzenine ilişkin olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla taraf ehliyeti olmayan kişi adına veya kişiye karşı yapılan takibin iptaline karar verilir¹⁵.

¹¹ **Kuru, Baki** (2021) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 65; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2021) İcra İflâs Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 80; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 83.

¹² **Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 155; **Kuru, Baki** (2021), s. 65; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 80; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022), s. 83.

¹³ **Postacıoğlu İlhan** (1982) İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul, Fakülter Matbaası, s. 118; **Kuru** (2013), s. 163; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar, Ayvaz Sema/Hanağası, Emel** (2021) İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 121; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022), s. 84; **Yıldırım, Mehmet Kâmil/ Deren-Yıldırım, Nevhis**, İcra İflâs Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 149.

¹⁴ **Kuru** (2021), s. 65; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 80; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 149.

¹⁵ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 80.

Takip sırasında ölen taraf bakımından taraf ehliyeti sona erer, bu halde alacaklı ve borçlu açısından takip edilecek prosedür farklılık arz etmektedir. Alacaklının icra takibi yaptıktan sonra ölmesi hâli İİK’da düzenlenmemiştir. Bu nedenle maddî hukuk kurallarına (TMK 640) göre mirasçılar alacak hakkına elbirliği ile malik olacakları için icra takibine alacaklının mirasçılarının hepsi tarafından mecburi takip arkadaşı olarak ya da tereke temsilcisi tarafından devam edilir¹⁶.

Miras ortaklığının borçlu olması durumunda borçlunun sağlığında başlamış olan icra takipleri ve borçlunun ölümünden sonra yapılacak icra takipleri bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir. Borçlunun takip devam ederken ölmesi hâli ise İİK’nın 53’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Başlamış takiplere devam edilmesi için, borçlu takip sırasında ölürse, borçlu hayatta olsa idi hangi usûl uygulanacak idiyse o usûle göre takibe terekeye karşı kaldığı yerden devam edilir. Ancak bu kural üç istisna bakımından uygulanamaz. Bunlar miras ortaklığının henüz paylaşılmamış olması, terekenin resmî tasfiyeye tabi tutulmamış olması veya mirasçılar arasında aile malları ortaklığı bulunmasıdır. Belirtilen üç hâlden biri var ise takibe terekeye karşı devam edilemez. Bunlardan hiçbiri yoksa, borçlunun sağlığında ona karşı başlamış olan takiplere, miras ortaklığına karşı aynen devam edilebilir (m.53/II)¹⁷. Borçlunun ölümü hâlinde tüzel kişiliği olmamasına rağmen takibe terekeye karşı devam edilebilmesini düzenleyen bu hüküm taraf ehliyetinin takip şartı olmasının istisnasını oluşturur¹⁸.

Tarafların icra ve iflâs hukukunda bizzat ya da vekil aracılığı ile alacaklı ve borçlu olarak takip işlemlerini yapabilmeleri için takip ehliyetine de sahip olmaları gerekir¹⁹. Takip ehliyeti, medenî yargılama hukukundaki dava ehliyetinin icra hukukundaki görünümüdür. HMK’nın 51’inci maddesine göre dava ehliyeti medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir. Buna göre

¹⁶ Kuru (2013), s. 147; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 121; Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 80.

¹⁷ Kuru (2021), s. 66; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 121.

¹⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 84.

¹⁹ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 81; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 123.

medeni hukuka göre fiil ehliyetine sahip olanlar dava ehliyetine de sahiptirler. Takip ehliyeti de tıpkı taraf ehliyeti gibi takip şartıdır ve icra memuru tarafından re'sen gözetilmelidir²⁰.

HMK'nın 53'üncü maddesi uyarınca medenî yargılama hukukunda dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir ve bu yetki maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir. Dava takip yetkisinin icra ve iflâs hukukundaki karşılığı takip yetkisidir. Kural olarak hak sahibi olan kişi o hak üzerinde tasarruf yetkisini haizdir. Dolayısıyla hak sahibi kişinin bizzat kendisi icra takiplerini başlatıp sürdürebilir. Ancak bazı durumlarda hak sahibi olmayan üçüncü kişiler de özel hükümler gereğince takip yetkisine sahip olabilir. Bu durumlardan biri icra dairesi tarafından üçüncü kişilere takip yetkisi verilmesidir. Bu yetkinin bulunması da icra hukuku anlamında takip şartı olarak karşımıza çıkar²¹.

İcra takibinde alacaklının alacağına kavuşabilmesi için maddî hukuk bakımından alacaklı sıfatını taşıdığı ve takip talebinde borçlu olarak gösterilen tarafın da gerçekten borçlu olduğunun belirlenmesi gerekir. Medenî yargılama hukuku ve icra hukuku bakımından sıfat, tarafların aynı zamanda maddî hukuk ilişkisinin süjesi olması anlamına gelir. Taraf ehliyeti, takip ehliyeti ve takip yetkisinden farklı olarak sıfat esasa ilişkin kabul edilmektedir²². Bu nedenle sıfat yokluğu takip şartı niteliğinde değildir, itiraz sebebi olarak incelenir ve icra dairesi kendiliğinden dikkate alamaz²³. Borçlunun itirazı üzerine itirazın bertaraf edilmesi için alacaklının başvurduğu yola göre icra mahkemesi ya da genel mahkemeler tarafından incelenir ve karara bağlanır²⁴.

B. BAŞVURULAN HUKUKÎ ÇARELER BAKIMINDAN TARAF

İcra takibinden önce, takip sırasında veya sonrasında, alacaklı ve borçlunun başvurduğu birtakım hukukî çareler mevcuttur. Bu yollar

²⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 84.

²¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 84.

²² Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 232.

²³ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s.86; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.124; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 82.

²⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 124

bakımından tarafların kimler olduğu çalışmanın konusu olan icra hukukunda iradî taraf değişikliği için önem arz etmektedir.

Bu hukukî çarelerden ilki şikâyetdir. Şikâyet icra takibinin taraflarına ve hukukî yararı bulunan kişilere tanınmış; icra dairelerinin kanuna veya hadiseye uygun olmayan işlemlerinin ortadan kaldırılmasını, düzeltilmesini veya hiç yapılmayan ya da geç yapılan işlemlerin yapılmasını konu alan hukukî çaredir²⁵.

Şikâyet yoluna başvurmaya kimlerin yetkili olduğu İİK'da düzenlenmemiştir²⁶. Şikâyette iki taraf vardır, ancak şikâyet dava değil, hukukî çare olduğundan taraflar davacı ve davalı yerine şikâyet eden ve şikâyet olunan sıfatlarını haizlerdir²⁷.

Şikâyet eden veya şikâyet hakkı sahibi, icra dairesinin yaptığı bir işlemde zarar gören veya işlemin iptalinde menfaati bulunan takibin tarafları veya üçüncü kişilerdir²⁸. Şikâyet edenin o işlemin iptalinde, düzeltilmesinde ya da yapılmasından hukukî yararının var olması gerekir. Hukukî yararın varlığı da işlemde dolayî kişinin hukukî durumunun etkilenmiş olması ve zararının bulunmasına bağlıdır²⁹.

Şikâyet yoluna başvurmakta hukukî yararı olan başlıca kişiler; takibin alacaklısı, borçlusu ve bu kişilerin halefleridir. Ayrıca takibin tarafı olmayan üçüncü kişiler de hukukî yararlarının bulunması koşuluyla şikâyete başvurabilir³⁰. Örneğin istihkak iddiasında bulunan kişilerin, rehin hakkı sahibinin, pey sürmek suretiyle açık artırmaya katılanların, haczedilemeyen hususlara ilişkin takip borçlusunun ailesinin şikâyet hakları vardır. İcra dairesi

²⁵ **Pekcanitez Hakan, Simil Cemil** (2017) İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 49.

²⁶ **Pekcanitez/ Simil**, s. 49.

²⁷ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 62; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 124.

²⁸ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 78; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022), s. 52.

²⁹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.62; **Kuru** (2021), s.43; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 78.

³⁰ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.62; **Kuru** (2021), s.43; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.78.

ise kendi yaptığı işlemler aleyhine şikâyet yoluna başvuramaz³¹. İcra dairesinin yaptığı işlemin yanlış olduğunu fark etmesi üzerine şikâyet süresi içinde bu işlemi kaldıracabileceği ya da düzeltebileceği kabul edilmektedir³². Ancak icra dairesinin yaptığı işlemler idarî işlem niteliğinde olmadığından ve işlemin kaldırılıp düzeltilmesi menfaat dengesini bozabileceğinden buna izin verilmemesi gerektiği de savunulmaktadır³³. Kanaatimizce icra dairesi tarafından yapılmış olan işlemler hukuka uygun ise geri alınamaz, şayet işlem hukuka aykırı ise icra dairesi şikâyet süresi içerisinde bu işlemi geri alabilir³⁴.

Şikâyet olunan taraf ise işlemi yapan ya da sürüncemede bırakan icra dairesi olmalıdır. Ancak öğretide hâkim görüş uyarınca şikâyete konu işlem lehine olan kişi karşı taraf durumundadır. İcra mahkemesi İİK m. 18/3 gereğince inceleme sırasında icra dairesinin yapmış olduğu ya da sürüncemede bıraktığı işleme ilişkin açıklama yapmasını isteyebilir³⁵.

İtirazın kaldırılması prosedüründe de taraf kavramının ayrıca ele alınması gerekir. Borçlunun itirazı üzerine alacaklı icra mahkemesinden itirazın kesin ya da geçici kaldırılmasını talep edebilir. Alacaklı, borçlunun itirazı üzerine duran takibe devam edilebilmesi için elinde İİK m. 68 ve 68/b anlamında belge varsa itirazın kesin kaldırılması yoluna başvurabilir³⁶. Bu durumda takibin alacaklısı ve borçlusu itirazın kaldırılması yargılamasının tarafları olarak zikredilebilir. Borçlunun imzaya itirazı üzerine alacaklı takibe devam edebilmek için itirazın geçici kaldırılması yoluna başvurabilir. Burada

³¹ Pekcanitez/Simil, s. 254; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.78; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 62.

³² Pekcanitez/ Simil, s. 254; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 63.

³³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 78.

³⁴ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 58.

³⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 53.

³⁶ Kuru (2021), s. 119; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 194; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 118; Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 155.

da imzayı inkar eden borçlu ve itirazın geçici kaldırılmasını isteyen alacaklı taraf konumundadır³⁷.

Alacaklı genel mahkemelerde itirazın iptali yoluna başvurup uyuşmazlık hakkında kesin hüküm elde etmek isteyebilir. İtirazın iptali davası takip alacaklısı tarafından takip borçlusuna karşı itiraz ile duran takibin sürdürülmesini sağlamak amacıyla açılan davadır, dolayısıyla davanın tarafları takip alacaklısı ve borçlusudur³⁸.

Borçlunun mallarının haczedilmesi sırasında üçüncü kişilerin istihkak iddialarının olması durumunda istihkak davası açılması kanunda öngörülmüştür. İstihkak davasında ise hacizli mal borçlu ya da borçlu ile birlikte üçüncü kişinin elinde bulunuyorsa (İİK 96-97/a) davacı istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi, davalı mallar üzerinde haciz koyduran alacaklı ve istihkak iddiasına itiraz etmiş olan borçludur³⁹. Hacizli malın üçüncü kişinin elinde bulunması (İİK m. 99) durumunda ise davacı takibin alacaklısı davalı istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişidir⁴⁰.

Borçlunun İİK'nın 72'nci maddesine göre takip öncesi veya takip sonrası borçlu olmadığı iddiasıyla genel mahkemelerde menfi tespit davası açması mümkündür. Takipten önce açılan menfi tespit davasında borç ödeme tehdidi altında bulunan kişi davacı, davacıyı böyle bir borç ile tehdit eden kişi de davalıdır⁴¹. Takipten sonra açılan menfi tespit davasının tarafları ise takibin alacaklısı ve borçlusudur. Ayrıca menfi tespit davası, İİK'nın 89'uncu maddesinde üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi gönderilmesi ihtimali için de

³⁷ **Kuru** (2021), s.128; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.214; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 126; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022), s. 165.

³⁸ **Erdem, Murat** (2010) İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası, (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 110; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 178; **Kuru** (2021), s. 112.

³⁹ **Kuru** (2021), s.214; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.305; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 196.

⁴⁰ **Kuru** (2021), s.212; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.310; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 202.

⁴¹ **Demir, Ömer Faruk** (2020) İstirdat Davası (Doktora), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 16.

düzenlenmiştir. İİK m. 89/3'e göre açılan menfi tespit davasında, haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişi davacı, takip alacaklısı ise davalı konumundadır⁴².

III. GENEL OLARAK İRADİ TARAF DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK İRADİ TARAF DEĞİŞİKLİĞİ

İradî taraf değişikliği HMK'nın 124'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu değişiklik kural olarak tarafların anlaşmasıyla gerçekleşir. Bir kimsenin taraf konumunda olması için dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilmesi yeterlidir. Ancak esasa ilişkin yargılama yapılabilmesi için gerekli olan şart kişinin davada gerçek taraf olmasıdır⁴³.

Bazı durumlarda hukukî veya fiilî yanılığın nedeniyle davanın taraflarının eksik veya yanlış belirlenmesi durumu söz konusu olabilir. Bahse konu yanılığın telafi edilmezse ve bu eksiklik davanın görülmesine usûlî bir engel teşkil ediyorsa dava usûlden reddedilir. Bu durum hem yeni bir dava açılmasına hem de ilk davada yapılmış olan işlemlerin tekrar yapılmasına sebep olacağından usûl ekonomisi ilkesi ihlâl edilmiş olur. İşte dava açılırken davanın tarafları yanlış veya eksik belirlenmiş ise, bu hatanın telafi edilerek davaya gerçek taraflarla devam edilebilmesi için davada taraf değişikliği yapılması gerekir. Burada yapılması gereken taraf değişikliğinin türü iradî taraf değişikliğidir⁴⁴.

Öğretide iradî taraf değişikliği, mahkemeye yöneltilmiş tek taraflı usûlî talebi ihtiva eden ve kural olarak karşı tarafın rızası ile hâkimin iznine ihtiyaç olmaksızın sonuç doğuran bir taraf usûl işlemi olarak ifade edilmektedir. Ayrıca şarta bağlı iradî taraf değişikliği yapılamayacağı kabul edilmektedir⁴⁵. Çünkü

⁴² Kuru (2021), s. 182; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavz/Hanağası, s. 271; Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 230.

⁴³ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 622.

⁴⁴ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 623.

⁴⁵ Taş Korkmaz, s. 105-106.

tarafı ile olan yargılama ilişkisinin sebebinin açıklanması davanın sonuna kadar belirsiz bırakılamaz⁴⁶.

HMK m. 124, davada iradî taraf değişikliğini iki şekilde düzenlemiştir. Bu hükmün birinci fıkrasına göre düzenlenen ilk durum karşı tarafın açık rızası ile yapılacak olan taraf değişikliğidir. İlgili hükme göre davanın her iki tarafının da değiştirilmesi mümkündür. Davalı tarafın değişmesi için mevcut davalının rızası yeterlidir. Ancak davacı tarafın değiştirilebilmesi için hem davalının hem de davaya katılacak üçüncü kişinin rızasının alınması gerekir. Çünkü tasarruf ilkesi gereğince HMK'nın 24'üncü maddesine göre hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya zorlanamaz. Kanun metninde karşı tarafın açık rızası ile taraf değişikliğinin yapılabileceği öngörüldüğü için bu hükmün düzenlenmesinde asıl hedefin sadece davalı taraftaki iradî değişiklik olduğunu savunanlar da vardır⁴⁷.

İkinci olarak HMK 124/3-4 hükümlerinde hâkimin izni ile yapılacak olan taraf değişikliği düzenlenmiştir. Kural olarak iradî taraf değişikliğinin yapılabilmesi için öncelikle karşı tarafın rızası gerekmektedir. Şayet karşı tarafın rızası mevcut değilse taraf değişikliğinin yapılabilmesinin koşulu hâkimden izin istenmesidir⁴⁸. HMK 124/3 hükmüne göre hâkimin taraf değişikliğine izin verebilmesi için iki şarttan birisinin bulunması gerekir⁴⁹. Bunlar taraf değişikliği talebinin maddî bir hatadan kaynaklanması ve dürüstlük kuralına aykırı olmamasıdır. HMK 124/4 hükmü ise tarafın yanlış ya da eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılığa dayanması durumunda hâkimin izni ile tarafta değişikliği mümkün olabileceğini düzenlemektedir.

HMK 124/4 c.2 hükmünde yargılama giderlerinden sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmedilecektir. Bu madde lafzından her ne kadar davalının değişmesi durumunda davadan ayrılan davalı bakımından uygulanacağı anlaşılrsa da öğretide ilgili hükmün davacı açısından da uygulanması gerektiği ifade

⁴⁶ **Pekantez/Taş Korkmaz**, Pekantez Usûl, s. 623.

⁴⁷ **Tanrıver, Süha** (2020) Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, C: 1, s. 531.

⁴⁸ **Taş Korkmaz**, s. 185; **Tanrıver**, s. 533.

⁴⁹ **Pekantez/Taş Korkmaz**, Pekantez Usûl, s. 650-651.

edilmiştir⁵⁰. Davanın esaslan kabulü hâlinde yeni davacı lehine yargılama giderlerine hükmedilecek olması, önceki yargılama devam ettiği için yeni davacıdan harç ve giderlerin alınmamış olması sebepleri ile yeni davacının avantajlı duruma düşmesinin silahların eşitliği ilkesine aykırı düştüğü ifade edilmiştir⁵¹. Bu nedenle HMK 124/4 c.2 hükmünün hem davacı hem de davalı tarafta değişiklik olması durumunda uygulanacağı kabul edilmektedir.

B. İRADİ TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tarafta iradî değişikliğin hukukî niteliğine ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki dava değişikliği teorisidir⁵². Bu teorinin temeli maddî taraf kuramına dayanır. Bu teoriye göre taraflar davanın zorunlu unsurlarındandır ve dava sebebine dahil edilirler, bu nedenle de tarafın değiştirilmesi davanın değiştirilmesi anlamına gelmektedir⁵³. Dava değişikliği teorisine göre davaya katılacak tarafın rızası aranmaz ve önceki taraf ile yeni taraf arasında usûlî halefiyet ortaya çıkar ve davaya yeni katılan taraf önceki tarafın yargılama sonuçları ile bağılı olur. Ayrıca dava açılmasına bağlanan sonuçlar da yeni taraf bakımından ilk davanın açıldığı tarihte ortaya çıkar⁵⁴. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde iradî taraf değişikliğine ilişkin düzenleme olmadığından bu teori kabul görmüştür⁵⁵. Ancak yeni tarafın önceki işlemlerle bağılı olması ve ilk davanın açıldığı tarih

⁵⁰ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 661; Taş Korkmaz, s. 255.

⁵¹ Taş Korkmaz, s. 256.

⁵² Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 641.

⁵³ Üstündağ, Saim (1997) Medenî Yargılama Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, s. 390; Alangoya, s. 144; Taş Korkmaz, s. 205; Börü Levent (2014) “Tarafta (İradî) Değişim (HMK m. 124)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara s. 593-596.

⁵⁴ Taş Korkmaz, s. 209; Akkaya Tolga (2014) “Medeni Usul Hukukunda İradî Taraf Değişikliği (HMK m. 124)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakan Pekcanitez’e Armağan C:16, Özel Sayı, s. 931.

⁵⁵ Postacıoğlu, İlhan (1975) Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s.462; Yılmaz Ejder (2017) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1862; Yılmaz, Ejder (2009) “Davada Taraf Değişikliği” Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara, s. 573; Kuru, Baki (2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul, Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, C: IV, s. 4039.

itibariyle davaya dahil olduğunun kabul edilmesi hâlinde tarafın adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edileceği ileri sürülmüştür. Taraf teorileri bakımından maddî taraf kuramı terk edilmiştir. Daha sonra iradî taraf değişikliği ile ilgili HMK m. 124 yürürlüğe girmiştir. Bu nedenlerle iradi taraf değişikliğinin dava değişikliği olduğu görüşü çoğunluk tarafından kabul edilmemektedir⁵⁶.

İradî taraf değişikliğinin hukukî niteliğinin belirlenmesinde ikinci olarak davanın geri alınması ve yeni bir dava açılması görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre mevcut dava geri alınır, yeni tarafın yargılamaya katılmasıyla da yeni bir dava açılır ve bu dava öncekinden bağımsızdır, bu nedenle yeni taraf önceden yapılan usûl işlemleri ile bağlı değildir⁵⁷. Bu görüş, taraf değişikliğine kadar yapılan bütün usûl işlemlerinin geçersiz olması sebebiyle bu işlemlerin yeniden yapılmasının usûl ekonomisi ile bağdaşmadığı belirtilerek eleştirilmektedir⁵⁸. Ayrıca yargılamanın bütünlüğü ilkesi gereğince yargılama, davanın geri alınması ve yeni dava açılması şeklinde ikiye bölünemez⁵⁹.

Son görüş ise iradî taraf değişikliğinin kendine özgü bir usûl kurumu olduğunu savunmaktadır⁶⁰. Bu görüş davanın eski ve yeni tarafları ile bir bütün olduğunu, yargılamanın devamlılığını kabul etmektedir. Bu sebeple iradî taraf değişikliğinden sonra tarafın rızası ile önceki yargılama sonuçlarından yararlanabilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶¹. Çünkü yargılama sırasında taraflardan biri değişerek diğer taraf, mahkeme ve dava konusu gibi hususlar aynı kalmaktadır. Böylece taraf değişikliğinden önceki yargılama sonuçlarından yeni tarafın da yararlanması usûl ekonomisine hizmet etmekte ve yargılama doğru yönlendirilmiş olmaktadır⁶². Bu görüşün temel argümanı, taraf değişikliği hususunda ortaya çıkan sorunlara kanunda boşluk olması hâlinde

⁵⁶ **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 642; **Taş Korkmaz**, s. 207.

⁵⁷ **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 642; **Taş Korkmaz**, s. 213; **Akkaya**, s. 931; **Börü** (2014), s. 596.

⁵⁸ **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usûl, s. 642; **Taş Korkmaz**, s. 214.

⁵⁹ **Kale, Serdar** (2010) Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 32; **Taş Korkmaz**, s. 214.

⁶⁰ **Taş Korkmaz**, s. 216; **Akkaya**, s. 932.

⁶¹ **Taş Korkmaz**, s. 216; **Akkaya**, s. 932.

⁶² **Taş Korkmaz**, s. 216; **Börü** (2014), s. 599.

medenî usûl hukukunun diğer hükümlerinin uygulanması suretiyle çözümlenir⁶³. Hangi medenî yargılama hukuku kurumlarının uygulanacağı konusunda görüş birliği bulunmasa da taraf değişikliğinden önce ve sonraki yargılamanın bir bütün olduğu ve davaya katılacak yeni davacının rızasının aranacağı konusunda fikir birliği bulunmaktadır⁶⁴. Taraf değişikliğinin koşul ve sonuçlarının belirlenmesinde davanın geri alınması, yeni dava açılması; taraf katılımı hâlinde ise ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin usûl hukukundaki temel ilkeler de göz önünde bulundurularak kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁵.

Yukarıda açıklanan görüşler çerçevesinde HMK m. 124 değerlendirildiğinde, iradî taraf değişikliğinin ayrı bir madde ile düzenlenmesi, bu kurumun hukukî niteliğinin kendine özgü bir usûl kurumu olduğunu desteklemektedir⁶⁶. İradî taraf değişikliği kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte, bunun hüküm ve sonuçları konusunda kanun maddesinde açıklık bulunmamaktadır. Öğretide hâkim görüşe göre davanın geri alınması ve yeni dava açılması hükümlerinin kıyasen uygulanır. Bu nedenle iradî taraf değişikliğinin sonuçları da bu kurumlara göre belirlenir.

İradî taraf değişikliğinin davacı tarafta gerçekleşmesi durumunda eski davacı bakımından davanın geri alınmasına ilişkin hükümler uygulanır ve onun açısından maddî ve usûlî sonuçlar geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Böylece eski davacı açısından derdestlik sona erer, zamanaşımı kesilmemiş ve hak düşürücü süreler korunmuş olur⁶⁷.

Yeni katılan davacı açısından derdestliğin hangi tarihten başlayacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bir görüşe göre yeni davacının davaya katılacağına ilişkin rızasını bildirdiği tarih esas alınmalıdır⁶⁸. Diğer görüşe göre taraf değişikliği ne zaman gerçekleşmişse o zamandan itibaren yeni davacı

⁶³ Taş Korkmaz, s. 218.

⁶⁴ Taş Korkmaz, s. 225.

⁶⁵ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 644; Taş Korkmaz, s. 226; Tanrıver, s. 531.

⁶⁶ Taş Korkmaz, s. 220.

⁶⁷ Taş Korkmaz, s. 249; Börü (2014), s.607.

⁶⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 158; Taş Korkmaz, s. 251.

açısından derdestlik söz konusu olur, bu tarih ise karşı tarafın rıza gösterdiği tarihtir⁶⁹.

Yeni davacı bakımından dava şartlarının bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Bu kapsamda mahkemenin görev ve yetkisi, taraf ve dava ehliyeti gibi hususlar mahkeme tarafından iradî taraf değişikliği yapıldıktan sonra re'sen dikkate alınmalıdır. Dava şartlarında bir eksiklik bulunması hâlinde esasa ilişkin incelemeye geçilmemelidir⁷⁰. Eski davacının yapmış olduğu usûl işlemleri ise mevcut hukukî uyumsuzluk devam ettiği ve yargılama bir bütün olarak düşünüldüğü için usûl ekonomisi gereği yeni davacıyı kural olarak bağlar, ancak yeni davacının hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmemeli ve kendisine ait iddia ve savunmaları ileri sürebilmelidir⁷¹.

İradî taraf değişikliğinin davalı tarafta olması durumunda davanın geri alınmasına bağlı olarak eski davalı bakımından davanın açılmasının tüm sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁷². Yeni davalı açısından davaya dahil edildiği andan itibaren davanın açılmasına bağlanan maddî ve usûl hukukuna ait sonuçlar ortaya çıkar. Davalı bakımından dava şartları da incelenmelidir, aynı zamanda yetki hususu da göz önünde bulundurulmalı ve gerekirse yeni davalıya yetki ilk itirazını ileri sürme imkânı tanınmalıdır⁷³. Eski davalının yapmış olduğu usûl işlemlerinin geçerliliği konusunda davacı tarafın değişmesinde yapılmış olan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

IV. İCRA TAKİPLERİ BAKIMINDAN TARAF DEĞİŞİKLİĞİ

İcra takibi sürecinde alacağın devri, borcun nakli veya taraflardan birinin ölümü nedeniyle tarafta değişiklik söz konusu olabilir. Bu hâller tarafta kanunî değişiklik olarak kabul edilir. Bazı hâllerde de tarafta iradî değişiklik gündeme gelebilir. Bu durumlarda icra takibinin akıbetinin ne olacağı cevabı verilmesi gereken bir soru olarak karşımıza çıkar. Mevcut takibe devam mı edileceği

⁶⁹ Börü (2014), s. 609.

⁷⁰ Taş Korkmaz, s. 252; Börü (2014), s.607.

⁷¹ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 157; Taş Korkmaz, s. 265.

⁷² Taş Korkmaz, s. 289; Börü (2014), s. 609.

⁷³ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 159; Taş Korkmaz, s. 292; Börü (2014), s. 611.

yoksa yeni bir takip mi yapılacağına tespit edilmesi gerekir. Bahse konu soruya, alacaklı ve borçlu ayrımı yapılarak taraf değişimi açısından cevap verilmelidir⁷⁴.

Takip başladıktan sonra alacaklı tarafta değişme, alacaklının ölümü veya alacağın üçüncü bir kişiye devri sonucu olabilir. Alacaklı takip başladıktan sonra ölürse, mirasçılar takibe kaldığı yerden zorunlu takip arkadaşı olarak devam edebilirler. Takip başladıktan sonra alacağın devri söz konusu ise alacağı devralan kişi takibe kaldığı yerden devam eder. Yani takip kesinleşmiş ise alacaklı haciz talep edebilir. Haciz yapılmışsa, alacaklı satış isteyebilir. Usûlüne uygun olarak alacağın temlikî söz konusu olursa, yeni alacaklı tarafından takibe kaldığı yerden devam edilir⁷⁵. Örneğin, icra takibi devam ederken alacaklı alacağı bir başkasına devrederse, alacağı devralan kişi eski alacaklının durumuna geçer ve takibe devam edilir. Borçlu ödeme emrine itiraz ettiyse yeni alacaklı ödeme emrine itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Takip kesinleşmişse yeni alacaklı haciz isteyebilir. Borçlunun malları haczedilmişse yeni alacaklı hacizli malların satışını isteyebilir. Takip konusu alacağın devredilmiş olması, borçlunun hukukî durumunda bir değişiklik meydana getirmez. İcra takibine kaldığı yerden itibaren borçluya karşı devam edilir. Borçlu alacaklıya karşı haiz olduğu def'ileri, alacağı devralana karşı da ileri sürebilir⁷⁶.

Takibin başlamasından sonra borçlu, borcun nakli sözleşmesi ile borcunu üçüncü kişiye devrederse, alacaklının borcu devralan kişiye karşı yeniden takip yapması zorunlu mudur? Bu konuda iki görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, bu durumda alacaklı takibi borçluya karşı sürdüremez⁷⁷. Alacaklının yeni borçluya karşı yeniden takip yapması gerekir. Diğer bir görüşe göre ise, başlamış bir takipten sonra borcun nakli söz konusu olursa, alacaklıya yeniden takip yapma külfeti yükletilmemelidir, aksine başlamış olduğu takibi yeni borçluya karşı sürdürebilmelidir⁷⁸. Bu durumda, yeni borçlu eski borçlunun hukukî durumuna geçer ve takibe kaldığı yerden yeni borçluya karşı devam eder. Örneğin; alacaklı ile borç yüklenen kişi yani yeni borçlu arasında

⁷⁴ Kuru (2021), s. 75; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 84.

⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 84.

⁷⁶ Kuru (2021), s. 75.

⁷⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 84.

⁷⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 84.

yapılan borç üstlenme sözleşmesi ile eski borçlu borcundan kurtulur. Bu sebeple takibe eski borçluya karşı devam edilemez. Yeni borçlu eski borçlunun yerini aldığından, alacaklının icra takibine yeni borçluya karşı kaldığı yerden devam edebilmesi gerekir⁷⁹.

Takip sırasında borçlunun değişmesi, alacaklının değişmesine nazaran daha farklıdır. Bir şirketin takip başladıktan sonra tür değiştirmesi bu takibin yeni şirkete karşı sürdürülebilmesine engel değildir. Bunun gibi borçlunun ölümü hâlinde, takibe terekeye veya mirasçılara karşı devam edilebilir⁸⁰.

İcra takibinde kural olarak iradî taraf değişikliği yapılamaz⁸¹. Yani alacaklı kural olarak takip başladıktan sonra takibi kaldığı yerden bir başka borçluya karşı sürdüremez veya yeni borçluyu takibe dahil edemez. Alacaklının yeniden takip yapması gerekir. Bununla birlikte, icra takibinde tarafın maddî hata veya kabul edilebilir yanlıgı sebebiyle yanlış gösterilmesi durumunda, istisnâ olarak icra takibi sırasında da taraf değişikliğine imkân tanınmalıdır. Bu durumda taraf değişikliğinin icra takibinin yapıldığı yer icra dairesinden talep edilmesi gerekir. Bu talep icra müdürü tarafından reddedilir ise ret kararına karşı şikâyet yoluna başvurulmalıdır. Taraf değişikliği talebinin kabulü hâlinde medenî yargılama hukukunda geçerli olduğu gibi icra hukukunda da geçerli olan hukukî dinlenme hakkı gereğince borçluya tekrar ödeme emri gönderilmesi ve itiraz imkânı tanınması gerekir⁸².

Takip sırasında iradî taraf değişikliği borçlu açısından ele alınacak olursa kural olarak alacaklı, takip talebinde borçlu olarak göstermiş olduğu kişi bakımından değişiklik yaparak yeni borçluya karşı takibe devam edemez. Ayrıca, alacaklı müşterek borçlulardan birine karşı başlatmış olduğu icra takibini, diğer müşterek borçlulara da teşmil edemez. Belirtilen iki durumda da alacaklının yeni borçluya karşı ayrıca takip yapması gerekir. Buna rağmen bazı istisnalar bakımından takip sırasında borçlunun değişmesi mümkündür⁸³.

⁷⁹ Kuru (2021), s. 76.

⁸⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 84.

⁸¹ Taş Korkmaz, s. 43; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 84; Kuru (2021), s. 75.

⁸² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 84; Taş Korkmaz, s. 45.

⁸³ Kuru (2021), s. 75.

Bununla birlikte, icra takibinde tarafın maddî hata veya temsilcide hata sebebiyle yanlış gösterilmesi hâlinde, söz konusu takibin iptali ve tekrar başlatılması da hakkaniyete uygun değildir. Alman hukukunda, davada iradî taraf değişikliği yapılması bakımından genel nitelikte bir hüküm olmamasına rağmen, davada taraf değişikliği yapılması, kural olarak kabul edilmektedir. O hâlde, takibin taraflarının da maddî hata veya temsilcide yanılma nedenleriyle yanlış gösterilmesi durumunda, bu hatayı gidermek için bu konuda açık bir hüküm bulunmaması, söz konusu hatanın giderilmesi yolunu tamamen engellemelidir⁸⁴.

Öğretide bir diğer görüşe göre iradî taraf değişikliği icra takiplerinde sınırlı da olsa uygulanamaz⁸⁵. Bu görüşe göre, iradî taraf değişikliğine ilişkin hüküm istisnâi niteliktedir ve burada taraf değişikliğinin yapılması hâkimin takdirine bırakılmıştır. İcra takiplerinde bu hükmün uygulanabilmesi için icra müdürüne bu takdir hakkının verilmesi gerekir, ancak icra müdürünün takdir hakkı kanunlarda açıkça düzenlenmiştir ve icra müdürüne kıyas yolu ile bir takdir hakkı verilmesi kanunilik ilkesine aykırıdır⁸⁶.

Kanımızca istisnâi bazı hâllerde icra takibi sırasında, taraf değişikliği yapılabilir. Medenî yargılama ve takip hukuku arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır ve bu bağ sebebiyle bu hukuk dallarındaki temel ilkeler birlikte değerlendirmelidir. Zira her iki hukuk dalı da maddî hukuktaki hakların yerine getirilmesine hizmet eder, ayrıca icra hukuku medenî yargılama hukukunun doğal uzantısıdır⁸⁷. Bu sebeple medenî yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan usûl ekonomisi ilkesi takip hukukunda da geçerlidir ve bu ilke takip ekonomisi ilkesi olarak adlandırılır⁸⁸. Bu ilkeye hizmet eden tarafta iradî değişiklik hükümleri takip hukukunda kıyasen uygulanmalıdır. İcra takibinde, dürüstlük kuralına aykırı olmayan maddî bir hatadan kaynaklanan (124/3) ya

⁸⁴ Taş Korkmaz, s. 44.

⁸⁵ Kuru (2013), s. 168-169; Dişel, Buse (2014) İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 173.

⁸⁶ Dişel, s. 174.

⁸⁷ Özkes, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 70.

⁸⁸ Takip ekonomisi ilkesinin usûl ekonomisi ilkesine paralel ve bu ilkenin devamı niteliğinde bir ilke olduğuna dair bkz. Özkes, s. 82

da tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanan (124/4) sebepler ile taraf değişikliği yapılmasına izin verilmelidir. Örneğin takip arkadaşlarından birinin eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa takip arkadaşının eklenmesine izin verilmelidir. Burada taraf değişikliğine icra müdürü karar verir. Yapılan değişikliğe karşı şikâyet yoluna başvurulabilir. Şikâyet başvurusu yapılması durumunda icra mahkemesi yapacağı tetkikte, taraf değişikliğinin gerçekten maddî hatadan kaynaklı olup olmadığını ve dürüstlük kuralına aykırı bir değişiklik talebi olup olmadığını incelemelidir⁸⁹. Nitekim HMK'nın 124'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında, dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir yanılığın ürünü olup olmadığını belirlenmesinde esas alınacak ölçüt dürüstlük kuralıdır (HMK m. 29, TMK m. 2). Hâkim taraf değişikliği talebini somut olayın niteliğini ve şartlarını göz önüne alarak, dürüstlük davranma ve doğruyu söyleme ödevi çerçevesinde bu değerlendirmeyi yapacaktır⁹⁰.

Buna göre, icra takibinde maddî hata ya da temsilcide yanılma nedeniyle taraf değişikliği yapılabilmesi için takibin yapıldığı yer icra dairesine başvurulması gerekir. İcra müdürü bu talebi reddederse, ret kararına karşı şikâyet yoluna başvurulmalıdır. İcra mahkemesi, başvuru üzerine tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin maddî hata veya temsilcide hata sonucu olduğu görüşünde ise, yanlış veya eksik gösterilen tarafın düzeltilmesine ilişkin talebi kabul eder⁹¹.

6100 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay'ın bu konu bakımından uygulaması da, icra takiplerinde borçlunun maddî hata veya temsilcide yanılma⁹² sonucu yanlış gösterilmiş olması hâllerinde, bu hatanın taraf değişikliğinin hâkimin izniyle yapılabileceğine ilişkin istisna hükümlerine dayanarak düzeltilebileceği yönündedir⁹³. Yalnız ister alacaklı tarafta isterse

⁸⁹ Eroğlu, Orhan (2020) İslah, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 56.

⁹⁰ Tanrıver, s. 532.

⁹¹ Taş Korkmaz, s. 44-45.

⁹² Temsilcide yanılma durumunda iradî taraf değişikliğinin uygulanabileceğine yönelik bkz. Akkaya Tolga, s. 915.

⁹³ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2013/19536, K: 2013/24383, T: 28.06.2013; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2012/14336, K: 2012/32199, T: 08.11.2012; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2018/4159, K: 2018/9337, T: 08.10.2018.

borçlu tarafta maddî hata veya temsilcide yanılma hâllerinde taraf değişikliği yapılsın, borçluya tekrar bir ödeme emri gönderilmesi ve itiraz olanağının tanınması, hukukî dinlenilme hakkının gereğidir.

V. BAŞVURULAN HUKUKİ ÇARELER BAKIMINDAN TARAF DEĞİŞİKLİĞİ

ŞİKÂYETTE TARAF DEĞİŞİKLİĞİ

Şikâyet incelemesi iradî taraf değişikliği yapılamaz. Esasen şikâyet yargılaması bakımından taraf değişikliğine ihtiyaç da duyulmaz. Zira şikâyet bir dava değildir. İcra iflâs hukukunda kendine özgü olarak düzenlemiş bir hukukî çaredir⁹⁴. Bu sebeple şikâyet yargılamasında davacı ve davalı kavramları kullanılmaz. Şikâyet eden ve şikâyet olunan terimleri kullanılır⁹⁵. Görüldüğü üzere şikâyet yargılaması yalnızca şekli açıdan iki taraflı bir yargılama olduğundan, şikâyet yargılamasının taraflarının yanlış belirtilmiş olması veya hiç belirtilmemiş olmasının bir önemi yoktur⁹⁶.

Şikâyet dilekçesinde, şikâyet yargılamasının taraflarının belirlenmesinde hata mevcut ise icra mahkemesi takip dosyasını getirtmeli, şikâyet ile ilgili olan kişileri tespit etmeli ve gerektiğinde bu kişileri duruşmaya çağırıp görüşlerini almalı, varsa delilleri incelemeli ve sonra şikâyet hakkında bir karar vermelidir⁹⁷. Zira şikâyet konusu işlem hakkında bazı iddia ve defilerde bulunabilecek veya belge ibraz edebilecek kişiler şikâyetle ilgilidir. Bu kişilerin belirlenmesi de icra mahkemesinin yetkisi kapsamındadır⁹⁸. Netice itibarıyla, şikâyete ilişkin yargılamanın taraflarının değiştirilmesi için, HMK'nın iradî taraf değişikliğine ilişkin hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz⁹⁹.

Yargıtay da güncel tarihli kararlarında karşı tarafın yanlış gösterilmesi veya hiç gösterilmemesi hâlinde şikâyetin reddedilmeyeceğini, ancak şikâyette

⁹⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 75; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 60; Taş Korkmaz, s. 46.

⁹⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 62-63.

⁹⁶ Pekcanitez/Simil, s. 262; Taş Korkmaz, s. 47;

⁹⁷ Pekcanitez/Simil, s. 263; Taş Korkmaz, s. 44.

⁹⁸ Pekcanitez/Simil, s. 263.

⁹⁹ Pekcanitez/Simil, s. 263; Taş Korkmaz, s. 44.

karşı tarafın gösterilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu yüzden şikâyet dilekçesinin ilgiliye tebliğ edilerek yargılamada yer almasının sağlanabileceği belirtilmektedir¹⁰⁰.

Bunun dışında Yargıtay kararlarında, taraf ehliyeti olmaması sebebiyle şikâyet yoluna başvurulması durumunda HMK 124/3-4 hükümlerinden kaynaklanan bir iradî değişiklik sebebi mevcut ise alacaklıya kesin süre verilerek takibin taraf ehliyetine sahip olan borçluya yöneltilmesi ve yeni borçluya ödeme emri gönderilmesi imkânının tanınması gerektiği belirtilmiştir¹⁰¹. Yargı kararlarında temsilcide yanılma olarak kabul edilen ve genellikle devlet tüzel kişiliği içinde bulunan kurumların tüzel kişiliği olmaması sebebiyle taraf ehliyetinden yoksun olduğu durumlarda şikâyet yoluna başvurulmuşsa icra takibinin tarafının değiştirilmesine izin verilmektedir. Ayrıca ölmüş kişiye karşı takip başlatılması durumunda da alacaklının hatası kabul edilebilir bir yanılıya dayanıyorsa ve borçlunun o tarihte öldüğü alacaklı tarafından tespit edilemiyorsa tarafta iradî değişikliğe izin verilmelidir, bu durumda taraf ehliyeti yokluğu sebebiyle şikâyet yoluna başvurulmuşsa hâkim hemen şikâyetin

¹⁰⁰ **Pekcanitez/Simil**, s. 263; "... *Haczedilmezlik şikayeti, Medeni Usul Hukuku anlamında dava olmayıp İİK'nun 16. maddesi kapsamında "şikayet" niteliğindedir. Bu nedenle inceleme yapılırken aynı Kanununun 18. maddesi hükümlerinin göz önüne alınması gerekir. Hasım yanlış gösterilse veya hiç gösterilmese bile şikayet reddedilmeyip doğru hasma şikayet dilekçesi tebliğ edilmek suretiyle yargılamaya devam edilmesi gerekir. Buna göre haczedilmezlik şikayetinde yasal hasım alacaklı olduğundan karşı taraf olarak alacaklının gösterilmesi zorunludur. Somut olayda şikayete konu Konya 7. İcra Müdürlüğü'nün 2014/3940 E. Sayılı icra takibinin alacaklısı Ahmet Akkaş olup, şikayetin de yasal hasımı Ahmet Akkaş olmasına rağmen şikayet dilekçesinde hasım olarak Hasan Aygün'ün gösterildiği ve mahkemece adı geçen hakkında yargılama yapılarak sonuçlandırıldığı anlaşılmıştır. Mahkemece şikayetin doğru hasım olan Ahmet Akkaş'a yöneltilerek yargılamanın yürütülüp, bu kişi hakkında hüküm kurulması ve Hasan Aygün yönünden şikayetin pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken alacaklı sıfatı bulunmayan kişi aleyhine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. ..."* Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2014/31319, K: 2015/6144, T: 17.03.2015, Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2016/32381, K: 2017/361, T: 16.01.2017.

¹⁰¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2013/14166, K: 2013/23301, T: 20.06.2013; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2013/16343, K: 2013/24693, T: 02.07.2013; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2014/17867, K: 2014/23952, T: 16.10.2014.

kabulüne karar vermeyecek alacaklıya takibi mirasçılara yöneltmesi için süre verecektir¹⁰².

İTİRAZIN KALDIRILMASINDA TARAF DEĞİŞİKLİĞİ

Şikâyet kurumunda olduğu gibi itirazın kaldırılması bakımından taraf değişikliğinin mümkün olup olmadığının incelenmesi için öncelikle bahse konu yargılamanın hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekir. İtirazın kaldırılması prosedürünün hukukî niteliği tartışmalıdır. Öğretide hâkim görüşe göre itirazın kaldırılması kendine özgü bir yoldur¹⁰³. Diğer bir görüşe göre itirazın kaldırılması talebi icra iflâs hukukuna özgü bir davadır¹⁰⁴. İtirazın kaldırılmasının dava olarak kabul edilmesi durumunda iradî taraf değişikliğine ilişkin hükümler doğrudan, kendine özgü bir yol olarak kabul edilmesi durumunda ise kıyasen uygulama alanı bulur¹⁰⁵.

Kanaatimizce itirazın kaldırılmasına ilişkin talep dava niteliği taşımamaktadır. Çünkü itirazın kaldırılması davaya göre daha basit bir yoldur ve burada mahkeme alacaklının elinde bulunan belgelere göre sınırlı bir inceleme yapar¹⁰⁶. Bu yol kendine özgü bir hukukî yol olarak nitelendirilmelidir. Ancak itirazın kaldırılmasına ilişkin yargılamanın taraflarının değiştirilmesi gerektiğinde, iradî taraf değişikliğine ilişkin HMK m.124 kıyasen uygulanmalıdır. Çünkü itirazın kaldırılmasını isteyen alacaklı ve aleyhine bu talepte bulunulan borçlu, itirazın kaldırılmasına dayanak teşkil eden maddî hukuktaki borç ilişkisinin taraflarına göre belirlenir¹⁰⁷. Nitekim Yargıtay kararlarında da maddî hatadan kaynaklanan bir sebeple tarafın yanlış

¹⁰² Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2015/21844, K: 2015/32033, T: 17.12.2015.

¹⁰³ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 116; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 192; **Kuru** (2021), s. 118; **Üstündağ Saim** (2000) İcra Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, s. 137.

¹⁰⁴ **Umar, Bilge** (2004) Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım), 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 703; **Kiraz, Taylan Özgür** (2013) İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK md. 68-70), 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 40 vd.

¹⁰⁵ **Taş Korkmaz**, s. 42 (dipnot 50).

¹⁰⁶ **Kuru, Baki** (1990) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Evrim Dağıtım, C: I, s.321.

¹⁰⁷ **Taş Korkmaz**, s. 42.

gösterilmesi hâllerinde tarafta iradî değişiklik yapılması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁸.

İtirazın kaldırılması yoluna başvurulduğunda taraf değişikliği yapılabilmesi için öncelikle icra takibinin taraflarının değiştirilmesi gerekir, bu nedenle hâkim alacaklıya süre vererek yeni borçluya ödeme emri göndermesini bekletici mesele yapmalıdır¹⁰⁹. Borçlu ödeme emrine itiraz ederse itirazın kaldırılması yargılamasının tarafı da değişecektir, borçluya itiraz hakkı tanındığı için hukukî dinlenme hakkına uygun olarak alacaklının da yeni bir dilekçe vermesine imkân tanınmalıdır¹¹⁰. Ayrıca yeni borçlunun usûl ekonomisi gereğince sürmekte olan itirazın kaldırılması yargılamasının sonuçlarından yararlanması sağlanmalıdır¹¹¹. İcra takibinde taraf değişikliği yapıldıktan sonra ödeme emri gönderilen borçlu takibe itiraz etmemişse itirazın kaldırılması yargılaması konusuz kalır¹¹².

Sonuç olarak itirazın kaldırılması yolunda iradî taraf değişikliği ancak icra takibinin taraflarının değiştirilmesiyle mümkündür. Bu nedenle yukarıda da açıklandığı üzere yalnızca HMK m. 124/3-4 hükümlerinde düzenlenen hâkimin izni ile iradî taraf değişikliği hâlleri uygulama alanı bulur, ancak HMK m. 124/1'de düzenlenen karşı tarafın rızası ile yapılan iradî taraf değişikliğine izin verilmez.

İTİRAZIN İPTALİNDE TARAF DEĞİŞİKLİĞİ

İtirazın iptali davası İİK m. 67'de düzenlenmiştir ve borçlunun itirazı ile duran takibin devam etmesini sağlamak amacıyla alacaklı tarafından açılan bir davadır. İtirazın iptalinin dava olduğu konusunda bir tereddüt yoktur, ancak hukukî niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür¹¹³. HMK m.

¹⁰⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/6-338, K: 2012/586, T: 19.09.2012.

¹⁰⁹ **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 85; **Peksöz Vildan** (2020), İcra Hukukunda Adi Ortaklığın ve Ortakların Taraf Durumu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:16, s. 366.

¹¹⁰ **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 85.

¹¹¹ **Taş Korkmaz**, s. 46.

¹¹² **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 86.

¹¹³ **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022), s. 147; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 128.

124 hükmünün itirazın iptali davasına uygulanabilmesinin değerlendirilmesi için bu görüşler açıklanmalıdır.

İlk görüşe göre itirazın iptali davası bir tespit davasıdır¹¹⁴. Buna göre, itirazın iptali davası eda davası değildir ve dava sonunda verilecek olan hüküm de eda hükmü değildir, çünkü itirazın iptali davasında alacaklı borçlunun bir edaya mahkûm edilmesini talep etmemektedir¹¹⁵. Burada mahkeme borçlunun ileri sürdüğü itirazların haklılığını ve alacağın mevcut olup olmadığını araştırır, yargılama sonucunda da itirazların haksız olduğu sonucuna varırsa itirazın iptaline karar verir. Alacaklının takibe devam edebilmesi için bu karar yeterli olur¹¹⁶.

İkinci görüşe göre itirazın iptali davası bir eda, tahsil veya alacak davasıdır. Bu görüş, alacaklının itirazın iptali davasında mahkemeden itirazın iptalini ve borçlunun takip konusu borcu ödemesine karar verilmesini talep edebileceğini savunmaktadır¹¹⁷. İtirazın iptali davası sonucunda yalnızca itirazın iptaline karar verilirse alacaklı, ilamsız icra yolu ile alacağına kavuşamaması hâlinde genel mahkemelerden almış olduğu bu karara rağmen ilamlı icra yoluna başvuramaz ve bu durum alacaklının gereksiz yere zaman ve emek harcamasına neden olur. Bu nedenle mahkeme kararında alacağın varlığı tespit edildikten sonra tahsile ilişkin de hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁸. İtirazın iptali davası sonucunda mahkeme edaya hükmedebilecek ve alacaklının hukukî menfaatinin bulunduğu hâllerde ilamlı icraya başvurmasına da izin verilecektir¹¹⁹.

¹¹⁴ **Çağa, Tahir** (1976) “Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:8, S.3, s. 25.

¹¹⁵ **Çağa**, s. 25.

¹¹⁶ **Çağa**, s. 24.

¹¹⁷ **Postacıoğlu** (1982), s. 180; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 181; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 128; **Kuru** (2021), s. 112; **Kuru, Baki** (1990) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Evrim Dağıtım, C: I, s. 285.

¹¹⁸ **Yılmaz, Ejder** (2009) “İtirazın İptalinin Hukukî Niteliği”, Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınları, Ankara, s. 613; **Postacıoğlu** (1982), s. 180; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 181; **Kuru** (1990), s. 286.

¹¹⁹ **Yılmaz** (2009), s. 613.

Üçüncü görüşe göre bu yol icra hukukuna özgü ayrık bir dava olarak nitelendirilir¹²⁰. Buna göre itirazın iptali davasının hukukî niteliği belirlenirken bu davanın amacına bakılmalıdır. İtirazın iptali davası, takip çerçevesinde itirazın haklılığının değerlendirilmesi suretiyle takip prosedürünün devamını amaçlamaktadır. Mahkeme de itirazın iptali davası neticesinde bu amaca uygun olarak hüküm vermektedir. Görüldüğü üzere itirazın iptali davası davanın açılmasına neden olan, dayanak teşkil eden takip dosyası ile sıkı ilişki içindedir. Bu nedenlerden ötürü itirazın iptali davası kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gereken icra iflâs hukukuna özgü ayrık bir davadır¹²¹.

İtirazın iptali davası tespit davası olarak kabul edilirse, mahkeme yalnızca itirazın iptaline karar verecek tahsile ilişkin bir hüküm kurmayacaktır. Bu nedenle davadan alınan sonuç yalnızca icra takibinin devamını sağlayacaktır. İradi taraf değişikliği açısından bakılacak olursa icra takibi ile olan bağlantı sebebiyle öncelikle icra takibinin taraflarının değiştirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak itirazın iptali davasının genel hükümlere tabi genel mahkemelerde görülen bir tespit davası olduğu kabul edilirse HMK m. 124 hükmünün niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir. Böylece karşı tarafın rızası veya hâkimin izni ile gerçekleşecek olan iradî taraf değişikliğine izin verilmelidir.

İtirazın iptali davasının eda davası niteliğinde kabul edilmesi hâlinde mahkeme alacağın varlığını tespit ettikten sonra tahsile ilişkin hüküm kurar. Bunun sonucunda ilamlı icraya başvuru imkânı da mevcuttur. Bu görüşün diğer görüşlerden farkı, itirazın iptali davasını icra takibinden bağımsız bir şekilde değerlendirmesidir. Buradan yola çıkıldığında itirazın iptali davasının tarafları HMK m. 124 uyarınca değişirse mahkeme alacağın mevcudiyetine ilişkin incelemeyi bu suretle yapar ve hükmü de değişen taraflara ilişkin olarak verir. Dolayısıyla başlangıçtaki ilamsız icra takibinin tarafları ile itirazın iptali davası sonucunda verilen hükümde yer alan taraflar birbirinden farklı olur. Yukarıda da açıklandığı üzere eda davası niteliğinde olan itirazın iptali davasında verilmiş olan hüküm ilamlı icraya konu edilebilir, bu nedenle alacaklı

¹²⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 86; Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 148.

¹²¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 148.

ilamsız icranın tarafını değiştirmeksizin doğrudan bu hükmü icraya koyarak alacağına kavuşabilir. Nitekim eda davası görüşü kabul edilirse itirazın iptali davasının taraflarını değiştirmek için icra takibinin taraflarının da değiştirilmesini şart koşmak yersiz olur.

İtirazın iptali davası icra hukukuna özgü ayrık bir dava olarak kabul edilirse, burada icra takibi ile itirazın iptali davası arasında sıkı ilişkiden söz edilir. Bu yüzden iradî taraf değişikliğinin mümkün olabilmesi için öncelikle icra takibinin taraflarının değiştirilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay güncel olarak icra takibinde taraf değişikliği yapılmadan itirazın iptali davasına taraf eklenmesi durumunda, sonradan eklenen taraf açısından icra takibinde bulunulmadığı için onun açısından hüküm verilemeyeceği yönünde karar vermiştir¹²².

Kanaatimizce itirazın iptali davası, icra hukukuna özgü ayrık bir davadır ve bu davada iradi taraf değişikliği yapılabilmesi için öncelikle icra takibinin tarafları değiştirilmelidir. Bu durumda hâkim alacaklıya takibin tarafını değiştirebilmesi ve yeni borçluya ödeme emri gönderilebilmesi için süre verir. Borçlunun itiraz edip etmemesine göre yargılamanın akıbeti belirlenir. Eğer borçlu ödeme emrine itiraz etmez ise icra takibi kesinleşeceği için itirazın iptali davası konusuz kalır¹²³. Borçlu ödeme emrine itiraz ederse eski borçlunun itirazı üzerine başvurulmuş itirazın iptali davasında da taraf değişikliği gerçekleştirilebilir. Bu durumda itirazın iptali davasında alacaklının borçlunun itirazlarını da gözeterek mahkemeye yeni bir dilekçe vermesi icap eder. Nasıl ki takipte borçluya yeni ödeme emri gönderiliyor ve itiraz imkânı tanınıyorsa itirazın iptali davası için alacaklıya yeni dilekçe vermesi için imkân tanınmalıdır. Bu süreçte mahkeme icra takibinde taraf değişikliğini bekletici

¹²² "...yazılı gerekçeyle itirazın iptali ile dahili davalı ... Belediyesi hakkında takibin devamına karar verilmiş ise de: dava ... İflas Kanununun 67. maddesine dayanan itirazın iptali davası olup, yargılama sonunda takibin devamı kararı verilecekse hakkında takip yapılan borçlular yönünden olmalıdır.6360 sayılı yasa uyarınca davaya dahil edilen ... Belediyesi takibin tarafı değildir. Bu tür davalarda takibin dışındaki kişiler, davaya dahil edilip hüküm kurulamayacağından yanlışlı değerlendirme sonucu dahili davalı ... Belediyesi hakkında karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 17. Hukuk Dairesi., E: 2015/12080, K: 2018/5991, T: 07.06.2018.

¹²³ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 86.

mesele yapmalıdır¹²⁴. Taraf değişikliğinden sonra yapılacak olan yargılama öncekinin devamı olur ve yeni katılan taraf açıkça itiraz etmedikçe daha önce yapılmış olan işlemler geçerliliğini korur. Çünkü mahkeme yargılamanın başından beri takip konusu alacağın varlığına ilişkin inceleme yapmaktadır ve taraf değişikliğinden önce yapılan her işlem alacağın mevcudiyetinin tespiti açısından önemlidir, bu işlemlerin tekrarlanması usûl ekonomisine aykırı olur.

Ayrıca itirazın iptali davasında alacaklı davasını ıslah yolunu kullanmak suretiyle eda davasına dönüştürürse davanın icra takibi ile bir bağlantısı kalmaz. Bu yüzden eda davasında taraf değişikliğinin yapılması için icra takibinde taraf değişikliğinin yapılmasına gerek kalmaz¹²⁵.

Yargı kararlarında itirazın iptali davasında iradî taraf değişikliği yapılmasına HMK m. 124/3-4 çerçevesinde sınırlı olarak izin verilmiştir¹²⁶. Ancak Yargıtay güncel bir kararında taraf ehliyeti bulunmayan okul müdürlüğüne karşı başlatılan takip sürecinde itirazın iptali davasında iradî taraf değişikliği yapılmasının duran takibe etki etmeyeceği ve takibi en baştan itibaren geçerli hâle getirmeyeceği gerekçesi ile HMK 124 hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir¹²⁷. Kanaatimizce Yargıtay takip ekonomisine uygun olarak karar vermiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere itirazın iptali yargılamasında icra takibinde taraf değişikliği bekletici mesele yapılmalı, değişikliğe izin verilmeli ve değişiklikten sonra yargılamaya devam edilmelidir. Böylece tarafların ve mahkemelerin gereksiz zaman ve emek harcamasının önüne geçilebilecektir.

İSTİHKAK DAVASINDA TARAF DEĞİŞİKLİĞİ

İİK'ya göre ancak hukuken borçluya ait olan mallar haczedilebilir. Borçlunun borcu için, üçüncü kişinin malvarlığını oluşturan unsurlar haczedilemez, şayet haczedilmiş ise haczedilen mal üzerindeki haczin

¹²⁴ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 85.

¹²⁵ Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 86.

¹²⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E: 2016/14628, K: 2017/4302, T: 29.05.2017; İstanbul BAM 17. Hukuk Dairesi, E: 2019/80, K: 2019/470, T: 07.03.2019.

¹²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2020/247, K: 2021/692, T: 03.06.2021.

kaldırılması gerekmektedir¹²⁸. Buna karşın borçlunun malları haczedilirken, aslında üçüncü kişiye ait olan mallar haczedilmiş olabilir. Yani haciz sırasında borçluya ait ve çekişmeli olan mallar ile karşılaşılabilir. Söz konusu çekişmeli mallara istihkak iddia edilen mallar, bu malların hacizden kurtarılması için başvurulana yola da istihkak davası denir¹²⁹.

İstihkak davasında HMK'nun iradî taraf değişikliğine ilişkin hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Örneğin istihkak davasına ilişkin dilekçede tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliğini kabul edebilir.

İstihkak davasında tarafların değişmesi iki ihtimal bakımından incelenmesi gerekir. İlk olarak haczedilen mal ile ilgili istihkak iddiasında bulunan ve takibin tarafı olmayan üçüncü kişi değişebilir, bu durum haciz konusu malın devredilmesi hâlinde gerçekleşir. Bu hâlde kanunî taraf değişikliği mevcut olduğu için iradî taraf değişikliği gündeme gelmez. İİK m. 99'a göre açılan istihkak davaları açısından iradî taraf değişikliğine ilişkin hükümler uygulanabilir, çünkü bu dava genel hükümlere göre görülür. Burada haciz konusu mal ile ilgili istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi davada yanlış gösterilmişse HMK m. 124/3-4 gereğince iradî taraf değişikliği yapılabilir. Bu durumda üçüncü kişi takibin tarafı olmadığı için yapılan değişiklik takibe etki etmeyecek ve dava istihkak iddiasında bulunmuş olan kişiye yöneltilmiş olacaktır. Ancak hacizli malın borçlunun veya borçlu ile üçüncü kişinin elinde bulunması hâlinde açılacak olan istihkak davasının davacısı üçüncü kişi olduğundan HMK m. 124/3-4 anlamında taraf değişikliği yapılması ihtimali hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Çünkü üçüncü kişi davanın taraflarını belirlerken mevcut takibin alacaklısı ve borçlusundan hareket eder, bu nedenle hata yapması olası değildir.

İkinci ihtimal ise takibin tarafları olan borçlu veya alacaklının değişmesidir. Yukarıda da belirtildiği gibi icra takibinde taraf değişikliğine sınırlı olarak izin verilmektedir. Bu şekilde icra takibinde taraf olan borçlunun

¹²⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s. 300; Kuru (2021), s. 205; Postacıoğlu (1982), s. 383.

¹²⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s. 300; Kuru (2021), s. 205.

değişmesi durumunda eski borçlu artık takibin tarafı olmadığından malları üzerindeki haciz kalkar, bu nedenle istihkak davası açılmasına sebebiyet veren mal üzerindeki haciz de kalkar ve istihkak davası konusuz kalmış olur¹³⁰. Dolayısıyla bu ihtimalde istihkak davasında taraf değişikliği yapılması gündeme gelmez. Burada artık takibe yeni borçluya karşı ve onun malları üzerinden devam edilir.

İstihkak davası devam ederken alacaklının değişmesi durumunda, istihkak davası ile icra takibinin ilişkisinin gözetilmesi gerekir. Zira İİK'da düzenlenen istihkak davası takip prosedürü ile bağlantısı bulunan bir dava olduğu için bu prosedürden bağımsız olarak değerlendirilemez. Bu dava cebri icra organının uygulamış olduğu haciz işlemine karşı çıkılması esasına dayanmaktadır. Davanın sonunda cebri icra organı tarafından yapılan haciz işleminin caiz olup olmadığı takip hukuku açısından belirlenir¹³¹. Bu yüzden istihkak davasında alacaklı bakımından iradî taraf değişikliği hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle icra takibinde taraf değişikliği söz konusu olmalıdır. Ayrıca İİK'nın 99. maddesi kapsamında açılan istihkak davasının davacısı alacaklıdır. Burada HMK m. 124/3-4 iradî taraf değişikliği hükümlerine başvurulması hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Zira alacaklının davayı istihkak iddiasında bulunan kişiye yöneltmesi sırasında bir yanılığa düşmesi olası değildir.

Yargıtay ise 6100 sayılı HMK öncesinde, istihkak davalarında tarafların hatalı olarak gösterilmesi durumunda maddî hatadan kaynaklandığı gerekçesi ile HUMK m. 80 (HMK m. 183) uyarınca düzeltilebileceği yönünde kararlar vermiştir¹³². Ancak burada taraf değişikliğine meydan verecek derecede bir

¹³⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 198.

¹³¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 193.

¹³² "...Dava konusu jeneratör 8.11.2001 tarihinde haczedildiği sırada A... Turizm San. ve Ticaret A.Ş. adına şirket temsilcisi tarafından, 14.11.2001 tarihinde de İcra Müdürlüğü'ne verilen dilekçe ile Ö... Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. adına şirket vekili tarafından istihkak iddiasında bulunulmuştur. İcra Müdürlüğünce, Ö... Turizm Sanayi ve Ticaret A. Ş.'nin istihkak iddiası üzerine İİK'nun 99. maddesi uyarınca alacaklıya 7 gün içinde, 3.kişiye karşı dava açması için çıkarılan muhtırada, istihkak iddiasında bulunan şirket ünvanı yerine şirket vekilinin adı yazılmıştır. Ö... Turizm San. ve Tic. A. Ş.'nin istihkak iddiasından usulen bilgilendirilmeyen alacaklı, muhtıranın, daha önce istihkak iddiasında bulunan AB Turizm ve Tic. A.Ş. ile ilgili

değişiklik mevcut ise, maddî hataların düzeltilmesi (HMK m. 183) hükmü uygulanmaz¹³³. Örneğin dava dilekçesinde isim yanlışlığı yapılmış ve hatalı isimde birisi mevcut olduğundan dilekçe o kişiye tebliğ edilmişse, bu hâl için maddî hatanın düzeltilmesi yoluna başvurulamaz. Dolayısıyla burada HMK m. 124 iradî taraf değişikliğine ilişkin hükümler uygulanır¹³⁴.

MENFİ TESPİT DAVASINDA TARAF DEĞİŞİKLİĞİ

Bir kimsenin maddî hukuk bakımından borçlu olmamasına rağmen, takip borçlusunu olarak kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz etmeyi muhtelif sebeplerle ihmal etmesi veya itiraz edip de bu itirazını İİK m. 68'de belirtilen belgelerden biri ile ispat edememesi sebebiyle hakkındaki icra takibi kesinleşmiş olabilir. Bu durumda borçlu aslında borçlu olmadığını iddia ettiği parayı icra takibinin kesinleşmesi sebebiyle ödemek zorundadır. Ancak maddî hukuk açısından gerçekte borçlu olmadığını iddia eden borçluya, borçlu olmadığını genel hükümlere göre tespit ettirme imkânı verilmelidir. İşte menfi

olduğunu sanarak adı geçen şirket hakkında dava açmıştır. İstihkak dava dilekçesinde, davalı olarak istihkak iddiasında bulunan şirket yerine başka bir şirketin ünvanının yazılmış olması, muhtıradan kaynaklanan maddi hataya dayalıdır. Çünkü, amaç, muhtıraya konu istihkak iddiasında bulunan şirketi dava etmektedir. Maddi hataya dayalı yanlışlıkların HUMK.'nun 80. maddesi uyarınca mümkündür. Gerçekten anılan hükme göre, "iki tarafın...zahir ve açık olan yazı hataları daima tashih olunabilir." Hatanın düzeltilmesi, hasım değiştirme olarak nitelendirilemez..." Yargıtay 21. Hukuk Dairesi., E: 2003/2545, K: 2003/3448, T: 15.04.2003; "...Somut olayda takip alacaklısı M. olduğu halde, davacı üçüncü kişi tarafından alacaklı vekili Avukat Ö.S.'nin davalı alacaklı gösterilmek suretiyle dava açıldığı, incelenen takip dosyası ile dava dilekçesinden anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, dava dilekçesinde açıkça İcra dosyasının numarasının belirtilmesine ve istihkak davasının kabulünün istenilmesine göre, alacaklı vekilinin davalı olarak gösterilmesinin maddi hatadan kaynaklandığı kabul edilerek, HUMK 80. maddesi uyarınca maddi hatanın düzeltilmesi her zaman mümkün bulunduğundan, gerçek takip alacaklısı M. huzuruyla davanın yürütülmesi için adına dava dilekçesi ve davetiye tebliğ olunarak, sonucuna göre karar verilmek gerekirken, davada pasif husumet ehliyeti bulunmayan davalının huzurunda yargılamanın sürdürülerek davanın esası hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." Yargıtay 21. Hukuk Dairesi., E: 2006/4593, K: 2006/6416, T: 13.06.2006; aynı yönde bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi., E: 2011/6682, K: 2011/8508, T: 03.10.2011.

¹³³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 233.

¹³⁴ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 428.

tespit davası borçlunun borcu ödemedi önce, borçlu bulunmadığının veya varlığı iddia edilen bir hukukî ilişkinin mevcut olmadığının tespiti için açabileceği bir davadır¹³⁵. Dava takibe maruz kalabilecek veya takibe maruz kalan kişi tarafından açılmaktadır. Menfi tespit davası icra takibinden önce veya sonra açılmasına göre takibe etkileri bakımından ayrı hükümleri ihtiva etmektedir¹³⁶.

Menfi tespit davası takipten önce veya sonra açılmış olabilir. Takipten önce açılan menfi tespit davası aynı alacak için takip yapılmasını önlemez; takipten sonra açılan menfi tespit davası da takibi kendiliğinden durdurmaz. Takipten önce açılmış olan menfi tespit davasında mahkeme alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere gösterilen teminat ile icra takibinin durdurulmasına ilişkin ihtiyatî tedbir kararı verebilir (İİK m. 72/2). Takipten sonra açılan menfi tespit davasında ise borçlu takip giderleriyle alacağın tamamını karşılayacak miktardaki parayı icra dairesine yatırarak ve bu paranın alacaklıya ödenmemesi için yüzde on beş teminat göstererek mahkemeden ihtiyatî tedbir kararı talep edebilir (72/3). Ancak iki durumda da ihtiyari tedbir kararı verip vermemek mahkemenin takdirindedir¹³⁷.

Yukarıda belirtilen hususlara rağmen menfi tespit davası icra takibine doğrudan etki etmez. İcra takibi ile menfi tespit davası birbirinden bağımsız olarak devam eder¹³⁸. Alacaklı icra takibi başlatmadığı sürece açılmış olan menfi tespit davasının icra ve iflâs hukuku bakımından bir önemi yoktur¹³⁹. İcra takibi başlatıldıktan sonra ise mahkemeden alınacak olan ihtiyatî tedbir kararının takibe etkisi İİK m. 72'de düzenlenmiştir. Ancak burada borçluluğun tespiti ile takibin durdurulması arasında klasik ihtiyatî tedbirlerdeki gibi sıkı bir ilişki

¹³⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 230-231; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 86; Kuru (2021), s. 142.

¹³⁶ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 149; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 133-135; Kuru (2021), s. 142.

¹³⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 232-233; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 136-137; Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 349-352.

¹³⁸ Muşul, Timuçin (2014) İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 201.

¹³⁹ Kuru, Baki (2003) İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 29.

bulunmamaktadır. Çünkü İİK 72. maddesine göre açılan menfi tespit davasında yalnızca borçlu olup olunmadığına dair karar verilir, icra takibine ilişkin bir hüküm kurulmaz¹⁴⁰. Bu nedenle HMK m. 124 iradî taraf değişikliğine ilişkin hüküm niteliğine uygun düştüğü ölçüde İİK m. 72’de düzenlenen menfi tespit davası için de uygulanabilir. Şayet bir icra takibi mevcut ise, bu davada taraf değişikliği yapılması, icra takibinde taraf değişikliği yapılması koşuluna bağlı değildir.

HMK m. 124/1 uyarınca tarafların rızası ile taraf değişikliği yapılmışsa davadan ayrılan taraf bakımından takibe devam edilmemesi gerekir. Ayrıca taraf değişikliği HMK m. 124/1 uyarınca açık rıza ile gerçekleşmişse, rıza gösteren tarafın taraf değişikliği sonrasında teminat ve tazminat bakımından talepte bulunamaması gerekir, çünkü rıza gösteren tarafın, değişikliğe rıza gösterirken bu sonuçları kabul ettiği varsayılabilir.

Menfi tespit davasında HMK’nın 124’üncü maddesinin 3 ve 4’üncü fıkraları uyarınca bir iradî taraf değişikliği yapılacak ise bu hususun açık rızaya dayalı iradî taraf değişikliğinden bağımsız olarak incelenmesi gerekir. Kanımızca menfi tespit davası sürecinde ve bu sürecin sonunda ihtiyatî tedbir kararı verilmemişse ve davalı/davacı bakımından tazminata hükmedilmemişse menfi tespit davasında tıpkı diğer davalar bakımından olduğu gibi niteliğine uygun düştüğü ölçüde tarafta iradî değişiklik hükümleri uygulanabilir. Tedbir kararı verilmediğinden menfi tespit davasında iradi taraf değişikliği yapılmasının icra takibine de herhangi bir etkisi olmaz.

Menfi tespit davasında verilen ihtiyatî tedbir kararı ve sonucunda hükmedilen tazminatın tarafta iradî değişiklikten sonraki akıbetlerinin ne olacağının incelenmesi gerekmektedir. Eğer iradî taraf değişikliği talebi kabul edilirse ihtiyatî tedbir kararı ve hükmedilen tazminatlar hükümsüz kalıp kalmayacağı ve taraflardan biri aleyhine hükmedilen bu hususların taraf değişikliği sonrası yeni taraf bakımından geçerli olup olmayacağı incelenmelidir.

¹⁴⁰ Erişir, Evrim (2013) Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 300.

Burada kanımızca tarafta iradî değişiklik belirli hâllerde mümkün olmalı ve bununla ilgili somut kriterler belirlenmelidir. Zira sırf ihtiyatî tedbir kararının kaldırılması veya mahkûm olunan tazminat sorumluluğundan kurtulmak için taraflardan biri iradî taraf değişikliği kurumuna başvurabilir. Bu durumun engellenmesi için menfi tespit davasında TMK m. 2 ve HMK m. 29 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı taraf değişikliğine izin verilmemelidir.

İİK m. 89/3 bakımından ise davacı haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişi davalı takip alacaklısıdır. İİK m. 89/3 uyarınca üçüncü kişi, menfi tespit davası açtığına dair belgeyi süresi içinde icra dairesine teslim ederek kendisine karşı yapılmış olan takip işlemlerini davada verilen kararın kesinleşmesine kadar durdurabilir¹⁴¹. Dolayısıyla davanın açılması üçüncü kişiye karşı yapılmış olan cebri icra işlemlerine doğrudan etki etmektedir. Bu nedenle İİK m. 72'ye göre açılan menfi tespit davasından farklı olarak menfi tespit davası ile icra takibinin sıkı ilişkide olduğu söylenebilir.

İİK m. 89/3'te düzenlenen menfi tespit davası ile icra takibi arasındaki sıkı ilişki sebebiyle iradî taraf değişikliği ancak sınırlı hâllerde uygulanabilir. Taraflar açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekirse burada üçüncü kişi davacı konumunda olduğu için iradî olarak değiştirilmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Menfi tespit davasının davalısı olan alacaklının iradî olarak değişmesi mümkündür. Dava açılırken HMK 124/3-4 hükümlerinde öngörülen şekilde bir durum gerçekleşmiş ve davalı taraf icra takibindeki taraf ile örtüşmemekteyse bu hâlde hâkim iradî taraf değişikliğine izin vermelidir. Ancak dava devam ederken herhangi bir sebeple davalı alacaklı değiştirilmek isteniyorsa buna izin verilmemelidir, çünkü bu dava takip ile sıkı ilişki içindedir ve alacaklı taraf değişirse davanın görülmesindeki hukukî yarar ortadan kalkar.

İcra tazminatları bakımından ise davayı üçüncü kişi kazanır ise alacaklı icra tazminatına mahkûm edilmez¹⁴². Ayrıca burada cebri icra işlemlerinin durdurulması için ihtiyatî tedbire gerek yoktur¹⁴³. Bu yüzden burada iradî taraf

¹⁴¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 230.

¹⁴² Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 231.

¹⁴³ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022), s. 231.

değişikliği ihtiyatî tedbir ve tazminatlar bakımından önem arz etmeyecektir.

SONUÇ

HMK'nın 124'üncü maddesinde düzenlenen iradî taraf değişikliği kural olarak tarafların anlaşmasıyla mümkün olur. Ancak bazı hâllerde hukukî veya fiilî yanılğı sebebiyle taraflar yanlış veya eksik belirlenebilir. İradî taraf değişikliği kurumu, davanın taraflarının eksik veya yanlış tespit edilmesi hâlinde davada taraf değişikliğine imkân tanır.

İcra hukuku bakımından iradî taraf değişikliğinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin İİK'da bir hüküm mevcut değildir. Bu nedenle HMK'nın iradî taraf değişikliğine ilişkin hükmünün kıyasen uygulanma imkânının olup olmadığı incelenmelidir.

İcra takiplerinde medenî yargılamada olduğu gibi şekli taraf teorisi uygulanır ve alacaklı takip talebinde tarafları belirlemiş olur. Taraflar bu şekilde belirlendikten sonra tarafların değişebilmesine sınırlı da olsa imkân tanınması gerekir. İcra takibinde HMK 124/3-4 hükümlerinde belirtilen hâller mevcut ise iradî taraf değişikliği yapılabilir.

İcra hukukunda başvuru hukukî çareler bakımından iradî taraf değişikliğinin mümkün olup olmadığı incelenmiştir.

Şikâyetin dava olarak kabul edilmemesi sebebiyle şikâyet yargılamasında iradî taraf değişikliğine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz. Zira hâkim şikâyet ile ilgili olan kişileri duruşmaya çağırarak dinleyebilir ya da şikâyet konusu işlemde etkilenmesi durumunda o kişiyi de yargılamaya dahil edebilir. Ayrıca icra takibinin tarafları ve şikâyetin tarafları da her zaman aynı değildir, bu husus şikâyet yargılamasında önem arz etmez, çünkü burada mahkeme asıl olarak şikâyet konusu işlemin hukuka aykırılığını denetler.

İtirazın kaldırılması kendine özgü bir hukukî yol olarak kabul edildiğinden HMK m. 124 niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir. Bu nedenle yalnızca dürüstlük kuralına aykırı olmayan maddî hatadan kaynaklanan ve kabul edilebilir bir yanılğıya dayanan sebepler ile iradî taraf değişikliğine izin verilmelidir. Ancak itirazın kaldırılmasında doğrudan taraf değişikliği yapılamaz, öncelikle icra takibinde taraf değişikliği yapılmalı, daha

sonra itirazın kaldırılması yargılamasına devam edilmelidir. İradî taraf değişikliğinden sonra yargılamaya kaldığı yerden devam edilir ve yeni katılan tarafın itiraz etmediği işlemler ise geçerliliğini korur.

İtirazın iptali davası ise icra hukukuna özgü ayrık bir dava olarak kabul edilmelidir. Çünkü davada asıl amaç itirazın bertaraf edilerek takibin devamının sağlanmasıdır. Bu nedenle itirazın iptali davası ile icra takibi arasında sıkı ilişki bulunmaktadır. İradî taraf değişikliği bakımından itirazın kaldırılmasında olduğu gibi öncelikle icra takibinin tarafının değiştirilmesi gerekir ve bu süreçte yargılama bekletilir. Daha sonra yeni katılan tarafın itirazı üzerine yargılamaya devam edilir.

İstihkak davasında iradî taraf değişikliği hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanması mümkündür ancak bu davadaki taraf değişikliği farklı ihtimaller bakımından değerlendirilmelidir. İlk olarak takibin tarafı olmayan üçüncü kişinin değiştirilmesi gündeme gelebilir. Üçüncü kişinin davalı olarak yer aldığı İİK m. 99'a göre açılan istihkak davasında taraf değişikliği yapılabilir, bunun dışında üçüncü kişinin değişmesi hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Takibin tarafları olan alacaklı ve borçlunun değişmesi ise yine sınırlı hâllerde mümkündür. İcra takibindeki borçlunun değişmesi hâlinde borçlunun malları üzerindeki haciz kalktığı için istihkak davası konusuz kalmış olur. İstihkak davası devam ederken alacaklı tarafta iradî taraf değişikliği yapılması ise istihkak davası ile icra takibi arasındaki ilişki sebebiyle sınırlı hâllerde mümkün olmalıdır ve öncelikle takipte taraf değişikliği yapılmalıdır.

Menfi tespit davası başvuru diğer hukukî çarelerden farklı olarak icra takibinden bağımsız olarak değerlendirilen bir davadır. Burada icra takibi ile bağlantıyı sağlayan tek şey takibin durdurulmasına yönelik ihtiyatî tedbir kararı verilmiş olmasıdır. Menfi tespit davasında ihtiyatî tedbir kararı verilmemişse serbestçe iradî taraf değişikliği yapılabilir. Ancak ihtiyatî tedbir kararı verilmişse sadece belirli hâllerde dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliğine izin verilmelidir. İİK m. 89/3 uyarınca açılan menfi tespit davası ise üçüncü kişi hakkında yapılacak olan cebri icra işlemlerini doğrudan etkileyeceği için sınırlı hâllerde tarafta iradî değişiklik yapılması mümkün olmalıdır.

Sonuç olarak HMK m. 124'ün icra hukuku bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir. Ancak ilgili hükmün niteliğine uygun düştüğü ölçüde icra takibi ve başvuru hukukî çareler bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılarak takip ve usûl ekonomisi ve tarafların hukukî dinlenilme hakkı gözetilerek uygulanmasına imkân tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akkaya Tolga** (2014) “Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği (HMK m. 124)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakan Pekcanitez’e Armağan C:16, Özel Sayı, s. 897-941.
- Alangoya, Yavuz** (1969) “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:3, S:5, s.125-194.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar, Ayvaz Sema/Hanağası, Emel** (2021) İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Börü Levent** (2014) “Tarafta (İradi) Değişim (HMK m. 124)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 587-629.
- Börü Levent** (2012) “Dava Konusunun Devri”, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2018) Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Çağa, Tahir** (1976) Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:8, S:3, s. 21-32.
- Demir, Ömer Faruk** (2020) İstirdat Davası, (Doktora), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Dişel, Buse** (2014) İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

- Erdem, Murat** (2010) İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası, (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Eroğlu, Orhan** (2020) İslah, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Erişir, Evrim** (2013) Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kale, Serdar** (2010) Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kiraz, Taylan Özgür** (2013) İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK md. 68-70), 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kuru, Baki** (2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul, Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, C: IV.
- Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kuru, Baki** (1990) İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Evrim Dağıtım, C: I.
- Kuru, Baki** (2021) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kuru, Baki** (2018) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kuru, Baki** (2003) İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Muşul, Timuçin** (2014) İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özekes, Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2021) İcra İflâs Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanıtez Hakan, Simil Cemil** (2017) İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Pekcanıtez Hakan, Taş Korkmaz Hülya** (2017) Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Postacıoğlu, İlhan** (1982) İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Postacıoğlu, İlhan** (1975) Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Peksöz, Vildan** (2020) “İcra Hukukunda Adi Ortaklığın ve Ortakların Taraf Durumu” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:16, s.353-373.
- Tanrıver, Süha** (2020) Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, C. I.
- Taş Korkmaz Hülya** (2014) Medenî Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Üstündağ Saim** (2000) İcra Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul, Nesil Matbaacılık.
- Üstündağ, Saim** (1997) Medenî Yargılama Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil/ Deren-Yıldırım, Nevhis,** (2021) İcra İflas Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Yılmaz, Ejder** (2009) “Davada Taraf Değişikliği” Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınları, Ankara, s. 569-596.

- Yılmaz Ejder** (2017) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Yılmaz, Ejder** (2009) 'İtirazın İptalinin Hukukî Niteliği' Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yayınları, Ankara, s. 597-615.
- Umar, Bilge** (2004) Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım), 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YETKİ TESPİTİNDE İŞYERİ VE İŞLETME KAVRAMLARI İLE İŞYERİNE BAĞLI YER NİTELİĞİNDEKİ BİRİMLERİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME*

Dr. Seracettin GÖKTAŞ**

Gökhan YILMAZ***

ÖZET

İşçi sendikasının, üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için sahip olduğu en önemli araç toplu iş sözleşmesidir. Bu anlamda bir işyeri yahut işletmede örgütlenme faaliyetini başlatan işçi sendikasının ilk amacı da en kısa sürede toplu iş sözleşmesini imzalamaktır.

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesi yetki tespitine itiraz edilmesinin yetki işlemlerini durdurduğu gözetildiğinde, yetki tespiti işleminin isabetli bir şekilde yapılması oldukça önemlidir.

Toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisi için hukukumuzda işveren bakımından herhangi bir yetki koşulu bulunmamaktadır. İşçi tarafı bakımından ise işkolu barajı ile işyeri ve işletme barajı olarak ifade edilebilecek iki baraj söz konusudur.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte işyeri toplu iş sözleşmesi yetkisinde yarından fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği düzenlemesi devam etmiş ise de işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından sağlanması gereken çoğunluk yüzde kırk olarak düzenlenmiştir. Buna göre işverene ait aynı işkolundaki birden fazla birimin tek bir işyeri niteliğinde mi yahut işletme niteliğinde mi olduğunun tespiti büyük önem kazanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, özellikle bir birimin işyerine bağlı yer yahut bağımsız bir işyeri olup olmadığı konusunda işyeri kavramının ayrıntılı şekilde açıklanması, “bağlı yer” kavramı bakımından da hukuki bağlılık, yönetimde birlik ve amaçta birlik unsurlarının anlam ve kapsamının ortaya konulması gerekmektedir. Çalışmamızda uygulamada önemli bir sorun teşkil eden bu durum ele alınarak güncel Yargıtay uygulaması değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Toplu İş Sözleşmesi, Yetki Tespiti, İşyeri, İşletme, İşyerinin Unsurları.

* DOI: 1033432/ybuhukuk.1108233 -Geliş Tarihi:24.04.2022- Kabul Tarihi: 28.07.2022.

** Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı, seracettingoktas@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5103-9947.

*** Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi, gkhanylmz@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8027-8819.

WORKPLACE AND ENTERPRISE IN THE DETERMINATION OF THE COMPETENCE OF COLLECTIVE LABOR AGREEMENT AND AN EVALUATION ON THE DETERMINATION OF THE UNITS CONNECTED TO THE WORKPLACE

ABSTRACT

Collective labor agreement is the most important instrument to protect and improve the rights and interests of the members of the trade union. In this sense, the first aim of the trade union which commences organization in workplace or enterprise, is to sign in the shortest time a collective agreement.

Having considered that objection to determination of competence for the collective labor agreement ceases the competence process, it is important to determine competence in the most appropriate way.

In Turkish law, there is no competence condition for the employer to be able to conclude a collective labor agreement. In terms of the employee side, there are two thresholds that can be expressed as the branch of activity threshold and the workplace and enterprise threshold.

With the Trade Unions and Collective Labor Agreement Law No 6356, the provision requires more than half of the workers employed in the workplace still remain for the collective labor agreement, the majority that must be ensured in terms of enterprise collective labor agreement is regulated as forty percentage. Accordingly, it has gained great importance to determine whether more than one unit in the same branch of activity belonging to the employer is in the nature of a single workplace or enterprise.

It should be pointed that, particularly, to determine whether a unit is a connected to workplace or is an independent workplace, it is important to explain detailed the concept of workplace, in terms of “connected place” the meaning and content of the elements of legal dependence, unity in management and objective should be presented. In our study, this situation, which constitutes an important problem in practice, has been discussed and the current case law of Court of Cassation has been evaluated.

Keywords: Collective Labor Agreement, Competence for the Collective Labor Agreement, Workplace, Enterprise, Factors of the Workplace.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 51'inci maddesinde de belirtildiği üzere, sendikalar, çalışma ilişkilerinde üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için kurulurlar. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun¹ (6356 sayılı Kanun/STİSK) 2'nci maddesinde de sendika kavramı “*İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar*” olarak tanımlanmıştır.

Kuşkusuz işçi sendikalarının üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için sahip oldukları en önemli imkân toplu iş sözleşmesi hakkıdır². Söz konusu hak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 53'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler*” düzenlemesi ile de Anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır.

Bir işyeri yahut işletmede hangi işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olduğu hususu ise 6356 sayılı Kanun'da öngörülen şartlar çerçevesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından tespit edilecektir.

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesinin işyeri düzeyinde yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte işyeri toplu iş sözleşmesi, işletme toplu iş sözleşmesi ve grup toplu iş sözleşmesi olmak üzere üç toplu iş sözleşmesi türü öngörülmüştür³. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki toplu iş

¹ Kabul Tarihi: 18/10/2012, Yayımlandığı Resmî Gazete: 7/11/2012 Tarih, 28460 Sayı.

² “...TİS, sendikalar için üyelerinin hak ve çıkarlarını koruma ve geliştirme mücadelesinde en önemli araçlardan biridir. Dolayısıyla TİS ve sendikal faaliyet özgürlüğü birbirlerine sıkı sıkıya bağlı iki kavram olarak karşımıza çıkar. TİS akdetme yetkisi ile birlikte sendikalar örgütlü bir şekilde hareket etme ve taleplerini güçlü bir şekilde dile getirme imkânına sahip olurlar, bu yönüyle TİS sendikaların dinlenilme hakkının en önemli araçlarından biridir...” AYM, Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası, B. No: 2016/13328, 19/11/2020, §35.

³ **Göktaş, Seracettin/Yılmaz, Gökhan** (2021) 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara, Seçkin, s.624.

sözleşmesi yapabilme yetkisinin tespitinde, işyeri ve işletme kavramları ile işyerinin sınırlarının tespiti en önemli meselelerin başında gelmektedir.

Bu çerçevede olmak üzere çalışmamızda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işyeri ve işletme kavramları unsurları itibariyle ele alınmış ve özellikle güncel bir sorun teşkil eden işyerine bağlı yerlerin tespiti noktasında Yargıtay uygulaması değerlendirilmiştir.

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YETKİSİ

A. GENEL OLARAK

6356 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde toplu iş sözleşmesi “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, hukukumuzda toplu iş sözleşmesi ehliyeti, sadece işçi sendikası ile işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene tanınmış bulunmaktadır.

Toplu iş hukukunda yetki, toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olan kişi veya kuruluşların, mevzuatta öngörülen şartları sağlaması durumunda belirli işyeri ve işyerlerinde toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisi olarak ifade edilebilir⁴.

İşveren bakımından herhangi bir yetki koşulu bulunmamaktadır. İşçi tarafı bakımından ise hukukumuzda toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisine sahip olmak için işkolu barajı ile işyeri/işletme barajı olarak ifade edilebilecek iki baraj söz konusudur.

⁴ **Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu** (2019) *Toplu İş Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Beta, s.258; **Uşan, M. Fatih** (1994) “**Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Yargıtay ile Öğreti Arasındaki Görüş Farklılıkları)**”, **Kamu İş, C:3, S:4**, s.131; **Günay, Cevdet İlhan** (1991) *Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi*, Ankara, s.133; **Başterzi, Süleyman** (2016) *Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti*, İstanbul, Beta, s.14; **Tuğ, Adnan** (1996) *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi*, Ankara, Minpa Matbaacılık, s.79; **Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2013) *İş Hukukunun Esasları*, 6. Baskı, İstanbul, Beta, s.355; **Göktaş/Yılmaz**, s.729.

B. İŞKOLU BARAJI

Toplu iş sözleşmesi yetkisi alabilmek için işçi sendikasının öncelikle işkolu barajını aşması gerekmektedir. İşkolu barajı STİSK'nın 41'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisi alabilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi olması gerekmektedir. İşkolu barajı aşılmadan işyeri yahut işletmede çoğunluğu sağlamanın toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

07/11/2012 tarihinde yürürlüğe giren STİSK'nın ilk hâlinde işkolu barajı oranı yüzde üç olarak belirlenmiş iken⁵, 11/09/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinde “6356 sayılı Kanununun 41 inci maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan “yüzde üçünün” ibareleri “yüzde birinin”; 43 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yüzde üçünden” ibaresi “yüzde birinden”, dördüncü fıkrasında yer alan “yüzde üçünü” ibaresi “yüzde birini” olarak değiştirilmiştir.” şeklinde yapılan düzenleme ile hukukumuzdaki işkolu barajı oranı yüzde bire düşürülmüştür⁶.

C. İŞYERİ/İŞLETME BARAJI

İşkolu barajı bakımından gerekli sayısal çoğunluğu sağlayan işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisi alabilmesi için ikinci olarak işyeri yahut işletme bakımından 6356 sayılı Kanun'da öngörülen gerekli sayısal çoğunluğu sağlaması gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun'un 41'inci maddesi gereğince işyeri toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olmak için gereken sayısal çoğunluk yarıdan fazla olarak, işletme toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olmak için gereken sayısal çoğunluk ise yüzde kırk olarak belirlenmiştir.

⁵ Mülga 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde 2822 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinde yer alan “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunun (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) üyesi bulunduğu işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.” şeklindeki düzenleme ile işkolu barajı oranı yüzde on olarak belirlenmiş idi.

⁶ Ayrıksı düzenlemelerin ayrıntısı için Bkz. **Göktaş/Yılmaz**, s.731-733.

6356 sayılı Kanun'un 41 inci maddesinin yedinci fıkrasında, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde Bakanlığa gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna (Kurum) yapılan işçi bildirimlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Buna göre sadece Kuruma yapılan bildirimler çerçevesinde yetki tespit işlemi gerçekleştirilecektir.

6356 sayılı Kanun'un 42 nci maddesinin dördüncü fıkrası ise “*Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz.*” şeklindedir. Hükme göre yetki başvuru tarihinden önce Sosyal Güvenlik Kurumuna işe giriş bildirgeleri ve işten ayrılış bildirgeleri verilmeyen işçiler bakımından bu bildirgeler dikkate alınamayacaktır. Yargıtay uygulamasında yetki başvuru tarihi ile aynı gün verilen bildirgeler yönünden ise zaman itibarıyla değerlendirme yapılması ve yetki tespit başvuru ânından önce işe girişi ve işten ayrılışı Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmeyen işçiler yönünden bu bildirimlerin dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir⁷.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, işyeri toplu iş sözleşmesi yetkisi ile işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından 6356 sayılı Kanun'da farklı sayısal çoğunluk arandığından, işyeri kavramı ve sınırları ile işletme kavramının tüm unsurları ile birlikte açıklanması önem arz etmektedir.

II. İŞYERİ

A. KAVRAM

İşyeri, iş hukukunun fiziki alan itibarıyla uygulandığı birim olarak ifade edilebilir⁸. 6356 sayılı Kanun'da işyerinin bir tanımı yer almamaktadır. STİSK'nın 2'nci maddesinde ise işyeri kavramı konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'na atıfta bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir*” şeklinde işyeri kavramı tanımlanmıştır.

⁷ Bkz. Y9HD, T:28.04.2022, E: 2022/4292, K: 2022/5457.

⁸ **Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta, s.187.

Yine aynı maddede “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” hususları ifade edilmekle, işyeri kavramı unsurları itibariyle de ortaya konulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesine ilişkin hükümet gerekçesinde de⁹ ““İşyeri” tanımı; teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal veya hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtmek suretiyle verilmiştir. İşyerinin sınırlarının belirlenmesinde “işyerine bağlı yerler” ile eklentiler ve araçların bu birim kapsamında oldukları, önceki hükümden farklı bir ölçüt aranmamış olmakla beraber; özellikle bir işyerinin mal veya hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi, yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda “amaçta birlik”, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünde bağlılık ile “yönetimde birlik”, aynı yönetim altında örgütlenmiş olma şartları gerek yargı kararları ve gerek doktrindeki görüşlere paralel şekilde düzenlenmiştir. Diğer yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, işveren, kurulan “iş organizasyonu” işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde (ilaç fabrikası satış elemanları gibi) veya ilin içinde (beyaz eşya bakım ve onarım işlerinde çalışanlar gibi) işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini duymuştur. Bu olgular dikkate alınarak ve Avrupa Birliğine üye devletlerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler göz önünde tutularak maddenin üçüncü fıkra olarak “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” hükmü eklenmiştir.” şeklinde işyeri kavramı ve unsurlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

⁹ <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>> s.e.t.13.06.2022.

Kanun koyucu, işyeri kavramının, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan müteşekkil bir bütün olduğunu ortaya koymuş olmakla, “işyerinde teklik” esasının benimsendiği ifade edilebilir¹⁰. Bu çerçevede, işyerindeki teknik amacın esasını teşkil eden temel üretim faaliyetinin yürütüldüğü birimin asıl işyeri; işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçların ise işyerinden sayılan yerler olarak nitelendirilmesi de yanlış olmasa gerektir¹¹.

İşyeri kavramı bir Yargıtay kararında¹² “4857 sayılı İş Kanunu’nun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde işyeri “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2 nci maddesinin gerekçesinde de işyeri, teknik bir amaca diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olarak belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında “işyerine bağlı yerler” ile “eklentiler” ve “araçların” bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda “amaçta birlik” yani aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ve “yönetimde birlik” yani aynı yönetim altında örgütlenmiş olma şartlarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan, teknolojik ve ekonomik gelişmeler doğrultusunda bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunum hususlarının çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi sebebiyle, bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, özellikle “iş organizasyonu” içerisinde, işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt

¹⁰ **Çenberci, Mustafa** (1986) İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, Olgaç Matbaası, s.154; **Doğan Yenisey, Kübra** (2007) İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, Legal, s.25; “Bu şekilde, işyerinin bütünü içinde yer alan hangi yer, eklenti, araçta çalışırsa çalışsın tüm işçiler hem bireysel iş hukuku hem toplu iş hukuku bakımından o işyerinin işçisi sıfatıyla uygulamaya muhatap ve tabi olmaktadır.” Bkz. **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2022) İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Lykeion, s.249.

¹¹ **Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2021) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.91; **Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut/Kaplan, Hasan Ali** (2019) İş Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta, s.47; **Çenberci**, s.154.

¹² Y9HD, T: 10/06/2021, E: 2021/5589, K: 2021/10084.

genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek ihtiyacı duyulmuştur. Bu bağlamda 4857 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinde "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür." hükmü düzenlenmiştir." şeklinde açıklanmıştır.

B. İŞYERİNİN UNSURLARI

Yukarıda belirtilen tanıma göre bir işyerinden söz edilebilmesi için, maddi olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işçi örgütlenmeli ve bu birliktelik de mal veya hizmet üretme amacına yönelik olmalıdır.

İşyerini teşkil eden unsurlardan birincisi maddi unsurlardır. Maddi unsurlar, mal veya hizmet üretmek amacına yönelik olarak kullanılan eşya niteliğini haiz nesnelere olarak ifade edilebilir. Öncelikle mal veya hizmet üretimine yönelik olarak faaliyetin içinde yürütüldüğü taşınmaz eşya maddi unsurlardandır. Üretime yönelik faaliyet için kullanılan makineler, cihazlar ile her tür araç ve gereçler de işyerinin maddi unsurlarındandır. Yine, üretimde kullanılmak üzere işyerinde mevcut olan ham, yarı işlenmiş yahut işlenmiş ürünler de maddi unsurlar kapsamına dahildir¹³. Maddi olmayan unsurlar ise deneyim, buluşlar, know-how, müşteri çevresi, ticari itibar, patent ve lisanslar gibi unsurlardır¹⁴.

İşyeri kavramının bir diğer unsuru ise işgücüdür. Nitekim işyeri kavramının iş hukukunun ilgi alanına girmesinin sebebi, çalışan bir işçinin bulunmasıdır. İşgücünün yani çalışan bir işçinin bulunmaması durumunda bir işyerinden söz edilmesi de olanaksızdır¹⁵. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında¹⁶ da "Belirtmek gerekir ki bir teknik amaç doğrultusunda faaliyet yürütülen ve bu kapsamda işçi çalıştırılan her birim işyeri olarak nitelendirilebilir. Bir faaliyetin (teknik amacın) icra edildiği ancak işçi çalıştırılmayan bir yerin ise işyeri

¹³ Doğan Yenisey, s.17.

¹⁴ Süzek, s.188.

¹⁵ Narmanlıoğlu, Ünal (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 5. Bası, İstanbul, Beta, s.138; Canbolat, Talat (2013) Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul, Beta, s.107; Güven, Ercan/Aydın, Ufuk (2020) Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Eskişehir/İstanbul, Nisan Kitabevi, s.86.

¹⁶ Y9HD, T: 04/11/2020, E: 2021/10026, K: 2021/15440.

niteliğinde olması mümkün değildir. Bu anlamda olmak üzere işyeri kavramının en önemli ve vazgeçilmez unsurlarından birisi “işçi” olup, çalışan işçi bulunmaması durumunda bir “işyeri”nden söz edilemez. Bu ihtimalde Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında faal bir işyeri sicil numarasının bulunması da sonuca etkili değildir.” hususları ortaya konulmuştur.

C. İŞYERİNDEN SAYILAN YERLER

1. Eklentiler

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2’nci maddesinde “dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer” eklentilerin de işyerinden sayılacağı belirtilmektedir. Madde metninde yer alan “gibi diğer” ifadesi ile kanundaki sayımın tahdidî nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır¹⁷. Eklentiler, esas itibarıyla işyerinin teknik amacını teşkil eden mal veya hizmet üretimi faaliyeti ile nitelik bakımından bağlantılı içerisinde bulunmamaktadır. Bununla birlikte eklenti olarak tanımlanan birimler, asıl işe yardımcı iş niteliğinde olan faaliyetlerin yürütüldüğü birimlerdir¹⁸.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3’üncü maddesinde asıl iş “Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş” olarak, yardımcı iş ise “İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş” olarak tanımlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2’nci maddesine ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde de yardımcı işler “doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin işler” olarak ifade edilmiştir¹⁹. Belirtilen hususlara

¹⁷ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.253; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra (2020) İş Hukuku, İstanbul, Beta, s.49; Senyen-Kaplan, E. Tuncay (2019) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi, s.68.

¹⁸ Astarlı, Muhittin (2019) Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı, Ankara, Lykeion, s.102.

¹⁹ Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal (2013) İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul, Legal, s.16.

göre yardımcı iş, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan asıl işin vazgeçilmez ve ayrılmaz bir unsuru olmamakla birlikte, asıl işin bir düzen içerisinde görülmesini sağlayan, sağlıklı bir şekilde yürütülmesine imkan tanıyan ve kolaylaştıran işler olarak tanımlanabilir²⁰.

Başbuğ tarafından, yardımcı işin unsurları olarak; işin sadece ait olduğu birim ya da birimlere hizmet etmesi, girdilerinin birimin maliyetlerine katılması, çıktılarının birimin nihai ürününün parçası olmaması ve sabit sermaye oluşumu sağlamaması ve benzer bir ölçekte karşılaştırılabilir bir faaliyetin, benzer üretim birimlerinde yürütülmesi hususları ifade edilmiştir. Buna göre, bir faaliyet ancak söz konusu unsurların tamamını taşıması halinde yardımcı iş sayılacaktır²¹.

2. Araçlar

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde “*araçlar*”ın da işyerinden sayılacağı belirtilmektedir. Araçlar, işyerinde teknik amaç doğrultusunda icra edilen faaliyetin yürütülmesine katkı sağlayan, bu kapsamda kullanılan sabit veya hareketli otobüs, kamyon, otomobil, vinç ve her türlü iş makinesidir²². Araçların işyerinde teknik amaç doğrultusunda icra edilen faaliyetin yürütümüne doğrudan katılması zorunlu olmayıp, dolaylı şekilde üretim faaliyetine katkı sağlaması yeterlidir²³. Araçların işyerinin sınırları kapsamına dahil kabul edilebilmesi için mülkiyetinin işverene ait olması zorunluluğu bulunmamaktadır²⁴. Araç ile işveren arasında, kira veya ödünç gibi bir hukuki ilişki bulunması yeterlidir²⁵.

²⁰ Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment (2021) İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, İstanbul, Beta, s.123.

²¹ Başbuğ, Aydın (2012) Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara, Şeker-İş Yayınları, s.90.

²² Süzek, s.191; Narmanlıoğlu, s.141-142; Doğan Yenisey, Kübra (2013) “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, Çalışma ve Toplum, S:39, s.52; Kocagil Ersoy, s.183.

²³ Doğan Yenisey, s.30.

²⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.49; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.48; Tunçomağ/Centel, s.65.

²⁵ Demir, Fevzi (2016) İş Hukuku ve Uygulaması, 9. Baskı, İzmir, Albi Yayınları, s.76; Çenberci, s.159.

3. Bağlı Yerler

a. Genel Olarak

Bağlı yerler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde “*İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler*” olarak ifade edilmiştir. Hükme göre bağlı yerler de işyeri kavramının kapsamına dahildir. Belirtilen hüküm gereğince, bir yerin işyerine bağlı yer niteliğinde değerlendirilebilmesi için üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. İlk unsur birimler arası hukuki bağlılık, ikinci unsur işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılık (amaçta birlik) ve üçüncü unsur ise yönetimde birliktir. Üç unsurun bir arada bulunmaması durumunda, işyerine bağlı yerden söz etmek mümkün olmayıp, bağımsız işyerlerinin mevcut olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir²⁶. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında “*İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür*” düzenlemesi yer aldığından, işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılık ve yönetimde birlik unsurları, iş organizasyonu ile desteklenmelidir²⁷.

Belirtelim ki bağlı yerin, asıl işyerinin faaliyetine devam edebilmesinin zorunlu bir parçası olması gerekmemektedir²⁸. Bir başka ifadeyle bağlı yerde yürütülen faaliyetin mevcut olmaması durumunda, asıl işyerinde yürütülen faaliyetin de yürütülememesi gerektiği gibi bir unsur söz konusu değildir. Bununla birlikte bağlı yerin tamamen asıl işyerine yönelik faaliyet yürütmesi, varlık sebebinin asıl işyeri olması²⁹ da bir zarurettir.

Diğer taraftan bir birimin ayrı bir işyeri sicil numarası ile Sosyal Güvenlik Kurumu nezdinde tescil edilmesi de, o yerin bağlı yer olmadığı ve bağımsız bir işyeri olduğu sonucunu doğurmamaktadır³⁰.

²⁶ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.250.

²⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.150.

²⁸ Çenberci, s.156.

²⁹ Çenberci, s.157.

³⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.151; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.48; Demir, s.75; Başterzi, s.86; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz (2018) Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.117; Başbuğ, Aydın (2016) “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar Ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi”, İş

Ekonomik ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak, işverenler işyerleri sınırlarını irtibat büroları gibi birimlerle genişletebildikleri gibi aynı işkolunda bağımsız işyerleri de açabilirler. Bu yerlerin “bağımsız” işyeri niteliğinde olup olmadıklarının amaçta ve yönetimde birlik şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir³¹.

Bağlı yerlerin tespiti bakımından bir Yargıtay kararında³² “İşyerini oluşturan eklentiler ve araçların tespiti kolay ise de “işyerine bağlı yer’in işyerinden sayılması tek başına yeterli bir kriter değildir. Aynı zamanda bu bağlı yerin de niteliği yönünden işyerine bağlılığı bulunmalı ve aynı yönetim birliği altında örgütlenmiş olması gereklidir. Bundan anlaşılması gereken işin niteliği ve yürütümü gereği yapılan işlerin aynı yönetim altında örgütlenmiş bulunmasıdır. Eğer yönetim birliği altında örgütlenme sağlanamamış ya da farklı ve birbirinden bağımsız iki ayrı yönetim oluşmuşsa artık tek bir işyerinden değil bağımsız olan yönetim sayısınca işyerinden bahsedilecektir. Bu bağlamda birbirinden tamamen bağımsız bir organizasyon yapılanması söz konusu ise ayrı işyerlerinden, buna mukabil tek bir yönetim birliği altında yapılanma söz konusu ise işyerine bağlı yer kabulü ile tek işyeri bulunduğu kabul edilmelidir.” hususları belirtilmiştir.

Bu açıklamalar karşısında, bağlı yerin tespitinde üç unsurun arandığı tekrar vurgulanmalıdır. Bunlar hukuki bağlılık, amaçta birlik ve yönetimde birliktir³³.

b. Hukuki Bağlılık

Bağlı yerin ilk unsuru hukuki bağlılıktır. Buna göre asıl işyeri ve bağlı yer şeklinde bir nitelendirme yapabilmek için her iki birimin de aynı işverene ait olması gerekmektedir.

ve Hayat, C:2, S:4, s.62; Karş. **Eyrenci, Öner** (2013) “6356 sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, DEÜHFD, C:15, Özel Sayı, s.124, Yazara göre “işyerine bağlı yer niteliğindeki bir yerin işveren tarafından ayrı işyeri olarak bölge müdürlüğüne tescil ettirilmesi kanuna karşı hile niteliğindedir.”

³¹ **Sur, Melda** (2022) İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Bası, Ankara, Turhan, s.296.

³² Y9HD, T: 07/10/2021, E: 2021/9511, K: 2021/13922.

³³ **Doğan Yenisey**, İşkolu, s.53; **Başterzi**, s.84.

İki farklı üretim birimi farklı işverenlere ait ise işyeri kavramının diğer tüm unsurları mevcut olsa dahi bu birimlerin tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi olanaksızdır³⁴. Belirtmek gerekir ki, farklı tüzel kişilere ait işyerleri bakımından da bu tüzel kişilerin temsil ve yönetim yetkisi aynı gerçek kişilere ait olsa dahi bu işyerlerinin tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi olanaklı değildir³⁵.

Yine alt işveren, asıl işveren karşısında bağımsız bir işveren sıfatına sahip olduğundan ve ayrıca alt işveren tarafından yürütülen faaliyet ayrı bir iş organizasyonuna tabi olduğundan, aynı fiziki ortamda faaliyet yürütülse dahi alt işverene ait işyeri bağımsız bir işyeri teşkil etmektedir³⁶.

c. Amaçta Birlik

Bağlı yerin ikinci unsuru olan işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılık unsuru, teknik yönden bağlılık yani aynı teknik amaca yönelik olarak faaliyet gösterme bir başka deyişle de amaçta birlik olarak ifade edilebilir.

³⁴ **Süzek**, s.189; **Narmanlıoğlu**, s.144; **Canbolat**, s.110.

³⁵ “...Asıl davada ve birleşen davada işveren, A..... A.Ş., L.... A.Ş. ile dava dışı M..... A.Ş. işyerlerinin tamamının aynı adreste yer aldığını, tamamının işçilerinin aynı adreste, aynı bantta karışık şekilde çalıştığını ileri sürerek belirtilen birimlerin tamamının tek bir işyeri sayılması gerektiğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesince de, işveren iddiası yerinde görülerek belirtilen birimler tek bir işyeri sayılarak sonuca gidilmiş, tüm birimlerde başvuru tarihi itibarıyla çalışan işçi sayısı saptandıktan sonra sendikanın gerekli çoğunluğu sağlayamadığı ve birleşen dava konusu L.... A.Ş.’nin de ayrıca bir yetki tespitine konu olamayacağı gerekçesiyle dava reddedilmiş, Bölge Adliye Mahkemesi de benzer gerekçelerle istinaf başvurularının reddine karar vermiştir.... ifade etmek gerekir ki, işveren tarafından, üç farklı tüzel kişiliği haiz ticaret şirketi işverene ait gözüken farklı işyerlerinin, tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi gerektiği iddiası hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olup, hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesi gözetildiğinde işverenin bu iddiasına itibar edilemez. Buna göre farklı tüzel kişi işverenlerin her birinin ayrı ayrı yetki tespiti konusu olması gerektiği gözetilerek sonuca gidilmelidir....” Y22HD, T: 10.01.2019, E: 2018/12148, K: 2019/734.

³⁶ **Baycık, Gaye** (2014) “6356 Sayılı Kanun’un Uygulanması Bakımından Sendikalar Örgütlenme Düzeyi Ve İşkolunun Belirlenmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:2, s.243; **Yılmaz, Gökhan** (2017) “Güncel Yargıtay Uygulaması Işığında İşkolu Kavramı ve İşkolu Tespiti”, Sicil, S:38, s.149.

Nitelik bakımından bağlılık unsuru ile bağlı yerde yürütülen faaliyetin asıl işyerinde yürütülen faaliyet ile birbirini tamamlaması anlaşılmalıdır³⁷.

Amaçta birlik unsuru gereğince farklı ünitelerin her biri birbiriyle doğrudan bağlantılı olmayan mal veya hizmet üretimine yönelik olsa dahi, bu ünitelerin tamamının aynı teknik amaç doğrultusunda faaliyet göstermesi gerekmektedir³⁸. Bu anlamda gıda üretimine yönelik faaliyet yürütülen, asıl iş ve teknik amacın gıda üretimi olduğu bir işyeri bakımından, aynı işverene ait olup münhasıran asıl işyerinde üretilen gıdanın paketlenmesi için ambalaj üretimi yapılan ve başkaca bir işyerine yönelik faaliyet yürütülmeyen bir birimin bağlı yer niteliğinde olduğu değerlendirilecektir.

Bununla birlikte aynı işverene bağlı olmasına karşın farklı teknik amaç doğrultusunda faaliyet yürütülmesi durumunda, farklı birimlerin tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi olanaklı değildir.

d. Yönetimde Birlik

Yönetimde birlik unsuru gereğince, asıl işyeri ve bağlı yer ilişkisinin söz konusu olabilmesi için farklı birimlerin tek elden yönetilmesi ve örgütlenmenin bir bütünlük içinde olması gerekmektedir³⁹. Yönetimde birlik unsuru bakımından, farklı birimlere ilişkin mali kayıtların, işçilere ait bordro ve sicil bilgilerinin, işe giriş ve çıkış kayıtlarının, idari işlemlerin ve muhasebe kayıtlarının tek merkezde düzenlenmesi önemli bir göstergedir⁴⁰. Diğer taraftan aynı işverene ait birimler arasındaki coğrafi uzaklık, tek başına yönetimde birlik unsurunun mevcut olmadığı sonucunu doğurmaz⁴¹. İki birim arasındaki mesafe, tek elden yönetimi ortadan kaldıracak boyutta değilse ve iki birim aynı iş organizasyonu kapsamında faaliyet yürütebilen bir bütünlük içerisinde ise iki birimin asıl işyeri ve bağlı yer olarak nitelendirilmesi olanaklıdır.

Esas itibarıyla, çağdaş teknolojik imkanlar gözetildiğinde, yönetimde birlik ölçütü bakımından birimler arasındaki mesafenin öneminin de giderek

³⁷ **Akyiğit, Ercan** (2020) Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.429.

³⁸ **Süzek**, s.189; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.250.

³⁹ **Narmanlıoğlu**, s.145; **Başterzi**, s.86.

⁴⁰ **Süzek**, s.190; **Senyen-Kaplan**, s.68.

⁴¹ **Narmanlıoğlu**, s.145; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s.48; **Başterzi**, s.86.

azaldığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim iletişim teknolojisindeki gelinen nokta farklı birimlerde bulunan işveren vekilleri yahut çok sayıda işçi ile aynı anda haberleşme imkanı sağlamakta, işin yürütümüne ilişkin talimatların hızlı ve kesintisiz bir şekilde aktarılmasına imkan tanımaktadır. Aynı şekilde işin yürütümü noktasında farklı birimlerde bulunan çalışanların denetlenmesi de olanak dahilindedir. Bununla birlikte yönetimde birlik unsurunun belirlenmesi bakımından, şüphesiz toplu iş hukukunun yapısı ve özellikleri de gözetilmelidir. Bu anlamda işçilerin müşterek çalışmaya dayalı dayanışma olgusu ve menfaat birliği oluşturma amacı da nazara alınarak değerlendirilmelidir⁴².

III. İŞLETME

A. GENEL ESASLAR

İşletme toplu iş sözleşmesi 6356 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde “*Bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşme*” olarak tanımlanmış olup, 6356 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince de bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunması durumunda işletme toplu iş sözleşmesi yapılması gerekmektedir.

Diğer taraftan gerek STİSK'da gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nda “*işletme*” kavramı tanımlanmamıştır. Toplu iş hukukumuzda kullanılan işletme kavramı, iktisadi anlamda yahut ticaret hukuku anlamında işletme kavramından farklı niteliktedir⁴³. Kanunda yer alan düzenlemeler çerçevesinde bir toplu iş sözleşmesi ünitesini nitelemek üzere kullanılan bir kavram olan

⁴² **Başterzi**, s.83; **Yıldız, Gaye Burcu** (2010) “Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi” Sicil, S:20, s.138; **Baycık**, s.247; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.118; **Emir Şahin, Asiye** (2016) “6356 Sayılı Kanun Bakımından İşkolunun Tespitine İlişkin Temel Esaslar”, İÜHFİM, C:74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, s.1048.

⁴³ **Eyrenci**, s.133; **Subaşı, İbrahim** (2014) “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Toplu İş Sözleşmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan Özel Sayısı**, 2014, C:20, S:1, s.605.

işletme, aynı işverene ait ve aynı işkolunda yer alan birden fazla işyerinin oluşturduğu bir birim olarak tanımlanabilir⁴⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde işveren “*işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*” olarak tanımlanmıştır. Buna karşın gerek STİSK'nın 2'nci maddesinde gerekse STİSK'nın 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasında işletme toplu iş sözleşmesinin tanımı yapılırken sadece “*Bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait*” ibaresi kullanılmış ise de “*tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*” ibaresinin kullanılmamasının yazım eksikliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, gerek STİSK'nın 2/1-d maddesi gerekse 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki tanımın “*Bir işverene ait aynı işkolundaki birden çok işyeri*” olarak anlaşılması gerekir⁴⁵.

STİSK'nın 34'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunması durumunda toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir. Mutlak emredici nitelikteki bu hüküm kamu düzenine ilişkin olduğundan resen gözetilmelidir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu doğrultudadır⁴⁶.

⁴⁴ **Şahlanan, Fevzi** (2020) Toplu İş Hukuku, İstanbul, On İki Levha, s.338; **Ekmekçi, Ömer** (2022) Toplu İş Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha, s.287; **Başbuğ**, s.165; “...İşletme toplu iş sözleşmesinde (m.34/2) “işletme” kavramı STİSK'na özgü olup, ne Türk Ticaret Kanunu anlamında “ticari işletme”ye, ne de iktisadi anlamda “işletme” kavramına uyar. Burada, tek işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerini kapsayan bir toplu pazarlık, toplu iş sözleşmesi ünitesi söz konusudur ... İşletme kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanmamıştır. İktisadi anlamda işletme, genel olarak, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş ünite olarak tanımlanabilirse de toplu iş hukuku anlamında işletme kavramı, farklı bir nitelik arz etmektedir ... 6356 sayılı Kanununun 2 nci ve 34 ncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kanundaki “işletme” deyiminin, gerçek anlamdaki işletmeyle ilgisi bulunmadığı, “bir işverenin aynı işkolundaki birden çok işyerini” ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, bir toplu iş sözleşmesi birimi olarak “işletme” niteliğinin varlığını tespit için, “işveren” kavramı en önemli unsurdur...” YİBHKG, T: 09/06/2017, E: 2016/3, K: 2017/4.

⁴⁵ **Canbolat**, s.123-124.

⁴⁶ “... 6356 sayılı Kanun'un 34 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabilceği ifade edilmiştir. Belirtilen düzenleme emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkindir (CANBOLAT, Talat: Toplu İş

Aynı işkolunda yer alan işyerlerinin kamu tüzel kişilikleri veya kamu kurumları dışındaki gerçek ve tüzel kişilere yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara ait olmasının bir önemi bulunmamaktadır. İşveren aynı ise her durumda işletme toplu iş sözleşmesi yapma zorunluluğu bulunmaktadır.

Alt işverenler bakımından da aynı esaslar geçerlidir. Alt işveren asıl işverenden bağımsız nitelikte bir işveren olduğundan⁴⁷, alt işverene ait aynı işkolunda yer alan birden fazla işyerinin mevcut olması durumunda da işletme toplu iş sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Bu anlamda aynı işkolunda yer alan işyerlerinin bir kısmının hizmet alım sözleşmesi kapsamında yürütülen alt işveren işyeri, bir kısmının ise bağımsız nitelikli işyeri olması önem arz etmez yine tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılmalıdır.

Kanunda işletme toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gereken çoğunluk yüzde kırk olarak belirtilmiştir. Yüzde kırk oranının yakalanması yeterlidir, aşılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu anlamda başvuru tarihinde yüz işçinin çalıştığı bir işletmede, toplu iş sözleşmesi yapabilme yetkisi için gereken sendika üye sayısı kırk olmaktadır. İşveren tarafından farklı fiziki mekanlarda birden çok işyerinde faaliyetin yürütülmesi durumunda örgütlenme ve yarından fazla çoğunluğun sağlanmasındaki güçlük dikkate alındığında düzenlemenin çalışma yaşamına uygun olduğu belirtmek gerekir.

İşletme yetkisi bakımından aynı işkolunda yer alan işyerleri bir bütün olarak değerlendirilerek sendikanın gerekli çoğunluğu sağlayıp sağlamadığı belirlenir⁴⁸. Bu anlamda işletmenin bütününde yüzde kırk oranı yakalanmış ise işletmeyi oluşturan bazı işyeri yahut işyerlerinde sendikanın hiç üyesinin bulunmaması sonuca etkili değildir⁴⁹. İşletmeyi oluşturan tüm işyerleri bakımından çoğunluk şartı yerine getirilmiş sayılır.

Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013, s.128; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.344). Dairemizin uygulaması da, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu yönündedir....” Y9HD, T: 09/12/2021, E: 2021/11703, K:2021/16366.

⁴⁷ **Süzek**, s.157.

⁴⁸ **Şahlanan**, s.369; **Ekmekçi**, s.303.

⁴⁹ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.263; **Kocagil Ersoy**, s.243.

Belirtelim ki STİSK'nın 41 inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince de işletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır.

B. PERSONEL ÇALIŞTIRILMASINA DAYALI HİZMET ALIM SÖZLEŞMESİ İLE FAALİYET YÜRÜTEN ALT İŞVEREN İŞYERLERİ

11/09/2014 yürürlük tarihli 6552 sayılı Kanun⁵⁰ ile değişik 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrası⁵¹ ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında “*Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesi*” ile faaliyet yürüten alt işveren işyerlerinde yetki tespiti ve toplu görüşme sürecinin yürütülmesi bakımından kısmen ayrıkçı düzenlemeler öngörülmüştür⁵². Buna göre madde kapsamına giren alt işveren işyerleri bakımından asıl işveren kamu

⁵⁰ “İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun”, Kabul Tarihi: 10/9/2014, Yayın: 11/09/2014 Tarihli Resmî Gazete.

⁵¹ 4735 sayılı Kanun md.8/3: “4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkra göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir.”

⁵² Ayrıntılı bilgi için Bkz. Köseoğlu, Ali Cengiz (2017) “4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, İş ve Hayat, C:3, S:5, s.290-316.

kurum ve kuruluşunun toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan fiyat farkından⁵³ sorumlu olması için toplu görüşme sürecinin alt işveren adına kamu işveren sendikası tarafından yürütülmesi gerekmektedir.

22/01/2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve uygulamanın esaslarını düzenleyen Yönetmeliğin⁵⁴ 4 üncü maddesinin ikinci fıkrası “*Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılacak yetki tespit işlemlerinde, 4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde iş alan alt işverenin; aynı ihale sözleşmesi kapsamında tek bir işyerinin bulunması halinde işyeri düzeyinde, birden fazla işyerinin bulunması halinde ise işletme düzeyinde yetki tespiti verilir.*” şeklindedir.

Öğretide de haklı olarak belirtildiği gibi, 4735 sayılı Kanun’un 8 inci maddesi kapsamına giren personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesi ile faaliyet yürüten alt işveren işyerleri bakımından her bir alt işveren işyerinin ayrı ayrı işyeri toplu iş sözleşmesi konusu olması gerekmektedir⁵⁵. Bu anlamda aynı işverene ait aynı işkolunda yer alan başkaca bir işyeri bulursa dahi, “*Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesi*” kapsamında faaliyet yürütülen alt işveren işyeri, bağımsız olarak işyeri toplu iş sözleşmesi konusu olacak ve işletme toplu iş sözleşmesi söz konusu olmayacaktır.

Kanaatimizce de alt işveren işçilerinin toplu iş sözleşmesi hakkında bilfiil istifade edebilmesi ve asıl işveren tarafından fiyat farkının karşılanabilmesi için, farklı koşullarda imzalanan, süreleri dahi örtüşmeyen hizmet alım sözleşmeleri ve farklı ihale şartları gözetilerek ayrı işyeri toplu iş sözleşmeleri bağlanması bir zorunluluktur. Bu anlamda 6552 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanun’un 8 inci maddesinde yapılan değişiklik suretiyle ihdas edilen yeni sistem ile toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan fiyat farkı asıl işveren kamu kurum ve kuruluşu tarafından karşılanacak, bu suretle alt işveren işçilerinin

⁵³ “Burada maliyet farkından kastedilen, idarenin hizmet alım ihalesinde kararlaştırılan bedel ile yapılacak toplu iş sözleşmesi uyarınca meydana gelen artış arasındaki farktır.” **Köseoğlu**, s.293.

⁵⁴ “*Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmelik*”.

⁵⁵ **Köseoğlu**, s.300-301; **Başbuğ, Aydın** (2016) “Alt İşveren ile Toplu İş Sözleşmesi Yapılması ve 6552 sayılı Kanunla Getirilen Üçlü Toplu İş İlişkisi Sistemi”, *İş ve Hayat*, C:2, S:3, s.126.

toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri temin edilmiş olacaktır. Belirtelim ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin uygulaması da bu doğrultudadır⁵⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince “*Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmesi*”ne ilişkin ihale kapsamında birden fazla işyeri varsa sadece aynı ihale kapsamındaki işyerlerini kapsayacak şekilde işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi verilmelidir.

IV. BİRDEN FAZLA BİRİMİN İŞYERİ VEYA İŞLETME NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

A. FARKLI İŞKOLLARINDA YER ALAN BİRİMLERİN NİTELİĞİ

Bir işverene ait ve aynı işkolunda bulunan birden çok işyerinin varlığı durumunda toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceğine dair kural Yargıtay uygulamasında kamu düzenine ilişkin ve emredici olarak kabul edilmektedir.

Yetki tespitine itiraz davasında işletme niteliği itirazı, çoğunlukla iki şekilde ileri sürülmektedir. İlk olarak aynı işletme kapsamında değerlendirilmesi gereken birim yahut işyerlerinin nazara alınmadığı iddiasıyla işveren tarafından olumlu yetki tespitine itiraz edilebilmektedir. İkinci olarak da, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki tespitine esas alınan işyerlerinin bir veya birkaçının farklı işkolunda bulunduğu ve bu suretle işletme kapsamının yahut işletme niteliğinin hatalı belirlendiği iddiasıyla yetki tespitine itiraz edilebilmektedir⁵⁷. Her iki durumda da itiraz konusu işyeri yahut işyerleri bakımından esas itibarıyla işkolu itirazı söz konusu olmaktadır.

Belirtelim ki, işyerlerinin 6356 sayılı Kanun anlamında işletme sayılabilmeleri, onların aynı işkolunda faaliyette bulunmaları halinde mümkündür. Başka bir anlatımla, aynı işverene ait bulunsu da farklı işkollarındaki işyerlerinin bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak işletme teşkil etmesi söz konusu değildir⁵⁸. İşletme toplu iş sözleşmesini düzenleyen

⁵⁶ Bkz. Y9HD, T: 02.12.2021, E: 2021/11640, K: 2021/16108.

⁵⁷ Göktaş/Yılmaz, s.902.

⁵⁸ Narmanlıoğlu, Ünal (2016) İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s.334;

STİSK'nın 34'üncü maddesi mutlak emredici niteliktedir. Bu nedenle işletmeye dahil işyerlerini birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir⁵⁹.

Yargıtay uygulamasında da STİSK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk aşamada iş hukuku uyumsuzluklarının temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi⁶⁰, Yargıtay (kapatılan) 22. Hukuk Dairesi⁶¹ ve Yargıtay (kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin⁶² aynı yöndeki kararlarında işletme toplu iş sözleşmesine dair düzenlemenin kamu düzenine ilişkin ve emredici nitelikte olduğu gerekçesiyle işletme niteliğine dair itirazın bekletici mesele

Şahlanan, Fevzi (1992) Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, Acar Matbaacılık, s.32; Tuğ, s.41.

⁵⁹ **Narmanlioğlu**, Toplu İş, s.335.

⁶⁰ "...Davacının Zonguldak'taki ... işyeri ... "Petrol, Kimya, Lastik, Plastik ve İlaç" iş kolunda ... İstanbul'daki ... işyeri ise ... "Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkolunda ... Bursa'daki ... işyeri ... "Metal" işkolunda ... kodlanmıştır. Ankara'daki ... işyeri ise ... "Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkolunda ... kodlanmıştır. Mahkemece yapılması gereken söz konusu işyerlerinde hangi işlerin yapıldığına ilişkin faaliyet belgeleri ve tespit tarihi itibarıyla dönem bordroları kurumdan getirilmeli, yine tespit öncesi söz konusu işyerlerine ilişkin bir işkolu tespit kararı bulunup bulunmadığı Bakanlık'tan sorulmalı, işyerlerinde çalışan işçilerin görev listeleri temin edilmeli ardından söz konusu işyerlerinin bağımsız aynı iş kolunda işyerleri ve dolayısı ile işletme oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır..." Y9HD, T: 08/12/2016, E: 2016/35791, K: 2016/21757.

⁶¹ "...işletme kapsamına ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu ise, mahkemenin bu uyumsuzluğu çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyumsuzluğun, mülga 2822 sayılı Kanun'un uygulandığı olaylarda söz konusu Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, 6356 sayılı Kanun'un uygulandığı olaylarda ise anılan Kanunun 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyumsuzluğunu inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyumsuzluğu çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır..." Y22HD, T: 15/09/2014, E: 2014/21190, K: 2014/23771.

⁶² "...yetki tespiti davasında bir gerçek veya tüzel kişiye ait aynı işkolunda birden çok işyerinden oluşan bir işletme olduğu iddiası var ise, işletme düzeyinde ancak tek bir TİS yapılacak olması (işletme toplu iş sözleşmesi) ve bu hususun kamu düzeni ile ilgili olması karşısında, işverene ait işyerlerinin işletme oluşturup oluşturmadığının tespiti için, iddia konusu işyerlerinde bakanlıkça 6356 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca yapılmış işkolu tespit kararları var ise buna göre, yoksa yapılacak işkolu tespiti bekletici mesele yapılarak sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekecektir..." Y7HD, T: 14/09/2015, E: 2015/32058, K: 2015/14761.

teşkil ederek öncelikle değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁶³. Buna göre, itiraz konusu işyerlerinin girmiş olduğu işkolunun tespit edilerek işletme niteliği ile kapsamının belirlenmesi, bu anlamda itiraz konusu işyerleri ile ilgili işkolu tespit başvurusu yapılarak sonucunun da beklenmesi gerektiği kabul edilmekteydi.

Belirtmek gerekir ki, işçi sendikasının yetki tespit başvurusundan önce yapacağı araştırma, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında bir işyerinin hangi işkoluna girdiği ile işverene bağlı aynı işkolunda yer alan kaç işyeri bulunduğu tespit ve daha sonra kayıtlara göre örgütlenmekten ibarettir. Buna göre işçi sendikasının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumunun kayıtlarına güvenerek örgütlenme faaliyetini tamamladığı ve gerekli çoğunluğu sağladıktan sonra yetki tespit başvurusunu yaptığı gözetildiğinde, kayıtlara göre başka bir işkolunda yer alan bir işyerinin de yetki tespitinde dikkate alınması gerektiği hususunu, hukuk devleti ilkesinin esaslarından olan “*belirlilik*” ve “*öngörülebilirlik*” kavramları ile bağdaştırmak olanaklı değildir⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında da⁶⁵ belirtildiği üzere, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “*belirlilik*”tir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup gerçek ve tüzel kişiler, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Gerçek ve tüzel kişiler ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Diğer taraftan yetki tespitine esas alınmayan ve itiraz konusu yapılan birim/işyeri ile ilgili yetki tespit başvurusu tarihine kadar herhangi bir işkolu itirazının ileri sürülmediği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına da işkolu tespit başvurusu yapılmadığı gözetildiğinde, işverenlerin kendi bildirimleri

⁶³ Y9HD, T: 09/12/2021, E: 2021/11703, K: 2021/16366.

⁶⁴ Yılmaz, s.156; Göktaş/Yılmaz, s.903; Karş. Narmanlıoğlu, Toplu İş, s.336; Şahlanan, s.392.

⁶⁵ AYM, T: 26/12/2013, E: 2013/67, K: 2013/164.

doğrultusunda belirlenen işkoluna yetki tespiti aşamasında itiraz etmesinin, dürüstlük kuralına uygun olduğunu savunmak güçtür⁶⁶.

Bu itibarla öğretide de haklı olarak belirtildiği gibi bir başka işyerinin daha yetki tespitinde dikkate alınması ve bu suretle işletme toplu iş sözleşmesine yönelik yetki tespiti gerçekleştirilmesi gerektiği itirazı, başvuru tarihi itibarıyla Bakanlık kayıtlarında işyerlerinin hangi işkolunda kayıtlı olduğuna bakılarak sonuçlandırılmalıdır⁶⁷. Bu anlamda başvuru tarihindeki kayıtlara göre tespit konusu işyeri yahut işyerleri ile aynı işkolunda yer alan başka bir işyeri mevcut ise itiraz konusu işyeri yetki tespitinde dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte itiraz konusu işyeri başvuru tarihindeki Bakanlık kayıtlarına göre tespit konusu işyeri yahut işyerlerinden farklı bir işkolunda yer almakta ise itiraz konusu işyeri yetki tespitinde dikkate alınmamalıdır. Her halde itiraz konusu işyerlerinin işkoluna dair uyuşmazlık bekletici mesele yapılmamalıdır⁶⁸. Başvuru tarihinden sonra işkolu tespit süreci işletilip itiraz konusu işyerinin tespit konusu işyeri yahut işyerleri ile aynı işkolunda yer aldığı belirlense dahi bu işkolu tespiti bir sonraki toplu iş sözleşmesi dönemi için geçerli olmalıdır⁶⁹.

Güncel Yargıtay uygulamasında da, işletme kapsamı yahut niteliği itirazına dayalı olarak yetki tespitinin iptalinin talep edildiği davalarda, işkoluna dair itirazların bekletici mesele yapılmadığı, başvuru tarihi itibarıyla Bakanlık ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre itirazın ve davanın sonuçlandırılması cihetine gidilmektedir⁷⁰.

⁶⁶ **Yılmaz**, s.152; **Astarlı**, s.163; **Özveri, Murat** (2013) Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009), İstanbul, Legal, s.274, 276.

⁶⁷ **Canbolat**, s.82; **Özkaraca,ERCÜMENT** (2017) “Toplu İş İlişkileri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İstanbul, On İki Levha, s.316; **Astarlı**, s.162-163; **Göktaş/Yılmaz**, s.904; **Kocagil Ersoy**, s.300.

⁶⁸ Aksi yönde görüş için Bkz. **Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2017) Sendika Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat, s.115-116; **Narmanlıoğlu**, Toplu İş, s.336; **Şahlanan**, s.392; **Başterzi**, s.189.

⁶⁹ **Canbolat**, s.82.

⁷⁰ “...İnceleme konusu davada, işverenin farklı işkolunda yer alan başkaca işyerinin de yetki tespitinde nazara alınması gerektiği iddiası, esas itibarıyla itiraz konusu işyeri bakımından işkolu itirazı niteliğindedir. Yukarıda belirtilen açık düzenleme gereği, bu itiraz mevcut yetki

Bu noktada işyeri niteliğinin kapsamına yönelik itiraz sebeplerine de değinmek gerekmektedir.

Uygulamada sıkça görülen itiraz sebeplerinden birisi de Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında farklı işyeri olarak gözüke de tespit konusu işyeri ile aynı iş organizasyonu kapsamında yer alan ve işyerine bağlı yer niteliğinde olduğu iddia edilen birimlerin yetki tespitinde dikkate alınması gerektiğine ilişkindir. Genellikle itiraz konusu birimin asıl işin görüldüğü tespit konusu işyerine bağlı yer niteliğinde olduğu, işyerinin muhasebe ve idari nitelikteki faaliyetlerinin yürütüldüğü yardımcı işlerin görüldüğü bu birim ile tespit konusu işyerinin tek bir işyeri niteliğinde olduğu ve bu itibarla itiraz konusu birimin de dikkate alınması gerektiği hususu dava gerekçesini teşkil etmektedir⁷¹.

Kanaatimizce işyerinin kapsamına yönelik itirazlar da işletme ile aynı esasa göre sonuçlandırılmalıdır. Buna göre itiraz konusu birim başvuru tarihindeki kayıtlara göre farklı bir işkolunda tescilli ise yetki tespitinde dikkate alınmamalıdır. Bununla birlikte başvuru tarihindeki kayıtlara göre aynı işkolunda tescilli ise yetki tespitinde dikkate alınmalıdır.

B. AYNI İŞKOLUNDA YER ALAN BİRİMLERİN NİTELİĞİ

Yukarıda açıklandığı üzere, itiraz konusu birimin farklı işkolunda yer alması durumunda bu itiraz dikkate alınmamalıdır. Bununla birlikte

uyuşmazlığında ileri sürülemez ve bu talep ancak bir sonraki dönem için geçerli olabilir. Diğer taraftan, hukuk devleti kavramı çerçevesinde “hukuki belirlilik” ve “hukuki öngörülebilirlik” ilkeleri nazara alındığında, uyuşmazlığın yetki tespiti için başvuru tarihindeki hukuki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği de tartışmasız olup, bu anlamda olmak üzere başvuru tarihi itibarıyla farklı işkollarında yer alan birim yahut işyerlerinin tek bir işyeri yahut işletme niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim işçi sendikasının Bakanlık kayıtlarına güvenerek örgütlenme faaliyetini yürüttüğü ve çoğunluk tespitine dair talepte bulunduğu gözetildiğinde, yetki tespit başvuru tarihinden sonra ileri sürülen işkolu itirazının dikkate alınması yukarıda belirtilen ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Bu itibarla davacı işvereninin farklı işkolunda yer alan işyerinin de dikkate alınması gerektiğine dair itirazı nazara alınamayacağından davanın reddine karar verilmesi sonucu itibarıyla isabetlidir...” Y9HD, T: 12/11/2020, E: 2020/7091, K: 2020/15966.

⁷¹ Bkz. Y9HD, T: 12.11.2020, E: 2020/7091, K: 2020/15966; Y9HD, T: 28.10.2020, E: 2020/5942, K: 2020/13979.

uygulamada karşılaşılan önemli sorunlardan birisi birden fazla birimin tek bir işyeri niteliğinde olup olmadığı yahut birden fazla bağımsız işyerinden müteşekkil bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletme niteliğinde olup olmadığıdır⁷². Bu sorun birden fazla farklı adreste faaliyet yürütülen birimlerde ortaya çıkmaktadır.

Bir işyerinin kapsamına hangi yerlerin dahil olduğu, yetkili sendikanın tespiti ve toplu iş sözleşmesinin uygulanması bakımından önemlidir. Belirtilmelidir ki, işverenin birimleri ayrı işyerleri olarak tescil ettirmesi, bu yerlerin ayrı işyeri olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Ayrı işyerleri olarak tescil edilen yerlerin bağlı yer, eklenti ve araçlarla oluşturulan aynı iş organizasyonu kapsamında olup olmadığı araştırılmalıdır. Başka bir anlatımla, ayrı bir işyeri olarak tescil edilen birimlerin gerçekte bağımsız bir işyeri olup olmadığı belirlenmelidir⁷³.

Uygulamada farklı adreslerde yer alan birimlerde faaliyet yürütüldüğünde işverenler tarafından her bir birim ayrı bir işyeri olarak Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında tescil edildiğinden, bu şekilde faaliyet yürütülen birimlere ilişkin yetki tespit başvurusu yapılması durumunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işletme yetki tespiti esaslarına göre değerlendirme yapılarak %40 çoğunluk oranının sağlanması durumunda olumlu yetki tespit kararı verilmektedir⁷⁴. Hal böyle olmakla birlikte, işveren tarafından yetki tespitine esas alınan birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğu ve sendika tarafından yarıdan fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği itirazının ileri sürülmesi durumunda, ortada bir işletme mi yoksa işyeri mi bulunduğu hususu çözülmesi gereken önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Bilindiği üzere mülga 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev Ve Lokavt Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde, anılan Kanun'un 12'nci maddesi gereğince hem işyeri toplu iş sözleşmesi yetkisi için hem de işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi için yarıdan fazla çoğunluğun sağlanması gerektiğinden, toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından işyeri yahut işletme niteliğinin tespiti

⁷² Şahlanan, s.388.

⁷³ Sur, s.293.

⁷⁴ Bkz. Y9HD, T: 21.10.2021, E: 2021/10449, K: 2021/14734; Y9HD, T: 04.11.2021, E: 2021/10026, K: 2021/15440.

sonuca etkili değil idi. Diğer taraftan 07.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 41'inci maddesinin birinci fıkrası ile işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından sağlanması gereken sayısal çoğunluk %40 olarak belirlendiğinden, birden fazla birimin tek bir işyeri yahut bağımsız işyerleri niteliğinde olup olmadığı hususunun belirlenmesi bir zaruret teşkil etmektedir.

Ezcümle işverene ait bir işyerinde hazır yemek imalatı faaliyetinin yürütülmesinin söz konusu olduğu bir ihtimalde, işverenin bir başka birimde sadece hazır yemek üretimi teknik amacına ve sadece bu işyerine yönelik olarak ayçiçek yağı üretmesi durumunda, her iki birim de aynı iş organizasyonu kapsamında örgütlenmiş ise bu halde hazır yemek imalatı faaliyetinin yürütüldüğü birim asıl işyeri, ayçiçek yağı üretimi yapılan birim ise bağlı yer olarak nitelendirilmelidir. Bu durumda da toplu iş sözleşmesi yetkisi için iki birimde sağlanması gereken sayısal çoğunluk yarıdan fazladır.

Bununla birlikte aynı örnek bağlamında, ayçiçek yağı üretilen birimde, hazır yemek imalatı faaliyetinin yürütüldüğü birime ürün temin edilmekle birlikte, bunun haricinde ayrı bir ürün teşkil edecek şekilde üçüncü kişilere ayçiçek yağı satışı yapılması amacıyla bir ticari faaliyet yürütülüyor ise her iki birimin tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi olanaklı değildir. Nitekim bu ihtimalde ayçiçek yağı üretilen birim artık farklı bir teknik amaç doğrultusunda faaliyet yürüttüğünden iki birim bakımından amaçta birlik unsurunun mevcut olduğu kabul edilemez. Bu durumda ise iki birim birbirinden bağımsız işyerleri teşkil edeceğinden, işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi söz konusu olacak ve toplu iş sözleşmesi yetkisi için sağlanması gereken sayısal çoğunluk da yüzde kırk olacaktır.

Bu noktada Yargıtay uygulamasına değinmek faydalı olacaktır.

Bir Yargıtay kararına⁷⁵ konu olayda, aynı işverene ait ve aynı işkolunda kayıtlı üç birimin söz konusu olduğu, birimlerden birinde iklimlendirme

⁷⁵ “...İnceleme konusu davada, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 29/01/2015 başvuru tarihi itibarıyla davacıya ait 3 birimin işletme teşkil ettiği, işletmede toplam 130 işçi çalıştığı ve 53 sendika üyesi bulunduğu gerekçesiyle davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek gerekli çoğunluğu sağladığına dair ... olumlu yetki tespit kararı verilmiştir...dosya kapsamında mevcut deliller, işyerlerine ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları ile Çalışma

cihazlarının üretimine yönelik faaliyet yürütüldüğü, diğer iki birimde ise işveren tarafından üretilen iklimlendirme cihazlarının satışı ile satış sonrası hizmetlerine yönelik faaliyetler ve servis hizmetlerinin yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Söz konusu birimler arasında hukuki bağlılık, amaçta birlik ve yönetimde birlik unsurları mevcut olduğundan ve birimler aynı iş organizasyonu kapsamında örgütlendiğinden, birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

Bir başka Yargıtay kararına göre de⁷⁶ “İnceleme konusu davada, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 31/07/2017 başvuru tarihi itibariyle davacıya ait 2 birimin işletme teşkil ettiği, işletmede toplam 119 işçi çalıştığı ve 55 sendika üyesi bulunduğu gerekçesiyle davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek gerekli çoğunluğu sağladığına dair 03/08/2017 tarih ve 67929 sayılı olumlu yetki tespit kararı verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta davacı işveren tarafından, yetki tespitine esas alınan birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğu ve sendika tarafından yarıdan fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği iddia edilmektedir....tespit konusu iki birimde keşif suretiyle bilirkişi incelemesi icra edilmeli, tespit konusu birimlerin işleyişine yönelik bilgi ve belgeler söz konusu birimlerden getirilmeli, tespit konusu birimlerin bağımsız şekilde faaliyetinin bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, İstanbul’daki birimde münhasıran Ç...’de yer alan birimde üretilen ürünlere yönelik olarak faaliyet yürütülüp yürütülmediği belirlenmeli, iki birimin de merkezden yönetilip yönetilmediği ve yönetim birliği hususu belirlenmeli, bu hususlarda tarafların beyanı alınmalı,

ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı kayıtları, mahallinde icra edilen keşif ve bilirkişi raporları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, yetki tespitine esas alınan birimlerden (...5) sicil numaralı birimde iklimlendirme cihazlarının üretimine yönelik faaliyet yürütüldüğü ve başvuru tarihi itibariyle söz konusu birimde 116 işçi çalıştığı, (...0) ve (...7) sicil numaralı birimlerde ise işveren tarafından üretilen iklimlendirme cihazlarının satışı ile satış sonrası hizmetlerine yönelik faaliyetler ve servis hizmetlerinin yürütüldüğü, (...0) ve (...7) sicil numaralı birimlerde ise başvuru tarihi itibariyle 7’şer işçi çalıştığı, her üç birimde de aynı teknik amaca yönelik faaliyet yürütüldüğü, yönetimde birlik, amaçta birlik ve aynı iş organizasyonu kapsamında faaliyet gösterme unsurlarının mevcut olduğu, her üç birimin de metal işkolunda kayıtlı olduğu, bu itibarla yetki tespitine konu üç birimin de tek bir işyeri niteliğinde olması sebebiyle toplu iş sözleşmesi yapabilmek için sendika tarafından yarıdan fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği tartışmasızdır...” Y9HD, T: 21/10/2021, E: 2021/10449, K: 2021/14734.

⁷⁶ Y9HD, T: 09/12/2021, E: 2021/11703, K: 2021/16366.

yukarıda belirtilen ilkeler ışığında tespit konusu iki birimin iş organizasyonu kapsamında tek bir işyeri niteliğinde bulunup bulunmadığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde ve somut olgularla denetime elverişli şekilde tespit edilmeli ve oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.”

Yargıtay kararına⁷⁷ konu bir başka olayda da “İnceleme konusu davada, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 23/01/2020 başvuru tarihi itibarıyla davacıya ait 3 birimin işletme teşkil ettiği, işletmede toplam 178 işçi çalıştığı ve 82 sendika üyesi bulunduğu gerekçesiyle davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek gerekli çoğunluğu sağladığına dair 04/02/2020 tarih ve 337867 sayılı olumlu yetki tespit kararı verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yetki tespitine esas alınan (...) sicil numaralı birimde yetki başvuru tarihinde işçi çalışmadığının anlaşılmasına göre söz konusu birim işyeri niteliğini haiz olmadığından, anılan birimin yetki tespit kararında belirtilmesi doğru değil ise de bu durum sonuca etkili değildir. Bununla birlikte diğer iki birim esas alınarak değerlendirilme yapılmalıdır.

...

İşyerini oluşturan eklentiler ve araçların tespiti kolay ise de “işyerine bağlı yer’in işyerinden sayılması tek başına yeterli bir kriter değildir. Aynı zamanda bu bağlı yerin de niteliği yönünden işyerine bağlılığı bulunmalı ve aynı yönetim birliği altında örgütlenmiş olması gereklidir. Bundan anlaşılması gereken işin niteliği ve yürütümü gereği yapılan işlerin aynı yönetim altında örgütlenmiş bulunmasıdır. Eğer yönetim birliği altında örgütlenme sağlanamamış ya da farklı ve birbirinden bağımsız iki ayrı yönetim oluşmuşsa artık tek bir işyerinden değil bağımsız olan yönetim sayısına işyerinden bahsedilecektir. Bu bağlamda birbirinden tamamen bağımsız bir organizasyon yapılanması söz konusu ise ayrı işyerlerinden, buna mukabil tek bir yönetim birliği altında yapılanma söz konusu ise işyerine bağlı yer kabulü ile tek işyeri bulunduğu kabul edilmelidir.

...

Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular karşısında, mahkemeye aralarında hukuk fakültesi iş hukuku anabilim dalında görev yapan öğretim üyesi, tespit konusu birimlerde yürütülen faaliyet konusunda uzman bilirkişi ve insan

⁷⁷ Y9HD, T: 04/11/2021, E: 2021/9404, K: 2021/15438.

kaynakları/işletme uzmanı bilirkişilerin yer aldığı bir bilirkişi kurulu teşkil edilmeli, tespit konusu birimlerin işleyişine yönelik bilgi ve belgeler söz konusu birimlerden getirilmeli, tespit konusu birimlerde keşif suretiyle bilirkişi incelemesi icra edilmeli, tespit konusu birimlerin bağımsız şekilde faaliyetinin bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, tüm birimlerin tek bir merkezden yönetilip yönetilmediği ve yönetim birliği hususu belirlenmeli, bu hususlarda tarafların beyanı alınmalı, yukarıda belirtilen ilkeler ışığında tespit konusu birimlerin iş organizasyonu kapsamında tek bir işyeri niteliğinde bulunup bulunmadığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde tespit edilmeli ve oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.” hususları ortaya konulmuştur.

Yargıtay kararına konu bir başka olayda ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işçi sendikasının iki birimde %40 çoğunluğu sağladığı belirlenerek olumlu yetki tespit kararı verilmiş ise de İlk Derece Mahkemesi tarafından yarım fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği gerekçesiyle yetki tespit kararı iptal edilmiş ve Bölge Adliye Mahkemesince de “...davacı şirkete ait ... ili K... ve H...’da bulunan iki birim değerlendirildiğinde, her iki yerde tek bir ürünün üretilmesi için örgütlenmiş birim niteliğinde olduğu, Karacabey’de üretilen ürünlerin tamamlanma aşamasına gelmesi için H...’da bulunan işyerinde işlemlere devam edilerek ürün nihai halini H...’da aldığı, söz konusu K... ve H...’da bulunan işyerlerinin aynı amacın gerçekleşmesi için örgütlenen birden fazla birim olmaları ve işyerlerinin üretim sürecindeki yürütülen faaliyet bakımından birbirlerinden bağımsız işyerleri olmadıkları tespiti yapılmıştır. ... H...’da görülen işin K...’deki işi tamamlayıcı bir yapısının bulunması nedeniyle, K...’deki işyeri ile birlikte tek işyeri oluşturduğu kabul edilerek yetki tespitinin işletme değil işyeri esasına göre yapılması iş organizasyonu ve entegrasyonun gereğidir. Somut olayda, davacı şirkete ait iki ayrı işyerindeki üretimler birbirinden bağımsız olmadığı, her iki işyerinin birbirine entegre olduğu bilirkişi heyeti raporu, uzman görüşleri, ve işyeri fotoğrafları ile doğrulandığından işletme düzeyinde yetki tespitinin yasal düzenleme ve uygulamalara aykırı olduğundan, mahkeme kararı yerindedir.” gerekçesiyle istinaf başvuruları esastan reddedilmiştir. Karara karşı temyiz yoluna başvurulmuş ise de Yargıtay tarafından onama kararı verilmiştir⁷⁸.

⁷⁸ Y9HD, T: 21/10/2021, E: 2021/9645, K: 2021/14730.

Yargıtay kararına konu bir başka olayda yine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından üretim birimi ve depo olarak faaliyet yürütülen iki birimde işçi sendikasının %40 çoğunluğu sağladığı belirlenerek olumlu yetki tespit kararı verilmiş ise de İlk Derece Mahkemesi tarafından yarından fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği gerekçesiyle yetki tespit kararı iptal edilmiş ve Bölge Adliye Mahkemesince de özetle “*depoda çalışan personelin sadece depolama faaliyetleri işleri ile ilgili personel oldukları, depo alanında herhangi bir üretim faaliyeti yer almadığı, bu nedenle bu iş yerinin fabrikaya bağlı iş yeri niteliğinde olduğu, her iki iş yerinin amaç ve yönetim birliği içerisinde faaliyet gösterdiği, depo iş yerinin fabrikaya bağlı iş yeri niteliğinde olduğu, burada yapılan işlerin bağımsız nitelikte işler olmadığı, ortada tek bir iş yeri ve ona bağlı yer olduğundan işletme düzeyinde yetki tespiti yapılamayacağı, iş yerinde, iş yeri düzeyinde yetki tespiti için yeterli çoğunluk sağlanamadığı*” gerekçesiyle istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmiş, karara karşı temyiz yoluna başvurulmuş ise de Yargıtay tarafından onama kararı verilmiştir⁷⁹.

Belirtilen kararlardan anlaşıldığı üzere iki yahut üç birimin söz konusu olması ve asıl işyeri-bağlı yer ilişkisinin unsurları olarak hukuki bağlılık, amaçta birlik ve yönetimde birlik unsurlarının mevcut olması ile aynı iş organizasyonu kapsamında birimlerin örgütlenmesi durumunda, Yargıtay uygulamasında bu birimler tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmektedir.

Belirtelim ki asıl işyerine bağlı yer ve birim sayısının, yönetimde birlik unsurunu ortadan kaldırmayacak düzeyde olması da göz ardı edilmemesi gereken bir noktadır. Bu anlamda her somut olayın özelliği gözetilerek değerlendirme yapılması bir zorunluluk olmakla birlikte bağlı yer ve birim sayısının fazlalığı, işçilerin dayanışma ve menfaat birliğine dayalı müşterek çalışma ortamı olgusunu ortadan kaldıracak boyutta ise artık yönetimde birlik unsurunun da mevcut olmadığı ifade edilmelidir.

Nitekim bir Yargıtay kararında⁸⁰ “...*toplu iş hukuku bağlamında işyerinin sınırları ile bağlı yerlerin belirlenmesi için normun koruma amacından hareket edilmesi de bir zarurettir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, işçilerin ortak*

⁷⁹ Y9HD, T: 24/06/2021, E: 2021/6045, K: 2021/10873.

⁸⁰ Y9HD, T: 12/01/2022, E: 2021/12327, K: 2022/231.

çalışmaya dayalı menfaat birliğinin mevcudiyeti ile birlikte çalışmaya müstenit dayanışma olgusu da gözardı edilemez (DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.371-372; YILDIZ, Gaye Burcu: “Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi İle Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi” Sicil, S:20, Aralık 2010, s.138). Bu itibarla birimler arasındaki coğrafi yakınlık durumu da, işyerinin sınırları ve işyerine bağlı yerlerin yahut bağımsız işyerlerinin tespiti bakımından dikkate alınması gereken bir unsurdur. Bu açıklamalara göre, yetki tespitine esas alınan birimlerin geneli itibariyle farklı il ve ilçelerde bulunduğu ve ayrıca yetki tespitine esas alınan işçi sayısının da 768 olduğu gözetildiğinde tüm birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğunu kabul etmek olanaklı değildir.” hususları ifade edilmiştir.

Belirtilen Yargıtay kararına konu olayda yetki tespitine esas alınan 97 birim ve toplamda 768 işçi söz konusudur. Tespit konusu birimler farklı il ve ilçelerde bulunmaktadır. Bu veriler çerçevesinde ifade etmek gerekir ki, bu kadar çok sayıda olan birimdeki işçilerin tamamının müşterek bir dayanışma duygusu içinde olması ve müşterek bir menfaat birliği ortaya koyması olanaklı değildir. Bir başka ifadeyle örnek olaydaki gibi büyük bir yapılanmada işçilerin tamamının kendilerini tek bir işyerinin işçileri olarak görmeleri, çalışmaya dayalı hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi noktasında müşterek bir dayanışma sergilemeleri hayatın olağan akışına aykırıdır.

Bu itibarla, kanaatimizce de Yargıtay kararına konu olaydaki gibi büyük bir yapılanmada yönetimde birlik unsuru gerçekleşmediğinden, yetki tespitine konu birimlerin tamamının tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi olanaklı değildir.

Bununla birlikte özellikle asıl işyeri niteliğindeki bir üretim birimi ile coğrafi olarak farklı bir yerde olsa da muhasebe işlemleri, bordro ve sicil işlemleri gibi faaliyetlerin yürütüldüğü idare merkezi biriminden oluşan yapılanmalarda, her iki birimin de aynı işkolunda tescilli olması şartıyla, hukuki bağlılık, amaçta birlik ve yönetimde birlik unsurlarının mevcut olduğu ve iki birimin tek bir işyeri niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

SONUÇ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda toplu iş sözleşmesinin işyeri düzeyinde yapılması gerektiği kabul edilmekle birlikte, işyeri toplu iş sözleşmesi, işletme toplu iş sözleşmesi ve grup toplu iş sözleşmesi olmak üzere üç toplu iş sözleşmesi türü düzenlenmiştir. 6356 sayılı Kanun'un 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre bir işverene ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunması durumunda işletme toplu iş sözleşmesi yapılması gerekir. Yargıtay uygulamasında bu hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Diğer yandan 6356 sayılı Kanun'un 41'inci maddesinde işyeri toplu iş sözleşmesi yapılacaksa gerekli sayısal çoğunluk yarıdan fazla, işletme toplu iş sözleşmesi yapılacaksa gerekli sayısal çoğunluk yüzde kırk olarak öngörülmüştür. İşveren tarafından faaliyetin farklı fiziki mekanlarda birden çok işyerinde yürütülmesi durumunda örgütlenme ve yarıdan fazla çoğunluğun sağlanmasındaki güçlük dikkate alındığında işletme toplu iş sözleşmesi için daha düşük bir sayısal çoğunluk aranması, çalışma yaşamının gerçeklerine uygun düşmektedir.

Yetki tespitine itiraz davasında işletme niteliği itirazı, aynı işletme kapsamında bir veya birkaç işyerinin dikkate alınmadığı ya da işletme kapsamında değerlendirilen işyerlerinin bir veya birkaçının farklı işkolunda bulunduğu ve bu suretle işletme kapsamının yahut işletme niteliğinin hatalı belirlendiği şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisi bakımından işyeri ve işletme kavramlarının tespiti önem taşır. 6356 sayılı Kanun'da işyerinin bir tanımı yer almamaktadır. STİSK'nın 2'nci maddesinde ise işyeri kavramı konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'na atıfta bulunulmuştur.

İşveren tarafından faaliyetin birden fazla birim üzerinden yürütülmesi halinde bu birimler arasında işyeri, işyerine bağlı yer, eklenti ve araçlarla oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütünlük var ise tek bir işyerinden söz edilir. Burada birimler teknik bir amacın gerçekleştirilmesine özgülenmiş olup aralarında işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılık ve yönetimde birlik unsurlarının iş organizasyonu ile desteklenmesi aranır. Tek bir işyeri söz konusu olduğunda işyeri toplu iş sözleşmesi yapılır.

Birimler arasında işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllık, amaçta ve yönetimde birlik bulunmadığında her bir birim bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilir. Bu durumda ise işverene ait aynı işkolundaki işyerleri için işletme toplu iş sözleşmesi yapılması gerekecektir.

Asıl işyeri niteliğindeki bir üretim birimi ile coğrafi olarak farklı bir yerde olsa da muhasebe işlemleri, bordro ve sicil işlemleri gibi faaliyetlerin yürütüldüğü idare merkezi biriminden oluşan yapılanmalarda, her iki birimin de aynı işkolunda tescilli olması şartıyla, hukuki bağıllık, amaçta birlik ve yönetimde birlik unsurlarının mevcut olduğu ve iki birimin tek bir işyeri niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte ekonomik ve teknolojik gelişmeler, birbirinden uzak yerlerde bulunan birimlerin muhasebe, bordro ve sicil işlemlerinin tek elden yönetilmesini mümkün hale getirmiş bulunmaktadır. Bu noktada yönetimde birlik unsurunun ayırt edici niteliğinin zayıfladığı söylenilebilir. Nitekim Yargıtay farklı yerdeki birimin bağlı yer mi yoksa bağımsız bir işyeri mi olduğu konusunda işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllık, amaçta birlik ve yönetimde birlik unsurlarının bulunmasını aramakta iken, yukarıda belirtilen yakın tarihli bir kararında⁸¹ işçilerin ortak çalışmaya dayalı menfaat birliğinin mevcudiyeti ile birlikte çalışmaya müstenit dayanışma olgusunun da gözetilmesi gerektiğini içtihat etmiştir.

Kanaatimizce de çok sayıda birimin söz konusu olması durumunda işçilerin tamamının kendilerini tek bir işyerinin işçileri olarak görmeleri, çalışmaya dayalı hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi noktasında müşterek bir dayanışma sergileyip sergilemedikleri de dikkate alınmalıdır. Söz konusu unsurların mevcut olmaması durumunda, birden fazla birimin tek bir işyeri değil işletme olduğu kabul edilmelidir. Bir başka açıdan da, kanun koyucunun birden fazla birimde örgütlenmenin zorluğunu gözeterek işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi için %40 oranını yeterli kabul ettiği nazara alındığında, birden fazla birimin tek bir işyeri niteliğinde kabul edilmesi için yönetimde birlik unsurunun varlığı bakımından genişletici yorum yapılmasının doğru olmadığı kanısındayız.

⁸¹ Y9HD, T: 12/01/2022, E: 2021/12327, K: 2022/231.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan** (2020) Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Astarlı, Muhittin** (2019) Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı, Ankara, Lykeion.
- Başbuğ, Aydın** (2012) Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara, Şeker-İş Yayınları.
- Başbuğ, Aydın** (2016) “Alt İşveren ile Toplu İş Sözleşmesi Yapılması ve 6552 sayılı Kanunla Getirilen Üçlü Toplu İş İlişkisi Sistemi”, İş ve Hayat, C:2, S:3, s.119-129.
- Başbuğ, Aydın** (2016) “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisindeki Temel Sorunlar Ve Sendikal Haklara Olumsuz Etkisi”, İş ve Hayat, C:2, S:4, s.59-76.
- Başterzi, Süleyman** (2016) Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, İstanbul, Beta.
- Baycık, Gaye** (2014) “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi Ve İşkolunun Belirlenmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:2, s.209-258.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2018) Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Canbolat, Talat** (2013) Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul, Beta.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca,ERCÜMENT** (2021) İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, İstanbul, Beta.
- Çenberci, Mustafa** (1986) İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, Olgaç Matbaası.
- Demir, Fevzi** (2016) İş Hukuku ve Uygulaması, 9. Baskı, İzmir, Albi Yayınları.
- Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut/Kaplan, Hasan Ali** (2019) İş Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta.

- Doğan Yenisey, Kübra** (2007) İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, Legal.
- Doğan Yenisey, Kübra** (2013) “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, Çalışma ve Toplum, S:39, s.43-68 (İşkolu).
- Ekmekçi, Ömer** (2022) Toplu İş Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2021) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Emir Şahin, Asiye** (2016) “6356 Sayılı Kanun Bakımından İşkolunun Tespitine İlişkin Temel Esaslar”, İÜHFMD, C:74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, s.1043-1067.
- Esener, Turhan/Bozkurt Gümrukçüoğlu, Yeliz** (2017) Sendika Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat.
- Eyrenci, Öner** (2013) “6356 sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, DEÜHFD, C:15, Özel Sayı, s.119-146.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra** (2020) İş Hukuku, İstanbul, Beta.
- Göktaş, Seracettin/Yılmaz, Gökhan** (2021) 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara, Seçkin.
- Günay, Cevdet İlhan** (1991) Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, Ankara.
- Güven, Ercan/Aydın, Ufuk** (2020) Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Eskişehir/İstanbul, Nisan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal** (2013) İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul, Legal.
- Kocagil Ersoy, İpek** (2019) Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, İstanbul, On İki Levha.

- Köseoğlu, Ali Cengiz** (2017) “4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, *İş ve Hayat*, C:3, S:5, s.290-316.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2022) *İş Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Lykeion.
- Narmanlioğlu, Ünal** (2014) *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri*, 5. Bası, İstanbul, Beta.
- Narmanlioğlu, Ünal** (2016) *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, İstanbul, Beta (Toplu İş).
- Özkaraca, Ercüment** (2017) “Toplu İş İlişkileri”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*, İstanbul, On İki Levha.
- Özveri, Murat** (2013) *Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009)*, İstanbul, Legal.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay** (2019) *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Gazi.
- Subaşı, İbrahim** (2014) “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre Toplu İş Sözleşmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan Özel Sayısı*, 2014, C:20, S:1, s.595-653.
- Sur, Melda** (2022) *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 10. Bası, Ankara, Turhan.
- Süzek, Sarper** (2020) *İş Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul, Beta.
- Şahlanan, Fevzi** (2020) *Toplu İş Hukuku*, İstanbul, On İki Levha.
- Şahlanan, Fevzi** (1992) *Toplu İş Sözleşmesi*, İstanbul, Acar Matbaacılık (Sözleşme).
- Tuğ, Adnan** (1996) *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi*, Ankara, Minpa Matbaacılık.

- Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu** (2019) Toplu İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Beta.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2013) İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, Beta.
- Uşan, M. Fatih** (1994) “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Ehliyeti ve Yetkisi Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Yargıtay ile Öğreti Arasındaki Görüş Farklılıkları)”, Kamu İş, C:3, S:4, s.131-153.
- Yıldız, Gaye Burcu** (2010) “Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi” Sicil, S:20, s.132-140.
- Yılmaz, Gökhan** (2017) “Güncel Yargıtay Uygulaması Işığında İşkolu Kavramı ve İşkolu Tespiti”, Sicil, S:38, s.139-159.

AŞIRI NİTELİKTEKİ REKABET YASAĞININ HÂKİM TARAFINDAN SINIRLANDIRILMASI*

Arş. Gör. Gözdenur GÜLLÜ**

ÖZET

İşçinin, iş sözleşmesi sırasında vâkif olduğu, işverene ait müşteri çevresi, üretim sırrı gibi bilgileri, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, belirli bir yer, zaman ve faaliyet alanında, işverenle rekabet oluşturacak şekilde kullanmasının yasaklanması şartını içeren sözleşmeler rekabet yasağı sözleşmeleridir. Rekabet yasağı sözleşmeleri bir yandan işvereni korurken diğer yandan işçinin, Anayasa nezdinde de korunan çalışma özgürlüğünü sınırlamaktadır. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmeleri, TBK m. 444'te belirtilen şekil şartlarına tâbi tutulmuştur. Bununla beraber TBK m. 445 hükmü rekabet yasağı sözleşmelerine yer, zaman ve işin türü bakımından birtakım sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalara uyulmaması halinde ise hâkime, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, tüm koşulları serbestçe değerlendirerek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de dikkate alarak, kapsam veya süre bakımından sınırlama yetkisi tanınmıştır. Herhangi bir sınırlama içermeyen rekabet yasağı sözleşmeleri ise TMK m. 23 ve TBK m. 27 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu çalışmada genel olarak rekabet yasağı sözleşmesi ve aşırı nitelikteki rekabet yasağının hâkim tarafından sınırlandırılmasının rekabet yasağına etkileri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin sözleşmeye müdahalesi, rekabet yasağı, kısmi hükümsüzlük, hizmet sözleşmesi, rekabet yasağının sınırı.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1103140– Geliş Tarihi: 13.04.2022 – Kabul Tarihi: 18.05.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ggullu93@gmail.com, ggullu@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9771-5189.

JUDGE'S INTERVENTION TO EXCESSIVE COMPETITION PROHIBITION

ABSTRACT

The agreements that include the condition that the employee is prohibited from using information belonging to an employer, such as customer data or secrets regarding production which he has learnt during the employment contract, in a certain place, time and area of activity, in a way to create competition with the employer, are non-competition agreements. Non-competition agreements protect the employer on the one hand and restrict the workers' freedom to work, which is protected by the Constitution, on the other. Therefore, non-competition agreements are subject to some formal requirements. However, some restrictions have been imposed on the non-competition agreements in terms of place, time, and type of work. If these restrictions are not complied with, the judge has been given the authority to limit the excessive prohibition of competition. The non-competition agreements that do not contain any restrictions should be evaluated within the scope of the Turkish Civil Code article 23 and Turkish Code of Obligation article 27. In this study, non-competition agreements, the effects of restrictions in the non-competition agreements and excessive competition prohibition by the judge are examined.

Keywords: Judge's intervention to the contract, non-competition agreements, partial invalidity, service contract, terms of non-competition.

GİRİŞ

Hizmet sözleşmelerinde, iş ilişkisi boyunca işçinin en önemli yükümlülüklerinden biri sadakat yükümlülüğüdür. Rekabet etmeme borcu, işçinin sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen zorunlu davranışların başında gelir. TBK m. 396/III'e göre “*işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.*”

İş ilişkisi sona erdiğinde işçinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleriyle birlikte sadakat yükümlülüğü de sona erer. Ancak bu durumda işçinin, önceki işverenin yanında edindiği bilgileri rakip bir işverenin işinde kullanması ya da kendi kurduğu rakip işletmede bu bilgilerden faydalanması işverene zarar verir. Bu ihtimalin bertaraf edilmesi amacıyla işçi ile işveren iş sözleşmesinin bitiminden sonra, işçinin rakip bir işletmede çalışmayacağı ya da rakip bir işyeri açmayacağına dair sözleşme yapılabilmektedir. Bu sözleşme, rekabet yasağı sözleşmesidir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin menfaatlerine hizmet etmekle birlikte işçi açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Anayasayla korunmakta olan çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması niteliğindeki bu sözleşmenin işçi bakımından doğurması muhtemel sakıncalarını engellemek amacıyla, TBK m. 445'te rekabet yasağı sözleşmesi birtakım sınırlamalara tâbi tutulmuştur.

Bu çalışmada öncelikle rekabet yasağı sözleşmesi, TBK m. 444 vd. hükümleri kapsamında geçerlilik koşullarıyla birlikte açıklanmış, daha sonra bu sözleşmenin sınırlandırılması, hâkimin müdahalesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.

I. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

A. GENEL OLARAK

İş ilişkisi, taraflar arasında bir güven ilişkisini zorunlu kılar. İşçi, çalışma ilişkisi sırasında, bu ilişkinin bir gereği olarak işverene ait iş ve üretim sırlarına, özel üretim ve pazarlama tekniklerine, müşteri çevresine dair bilgilere vâkıf olur. İşçinin çalışma esnasında öğrenmiş olduğu bu tür bilgileri iş sözleşmesi

sona erdikten sonra kullanması, işverenin haklı menfaatini zedeleyebilir. Rekabet yasağının amacı, çalışma ilişkisi esnasında öğrenilen bu bilgilerin, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçi tarafından işverene rekabet oluşturup zarar verecek biçimde kullanılmasının engellenmesidir¹.

Rekabet yasağı sözleşmesi öğretilde, işçinin iş ilişkisi çerçevesinde işverenin müşterileriyle temas etmesi veya iş sırlarına vâkıf olması nedeniyle iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir coğrafi bölgede, belirli bir zaman dilimi içinde ve belirli bir faaliyet alanında işverenin rekabet oluşturan davranışta bulunmasını yasaklayan sözleşme olarak tanımlanmıştır². TBK m. 444'te rekabet yasağı "*fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir.*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

B. REKABET YASAĞININ GEÇERLİLİK KOŞULLARI

1. Şekil ve Ehliyet

Türk Borçlar Kanunu m. 444'e göre rekabet yasağı sözleşmesi, fiil ehliyetine sahip işçi ile işveren arasında, yazılı şekilde akdedilir. 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 348/III'te, rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığı sırada işçinin reşit olmaması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı hükmüne yer verilmişti. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilmek için işçinin fiil ehliyetine sahip olması koşulu aranmıştır. Rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için açıkça fiil ehliyetine sahip olunmasının aranması karşısında, işçinin yalnızca ayırt etme gücüne sahip

¹ Uşan, M. Fatih (2003) İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.49; Alpagut, Gülsevil (2011) "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S: 31, s.944; Süzek, Sarper (2014) "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", İÜHF, C: 72, S: 2, s.457.

² Uşan, M. Fatih (2011) "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 6, S: 21, s.121.

olması yeterli sayılmamakta, aynı zamanda ergin olması ve kısıtlı olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla küçük veya kısıtlılar adına yasal temsilcilerinin rekabet yasağı sözleşmesi yapmaları mümkün değildir³. 6098 sayılı TBK ile işçinin yalnızca reşit olmasının rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için yeterli olmayıp aynı zamanda ayırt etme gücüne sahip olmasının aranması isabetli bir düzenleme olmuştur. Nitekim reşit olmasına karşın ayırt etme gücüne sahip olmayan bir işçinin rekabet yasağı ile çalışma özgürlüğünün kısıtlanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin bir işyerinde yalnızca getir-götür işleri yapan zihinsel engelli, ergin bir işçinin rekabet yasağına tâbi olması, zaten oldukça sınırlı bir çalışma alanı olan işçinin çalışma hayatının tamamen sona ermesi tehlikesiyle karşı karşıya kalmasına neden olabilir. Bu nedenle böyle bir işçinin çalışma özgürlüğünün rekabet yasağı sözleşmesiyle engellenmemesi uygun olur.

Fiil ehliyetine sahip olma şartı, rekabet yasağı sözleşmesinin akdedildiği ana göre değerlendirilmelidir. Bu bakımdan işçi, rekabet yasağı sözleşmesini akdettiği anda fiil ehliyeti bulunmuyorsa, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte tam ehliyetli olsa bile rekabet yasağı hüküm doğurmaz. Böyle bir durumda rekabet yasağı sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için, işçi tam ehliyetli hale geldikten sonra yeni bir sözleşme kurulmalıdır⁴.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması için gereken bir diğer şart, sözleşmenin yazılı yapılmasıdır. Rekabet yasağı kaydı iş sözleşmesinde yer alabileceği gibi ayrı bir sözleşmenin konusunu da oluşturabilir⁵. Asıl hizmet sözleşmesi yazılı yapılmamış olsa dahi rekabet yasağının yazılı olması şarttır⁶. Yazılı şekil şartı öngörülmesinin nedeni, işçinin rekabet yasağının içeriği hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamaktır⁷. Söz konusu şekil, geçerlilik şekli

³ **Süzek, Sarper** (2015) İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s.371.

⁴ **Taşkent, Savaş/ Kabakçı, Mahmut** (2009) "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 4, S: 16, s.35.

⁵ **Alpagut**, s.946.

⁶ **Altay, Sabah** (2008) "Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi" MÜHF-HAD, C: 14, S: 3, s.198.

⁷ **Soyer, Polat** (1994) Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s.44; **Taşkent/ Kabakçı**, s.35.

olup yazılı şekil şartına uyulmamış olması, rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliğine neden olur⁸.

2. İşverenin Korunmaya Değer Menfaati Bulunması

a. Genel Olarak

İşçi, işyeri organizasyonuna dâhil olmakla iş sırrı niteliğindeki birçok bilgiye vâkıf olma olanağı elde etmektedir. Ancak her türlü bilginin rekabet amacıyla kullanılması mümkün olmadığı gibi, bilginin kullanılması da her zaman zarar oluşturmayabilir. Kanunda, müşteri çevresi, üretim sırları veya işverenin yaptığı işler, rekabet yasağı sözleşmesi bakımından rekabete elverişli bilgiler olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte bu bilgilere vâkıf olunması rekabet yasağı kaydının geçerli olması için yeterli olmayıp bu bilgilerin kullanılması halinde işverenin önemli bir zararına yol açacak nitelikte olması gerekir⁹.

b. İşçinin Rekabet Konusu Bilgilere Vâkıf Olma Olanağı

i. Müşteri Çevresi Hakkında Bilgi Edinme Olanağı

TBK m. 444/II'ye göre rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için işçinin konum itibarıyla işverenin müşteri çevresine ilişkin bilgi sahibi olma olanağının bulunması gerekir.

Müşteri, bir işletme tarafından üretilen veya pazarlanan mal ve hizmetleri, az ya da çok düzenli bir ticari ilişki içinde satın alan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanabilir¹⁰. Müşteri adına temsilci veya aracı olarak sipariş veren kişiler de müşteri olarak değerlendirilebilir. Bir işletme için müşteri çevresi önemli bir ticari değer taşımaktadır. Kural olarak bir kez kurulan ilişki, müşteri nitelendirmesi için yeterli olmamaktadır. Yine, daha önceden herhangi bir ilişki kurulmamış potansiyel müşteriler, bu kapsamda müşteri olarak kabul edilemez. TBK m. 444/II anlamında müşteri bakımından belirleyici olan, ilgili kimselerin az da olsa düzenli biçimde işletmeyle ilişki halinde olmasıdır¹¹.

⁸ Süzek (2015), s.371.

⁹ Alpagut, s.946.

¹⁰ Taşkent/ Kabakçı, s.27; Manav, Eda (2010) “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, TBB Dergisi, S: 87, s.335.

¹¹ Taşkent/ Kabakçı, s.27.

İşçinin, işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinebilmesi için onlarla az ya da çok kişisel ilişki içinde olmasını, müşterilerin kişisel özelliklerini, istek ve ihtiyaçlarını bilebilecek ve bu bilgileri kendisi veya bir başka işveren adına ekonomik olarak kullanabilecek durumda olması gerekir¹². Bununla birlikte, müşteri çevresinin, işçinin şahsi özelliği, kabiliyeti ve bilgisi dolayısıyla edinilmiş olduğu hallerde bu kişilerle yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri geçerli değildir. Örneğin, bir avukat, doktor veya kuaför, yanında çalışan işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz. Nitekim bu gibi serbest mesleklerde müşteriyle kurulan ilişki şahsi yeteneğe dayanır¹³. Böyle bir durumda işverenin olası zararı, işçinin müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olmasının değil, kişisel yeteneklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkar¹⁴.

Müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olmadan söz edebilmek için, işçinin ilgili müşterilerle kişisel ilişki halinde olması ya da müşterilerin ihtiyaçları, kendilerine has özellikleri, talepleri gibi hususları öğrenme olanağına sahip olması anlaşılmalıdır¹⁵. Yargıtay 2019 tarihli bir kararında bir spor kulübünde şube temsilcisi-koordinatör olarak çalışan kişinin müşteri bilgilerine ulaşma imkânının bulunduğundan bahsetmiştir¹⁶.

ii. Üretim Sırları veya İşverenin Yaptığı İşler Hakkında Bilgi Edinme Olanağı

Rekabet yasağı şartının geçerli olabilmesi için gereken şartlardan biri TBK m. 444/II'de belirtilen, işçinin işverene ait üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı bulunmasıdır.

Üretim sırları, işletmeyle ilgili, kısıtlı bir çevre tarafından bilinen, üçüncü kişilerce kolaylıkla öğrenilemeyen ve başkaları tarafından bilinmemesinde

¹² **Süzek** (2015), s.373.

¹³ **Soyer**, s.58, 59; **Manav**, s.342; **Kovancı, Nuray** (2017) "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi" TAAD, C: 8, S: 31, s.780.

¹⁴ **Süzek** (2014), s.459.

¹⁵ **Taşkent/ Kabakçı**, s.27.

¹⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/1799, K: 2019/3444, T: 6.5.2019 "Somut olayda, davacının davalı ile yaptığı Şube Koordinatörlük Sözleşmesi incelendiğinde; davalının, davacıya ait spor kulübünde şube temsilcisi-koordinatör olarak görev yaptığı, müşteri bilgilerinin yanı sıra işverenin yaptığı işlerle ilgili bilgi edinme imkanına da sahip olduğu görülmektedir." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

işverenin haklı bir menfaatinin bulunduğu olgular olarak tanımlanabilir¹⁷. Örneğin gazetede yayımlanmış bir buluş veya üretim usulü ya da Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yayımlanmak suretiyle alenileştirilmiş tasarımlar¹⁸ üretim sırrı kapsamında değerlendirilemez¹⁹. Üretim sırları ve işverenin yaptığı işle ilgili bilgiler personele ilişkin, ticari veya teknik olabilir. Üretim teknolojisi, üretim süreci, özel üretim şekilleri, bir makinenin yapısı, özel bir ürünün içeriği, üçüncü kişilerce bilinmeyen işletme organizasyonu, fiyat seviyeleri, pazar planları, tüketici alanları, ham madde kaynakları, kredi imkânları, yatırım, bilanço hesaplama plan ve teknikleri, bilgisayar programları, işletmenin döküm ve muhasebe kayıtları, işçi buluşları, personel planlaması gibi konular her somut olayın özelliği de dikkate alınmak kaydıyla üretim sırları ve işverenin işine ilişkin bilgiler kapsamında değerlendirilebilir. Bununla birlikte, işçinin bu bilgileri fiilen öğrenmiş olması zorunlu olmayıp objektif olarak öğrenebilecek konumda olması rekabet yasağı sözleşmesinin akdedilebilmesi için yeterlidir²⁰.

Rekabet yasağı sözleşmesine konu olan üretim sırları ve işle ilgili bilgiler gizli bilgi niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla genellikle alt kademedeki çalışan ve vasıfsız işçilerle yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri geçersiz sayılmaktadır. Nitekim Yargıtay hemşire olarak çalışan bir işçinin iş sırlarına nüfuz etme olanağının bulunmaması nedeniyle rekabet yasağı kaydıyla bağlı tutulamayacağına hükmetmiştir²¹. Bununla birlikte bir ilaç firmasında çalışan

¹⁷ **Süzek** (2014), s.459.

¹⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2016/4433, K: 2017/6926, T: 05.12.2017 “Somut olayda, isnat olunan eylem davacı tarafa ait tescilli tasarımların aynı ya da benzerinin davalılar tarafından rakip işyerinde üretilmesi olup, zaten tasarım tescili aşamasında yetkili makam olan Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yayınlanmak suretiyle aleni olan pasta tasarımları sebebiyle herhangi bir üretim sırrının kullanıldığından söz edilemeyeceği gibi anılan eylemin dışında davalı işçilerin üretim sırrı sayılabilecek bilgileri haiz oldukları ve bu bilgileri işveren aleyhine rakip işyerinde kullandıkları ya da kullanma pozisyonunda çalıştıkları iddia ve ispat edilmiş değildir. Bu sebeple yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulü doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

¹⁹ **Manav**, s.339.

²⁰ **Süzek** (2015), s.372.

²¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2007/19368, K: 2008/15558, T: 13.6.2008 “Somut olayda davacının 15.09.2000 tarihinde çalışmaya başladığı halde iş sözleşmesinin 1.12.2003 tarihinde

medikal arařtırmacı²² ile işyerinde hat sorumlusu olarak çalışan kişinin²³ iş sırlarına ilişkin bilgi edinme imkânının varlığı dolayısıyla rekabet yasağına tâbi olduklarına karar vermiştir.

iii. İşverenin Önemli Bir Zarara Uğrama İhtimali

Rekabet yasağı, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, korunmaya değer gerçek bir yararının olması halinde eski işverenin korunmasını amaçlar. Bu nedenle, rekabet yasağının öngörülebilmesi için işçinin müşteri çevresine hâkim olması veya üretim sırlarını öğrenmesi yeterli olmayıp bu bilgilerin

imzalandığı anlaşılmaktadır. Davacı hemşire olup hizmet ilişkisinin sonradan imzalanan sözleşme ile belirli süreli hale dönüşmesi için objektif nedenler bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının belirsiz süreli aktifte çalıştığı kabul edilerek 7 maddede düzenlenen cezai şarta hükmedilemez. Davacının çalıştığı konum itibarıyla işverenin ilişkide olduğu müşterileri tanınması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşma imkanı olmadığı, işverene önemli bir zarar verme olanağı bulunmadığı da açıktır. Dolayısıyla sözleşmenin 12. maddesinde değerlendirilen rekabet yasağına dair cezai şartın da reddi gerekmektedir.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2015/1270, K: 2015/13764, T: 22.12.2015 “Somut olayda, davalı taraf, davacı firmada medikal araştırmacı olarak görev yaparken 11.07.2011 tarihinde işten ayrılmış, bilahare dava dışı ilaç firmasında kurumsal ilişkiler uzmanı olarak göreve başlamış, taraflar arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinde ise davalının herhangi bir sebeple işten ayrılmasından sonra 2 yıl içerisinde ... illerinde davacı firmanın iş dalında çalışamayacağı, aksi halde en son aylık brüt maaşın 10 katı tutarında cezai şart uygulanacağı hüküm altına alınmış, mahkemece davalının rekabet yasağına aykırı hareket ettiğinin ispatlanmadığı, davalının çalıştığı iş kolunun farklı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, davalı taraf ilaç firmasındaki konumu itibarıyla 818 Sayılı BK’nın 348/2. maddesi uyarınca, davacı firmanın üretim sırlarına, işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânına sahip olduğu gibi, bu bilgileri kullanması ve işverenin önemli bir zararına sebep olması da kuvvetli ihtimal dahilindedir. Kaldı ki, taraflar arasındaki sözleşmedeki yer, zaman, işin nevi hususundaki kısıtlamalar BK’nın 349. maddesindeki şartlara uygundur.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/2306, K: 2019/3876, T: 20.5.2019 “Yapılan açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, davalının davacıya ait iş yerinde hat sorumlusu olarak çalışmış olduğu, iş tanımına göre, işverence üretilen formüllerin doğru olarak uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmek gibi görevlerinin bulunduğu, davalı işçi tarafından yapılan işin işverenin üretim sırlarına nüfuz etme imkânı sağlamaya elverişli olduğu gibi, yapılan işin niteliği hakkında da bilgi edinmeye imkân sağladığı anlaşılmaktadır.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

kullanılmasının işverenin önemli bir zararına yol açma ihtimali olmalıdır²⁴. İşverenin önemli ölçüde zarara uğrama ihtimali rekabet yasağının geçerliliği için gereklidir. Zira TBK m. 444/II hükmüne göre işverenin önemli bir yararı kalmadığı noktada rekabet yasağı sona erer²⁵.

İş ilişkisinin sona ermesinden sonra, işçi tarafından söz konusu bilgilerin kullanılmasının, eski işverenin işletmesinde somut bir zarar meydana getirmesi zorunlu değildir. Bu bilgilerin kullanılmasının, hayatın olağan akışına göre, önemli bir zarar doğurma tehlikesi yaratması yeterlidir. TBK m. 444/II'ye göre işverenin *önemli* bir zarara uğrama ihtimali olmalıdır. Önemli olmayan bir zarar tehlikesi rekabet yasağı sözleşmesine imkân vermez. Burada amaç işçinin çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olacak rekabet yasağı kaydının her durumda gereksiz olarak konulmasının önüne geçmektir²⁶. Önemli zarardan kasıt zararın etkilerinin büyük olması ve kolaylıkla giderilememesidir. 818 sayılı BK m. 348'de önemli zarar "*hissolunacak derecede*" olarak ifade edilmiştir. Örneğin büyük oranda kazanç kaybı veya sipariş azalması, ilgili piyasada rekabet gücünde bir gerileme meydana gelmesi, iş yapma olanaklarının açık bir şekilde sınırlandırılması önemli zarar olarak sayılabilir. Hangi durumlarda zararın önemli sayılacağı her somut olay bakımından hâkim tarafından değerlendirilir²⁷.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SINIRLANDIRILMASI

A. SINIRLANDIRMANIN GEREĞİ

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir yer, zaman ve işin türüyle sınırlı olarak, eski işverene rakip bir işletme açmayacağını veya rakip bir işletmede çalışmamayı ya da böyle bir işletmeyle başka bir menfaat ilişkisi içinde bulunmamayı taahhüt etmektedir. Bu sözleşme, bir yandan işverenin haklı menfaatlerini korumaktayken diğer yandan işçinin çalışma özgürlüğüne zarar verme ihtimalini doğurmaktadır.

²⁴ Soyer, s.57; Manav, s.341.

²⁵ Taşkent/ Kabakçı, s.27.

²⁶ Altay, s.201.

²⁷ Taşkent/ Kabakçı, s.27; Manav, s.341; Süzek (2014), s.460.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçi açısından Anayasa ile güvence altına alınmış çalışma ve sözleşme hürriyeti bakımından önemli engellemeler içermektedir. Bu durum işçinin ekonomik geleceği bakımından risk teşkil edebilir. Dolayısıyla her iki menfaat arasında adil bir denge kurulması adına, rekabet yasağı sözleşmesi, TBK m. 445/I'de belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur²⁸.

TBK m. 445'e göre *“rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.”*

Rekabet yasağı sözleşmesiyle işçinin ekonomik olarak zarar görmesi çoğu zaman kaçınılmazdır. Bu noktada önemli olan husus, işçinin çalışma hakkının tamamen engellenmemesi, ekonomik geleceğinin tehlikeye girmemesidir. Buradaki kıstas ise hakkaniyet düşüncesidir. Nitekim TBK m. 445/I hükmü de rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin ekonomik geleceğinin etkileneceğini, tehlikeye düşeceğini öngörmekte fakat bu durumun hakkaniyete aykırılık teşkil etmemesi gerektiğini söylemektedir. Rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde, söz konusu yasağın işçinin gelecekte iş bulma olanağını olumsuz yönde etkileyip etkilememesi önem taşımaktadır. Bu bakımdan, işçinin eğitim durumu, iş deneyimi, ailevi durumu, sona ermiş olan iş ilişkisinin süresi, yaşı, iş kolu ilişkileri, iş piyasasının mevcut durumu ve işverenin hakkaniyete aykırılığı önlemek amacıyla işçiye taahhüt edeceği ekonomik edimler dikkate alınmalıdır²⁹.

Rekabet yasağı sözleşmesinin sınırlandırılmasına ilişkin TBK m. 445 hükmü birtakım ölçütler getirmiştir. Bu ölçütler zaman, yer ve işin türüdür. Söz konusu sınırlamaların aşılması halinde ise hâkime, rekabet yasağı sözleşmesine müdahale hakkı tanınmıştır.

²⁸ **Sümer, Haluk Hadi** (2019) İş Hukuku, 24. Baskı, Ankara, Seçkin, s.137.

²⁹ **Uşan** (2003), s.236; **Altay**, s.189; **Sulu, Muhammed** (2016) “Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, MÜHF-HAD, C: 22, S: 2, s.584

B. SINIRLANDIRMANIN ÖLÇÜTLERİ

1. Süre Bakımından

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin rekabet teşkil edebilecek fiillerden süresiz olarak kaçınmasını öngörmek, işçinin ekonomik açıdan yıkımına sebep olabileceği gibi işverenin menfaatlerinin süresiz korunması da işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesine aykırıdır³⁰.

818 sayılı BK'da rekabet yasağının süresine ilişkin herhangi bir üst sınır düzenlenmemiş, yasağın, işçinin ekonomik mahvına sebep olmaması gerektiği belirtilmişti. Bu kanun döneminde Yargıtay uygulaması somut olaya göre rekabet yasağı süresini sınırlandırmak yönündeydi³¹. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu §340/a'ya göre, özel durumlar söz konusu olmadığı sürece rekabet yasağının süresi üç yılı geçemez. 6098 sayılı TBK m. 445/I hükmü ile rekabet yasağının süresinin özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı isabetli olarak düzenlenmiştir³². Yasağın süresi, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte başlar. Yasak süresince açılacak bir dava bu sürenin işlemesine engel olmaz³³. Rekabet yasağına ilişkin getirilmiş olan süre nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesiyle azami sürenin kısaltılması mümkündür³⁴.

³⁰ **Doğan, Sevil** (2019) İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.108.

³¹ İlgili kararlar için bkz **Uysal Tuna, Büşra** (2019) İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, 1.Baskı, Ankara, Seçkin, s.89, dipnot 344 vd.

³² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/1016, K: 2019/6713, T: 24.10.2019 “*Somut olayda, taraflar arasındaki sözleşmede 10 yıllık rekabet yasağı süresi öngörülmüş, rekabet yasağının geçerli olacağı yer Kemalpaşa ilçesi başta olmak üzere Ege ve Marmara Bölgesi dahilindeki il ve ilçeler olarak belirlenmiştir. TBK'nın 445/1 fıkrasında bu tür sözleşmeler bakımından yer ve zaman sınırlaması öngörüldüğü gibi, aynı maddenin ikinci fıkrasında da mahkemece aşırı nitelikteki rekabet yasağı hükümlerinin kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, mahkemece taraflar arasındaki 19/01/2012 tarihli sözleşmenin 6098 Sayılı TBK'nın 445/2. maddesi çerçevesinde değerlendirilip, tartışılarak bir sonuca gidilmesi gerekirken, Bölge Adliye Mahkemesince, yazılı gerekçelerle davacının tüm taleplerinin reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.*” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³³ **Süzek** (2014), s.460.

³⁴ **Doğan**, s.110.

TBK m. 445/İ'e göre özel durumların varlığı halinde rekabet yasağının süresi 2 yılı aşabilir. Maddede belirtilen özel durum ve koşulların neler olabileceğine dair öğretilerde birkaç örnek verilmiştir. Buna göre, işçinin üst düzey yönetici olması, işyerindeki uzmanlığı, işverenin üretimle ilgili teknik iş sırları hakkında kapsamlı bilgiye sahip olması bu kapsamda belirleyici nitelik taşır³⁵.

2. Yer Bakımından

TBK m. 445/İ'e göre, rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin rekabet etmemekle yükümlü olduğu coğrafi alan belirlenmelidir. Burada önemli olan husus, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak güçleştirilmemesidir. Bu bakımdan yasağın kapsamı belirli bir şehir ya da bölgeyle sınırlı tutulabilir³⁶.

Rekabet yasağının yer bakımından kapsamı, işverenin iş ilişkilerinin yürütüldüğü fiili alanı aşamaz³⁷. İşverenin coğrafi olarak faaliyet gösterdiği bölge ve müşteri ilişkileri dışında kalan bir alanın yasak kapsamına alınması, böyle bir durumda işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı menfaatinden söz edilemeyeceğinden uygun görülmez. Müşteri çevresi, teknik ve ticari iş sırlarına ilişkin bilgilerin, işverenin fiilen ticari faaliyetlerini yürüttüğü alanın dışında kullanılması durumunda, zararın meydana gelmesi beklenmez³⁸.

Rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılması hususunda öğretilerde bir görüşe göre, ülke sınırlarını aşmamak kaydıyla yalnızca belirli bir şehir, bölge ya da ülkenin tamamını kapsayan bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir, bu sınırları aşan rekabet yasağı sözleşmeleri geçersizdir³⁹. Diğer bir görüşe göre, işçinin ekonomik geleceğini ve haklı menfaatlerini gözetmek

³⁵ Doğan, s.109; Baskan, Esra (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 2, s.121; Kovancı s.784.

³⁶ Taşkent/ Kabakçı, s.31.

³⁷ Uşan (2011), s.123; Süzek (2014), s.461; Ünal, Akın (2017) Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s.158.

³⁸ Taşkent/ Kabakçı, s.31; Süzek (2014), s.461.

³⁹ Başpınar, Veysel (1999) “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s.32.

koşuluyla, ülke sınırlarını aşan bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir. Özellikle uluslararası nitelikteki bir işletmede bu mümkün olmalıdır⁴⁰. Zira önemli olan, işverenin faaliyet gösterdiği sahadır. Fakat böyle bir durumda korunan durum çok ince bir uzmanlaşma gerektirmelidir⁴¹. Örneğin, bir kola firmasında kolanın elde edildiği kısımda çalışan ve kolanın formülüne de vâkıf olan bir gıda mühendisinin, sahip olduğu bilgiler nedeniyle kendisiyle yapılacak bir rekabet yasağı sözleşmesi tüm dünyada geçerli olabilmelidir. Hâkim bu konuda karar verirken somut olayın özelliklerini de dikkate almalı ve hakkaniyete uygun bir çözüm üretmelidir⁴². Ülkenin tamamında işyerleri bulunan bankalar gibi işletmeler bakımından böyle bir yasak, yasağın süresinin kısa tutulması kaydıyla hukuka uygun görülebilir⁴³.

Yargıtay uygulamasında ise, tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağı hükümleri geçerli kabul edilmemekte, böyle bir yasağın ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından kabul edilebileceği kararlaştırılmaktadır. Belirli bir bölge veya şehre ilişkin sınırlamalar ise işin niteliğine göre geçerli sayılabilmektedir⁴⁴.

⁴⁰ Uşan (2011), s.123; Ünal, s.158, dipnot 509; Ayiter, Nuşin (1958) "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi", Arsebük'e Armağan, s.472, 473; Taşkent/ Kabakçı, s.31; Baskan, s.121; Manav, s.348.

⁴¹ Ayiter, s.472, 473.

⁴² Ünal, s.158, dipnot 509; Manav, s.348; Öktem, Seda (2006) "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s.179, 180.

⁴³ Tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağının geçersiz sayılmasına ilişkin Yargıtay kararı için bkz; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1999/8262, K: 1999/12073, T: 06.7.1999 "Ancak sözleşme davacının ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye girmesini yasaklayacak ölçülerde şart edilmemiş ve mahal ve çalışma alanı kapsamında normalin üzerinde sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten 'Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder' biçimindeki düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye'deki tüm bankaları kapsamı bakımından mahal ve banka açısından bir sınır sözkonusu olmadığı için davacı bankacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Rekabet yasağının bu yönden geçersiz sayılarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmesi hatalı ise de sonucu itibarıyla doğru olan kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle ONANMASI gerekmektedir." (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/1286, K: 2011/3918, T: 18.2.2011 "Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi

3. İşin Türü Bakımından

Rekabet yasağının işin türü bakımından sınırlandırılması, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra hangi faaliyetlerde bulunabileceğinin, hangi faaliyetlerde bulunamayacağını belirlenmesi açısından önemlidir⁴⁵. Rekabet yasağı, işverenin bütün faaliyet alanıyla değil, işçinin işletmede yaptığı somut göreviyle sınırlı olmalıdır⁴⁶. Rekabet yasağının konu itibarıyla sınırlandırılmasının amacı işçinin öğrenmiş olduğu yegâne mesleğin kullanılamaması dolayısıyla işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesini önlemektir⁴⁷.

Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmamalıdır⁴⁸. Yasağın üst sınırını da işverenin faaliyet alanı oluşturur. Faaliyet alanının sınırı ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe göre belirlenmelidir. Zira işverenin daha önce terk ettiği faaliyetler veya iş ilişkisi sona erdikten sonra girdiği faaliyetler kural olarak korunmaya değer bir menfaatin kalmamış olması nedeniyle rekabet yasağının kapsamına dâhil edilemez⁴⁹.

bakımından rekabet yasağının Ülke sınırlarıyla belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölgeyle sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir.” Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/3417, K: 2011/2307, T: 3.2.2011; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2011/20759, K: 2013/19695, T: 26.6.2013; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/24556, K: 2014/23283, T: 3.7.2014. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴⁵ **Manav**, s.350.

⁴⁶ **Süzek** (2014), s.461; **Kunt, Püren** (2012) “Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 86, S: 3, s.245.

⁴⁷ **Ayiter**, s.473.

⁴⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/24556, K: 2014/23283, T: 3.7.2014 “*Rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileri ile sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmelidir. Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde, işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz. İşçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir.*” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴⁹ **Taşkent/ Kabakçı**, s.32.

C. HÂKİMİN MÜDAHALESİ

1. Genel Olarak

Sözleşmeler hukukunda kural, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi uyarınca bir sözleşmenin akdedilmesiyle tarafların üstlendikleri edimlere bağlı kalmalarıdır. Ahde vefa ilkesi gereği borçlu, edimini üstlendiği şekilde sözleşmeyle bağlı olarak ifa etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte her hal ve şartta kişilerin sözleşmeyle bağlı olması mümkün ve adil olmamaktadır. Bu noktada da sözleşme adaletinin sağlanmasına hizmet eden bir enstrüman olarak hâkimin sözleşmeye müdahalesi gündeme gelmektedir⁵⁰. Hâkimin, kendi yarattığı kurucu etkili bir kuralla mevcut sözleşmeyi değiştirmesi veya ortadan kaldırması halinde hâkimin sözleşmeye müdahalesinden bahsedilir⁵¹.

TBK m. 445/II'ye göre, “*Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.*” Burada hâkimin aşırı nitelikteki rekabet yasağı içeren sözleşmeye, kendi getireceği kurucu bir kararla müdahalesi söz konusudur. Hâkim, sözleşme taraflarının kararlaştırmış olduğu hükmü değiştirmekte, yerine kendisi bir kural koymaktadır. Dolayısıyla TBK m. 445/II hükmü hâkimin sözleşmeye müdahalesi niteliğindedir.

TBK m. 445/II hükmü 818 sayılı kanunda yer almamasına rağmen öğreti⁵² ve uygulamada⁵³ mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340-a/2'de olduğu

⁵⁰ **Kaplan, İbrahim** (2013) Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, s.112.

⁵¹ **Kaplan**, s.23.

⁵² **Ayiter**, s.473; **Manav**, s.353; **Taşkent/ Kabakçı**, s.33; **Uşan** (2011), s.123; 818 sayılı kanun döneminde, sınırlamalara uymayan rekabet yasağının kesin hükümsüz olacağına ilişkin bkz. **Altay**, s.188 vd.

⁵³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2007/17815, K: 2008/11014, T: 02.05.2008 “*Rekabet yasağının ihlaline bağlı taraflarca kararlaştırılmış olan belli bir ödemeyi öngören yaptırım, niteliği itibarıyla bir cezai şart hükmüdür. Böyle olunca Borçlar Kanununun 161/son maddesi hükmü gereğince fahiş olan cezai şartın hakim tarafından indirilmesi gerekir.*” <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2007-17815-k-2008-11014-t-02-05-2008>> (s.e.t. 01.04.2022). Aynı yönde bkz; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/37429, K: 2011/50111, T: 28.12.2011; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/1286, K: 2011/3918, T:

gibi, aşırı nitelikteki rekabet yasağına hâkimin müdahale edebileceği kabul edilmekteydi. Rekabet yasağının ihlaline bağlı yaptırımın bir cezai şart niteliğinde olması dolayısıyla aşırı nitelikteki rekabet yasağının indirilmesinin kanuni dayanağını, hâkim aşırı gördüğü cezaları indirmekle yükümlü olduğuna ilişkin 818 sayılı BK m. 161/III hükmü teşkil etmekteydi. Aynı şekilde tellallık ücretinin indirilmesine ilişkin BK m. 409 hükmünün de aşırı nitelikteki rekabet yasağının indirilmesine olanak sağladığı savunulmaktaydı⁵⁴. 6098 sayılı TBK ile birlikte İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hüküm aynen alınmış ve aşırı nitelikteki rekabet yasağına hâkimin müdahalesi yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Rekabet yasağı sözleşmesinin TBK m. 444'te belirtilen geçerlilik koşullardan herhangi birine sahip olmaması halinde sözleşme geçersiz olup hâkimin müdahalesinden bahsedilemez. Hâkimin müdahale edebileceği alan TBK m. 445/I'de yer alan sınırlandırmalara ilişkindir. TBK m. 444'ten farklı olarak TBK m. 445/I'de belirtilen koşulların sözleşmede mevcut olmaması halinde, hâkime sözleşmeye müdahale ederek aşırı nitelikteki rekabet yasağını sınırlandırma yetkisi tanınmıştır⁵⁵.

2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Hiçbir Sınırlama Bulunmaması

Rekabet yasağı sözleşmesinde herhangi bir yer, zaman ve konu sınırlaması getirilmemiş olması halinde hâkimin sözleşmeye müdahale edip etmemesi gerektiği tartışılabilir. Bunun belirlenmesi için öncelikle TBK m. 445/I'de belirtilen rekabet yasağı sözleşmesine sınırlama getirilmesine ilişkin hükmün rekabet yasağı sözleşmesinin bir geçerlilik koşulu olup olmadığı tespit edilmelidir. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulları TBK m. 444'te sayılmıştır. TBK m. 445/I hükmü ise *“rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.”* şeklindedir. Lafzına bakıldığında bu hükmün emredici bir hüküm olduğu görülmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesi TBK m. 444'teki koşullara uygun olarak akdedilmediği takdirde sözleşmenin geçerlilik

18.2.2011; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/3417, K: 2011/2307, T: 3.2.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵⁴ Öktem, s.182

⁵⁵ Uysal Tuna, s.102; Doğan, s.130

koşullarına uyulmadığı için kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur. TBK m. 445/I'deki sınırlamalara uymayan bir rekabet yasağı sözleşmesinde geçersizlik ise, sözleşmenin geçerlilik koşullarında bir eksiklik olarak değil, TMK m. 23 veya TBK m. 27 bakımından değerlendirilmelidir. Nitekim herhangi bir sınırlama içermeyen rekabet yasağı sözleşmesi, TMK m. 23 anlamında kişinin çalışma özgürlüğünden hukuka veya ahlaka aykırı bir biçimde vazgeçmesine yol açabilir. Benzer şekilde böyle bir sözleşme TBK m. 27 çerçevesinde kanunun emredici hükümlerine, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı bir sözleşme olarak değerlendirilebilir ve kesin hükümsüz sayılabilir. Söz konusu durumlar her somut olay bakımından incelenmeli ve sınırlama içermeyen rekabet yasağı sözleşmesinin TMK m. 23 veya TBK m. 27 bakımından kesin hükümsüz bir sözleşmeye yol açıp açmadığı tespit edilmelidir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, müşteri çevresi ve iş sırlarına vâkıf olan işçiye özel, somutlaştırılarak akdedilmesi gereken bir sözleşmedir. İşçiye özel hale getirilmemiş, hiçbir sınırlama içermeyen rekabet yasağı sözleşmelerine hâkimin müdahalesi mümkün olmamalı, sözleşme TMK m. 23 veya TBK m. 27 uyarınca geçersiz sayılmalıdır⁵⁶. Ayrıca TBK m. 445/II hükmü, hâkime ancak aşırı nitelikteki bir rekabet yasağı bulunması halinde müdahale yetkisi vermektedir. Hâkimin hiçbir sınırlama içermeyen bir sözleşmeye müdahale ederek yepyeni bir hüküm koyması mümkün olmamalıdır. Sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan böyle bir hükmün dar yorumlanması gerekir. Bununla birlikte örneğin yalnızca yer ve süre bakımından sınırlama getirilmesi, işin türü bakımından ise herhangi bir sınırlama öngörülmemesi halinde hâkim sözleşmeye müdahale edebilir. Nitekim Yargıtay, 2019 tarihli bir kararında, İstanbul ili sınırlarında 5 yıl süre için akdedilmiş ancak işin türü bakımından sınırlama getirilmemiş olan rekabet yasağı sözleşmesine hâkimin TBK m. 445/II uyarınca müdahale etmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁷.

⁵⁶ Doğan, 131; Uşan (2011), s.123; Ayiter, s.473; Sulu, s.589.

⁵⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2019/1461, K: 2019/8220, T: 16.12.2019 "Somut olayda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde 5 yıllık rekabet yasağı süresi İstanbul ili için geçerli olmak üzere öngörülmüş, işin türü bakımından ise kısıtlama yapılmamıştır. TBK'nin 445/1 fıkrasında bu tür sözleşmeler bakımından yer, zaman ve işin türü bakımından sınırlama öngörüldüğü gibi, aynı maddenin ikinci fıkrasında da mahkemece aşırı nitelikteki rekabet yasağı hükümlerinin kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Bu

3. Hâkimin Aşırı Nitelikteki Rekabet Yasağını Sınırlandırması

TBK m. 445/II'ye göre aşırı nitelikteki rekabet yasağı hâkim tarafından süre ve kapsam yönünden sınırlandırılabilir. Hâkim bu sınırlamayı yaparken somut olayın koşullarını ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutar.

Rekabet yasağı sözleşmesinin süre bakımından kanundaki sınır olan 2 yıla indirilmesi halinde teknik olarak hâkimin sözleşmeye müdahalesinin söz konusu olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim daha önce belirtildiği gibi hâkimin müdahalesi, hâkimin kendi yarattığı kurucu etkili bir kuralla mevcut sözleşmeyi değiştirmesi veya ortadan kaldırması halinde söz konusu olur⁵⁸. İki yılı aşan bir rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin iki yıla indirilmesi halinde sürenin yalnızca kanundaki sınıra çekilmesi, hâkimin herhangi yeni bir kural getirmediği ve bunun hâkimin yaptığı bir tespitten ibaret olduğu düşünülebilir. Oysa TBK m. 445/II uyarınca hâkimin iki yılı aşan rekabet yasağını doğrudan iki yıla indirmesi söz konusu olmayıp somut olayı değerlendirerek iki yılı aşan rekabet yasağının özel durum teşkil edip etmediğini, teşkil ediyorsa iki yılın üzerinde veya somut olaya göre iki yıldan daha az bir süreye hükmetmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla iki yıllık süreyi aşan rekabet yasaklarında hâkimin rolü yalnızca süreyi kanunda belirtilen iki yıllık sınıra indirmek değil, somut olayın özelliklerine göre kanundaki iki yıllık sınırı göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmaktır. Bu durumda süre bakımından da hâkimin sözleşmeye müdahalesinin olduğu söylenebilir.

Hâkimin sözleşmeye müdahale yetkisinin bulunmasının amacı, rekabet yasağı ile getirilen aşırı sınırlamanın hakkaniyete uygun bir sınıra çekilmesidir. Bu durumda, işçinin ekonomik geleceğinin ne ölçüde tehlikeye düştüğü, rekabet yasağı sözleşmesinin mesleğini veya işini yapmasını ne derecede kısıtladığı, işverene bağlı çalışırken gördüğü işin türü önem taşır. İşçi açısından

durumda, mahkemece taraflar arasındaki rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükmünün TBK'nin 445/2. maddesi çerçevesinde değerlendirilip, tartışılarak bir sonuca gidilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵⁸ Kaplan, s.23.

getirilen rekabet yasağının bir meslek yasağı halini alması sınırlamanın aşırı olduğu anlamında gelir ve daraltılmalıdır⁵⁹.

Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, TBK m. 445/II'ye göre sınırlayabilir. Ancak tarafların hiç kararlaştırmadığı, örneğin işverenin işçiye bir karşı edimde bulunması gibi hususlara hâkim kendiliğinden karar vermesi mümkün değildir⁶⁰. Hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmesinde işverene bir karşı edim getirilmesi zorunluluğu yoktur. İşveren için karşı edim yükümlülüğü, isteğe bağlı olarak sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Böyle bir yükümlülüğün olması, rekabet yasağının geçerliliğinde değil, aşırı olup olmamasının belirlenmesinde etkilidir. Rekabet etmeme yükümlülüğü karşılığında işverene bir edim yükümlülüğü getirilmesi işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesi ihtimalini hafifletmekte ya da ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte hâkimin takdir yetkisi, hiçbir zaman işverenin işçiye karşı edimde bulunma yükümlülüğü getirilmesini veya kararlaştırılmış edimin arttırılmasını kapsamaz⁶¹.

Rekabet yasağının sınırlandırılmasında hâkimin dikkat edeceği diğer bir husus işverenin haklı menfaatlerinin ne ölçüde korunması gerektiğidir. Bu bakımdan işçinin iş sırlarına sahip olup olmaması, sırrın mahiyeti, işçinin işyerindeki görevi, müşteri çevresiyle ilişkisi ve bu ilişkinin derecesi gibi hususlar belirleyicidir. Örneğin işletmede satış uzmanı, satış müdürü, genel müdür, müşteri temsilcisi statülerinde çalışan işçiler bakımından müşteri çevresini tanımaları, kimyager, ürün müdürünün üretim sırlarına sahip olması açısından işverenin haklı menfaatinin derecesi yüksektir⁶². Hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken bu somut şartlar iş sözleşmesinin sona erdiği andaki şartlardır⁶³.

4. Hâkimin Müdahalesinin Sonuçları

TBK m. 445/II'ye göre aşırı nitelikteki rekabet yasağının hâkim tarafından sınırlandırılması halinde rekabet yasağı sözleşmesi ayakta kalmakta,

⁵⁹ Doğan, s.133.

⁶⁰ Doğan, s.131.

⁶¹ Doğan, s.134; Manav, s.357; Süzek (2014), s.462.

⁶² Doğan, s.134.

⁶³ Taşkent/ Kabakçı, s.34.

bununla birlikte aşırı görülen hükümler indirilmektedir⁶⁴. Burada mutlak bir geçersizlik öngörülmemiş olup sözleşmenin ayakta kalması ilkesi esas alınmıştır⁶⁵. Hâkim, sözleşmede öngörülen cezaî şartı indirebileceği gibi, işçiyi korumak amacıyla zaman, yer ve konu bakımından rekabet yasağına ilişkin öngörülmüş olan aşırı sınırlamaları uygun bir seviyeye de indirebilir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi hâkim, işverenin bir karşı edim ödemesine ya da kararlaştırılmış bir karşı edimin artırılmasına karar veremez⁶⁶.

Rekabet yasağı söz konusu noktalarda işçinin ekonomik geleceğini aşırı olarak sınırlandırıyor, aşırı kısım hâkim kararıyla geçersiz sayılır. Örneğin rekabet yasağının süresi özel koşullar dışında iki yılı aşarsa yasağın tümü değil, sadece bunu aşan kısmı geçersiz sayılır ve kural olarak en çok iki yıl, özel durumların varlığı halinde daha uzun süre geçerli görülür⁶⁷. Bu durum TBK m.

⁶⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2015/12450, K: 2016/6672, T: 16.6.2016 “Tüm bu yapılan açıklamalar çerçevesinde her ne kadar mahkemece, taraflar arasında imzalanan sözleşmelerde yer alan ‘Tüm Dünya’ ibaresinin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmiş ise de ...’nın 445/1 ve 2. maddesi hükmü nazara alındığında hakime, rekabet yasağı sözleşmesindeki aşırı hükümlere karşı sözleşmeyi ayakta tutacak önlemleri alma ve sözleşmeye müdahale etme imkanı tanınmış olup, somut uyuşmazlıkta rekabet yasağı konusunda tarafların iradeleri birleştirdiğinden anılan sözleşmede kesin hükümsüzlük-butlan hali bulunmayıp hakimin müdahalesi ile giderilebilecek hükümsüzlük hali bulunduğundan ...’nın 445/2. maddesi hükmüne göre bir değerlendirme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2015-12450-k-2016-6672-t-16-6-2016>> (s.e.t. 13.04.2022).

⁶⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/1393, K: 2019/2838, T: 10.4.2019 “6098 Sayılı TBK’nın 445/2. maddesi ‘Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.’ hükmünü haiz olup, anılan madde hükmü ile 6098 Sayılı Kanun 818 Sayılı Kanun’dan farklı olarak, rekabet yasağı ile ilgili doğrudan mutlak bir geçersizliğin öngörülmediği, Anayasa ve diğer mevzuat hükümleri ile somut olgu nazara alınarak rekabet yasağının aşırı nitelikte olması halinde, yasağın kapsamı bakımından hakime uyarılma yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Hakime tanınan bu yetkinin gerek müstakil açılan bir uyarılma davasında ve gerekse de ihlal halinde açılacak bir tazminat davasında kullanılabilirliği kuşkusuzdur” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁶⁶ **Manav**, s.357.

⁶⁷ **Akyiğit, Ercan** (2018) İş Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Seçkin, s.344.

27/II'de düzenlenen kısmi hükümsüzlüktür⁶⁸. Bir sözleşmenin içerdiği bölümlerden bir kısmının sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşması halinde yalnızca bu kısmın geçersiz olması, kalan hükümlerle sözleşmenin ayakta kalması kısmi hükümsüzlük olarak adlandırılır⁶⁹. Sözleşme bir ağaç olarak düşünülürse, çürük dalın budanması işlemi kısmi hükümsüzlüktür⁷⁰. Kısmi hükümsüzlükte geçersiz sayılması gereken hüküm sözleşmeden tamamen çıkarılabileceği gibi kanuna uygun düzeye de indirilebilir⁷¹. TBK m. 445/II hükmü gereği aşırı nitelikteki rekabet yasağına hâkimin müdahale ederek sınırlandırması sonucu sözleşme kısmi hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur. Hâkimin aşırı rekabet yasağına müdahale ederek vermiş olduğu karar geçmişe etkili hüküm doğurur⁷².

SONUÇ

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş ilişkisi içinde işverenin müşterileriyle temas etmesi veya iş sırlarına vâkıf olması nedeniyle iş sözleşmesinin bitiminden sonra, belirli bir coğrafi bölge, belirli bir zaman dilimi ve belirli faaliyet alanında işverenle rekabet oluşturan davranışlarda bulunmasını yasaklayan sözleşmedir. TBK m. 444'e göre bu sözleşmeyi

⁶⁸ **Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, p.1021; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara, Turhan, s.150; **Başpınar, Veysel** (1998) Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1. Baskı, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s.157, 158. TBK m. 445/II hükmünde bulunan yaptırımın *geçerliliği koruyucu indirgeme* olduğuna ilişkin bkz. **Furrer, Andreas/ Muller-Chen, Markus/ Çetiner, Bilgehan** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s.181, 182. Geçerliliği koruyucu indirgemeye göre bir sözleşme kanun veya ahlak kurallarının izin verdiği en üst sınırı aştığı ölçüde hükümsüzdür, bu sınır kapsamında kalan içerik ayakta tutulur.

⁶⁹ **Eren**, p.1051; **Başpınar** (1998) s.29, **Antalya, Gökhan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, İstanbul, Seçkin, s.465 vd.; **Nomer, Haluk N.** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul, Beta, s.67; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (2017) Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, s.601 vd.

⁷⁰ **Serozan, Rona** (2018) Medeni Hukuk, 8. Baskı, İstanbul, Vedat, s.391.

⁷¹ **Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 17. Baskı, İstanbul, Vedat, p.568; **Kılıçoğlu**, s.151.

⁷² **Manav**, s.357.

akdedebilmek için işçi, fiil ehliyetini haiz olmalıdır. Ayrıca sözleşme, yazılı geçerlilik şekline tâbidir.

Rekabet yasağına ilişkin bir diğer geçerlilik şartı, hizmet ilişkisinin işçiye “müşteri çevresi, üretim sırları veya işverenin yaptığı işlerle ilgili bilgi edinme imkânı” sağlamasıdır. Bununla birlikte bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına neden olacak nitelikte olmalıdır. Bu şartlara uyulmadığı takdirde rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir.

Rekabet yasağı sözleşmesi bir yandan işverenin haklı menfaatlerini korumaktayken diğer yandan işçinin Anayasa ile güvence altına alınmış çalışma özgürlüğüne zarar verme ihtimalini barındırmaktadır. Bu durum işçinin ekonomik geleceği açısından risk teşkil edebilir. Bu bakımdan her iki menfaat arasında adil bir denge kurulması adına, rekabet yasağı sözleşmesi, TBK m. 445/I’de belirli sınırlamalara tâbi tutulmuştur. Rekabet yasağı, “işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek şekilde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez. Rekabet yasağının süresi, özel durum ve koşullar hariç olmak üzere iki yılı aşamaz.” Herhangi bir sınırlama içermeyen rekabet yasağı sözleşmeleri ise TMK m. 23 ve TBK m. 27 kapsamında değerlendirilmeli ve kesin hükümsüz sayılmalıdır. Söz konusu sınırlamaların aşılması halinde ise hâkime, rekabet yasağı sözleşmesine müdahale hakkı tanınmıştır. TBK m. 445/I’deki iki yıllık sürenin aşılması halinde hâkimin müdahalesinin mi yoksa yalnızca tespitinin mi olduğu tartışılabilirse de hâkimin somut durumun özelliklerine göre yılın üstünde veya altında bir süreye de hükmedebileceği, dolayısıyla burada yine hâkimin müdahalesinin olduğu söylenebilir.

Hâkim, somut durumdaki her hal ve koşulu serbestçe değerlendirerek ve işverenin üstlenmiş olabileceği ücret gibi karşı edimleri de hakkaniyete uygun biçimde dikkate alarak aşırı nitelikteki rekabet yasağını, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir. Hâkimin yapacağı böyle bir sınırlama rekabet yasağı sözleşmesinin kısmi hükümsüzlük yaptırımına tâbi olmasına sebep olur.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan** (2018) İş Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Seçkin.
- Alpagut, Gülsevil** (2011) “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S: 31 s.913-959.
- Altay, Sabah** (2008) “Türk Borçlar Kanununun Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi” MÜHF-HAD, C: 14, S: 3, s.171-207.
- Antalya, Gökhan** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, İstanbul, Seçkin.
- Ayiter, Nuşin** (1958) “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer’i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi”, Arsebük’e Armağan, s.463-479.
- Baskan, Esra** (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 2, s.116-125.
- Başpınar, Veysel** (1999) “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s.17-34.
- Başpınar, Veysel** (1998) Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1. Baskı, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü.
- Doğan, Sevil** (2019) İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Furrer, Andreas/ Muller-Chen, Markus/ Çetiner, Bilgehan** (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Kaplan, İbrahim** (2013) Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin.

- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara, Turhan.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (2017) Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Kovancı, Nuray** (2017) “Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi” TAAD, C: 8, S: 31, s.769-800.
- Kunt, Püren** (2012) “Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 86, S: 3, s.235-253.
- Manav, Eda** (2010) “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, TBB Dergisi, S: 87, s.322-363.
- Nomer, Haluk N.** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul, Beta.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 17. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Öktem, Seda** (2006) “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s.167-195.
- Serozan, Rona** (2018) Medeni Hukuk, 8. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Soyer, Polat** (1994) Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Sulu, Muhammed** (2016) “Rekabet Yasağı Sözleşmeleri”, MÜHF-HAD, C: 22, S: 2, s.575-600.
- Sümer, Haluk Hadi** (2019) İş Hukuku, 24. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Süzek, Sarper** (2014) “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, İÜHF, C: 72, S: 2, s.457-468.
- Süzek, Sarper** (2015) İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta.
- Taşkent, Savaş/ Kabakçı, Mahmut** (2009) “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 4, S: 16, s.21-46.

Uşan, M. Fatih (2003) İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Uşan, M. Fatih (2011) “Rekabet Yasası Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 6, S: 21, s.116-128.

Uysal Tuna, Büşra (2019) İş Hukukunda Rekabet Yasası Sözleşmeleri, 1.Baskı, Ankara, Seçkin.

Ünal, Akın (2017) Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet.

Diğer kaynaklar

www.kazanci.com

www.lexpera.com

BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMU TARAFINDAN YAYIMLANAN “BANKALARDA İYİ ÜCRETLENDİRME UYGULAMALARINA İLİŞKİN REHBER”İN İŞ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Volkan GÜNEŞ**

ÖZET

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Basel Komitesi'nin uluslararası ilke ve standartlarına uyum sağlanmasına yönelik olarak “iyi uygulama rehberleri” yayımlamaktadır. Bu rehberlerden birisi de “Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber”dir. Bu Rehber'in amacı, bankalardaki ücretlendirme politika, süreç ve uygulamalarının sağlıklı ve etkin bir risk yönetimi anlayışı çerçevesinde oluşturulması ve yürütülmesinin sağlanması için bankalardan beklenen iyi uygulamaları açıklamaktır. Rehber, banka çalışanlarının ücretlendirilmesine yönelik genel esaslar ile “özellikli çalışanlar”ın ücretlendirilmesine yönelik esasları içermektedir. Bu esasları genel olarak şöyle saymak mümkündür:

- Değişken ücretlerin ödenmesi,
- Değişken ücretlerin bankanın riskleri dikkate alınarak bütçelenmesi,
- Değişken ücret tutarının belirlenmesinde bireysel performans yanında bankanın nihai performansının da dikkate alınması,
- Değişken ücretlerin ertelenerek uzun vadede ödenmesi,
- Değişken ücretlerin ancak ödeme döneminde bankanın mali durumunun elverişli olması koşuluyla ödenmesi,
- Değişken ücretlerin bir kısmının nakit dışı araçlarla ödenmesi,
- Değişken ücretlerin belirli şartlar altında iptal ve geri alma anlaşmalarına konu edinmesi.

İş sözleşmesi ile çalışan banka çalışanları, Rehber'de belirlenen esaslar uyarınca ücretlendirildiklerinde, bu esaslar iş hukukunun ilke ve kurallarına aykırılıklar içerebilir. Özellikle değişken ücretlerin ertelenerek uzun vadede ödenmesi, bankanın mali durumunun elverişli olması koşuluyla ödenmesi, nakit dışı araçlarla ödenmesi ve değişken ücretlerin iptal ve geri alınmasına yönelik anlaşmalar bu niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber, ücret, değişken ücret, prim, bonus, ikramiye.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104063 – Geliş Tarihi: 15.04.2022 – Kabul Tarihi: 16.05.2022.

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, volkangunes@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1713-8204.

AN EVALUATION OF “THE GUIDE ON GOOD REMUNERATION PRACTICES AT BANKS” PUBLISHED BY THE BANKING REGULATION AND SUPERVISION AGENCY IN TERMS OF LABOR LAW

ABSTRACT

The Banking Regulation and Supervision Agency publishes “good practice guides” to comply with the international principles and standards of the Basel Committee. One of these guides is “Guide to Good Remuneration Practices in Banks”. The purpose of this Guide is to explain the good practices expected from banks in order to ensure that remuneration policies, processes, and practices in banks are established and implemented within the framework of a healthy and effective risk management approach. The guide includes general principles for remuneration of bank employees and principles for remuneration of “specialized employees”. These principles can be listed as follows:

- Payment of variable wages,
- Budgeting of variable wages taking into account the bank’s risks,
- Considering the final performance of the bank as well as the individual performance in determining the variable wage amount,
- Deferred and long-term payment of variable wages
- Payment of variable wages only on condition that the financial situation of the bank is favorable during the payment period,
- Payment of some of the variable wages by non-cash instruments,
- Cancellation and refund agreements on variable wage under certain conditions

When bank employees working with an employment contract are remunerated in accordance with the principles set out in the Guide, these principles may contain violations of the principles and rules of labor law. Especially, deferred and long-term payment of variable wages, payment only on condition that the financial situation of the bank is favorable during the payment period, payment by non-cash instruments and agreements for cancellation and refund of variable wages are of this nature.

Keywords: Banking Regulation and Supervision Agency, Guide to Good Remuneration Practices in Banks, wage, variable wage, premia, bonus, gratification.

GİRİŞ

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), ilk olarak 2014 yılından başlamak üzere, bugüne kadar birçok “iyi uygulama rehberi” yayımlamıştır. Bu iyi uygulama rehberleri ile esas olarak Türkiye’nin 2009 yılında üye olduğu Basel Bankacılık Denetim Komitesi (Basel Committee on Banking Supervision-BCBS) tarafından getirilen uluslararası standartlara uyum sağlanması amaçlanmaktadır. Şöyle ki, Basel Komitesi, Uluslararası Ödemeler Bankası (Bank of International Settlements-BIS) bünyesinde G-10 ülkeleri (ABD, İngiltere, Japonya, İspanya Almanya, Fransa, Kanada, İtalya, İsveç, Hollanda) ile İsviçre ve Lüksemburg tarafından 1974 yılının sonunda kurulduğundan itibaren bankacılık sektöründe daha etkin gözetim ve denetimin sağlanması ile risk yönetiminin güçlendirilmesine ilişkin standartlar belirlemektedir¹. Her ne kadar bu standartlar ulusal düzenleme otoriteleri açısından bağlayıcı değilse de², üyelik sürecini takiben BDDK tarafından Basel Komitesi’nin ortaya koyduğu bu uluslararası ilke ve standartlarla uyumlu ikincil düzenlemeler yapılmış ve kararlar alınmıştır. BDDK tarafından yayımlanan iyi uygulama rehberleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir³. Bu çalışmanın konusunu da özel olarak bankalardaki ücretlendirme politika, süreç ve uygulamalarının sağlıklı ve etkin bir risk yönetimi anlayışı çerçevesinde oluşturulması ve yürütülmesinin sağlanması amacıyla bankalardan beklenen iyi uygulamaları açıklayan “Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber” oluşturmaktadır.

¹ Basel Komitesi ile ilgili açıklamalar ile bu Komite’nin kurulmasına yol açan gelişmeler hakkında bkz. **Feridun, Mete** (2020) Küresel Bankacılık Düzenlemelerinin Dünü, Bugünü ve Yarını, İstanbul, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 335, s. 40 vd., s. 78 vd.

² **Feridun**, s. 91 vd. Bununla birlikte ülkelerin Komite ilkeleri doğrultusunda bankacılık sisteminin hem kalitesini hem de etkinliğini artırıcı önlemler aldığı yönünde bkz. **Feridun**, s. 91-92.

³ BDDK tarafından çıkarılan rehberlere ulaşmak için bkz. <<http://www.bddk.gov.tr/Mevzuat/Liste/137>> s.e.t. 02.02.2022.

I. REHBER'İN DAYANAKLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber, Basel standartlarına tam uyumun sağlanmasına yönelik olarak yürütülen çalışmalar çerçevesinde 17.09.2015 tarih ve 6462 sayılı Kurul Kararı ile ortaya çıkmış; 31.03.2016 tarih ve 6827 sayılı Karar ile de güncellenerek son halini almıştır.

Kurum, iyi uygulama rehberleri çıkarırken 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun⁴ 93. maddesine dayanmaktadır. Söz konusu madde ile Kurum'un görev ve yetkileri düzenlenmektedir. İyi uygulama rehberleri ile genel olarak amaçlandığı üzere finansal piyasalara ilişkin çeşitli alanlarda ortaya çıkabilecek risklerle mücadele etmek de Bankacılık Kanunu'nun 93. maddesi çerçevesinde Kurumun görevleri arasında değerlendirilebilir. Kurum, bu yükümlülüklerini karar organı olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun düzenleyici işlemleri veya kararları ile yerine getirmektedir. Nitekim Kurulun görev ve yetkilerinin düzenlendiği Bankacılık Kanunu'nun 88/1-a maddesinde, *“Düzenlemek ve denetlemekle görevli olduğu sektör veya alanla ilgili uluslararası ilke ve standartlarla uyumlu ikincil düzenlemeleri yapmak ve kararlar almak”* da sayılmaktadır. Üyesi bulunulan Basel Komitesi'nin ortaya koyduğu uluslararası ilke ve standartlara uyum için yayımlanan iyi uygulama rehberleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

İyi uygulama rehberlerine ilişkin özel bir düzenleme, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tarafından Yapılacak Denetime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'e⁵ 2014 yılında eklenen ve “iyi uygulama rehberleri” kenar başlığını taşıyan 7/A maddesidir. İnceleme konumuzu oluşturan Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber'de, Bankacılık Kanunu'nun 93. maddesi yanında adı geçen Yönetmeliğin 7/A maddesi de dayanak olarak gösterilmiştir (Rehber m. 3). Yönetmeliğin 7/A maddesinin birinci fıkrasında, *“Bankalardan beklenen iyi uygulamaları göstermek ve Kurum tarafından yapılan denetimde dikkate alınacak değerlendirme ölçütleri hakkında bankaları bilgilendirmek amacıyla Kurul tarafından iyi uygulama rehberleri yayımlanabilir.”* hükmüne yer verilmiştir.

⁴ RG. 01.11.2005, 25983.

⁵ RG. 22.07.2006, 26236.

İkinci fıkrada ise rehberlerdeki ilkelerin Kurum tarafından yapılacak denetimlerdeki önemi vurgulanmıştır: “İyi uygulama rehberlerindeki ilkeler, banka uygulamalarının etkinliğinin ve yeterliliğinin değerlendirilmesinde ölçüt olarak kullanılır ve denetim sırasında veya sonrasında denetim bulgularına ilişkin olarak Kurum tarafından yapılan değerlendirmelere ve alınan kararlara temel teşkil eder.”

İyi uygulama rehberleri, kanun ya da yönetmelik niteliği taşımayıp, Kurul tarafından alınan bir karara dayanmaktadır. Bununla birlikte yukarıda adı geçen Yönetmeliğin 7/A maddesinin ikinci fıkrasında, iyi uygulama rehberlerindeki ilkelerin banka uygulamalarının etkinliğinin ve yeterliliğinin değerlendirilmesinde ölçüt olarak kullanılacağı ve Kurum tarafından yapılan değerlendirmelere ve alınan kararlara temel teşkil edeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle iyi uygulama rehberlerinin bankalar tarafından titizlikle dikkate alınıp uygulandığı bilinmektedir. Çalışma konumuzu oluşturan Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber açısından da bankaların Rehber ile belirlenen ücretlendirme esaslarını takip eden ücret uygulamaları dikkat çekmektedir. Şöyle ki, Rehber’in 35. maddesinde, ücretlendirme politikaları ve uygulamaları ile ilgili olarak asgari bazı hususların bankalarca kamuya açıklanması gerektiği düzenlenmiş olup, birçok bankanın internet sitelerindeki ücretlendirme politikaları ile ilgili açıklamalarından Rehber’deki esasları takip ettiği anlaşılmaktadır. Yine banka çalışanlarına ilişkin yüksek mahkeme kararlarından da bankalarda Rehber’de belirlenen esasları gözetilen ücretlendirme politikalarının uygulandığı dolaylı olarak da olsa anlaşılmaktadır.

Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber ile bankalardaki ücretlendirme politikaları ve uygulamaları açısından etkin bir risk yönetimi anlayışının oluşturulması amaçlanmışsa da bu Rehber ile belirlenen ücretlendirme esaslarına uygun ücret anlaşmalarının özellikle iş hukukunun kendine özgü emredici yapısı ile bezenmiş somut düzenlemeleri ve bazı temel ilkeleri gereği sınırlanabileceğine dikkat edilmelidir. Bir diğer deyişle, bankalar, Rehber’e uygun hareket ederek BDDK denetimi açısından kendilerine güvenli bir alan yaratsalar bile, bu sefer de kendilerini iş hukuku kural ve ilkeleri ile ilgili uyuşmazlıklar içerisinde bulabilirler.

II. REHBER'İN KAPSAMI

Rehber'in konu bakımından uygulama alanını *bankalarda ücretlendirmeye yönelik esaslar* oluştururken, kişi bakımından uygulama alanını ise *banka çalışanları* oluşturmaktadır. Rehber'in kapsama ilişkin 2. maddesi şöyledir: “*İşbu rehber, banka çalışanlarının ücretlendirilmesine yönelik genel esaslar ile sadece özellikli çalışanların ücretlendirilmesine yönelik esasları içermektedir.*”. Rehber bir bütün olarak incelendiğinde, genel olarak “*özellikli çalışanlar*”a yönelik ücretlendirme esasları getirmektedir. İş hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerde, öğretide ya da Yargıtay kararlarında “*özellikli çalışan*” kavramına rastlanmasa da Rehber'in 4. maddesinde özellikli çalışan şöyle tanımlanmıştır: “*Bankanın risk profilinde önemli etkisi bulunan bir fonksiyon icra eden banka çalışanını ifade eder.*”. Ayrıca Rehber'in 6. maddesinde, özellikli çalışanların kimler olduğunu tespit etmenin bankanın sorumluluğunda olduğu düzenlenmiştir. Banka, bu tespiti, rehberdeki esasları dikkate alarak gerçekleştirir ve özellikli çalışanları nasıl tespit ettiğine yönelik ilgili doküman ve kanıtları Kurum denetimine hazır bulundurur (Rehber m. 6/1).

Rehber, her ne kadar ilgili bankada özellikli çalışanların kimler olduğunun tespitini bankaya bırakmışsa da özellikli çalışan kategorisine girenlere ilişkin bazı örnekler de vermiştir. Rehber'in 7. maddesinde, *banka yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yönetimi*, özellikli çalışan olarak kabul edilmiştir. Bankacılık Kanunu'nun 23. maddesinde, bankaların yönetim kurullarının genel müdür dahil beş kişiden az olamayacağı düzenlenmiştir. Bir diğer deyişle, genel müdür, Kanun gereği banka yönetim kurulunun doğal üyesidir. Banka üst düzey yönetimi ile kimlerin kastedildiğine gelince, Rehber'in tanımlar maddesinde üst düzey yönetim için Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik'in⁶ 3. maddesindeki üst düzey yönetim tanımına atıf yapılmıştır. İlgili Yönetmelik'te üst düzey yönetim, “*Banka genel müdür ve genel müdür yardımcıları, iç sistemler kapsamındaki birimlerin yöneticileri ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, danışmanlık birimleri dışındaki birimlerin, yetki ve görevleri*

⁶ RG. 11.07.2014, 29057.

itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda görev yapan yöneticileri ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

Rehber’in 7. maddesinde banka yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yönetimi özellikli çalışan olarak kabul edildikten sonra özellikli çalışana ilişkin genel tanıma burada tekrar yer verilmiş ve bankanın kendi değerlendirmesi sonucunda *banka risk profilinde önemli etkisi bulunan bir fonksiyon icra ettiği düşünülen diğer banka çalışanlarının* da özellikli çalışan olduğu vurgulanmıştır. Devamında ise, *yıllık kazandığı toplam ücretlendirme bakımından bu kişilere denk veya daha üst konumda olan banka çalışanlarının* da özellikli çalışan kategorisine girdiği kabul edilmiştir. Bir diğer deyişle yıllık kazandığı toplam ücretleri, bankanın risk profilinde önemli etkisi bulunan bir fonksiyon icra eden banka çalışanlarına denk olan veya daha üst konumda olan banka çalışanları, sadece ücret miktarları dikkate alınarak özellikli çalışan kabul edilmiştir.

Bankalar, Rehber’de tanımlanan özellikli çalışan kavramını ve özellikli çalışan olarak sayılanları dikkate alarak *yönetim kurulu üyeleri, genel müdür yardımcıları, grup başkanları, teftiş kurulu başkanı, iç kontrol daire başkanı, risk yönetimi daire başkanı, uyum daire başkanı* gibi görevleri icra edenleri özellikli çalışan olarak belirlemektedir⁷. Bu haliyle belirli bir bankadaki özellikli çalışan sayısının çok yüksek olması beklenmez. Bazı bankalar tarafından Rehber’in yayımlanmasından sonraki bir tarihte açıklanmış faaliyet raporlarından bu sayının 20-30 arasında olduğu görülmektedir⁸. Ayrıca Rehber’in 19.

⁷ Türkiye Halk Bankası A.Ş., “Ücretlendirme ve Özellikli Çalışan Politikaları” belgesinde bu yönde belirlemelerde bulunmuştur. Bkz. <<https://www.halkbank.com.tr/content/dam/halkbank/tr/dokumanlar/bankamiz/surdurulebilirlik/UcretlendirmeveOzellikliCalisanPolitikaları.pdf>> s.e.t. 25.02.2022.

⁸ Örneğin, Garanti BBVA 2020 faaliyet raporunda, 2020 yıl sonu itibarıyla Banka’da görev yapan özellikli çalışan sayısını 27 olarak açıklamıştır. Bkz. <<https://www.garantibbva.investorrelations.com/tr/entegre-faaliyet-raporu/>> s.e.t. 25.02.2022. Akbank ise 2020 faaliyet raporunda, bankada özellikli çalışan olarak 21 kişi bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. <https://www.akbankinvestorrelations.com/tr/images/pdf/faaliyet-raporlari/2020_akbank_faaliyet_raporu_.pdf> s.e.t. 25.02.2022. Yine ING de benzer şekilde, 2020 yıl sonu itibarıyla bankada görev yapan özellikli çalışan sayısını 21 olarak bildirmiştir. Bkz. <https://www.ing.com.tr/F/Documents/pdf/Yatirimci_iliskileri/Yillik_Faaliyet_Raporlari/2020/ING_FR20_TR_Final.pdf> s.e.t. 25.02.2022.

maddesinde icrai görevi olmayan özellikli çalışanlara sabit ücret ödeneceği öngörüldüğünden, yukarıda sayılan özellikli çalışanlardan bazıları, Rehber’de belirlenen ve temelinde değişken ücreti barındıran ücretlendirme esaslarının uygulama alanının dışında kalacaktır⁹.

Her ne kadar Rehber’in kapsama ilişkin 2. maddesinden, özellikli çalışanlar dışındaki banka çalışanlarının da bu Rehber’in kapsamında olduğu anlaşılabilir ise de bu kişilerin ücretlendirilmesine ilişkin esaslar, özellikli çalışanların aksine, ayrıntılı şekilde belirlenmemiştir. Bununla birlikte özellikli çalışanlar dışındaki banka çalışanlarının ücretlendirilmesinde, Rehber’in genel olarak bankaların ücretlendirme politikasını düzenleyen hükümleri doğrultusunda hareket etmesi gerekir. Rehber’in 9. maddesinde, bankanın, ücretlendirme politikasını oluştururken esas alacağı ilkeler genel olarak şu şekilde belirlenmiştir: *“a) Ücretlendirme politikası güçlü ve etkin bir risk yönetiminin sağlanmasına katkı yapmalı, münhasıran bankanın kısa vadeli karlılığı ile aşırı derecede ilişkilendirilmemeli ve bankanın taşıyabileceği risk düzeyini aşan risk alımını teşvik edici mahiyette olmamalıdır. b) Ücretlendirme politikası bankanın faaliyetlerinin kapsam ve büyüklüğüne, risk yönetim yapısına, stratejisi ile uzun vadeli finansal güç ve sermaye yeterliliğine uygun olacak ve çıkar çatışmalarını önleyecek şekilde oluşturulmalıdır.”* Bu ilkeler, Rehber’in aşağıda açıklanacak olan özellikli çalışanların ücretlendirilmesine ilişkin esasları kadar belirli ve somut değildir. Bununla birlikte, Rehber’in 9. maddesinde sayılan bankalardaki ücretlendirme politikasına ilişkin ilkelerin gereği olduğu üzere, ücretlendirmede güçlü ve etkin bir risk yönetiminin sağlanması, örneğin, salt sabit zamana göre ücretler ödenerek gerçekleştirilemeyecektir. Bu bağlamda değişken ücretler belirlenmesi esas her ne kadar Rehber’de özellikli çalışanların ücretlendirilmesine yönelik getirilmişse de bu ücretlendirme esasının özellikli çalışanlar dışındaki banka çalışanları için de uygulanması muhtemeldir. Kaldı ki uygulamada, Rehber anlamında özellikli çalışan olarak nitelendirilemeyecek bazı banka çalışanlarının ücretlerinin bir kısmının değişken ücret şeklinde ödendiği zaten

⁹ İcrai görevi olmayan özellikli çalışanlar hakkında bkz. IV, A, 1, dn.13.

bilinmektedir¹⁰. Yine banka çalışanlarının bu değişken ücretlerinin değerlendirilmesinde işletme sonuçlarının dikkate alındığına ve bunların uzun vadede ödendiğine rastlanmaktadır. Rehber’de özellikli çalışanların ücretlendirilmesine yönelik getirilen esasların temel olarak diğer banka çalışanlarının ücretlendirilmesinde de gözetilmesi, Rehber’in uygulama alanının kapsamını pratikte genişletmektedir¹¹.

¹⁰ Örneğin, ING 2020 faaliyet raporunda bu durum açıkça ifade edilmektedir: “ING’nin ücretlendirme yapısı sabit ve değişken ücretten oluşmaktadır. Yönetim Kurulu tarafından prim ödenmesi yönünde karar alınması halinde, performansa dayalı olarak ve çalışma dönemi esas alınarak belirlenen kriterler çerçevesinde değişken ücrete hak kazanılmaktadır. Çalışanların görev tanımları ve dağılımlarıyla ilgili kriterler ile performansa dayalı teşvik ödemeleri, üst düzey yönetim tarafından belirlenmekte ve duyurulmaktadır.” Bkz. <https://www.ing.com.tr/F/Documents/pdf/Yatirimci_iliskileri/Yillik_Faaliyet_Raporlari/2020/ING_FR20_TR_Final.pdf> s.e.t. 25.02.2022. Yine Vakıfbank da “Ücretlendirme Politikası”nda ücretlendirme ile ilgili temel ilke ve esaslardan olmak üzere “performansa dayalı prim ödemeleri”ne yer vermiştir. Buna göre performansa dayalı prim, “miktarı önceden garanti altına alınmayan, personelin mevcut performansının değerlendirilerek, bireysel gelişiminin sağlanarak, gelecek dönemdeki çalışmalarını teşvik etme ve Bankamızın kurumsal gelişiminin desteklenmesi amacıyla ödenmektedir. Performans kriterleri belirlenerek çalışanlara duyurulur; belirlenmiş kriterler düzenli olarak gözden geçirilir.” Bkz. <<https://www.vakifbank.com.tr/Default.aspx?pageID=2777>> s.e.t. 25.02.2022.

¹¹ İnceleme konumuzu oluşturan Rehber ile benzer özellikler gösteren bir düzenleme İsviçre’de mevcuttur. İsviçre Finans Piyasası Denetleme Kurumu (*Eidgenössische Finanzmarktaufsicht / Swiss Financial Market Supervisory Authority / FINMA*), kendisine bağlı finans kuruluşlarında ücret sistemlerinin düzenlenmesi ve uygulanmasına yönelik “Finans Kuruluşlarındaki Ücretlendirme Sistemlerine İlişkin Asgari Standartlar”ı (*Rundschreiben 2010/1: Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten*) yayımlamıştır. İnceleme konumuzu oluşturan Rehber’den farklı olarak İsviçre Finans Piyasası Denetleme Kurumu, söz konusu standartların uygulama alanını, sadece yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yöneticiler ile sınırlı tutmamış, ilgili finans kuruluşlarının tüm çalışanlarını açıkça kapsama dahil etmiştir. Bkz. Rundschreiben 2010/1, Rz. 10. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. **Hirsiger, René** (2011) Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis – Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern, Stämpfli Verlag, s.328.

III. REHBER'DE BELİRLENEN ÜCRETLENDİRME ESASLARI VE BU ESASLARIN İŞ HUKUKUNUN ÜCRETE İLİŞKİN KURALLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Rehber ile öngörülen ücretlendirme esaslarının başında değişken ücretlerin ödenmesi gelmektedir. Rehber ayrıntılı olarak incelendiğinde, değişken ücretlerin belirlenmesi yanında; bankanın riskleri dikkate alınarak ödenecek değişken ücretlerin bütçelenmesi, değişken ücret tutarının belirlenmesinde bireysel performans yanında bankanın nihai performansının da dikkate alınması, değişken ücretlerin ertelenerek uzun vadede ödenmesi, değişken ücretlerin ancak ödeme döneminde bankanın mali durumunun elverişli olması koşuluyla ödenmesi, değişken ücretlerin bir kısmının nakit dışı araçlarla ödenmesi, değişken ücretlerin belirli şartlar altında iptali ve geri alınması yönünde esaslar kabul edildiği anlaşılmaktadır. Aşağıda bu esaslara ilişkin Rehber'de yer verilen düzenlemeler ile bu düzenlemelerin özellikle iş hukukunun ücrete ilişkin kuralları karşısındaki durumu değerlendirilecektir.

Bankalar aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan ücretlendirme esaslarını uygularken, Rehber'in 5. maddesinde ifade edildiği üzere, ölçülülük ilkesi çerçevesinde hareket edebilir. Rehber'de ölçülülük ilkesi ile kastedilen, her bankanın ücretlendirmeye ilişkin gerekliliklere aynı ölçüde ve aynı şekilde uyum sağlamak durumunda olmamasıdır. Bazı bankaların¹², daha detaylı politika, süreç ve uygulamalar geliştirmesi gerekli iken, diğer bankalar ölçülülük ilkesini gözeterek kendi risk yapılarına ve stratejilerine uyduğu ölçüde bunları uygulamalıdır (Rehber m. 5).

¹² Daha detaylı politika, süreç ve uygulamalar geliştirmesi gereken bu bankalar Rehber'de "sistemik önemli banka" olarak ifade edilmektedir. Sistemik önemli banka sayılma koşulları "Sistemik Önemli Bankalar Hakkında Yönetmelik"te belirlenmişse de bu Yönetmelik'te esas alınan gösterge yaklaşımının burada ayrıntılı olarak açıklamak bu çalışmanın konu ve kapsamını aşar niteliktedir.

A. DEĞİŞKEN ÜCRETLER BELİRLENMESİ

1. Değişken Performansa Göre Ücret ve Türleri

Rehber'in ücretlendirme esasları incelendiğinde, bu esasların temelinde değişken ücretlerin belirlenmesi vardır. Nitekim aşağıda açıklanacak diğer esaslar, bu değişken ücret bileşenleri üzerinden formüle edilmiştir. Bu nedenle Rehber'in ücretlendirme esaslarının iş hukukunun ücrete ilişkin kuralları açısından değerlendirilebilmesi için öncelikle değişken ücretin anlamı ve sınırlarının belirlenmesi gerekir. Rehber'in tanımlar maddesinde (m. 4) değişken ücretlendirme, *“Bonus, prim vb. adlar altında performansa dayalı olarak yapılan ilave parasal veya parasal olmayan ödemeleri ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle, değişken ücret belirlenmesi, her şeyden önce performansa göre ücretler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bir diğer deyişle, Rehber, tümüyle (sabit) zamana göre ücret yerine, (değişken) performansa göre ücretin ödenmesini öngörmüştür¹³. O halde, öncelikle

¹³ İcrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyeleri ile ücretlendirme komitesi üyelerine ise çıkar çatışmalarının önüne geçmek amacıyla yalnızca sabit ücret ödenmesi öngörülmüştür (Rehber m. 19). Rehber, icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyesi için “Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik”in 3’üncü maddesindeki icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyesi tanımına atıf yapmıştır. Buna göre, icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyesi, *“Kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunmayan yönetim kurulu üyesini ifade eder.”* Aynı Yönetmelik’te icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim ise *“Doğrudan gelir getirici faaliyetlerin icra edildiği birim”* olarak tanımlanmıştır. O halde, Rehber’de değişken ücret değil, yalnızca sabit ücret ödenmesi öngörülen yönetim kurulu üyesi, kendisine bağlı doğrudan gelir getirici faaliyetlerin icra edildiği bir birim bulunmayan yönetim kurulu üyesidir. BDDK, Türkiye Bankalar Birliği’ne gönderdiği bir yazısında icracı olan ve olmayan birim ayırımında esas alınacak kriterleri şu şekilde açıklamıştır: *“Gerçekleştirdikleri fonksiyonların sonuçları itibarıyla bankanın kar ve zararı üzerinde doğrudan etkisi olan diğer bir deyişle gelir getirici faaliyetleri bulunan birimler icracı birimler olarak tanımlanmalıdır. Bu kapsamda kredilendirme sürecinin vazgeçilmez aşamaları olan kredi tahsis ve pazarlama birimleri gibi birimler de, icracı birimler tanımı içerisinde yer almalıdır.”* Yine aynı yazıda *“genel müdürün icranın başındaki kişi”* olduğu, bunun aksine *“iç denetim işlevinin sürdürülmesi ile görevli yönetim kurulu üyesi ile risk yönetiminden sorumlu yönetim kurulu üyesinin ise kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunmayan yönetim kurulu üyeleri olduğu ifade edilmiştir (Bkz. <<https://tkbb.org.tr/Documents/Mevzuat/Yururluktenkaldirilan/gy-ic-denetim-yaz.doc>> s.e.t. 02.03.2022)*. BDDK tarafından bu yazı her ne kadar şu an yürürlükte

(değişken) performansına göre ücretin, zamana göre ücretten ayırt edilerek açıklığa kavuşturulması gereklidir.

Zamana göre ücrette, çalışılan belirli bir zaman dilimi esas alınarak ücretin belirlenmesi söz konusudur¹⁴. Dolayısıyla işin sonucu dikkate alınmaz¹⁵. Zamana göre ücrette, belirlenen zaman biriminin geçmesiyle ücret meydana gelir ve artar; görülen işin niteliği veya niceliği, ücretin artmasına ya da azalmasına neden olmaz. Bu açıdan zamana göre ücrette yetersiz iş görmenin ücret miktarına etkisi yoktur. İşçi kararlaştırılan zaman biriminde kendi edimini ifa etmiş ise işverenin tek taraflı olarak ücreti indirmesi mümkün değildir. Ancak özen borcuna aykırılık söz konusu ise, bunun başta TBK m. 400 uyarınca sorumluluk olmak üzere hukuki sonuçları doğar¹⁶. Zamana göre ücretin görülen işin nitelik ya da niceliğinden bağımsız olmasından kaynaklanan olumsuzluklarından kaçınmak için ücret, işin nitelik ya da

olmayan “Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetimi Sistemleri Hakkında Yönetmelik” uygulaması ile ilgili olarak hazırlanmışsa da, Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik çerçevesinde de ilgili yazıda bildirilen görüşün geçerli olacağı yönünde bkz. <<https://www.procompliance.net/faq/27-bankalarda-kredi-tahsis-birimi-icraci-bir-birim-sayilmali-midir/>> s.e.t. 02.03.2022.

¹⁴ **Rehbinder, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz** (2010) Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag Art. 319–330b OR, Bern, Stämpfli Verlag, s. 248; **Streiff, Ullin/Kaenel, Adrian v./Rudolph, Roger** (2012) Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 7. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag, s. 274; **Centel, Tankut** (1988) İş Hukukunda Ücret, İstanbul, s.97; **Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, İstanbul, Beta, s. 363; **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca,ERCÜMENT** (2021) İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, İstanbul, Beta, s. 353; **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 634; **Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra** (2020) İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta, s.140; **Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2020) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.262; **Çil, Şahin** (2010) İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara, Turhan Kitabevi, s.286.

¹⁵ **Rehbinder/Stöckli**, s. 248; **Portmann, Wolfgang** (2011) Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, s. 1862; **Stahelin, Adrian** (2006) Zürcher Kommentar, Band V/2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319-330a OR, 4. Aufl., Schulthess Verlag, s. 161; **Streiff/von Kaenel/Rudolph**, s. 274; **Krause, Rüdiger** (2018a) “§60 Begriff, Grundlagen und Kontrolle des Arbeitsentgelts”: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Herausgegeben von), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, Rn.12.

¹⁶ **Stahelin**, s.161.

niceliğine bağlı hale getirilebilir¹⁷. Bu halde bir performansa ya da sonuca göre ücret söz konusudur. Bu ücret şekilleri kural olarak değişken nitelikte olup, ücrete hak kazanma ölçütü görülen işin niteliği ya da niceliğidir. Gerek İsviçre gerekse Alman hukuklarında zamana göre ücret kavramının karşısında “*Leistungslohn*” ve “*Erfolgslohn*” olmak üzere iki ayrı kavram kullanılmaktadır¹⁸. Bu adlandırma ücret ile performans ya da ücret ile elde edilen sonuç arasındaki nedensel bağlantıyı ortaya koyması bakımından yerinde ise de somut olayda performans ve sonuç arasında kavramsal olarak bir ayırım yapabilmek güçleşebileceğinden, *gerçek performansa göre ücret (echter Leistungslohn)* ve *gerçek olmayan performansa göre ücret (unechter Leistungslohn)* ayırımını benimsemek kanaatimizce daha uygundur¹⁹. Gerçek performansa göre ücret, doğrudan işçinin bireysel performansına bağlıdır; gerçek olmayan performansa göre ücret ise işyerinin veya işyerinin bir bölümünün elde ettiği sonuca ya da bir grup işçinin performansına bağlıdır. Dolayısıyla gerçek olmayan performansa göre ücrette işçinin bireysel performansına ek olarak başka faktörlerin de ücreti etkilemesi söz konusudur²⁰.

Rehber’in değişken ücretlendirme tanımında *bonus, prim vb. adlar altında performansa dayalı olarak yapılan ödemelerden* söz edildiğinden,

¹⁷ **Diepold, Markus** (2003) *Die Leistungsbezogene Vergütung*, Berlin, Duncker & Humblot, s.25.

¹⁸ **Rehbinder/Stöckli**, s.248 vd.; **Greiner, Stefan** (2015) “A70 Arbeitsentgelt”: Preis, Ulrich (Hrsg.), *Der Arbeitsvertrag Handbuch der Vertragsgestaltung*, 5. Aufl, Verlag Dr. Otto Schmidt, s.266; **Morf, Roger Peter** (2011), *Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Bern, Stämpfli Verlag, s. 160. Benzer yöndeki bir diğer sınıflandırma (*arbeitsabhängiges- / erfolgsabhängiges Entgelt*) için bkz. **Krause, Rüdiger** (2018b) “§64 Arbeitsabhängige Leistungsentgelte”: Kiel, Heinrich / Lunk, Stefan / Oetker, Hartmut (Herausgegeben von), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht*, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, Rn.2.

¹⁹ İsviçre hukukunda bu yönde bir ayırım için bkz. Hirsiger, s. 139. Bu ayırımı esas alan diğer yazarlar için bkz. **Portmann**, s.1862; **Portmann, Wolfgang/Stöckli, Jean-Fritz** (2013) *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 3. Aufl., Zürich, Dike Verlag, s. 71; **Streiff/von Kaenel/Rudolph**, s.274. Türk hukukunda verime göre ücret kavramı, çoğunlukla akort ücret yerine kullanılmaktadır. Bkz. **Centel**, s.102; **Uşan, M. Fatih** (2003) *İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.32; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.635; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s.142.

²⁰ **Portmann/Stöckli**, s.71; **Hirsiger**, s.139 vd.

Rehber anlamında bonus ve primin performansına göre ücret şekilleri olarak anlaşıldığı sonucuna varmak mümkündür. Bilindiği üzere ne primin ne de bonusun yasal bir tanımı mevcuttur. Yine Rehber’de de prim ya da bonus özel olarak tanımlanmış değildir. Bununla birlikte genellikle prim, işçinin niteliksel ya da niceliksel olarak işveren açısından tatmin edici bir performansı ya da başka özel bir performansı için ek bir ödeme olarak anlaşılmalıdır²¹. Bu niteliği itibarıyla özellikle akort ücrete benzetilebilirse de prim, işçinin performansının değerlendirilmesi ile ilgili daha fazla esneklik sunmaktadır²². Uygulamada da prim çok farklı şekillerde düzenlenmektedir²³. Prim türlerinde çokluk nedeniyle bunların tek tek incelenmesi mümkün olmayıp, primlere ilişkin şu şekilde genel bir gruplandırma yapmak yararlı olabilir: Performans primi (*Leistungsprämie*), sonuç primi (*Erfolgsprämie*), davranış primi (*Verhaltensprämie*) ve özel primler (*Sonderprämie*)²⁴.

Performans primleri, görülen iş ile doğrudan ya da dolaylı bir etkileşim içerebilir. Uygulamada sıklıkla rastlanıp performans primi olarak nitelendirilebilecek olan örneğin, miktar primlerinde (*Mengenprämie*) görülen iş ile ücret arasında doğrudan bir etkileşim varken; işçinin niteliksel özel bir performansını konu edinen kalite primlerinde (*Güteprämie*) dolaylı bir etkileşim söz konusudur²⁵. Bu bağlamda miktar primleri, gerçek performansa göre ücret; kalite primleri ise değerlendirilmesinde işçinin bireysel

²¹ **Stahelin**, s.162; **Rehbinder/Stöckli**, s.250; **Süzek**, s.365. Yargıtay’ın prime ilişkin kararlarında primin tanımı ve amacı şöyle ifade edilmektedir: “*Prim, işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödemeler şeklinde tanımlanabilir. Prim ödemesinden amaç, işçinin dava verimli bir şekilde çalışmaya özendirilmesidir.*” Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/2570, K: 2020/10697, T: 6.10.2020; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2018/6179, K: 2021/40, T: 11.1.2021, Lexpera, s.e.t. 10.02.2022.

²² Günümüzün dijitalleşen çalışma hayatının şartlarını karşılayamayan saf akort ücretin, prime dönüştüğü yönünde bkz. **Krause** (2018b), Rn.4.

²³ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Güneş, Volkan** (2021) İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Ankara, Lykeion Yayıncılık, s.58 vd.; **Kayık Aydınalp, Aslıhan** (2018) “İş Hukukunda Prim”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 36, s.58 vd.

²⁴ Bkz. **Albrecht, Kathrin** (2016) Prämien im Berufsfussball, Bern, Stämpfli Verlag, s.17 vd.

²⁵ Miktar primi ile kalite priminin, performans priminin türleri olarak sayan görüş için bkz. **Cramer, Conradin** (2007) Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern, Stämpfli Verlag, s.51.

performansının yanında işverenin belirli bir takdir yetkisi bulunduğundan gerçek olmayan performansa göre ücret olarak nitelenmelidir²⁶.

Primin sıklıkla rastlanan diğer bir türü, sonuç primleridir. Sonuç primleri, işyerine ait pozitif bir toplam iş sonucu için ödenir. Dolayısıyla sonuç primlerinde, performans primlerinde olduğu gibi işçinin performansı değil, toplam iş sonuçları göz önünde bulundurulur²⁷. İşin sonucundan pay almayı düzenleyen TBK m. 403'e uygun olarak kâr ya da ciro dışında "üretilen" den pay alma söz konusu olduğunda, bu ödemenin de prim olarak adlandırıldığı görülmektedir²⁸. TBK m. 403'te "üretilen" ile neyin kastedildiği belirlenmemişse de mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 322/a hükmünde kâr ve cironun yanında "diğer iş sonuçları"ndan (*sonstigen Geschäftsergebnis*) bahsedilmektedir ki, "üretilen" ile kastedilen de kâr ve ciro dışındaki diğer iş sonuçları olmalıdır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin düzenlemelerinin revizyonunu içeren tasarıya ilişkin Federal Hükümet Açıklamasında malzeme maliyetleri, ücretler ya da diğer harcama kalemleri için hesaplanmış giderler ile bir hesaplama dönemi içerisindeki yapılmış giderler arasındaki tasarrufa bağlı olarak yapılan ödeme, diğer iş sonuçlarına örnek olarak verilmiştir²⁹. Bu bağlamda öğretide de işin sonucundan pay almanın dayanağı olan kâr ve ciro dışındaki sonuç faktörlerini belirlemede tarafların önemli bir özgürlüğe sahip olduğu ve bu sonuç faktörlerinin çok farklı biçimlerde düzenlenebileceği kabul edilmektedir³⁰. Böylece genel olarak işçinin bir dereceye kadar etki edebildiği işyerinin geneline ya da bir birimine ait toplu bir performans göz önünde bulundurularak da prim belirlenmiş olabilir. O halde sonuç primleri, gerçek olmayan performansa göre ücret şekli olarak işin sonucundan pay almanın özel bir türüdür³¹.

²⁶ Hirsiger, s.178-179.

²⁷ Albrecht, s.17.

²⁸ Rehbinder/Stöckli, s.263; Portmann, s.1865; Streiff/von Kaenel/Rudolph, s.318; Staehelin, s.186; Cramer, s.37; Morf, s.219.

²⁹ Bundesblatt, 1967, C. II, s.316.

³⁰ Staehelin, s.186; Streiff/von Kaenel/Rudolph, s.313; Morf, s.206.

³¹ Albrecht, s.17. İnşaat projelerinden elde edilecek kârın %3'ünün prim olarak işçiye verileceğinin kararlaştırılmış olduğu bir sözleşmeye dayalı olarak açılan davada Yargıtay, sözleşmede kararlaştırılan primin "kârdan pay alma (işin sonucundan pay alma)" olarak

Davranış primleri ise işçinin performansına değil, genel bir davranış biçimine bağlanan primlerdir. Örneğin, belirli bir süre içerisinde hiç devamsızlığı bulunmayan ya da sadece az sayıda devamsızlığı bulunan işçilere ödenen devamlılık primi (*Anwesenheitsprämie*), bir davranış primidir³². Uygulamada buraya kadar açıklanan prim türlerine girmeyen ve belirli sebeplere bağlı olarak ödenen primlerle de sıkça karşılaşılmaktadır. Diğerlerinden ayırt etmek için bu tür primler, özel primler olarak adlandırılmaktadır. Bu grup primlerde primin ödenmesi için işçinin özel bir performansı ya da bir davranış biçimi gerekmediği gibi, işyerine ilişkin bir iş sonucuna bağlılık da söz konusu değildir; ilgili sebebin gerçekleşmesi tek başına yeterlidir. Örneğin, sadece işçinin iş ilişkisinin uzun süreli olması dolayısıyla ödenen “sadakat primi”ni (*Treueprämie*) bu kapsamda değerlendirmek mümkündür³³. İlgili ödeme bu haliyle taraflarca prim olarak adlandırılrsa da kural olarak geniş anlamda ücrete dahil bir ikramiye niteliğindedir³⁴.

Bonusa ilişkin bir tanım ise, İsviçre öğretisinde *Cramer*’in iş sözleşmesinde bonusu incelediği eserinde ifade ettiği üzere, tarafların anlaşmasına göre ödenmesi ya da miktarı işverenin serbest iradesinde olan ya da sınırlandırılmış takdir yetkisinde bulunan veyahut kararlaştırılmış şartların meydana gelmesi ile borçlanılan ve işçinin sabit ücretine eklenen bir ödeme şeklinde verilebilir³⁵. Ancak bonusa ilişkin anlaşmalardaki özensizlik, çelişki ya da eksiklikler buna uygulanacak kuralların belirlenmesini oldukça güçleştirmektedir. Bu bağlamda, bonusun ücret sistemi içerisinde “problem çocuk” olarak nitelendirildiği de görülmektedir³⁶. Bonusun bir performansa

nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/17867, K: 2016/22085, T: 13.12.2016, Lexpera, s.e.t. 10.02.2022. Kararı bu yönden isabetli bulan değerlendirme için bkz. **Baycık, Gaye** (2018) “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”: Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul, s 207.

³² **Albrecht**, s.17.

³³ **Albrecht**, s.17.

³⁴ **Albrecht**, s.17.

³⁵ **Cramer**, s.6.

³⁶ Bkz. **Rudolph, Roger** (2011) “Fokus Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen im Bonusrecht”, TREX, S: 2/2011, s.92 vd.

göre ücret ya da ikramiye niteliğinde olup olmadığı belirlenirken somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Her ne kadar bonusun bir Amerikan deyiimi olup, çoğu kez ikramiye yerine kullanıldığı belirtilmekte ise de³⁷ bonusun bütünüyle ikramiye ile eşit tutulması, uygulamada bonusa ilişkin çok farklı sözleşmesel düzenlemeler göz önüne alınarak reddedilmelidir³⁸. Zira kural olarak sözleşme özgürlüğünün egemen olduğu bir alan söz konusudur. Dolayısıyla bonusun ücret grupları içerisindeki yeri ya da bir ikramiye teşkil edip etmediği belirlenirken taraflar arasındaki bonusa ilişkin anlaşma tüm yönleriyle incelenmelidir³⁹. Bu bağlamda taraflarca bonus olarak adlandırılan ödeme; bir ikramiye, kanunda düzenlenmiş olan bir sonuç ya da performans ücreti, kanunda düzenlenmemiş olan bir performans primi ya da vadesi ertelenmiş zamana göre ücret olarak nitelendirilebilir⁴⁰.

Rehber'in bankacılık sektöründeki ücretlendirme esaslarını düzenlediği gözetildiğinde, bankacılık sektöründe çalışanlar yönünden uygulamada rastlanan hedefe bağlı ücretlerin burada özel olarak incelenmesinde fayda vardır. Belirlenen hedeflere ulaşılması halinde hak kazanılacak ücret, farklı kavramlarla ifade edilebilmektedir. Örneğin, “hedef anlaşması ücreti”, “hedefe ulaşma primi”, “hedef primi”, “hedefe ulaşma bonusu”, “hedef bonus” bunlar arasında sayılabilir⁴¹. Kanaatimizce hedefe bağlı ücreti, Alman hukukunda da genel olarak ifade edildiği şekli ile, “hedef bonus” (*Zielbonus*) olarak adlandırmak daha uygundur. Zira hedef bonus kavramının kullanılması, hedef anlaşmalarının anlamı, gelişimi, amaç ve fonksiyonları dikkate alındığında, hedefe bağlı ücretin klasik bir prim ücret sisteminden ayırt edilmesini sağlar⁴². Şöyle ki, hedef anlaşması sistemleri, prim ücret sistemlerinin aksine performans değerlendirme kriterlerinin bireysel olarak belirlenmesini öngördüğünden, işçinin bireysel performansının yönetilmesi bakımından çok daha kapsamlı bir fırsat sunar. Performans kriterleri sisteme dahil olan tüm işçiler için önceden

³⁷ Portmann, s.1869; Staehelin, s.207.

³⁸ Cramer, s.18 vd.

³⁹ Streiff/von Kaenel/Rudolph, s.331; Portmann, s.1869.

⁴⁰ Cramer, s.32 vd.

⁴¹ Hedefe ulaşılmasına bağlanan ücret bakımından kullanılan bu farklı terimler için bkz. Pelzer, Sebastian (2008) Arbeitsrechtliche Zielvereinbarungen, Hamburg, Verlag, Dr. Kovac, s.104.

⁴² Güneş, s.25, 70-71.

belirli ve pazarlık edilemez değildir. Bununla birlikte performans kriterleri her hedef dönemi için tekrar ayrıca belirlendiğinden, hedef anlaşmalarında sürekli bir uyarılma imkânı da söz konusudur⁴³.

Bonus olarak adlandırılan bir ödeme her ne kadar ikramiye teşkil edebilirse de hedef bonus için bundan ayrılmak gerekir. Zira hedef bonus ödenmesi ile ikramiye ödenmesinde güdülen amaçların örtüştüğünden söz etmek kolay değildir. Hedeflere ulaşılmasına bağlı olarak yapılan ödeme, ikramiyede olduğu gibi işyeri sadakatini ödüllendirmekten çok, görülen işin karşılığını oluşturmaktadır. Doğrudan ve yalnızca işçinin kendi performansına ilişkin hedefler (güçlü hedefler / *harte Ziele*) yanında modern çalışma dünyasında giderek önem kazanan kalite bilinci, çok yönlülük, problem çözme becerileri, iş birliği ve takım ruhu gibi hedeflerin (zayıf hedefler / *weiche Ziele*)⁴⁴ belirlenmiş olması da farklı bir sonucu gerektirmemelidir. Bu tür hedeflerin belirlenmesi, hedefe ulaşıp ulaşılmadığının tespitinde subjektif bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden gerçek olmayan performans ücreti alanına girilmesine neden olur⁴⁵. Nitekim Rehber'de de kural olarak zayıf hedef niteliğindeki *stratejik hedeflere ulaşılması, müşteri memnuniyetinin sağlanması, risk yönetim politikasına uyulması, liderlik, yönetim, takım çalışması ve motivasyon gibi özelliklere sahip olunması, diğer birimler ve denetim birimleri ile koordineli çalışılması* gibi kriterlerin çalışanın bireysel performansına ilişkin diğer kriterlerle birlikte değişken performansa göre ücretin tutarı belirlenirken dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir (Rehber m. 23). Bu halde dahi hedefe ulaşılmasına bağlı olarak hak kazanılacak ücret ile ikramiye ödenmesinde güdülen amaçların örtüştüğünden söz edilemez. Ancak unutulmamalıdır ki, ilgili ödemenin buradaki anlamı ile bir hedef bonus teşkil edip etmediği belirlenirken, taraflarca nasıl adlandırıldığından ziyade taraflar arasındaki anlaşmanın özellikleri belirleyicidir.

⁴³ **Heiden, Ralph** (2007) Entgeltrelevante Zielvereinbarungen aus arbeitsrechtlicher Sicht, Köln, Nomos, s.52.

⁴⁴ Güçlü ve zayıf hedeflere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Güneş**, s.67 vd.

⁴⁵ **Güneş**, s.69-70.

2. Performansa Göre Ücret Şekillerinin Hukuki Niteliği

Performansa göre ücret şekillerinin hukuki niteliği ile bunların dar anlamda ücret niteliğinde olup olmadığı kastedilmektedir. Özellikle prim ve bonus adı altında yapılan ödemeler sıklıkla ücret eki olarak nitelendirilmekte ve geniş anlamda ücrete dahil sayılmaktadır. Oysaki gerçek ya da gerçek olmayan performansa göre ücret şekilleri, ikramiye gibi doğrudan geniş anlamda ücrete dahil edilemez⁴⁶. Şöyle ki, dar anlamda ücrete amaç, yalnızca görülen işin karşılığının verilmesidir. Yalnızca görülmüş olan işin karşılığı olmadığına ise ücret, kanundaki anlamda sinalagmada bulunmaz ve geniş anlamda ücret alanına dahil sayılır⁴⁷. Bu anlamda en yaygın olarak işletmeye bağlılığın ya da geçmiş ya da gelecekteki işyeri sadakatının (*Betriebstreue*) ödüllendirilmesine yönelik ücretlerin ödendiği görülür. Ne var ki, bu sadakat ya da bağlılığa ilişkin süreç her zaman yapılan işle de bağlantılıdır. Bu nedenle işveren sadece işletme sadakatını ya da işletmeye bağlılığı ödüllendirmek istiyorsa, bunu açık bir şekilde belirtmelidir⁴⁸. İkramiyenin her ne kadar geniş anlamda ücrete dahil bir ödeme olduğu hususunda tartışma yoksa da⁴⁹, somut

⁴⁶ İşçinin iş görme ediminin karşılığı olarak ödenen ücret eklerinin de olabileceği yönünde bkz. **Alp, Mustafa** (2009) “İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri”, Legal İHSGHD, S: 21, s.22.

⁴⁷ **Diepold**, s.37.

⁴⁸ **Diepold**, s.37.

⁴⁹ **Süzek**, s.366; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.358-359; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 626 vd.; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s.143; **Centel**, s.121; **Kabakçı, Mahmut** (2012) “Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen İkramiyenin İş Şartı Niteliği”, Sicil, S: 27, s.110; **Kabakçı, Mahmut** (2016) “İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeleri”: Centel, Tankut (Editör), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.227; **Doğan, Sevil** (2020) “İş Hukukunda İşyeri Uygulaması Olarak İkramiye”, Legal İHSGHD, S: 67, s.1015; **Çil**, s.307. Yargıtay, ikramiyenin ücret eki olduğuna İş Kanunu'nun 32. maddesinin yorumu yoluyla ulaşmaktadır: “4857 Sayılı İş Kanunu'nun 32'nci maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörülmüş olup, bu hâli ile ikramiyenin, ücretin eki olarak İş Kanunu'nda düzenlendiği görülmektedir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2019/192, K: 2019/487, T: 18.4.2019, Lexpera, s.e.t. 10.02.2022. Aynı yönde

olayda ikramiyenin asıl ücretin bir parçasını oluşturan performansa göre ücret şekillerinden ayrılması her zaman kolay değildir. İkramiyede genel olarak, işçinin hâlihazırda gördüğü iş için özel olarak ödüllendirilmesi ve gelecek çalışmaları için özendirilmesi amacı vardır⁵⁰. İkramiyenin takdir ve teşvik işlevlerini barındıran ikili yapısı, ilgili ödemenin hukuki niteliğinin belirlenmesindeki zorlukların kaynağını oluşturmaktadır⁵¹. Performansa göre ücretin de teşvik işlevine sahip olması⁵², ikramiye ile arasındaki sınırın nasıl belirleneceği sorusunu beraberinde getirir. İkramiye ödenmesinde birden fazla amacın bir arada güdülebilmesi ile performans ya da sonuç kriterlerinin hem ikramiye hem de ücret bakımından kullanılabilmesi⁵³ karşısında, Kanunda ikramiye için açıkça öngörülen harekete geçirici unsurlar (bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler) ya da benzerleri mevcut değilse, ilgili ödemenin dar anlamda ücret alanına dahil sayılmaması için işletme sadakatini ya da işletmeye bağlılığı ödüllendirmek için gerçekleştirildiğinin belirtilmesinde fayda vardır⁵⁴. Rehber'in *bonus, prim vb. adlar altında performansa dayalı*

bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2017/9089, K: 2019/6804, T: 26.3.2019; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2016/3332, K: 2019/316, T: 9.1.2019, Lexpera, s.e.t. 10.02.2022.

⁵⁰ **Portmann/Stöckli**, s.80.

⁵¹ **Geiser, Thomas** (2009) "Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse (Boni)", recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Vol: 27, N: 4, s.117. İkramiyenin teşvik fonksiyonunun bulunmadığı ya da minimal derecede bulunduğu yönünde bkz. **Senti, Christoph** (2011), "Leistungslohn oder Gratifikation, Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes", Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV), Heft: 1, s.3. Federal Hükümet Açıklamasında, ikramiyenin gelecek çalışmalar için bir teşvik fonksiyonun da bulunduğu açıkça belirtildiği hatırlanmalıdır. Bkz. Bundesblatt, 1967, C: II, s. 319. Alman Federal İş Mahkemesi de ilk olarak 1978 yılında olmak üzere, ikramiyenin sadece tek bir amaç güdebileceği gibi birden çok amacı birlikte de güdebileceğine karar vermiştir. Bkz. BAG Urteil vom 27.10.1978, AP Nr. 99.

⁵² **Senti** (2011), Diskussion, s.3.

⁵³ **Rehbinder/Stöckli**, s.283.

⁵⁴ Nitekim ikramiye olarak da nitelendirilebileceği kabul edilen "13. Monatslohn" yani "13. ay ücreti" olarak adlandırılan ve işçiyeye her yıl için kural olarak bir aylık ücretine denk gelen miktarda yapılması kararlaştırılan ödemeler, işletme sadakatini ya da işletmeye bağlılığı ödüllendirmeyi amaçladığına ilişkin bir belirti içermiyorsa görülen işin karşılığı olarak ödenmesinin amaçlandığı kabul edilerek dar anlamda ücret alanına dahil sayılmaktadır. Bkz. **Diepold**, s.47-48. Alman hukukunda 13. ay ücretini, bir ücret parçası olarak nitelendiren görüşler için bkz. **Linck, Rüdiger** (2019) "§78 Sondervergütungen und Bonuszahlungen":

olarak yapılan ilave ödemeler olarak ele aldığı değişken performansla göre ücretler de bunların yukarıda açıklanan esasları ve düzenleniş biçimleri dikkate alındığında, dar anlamda ya da geniş anlamda ücret oluşturabilir.

Performansa göre ücretin dar anlamda ücret olup olmadığı ile bir sabit ücret olmaksızın tek başına kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı farklı meselelerdir. Özellikle işçinin bireysel performansına ek olarak başka faktörlerin de ücreti etkilediği gerçek olmayan performansla göre ücretler kararlaştırmak, ücret anlaşmasının *ex ante* değerlendirilmesi açısından sorunludur. Zira ücret anlaşması *ex ante* yani başlangıçta hukuka uygun, yeterli bir ücret miktarı sunmalıdır. Performansa göre ücretlerde başlangıçta işçinin kendi edim vaadine karşılık elde ettiği *kazanç şansının* tek başına parasal bir değere sahip olduğu kabul edilebilir. Ne var ki, gerçek olmayan performansla göre ücrette işçi tarafından tek başına etki edilemeyen unsurlar söz konusu olduğundan, bu ücrete ilişkin kazanç şansının başlangıçta hukuka uygun, yeterli bir ücret miktarının bulunup bulunmadığı değerlendirilirken dikkate alınması mümkün değildir. Bu yaklaşımın temelinde işletme rizikosu ve ekonomik riskin işverene ait olması kuralı yatar. Her ne kadar işçinin işletme rizikosu ve ekonomik riske katılımı mümkün ise de işçiye yeterli hareket ve etki etme imkânı sunulmadan ücret üzerinden riskler yüklenmesi, değişken ücrete ilişkin kazanç şansının başlangıçta göz ardı edilmesini zorunlu kılar. Ancak Rehber açısından böyle sorunlarla karşılaşılması pek olası değildir. Zira Rehber'in 27. maddesinde yüksek bir sabit ücret ödenmesi gerekliliği açıkça belirlenmiştir: *“Özellikli çalışana yapılan toplam ücretlendirmelerin sabit ve değişken bileşenlerinin oranı dengeli olmalı; sabit bileşenin toplam ücretlendirme içindeki payı, değişken bileşenin gerekirse hiç ödenmemesi esnekliğini içerecek kadar yüksek olmalıdır.”* Bu hüküm dikkate alındığında Rehber çerçevesinde,

Schaub, Günter (Begründet von), Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 18. neu bearbeitete Aufl., München, Verlag C.H. Beck, Rn.3; **Preis, Ulrich** (2015) “S40 Sonderzahlungen”: Preis, Ulrich (Herausgegeben von), Der Arbeitsvertrag Handbuch der Vertragsgestaltung, 5. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, s. 1217. İsviçre hukukunda 13. ay ücretini, vadesi ertelenmiş zamana göre ücret olarak niteleyip bir ücret parçası olarak kabul eden görüş için bkz. **Senti, Christoph** (2002) “Die Abgrenzung Zwischen Leistungslohn und Gratifikation”, AJP, S: 2002/6, s. 670. Aynı yönde bkz. **Hirsiger**, s.137.

performansa göre ücretler hesaba katılmadığında dahi, çalışana ödenecek sabit ücretin asgari ücreti aşmasının ve ayrıca ücret ile görülen iş arasında (yani edimler arasında) aşırı bir oransızlık meydana gelmemesinin⁵⁵ arandığının kabulü gerekir. Böylece Rehber'in 27. maddesini esas alan bir ücret anlaşmasının bu yönüyle ne borçlar hukukunun genel hükümleri ne de iş hukukuna ilişkin düzenlemeler ya da ilkeler uyarınca sınırlanması mümkündür.

B. DEĞİŞKEN ÜCRETLERİN BÜTÇELENDİRİLMESİ VE DEĞİŞKEN ÜCRETLER DÜZENLENİRKEN BANKANIN NİHAİ PERFORMANSININ DİKKATE ALINMASI

Rehber'in 22. maddesinde, *“Toplam değişken ücretlendirmeler, bankanın sermayesini güçlendirme kapasitesini sınırlandırmamalıdır. Banka, ücretlendirmenin değişken bileşenine yönelik bütçesinden kaynak tahsisinde mevcut ve potansiyel ilgili tüm riskleri dikkate almalıdır.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin gereği niteliğindeki bir risk yönetimi, değişken ücretlerin toplam tutarının önceden bütçelenmesi yoluyla gerçekleştirilebilir. Rehber, değişken ücretlere ilişkin bütçe oluşturulurken bankanın risklerinin dikkate alınmasını öngördüğünden, bütçenin belirlenmesine yönelik kriterler genel olarak bankanın uzun vadeli iş sonuçları ile bağlantılı olacaktır.

Rehber, değişken ücretlerin esnekleştirilmesi yönünden ikinci bir ücretlendirme esası olarak çalışanın değişken ücreti düzenlenirken bunun tutarının hesaplanmasında bankanın nihai performansının da dikkate alınmasını öngörmüştür. Rehber'in 23. maddesinde, özellikle çalışana uygulanan değişken ücretlendirme tutarının, özellikle çalışanın bireysel performansı ile bağlı olduğu birimin performansı ve bankanın nihai performansının kombinasyonu olacak şekilde belirlenmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla bankanın uzun vadeli iş sonuçları, hem çalışanlara ödenecek toplam değişken ücret bütçelenirken hem de bireysel değişken ücret tutarı hesaplanırken dikkate alınacaktır.

⁵⁵ Edimler arasında aşırı oransızlığın, ücret anlaşmasının bir sınırını oluşturabileceği yönünde açıklamalar için bkz. Güneş, s. 83 vd.

Çalışanın bireysel performansı ile bankanın nihai performansı arasında bir bağlantı kurulması, değişken ücretlerin önceden bütçelenmesinde olduğu gibi, etkin bir risk yönetimi anlamında banka açısından son derece uygun görülebilir. Bununla birlikte değişken ücretleri esnekleştiren her iki aracın iş hukuku açısından sınırlanabilir olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. İlk olarak, bir bütçe belirlenmesi ya da işletme sonuçları ile bir bağlantı kurulmasının performansa göre ücreti işçi açısından şüpheli bir duruma getirebileceğine dikkat edilmelidir. Zira bankanın uzun vadeli iş sonuçları ile bir bağlantı, çalışan için başlangıçtaki bir bilinmeyen niteliğindedir. Böylece işletme rizikosu ve ekonomik riskin işçiye devredildiğinden söz edilebilir. İşletme rizikosu ve ekonomik risk ücret üzerinden etki edilemez biçimde işçiye devredildiğinde, yukarıda da açıklandığı üzere⁵⁶, performansa göre ücret parçasına ilişkin kazanç şansı göz ardı edilmelidir. Bunun sonucu olarak ücret anlaşmasının asgari ücret ile ya da edimler arasında aşırı oransızlık temelinde sınırlanması gündeme gelebilir. Ancak Rehber'in 27. maddesi uyarınca asgari ücreti aşan ve edimler arasında aşırı oransızlık meydana getirmeyen tutarda bir sabit ücretin belirlenmesi öngörüldüğünden, buna uygun ücret anlaşmaları burada sözü edilen sınırlara aykırılık teşkil etmez. Sonuç olarak, Rehber uyarınca yüksek sabit ücret yanında değişken ücretlerin yukarıda açıklanan biçimlerde esnekleştirilmesinin öngörülmesi, iş hukuku ya da sözleşmeler hukukunun genel hükümleri açısından kural olarak sorunsuz değerlendirilmelidir.

C. DEĞİŞKEN ÜCRETLERİN ERTELENEREK UZUN VADEDE ÖDENMESİ

Rehber'in 28. maddesinde “Özellikli çalışanın değişken ücretlendirmesinin en az %40'lık kısmı, erteleme periyodunun üç yıldan az olmaması şartıyla, işin niteliği, riskleri ve özellikli çalışanın faaliyetiyle uyumlu olacak şekilde periyodlara yayılarak ödenmelidir.” hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte aynı maddeye ilişkin dipnotta da şu açıklama mevcuttur: “Banka tarafından erteleme periyodunun 3 yıl olarak belirlendiği varsayımında,

⁵⁶ Bkz. IV, A, 2.

ertelenmiş kısmın tamamı 3 üncü yılın sonunda ödenebileceği gibi, 3 yıllık taksitler halinde her yıl belli bir tutarın ödenmesi de mümkündür.” Rehber’deki bu hüküm ve açıklamanın iş hukuku yönünden geçerliliği incelenirken en başta ücret borcunun ifa zamanına ilişkin yasal düzenlemeler ve ilkeler dikkate alınmalıdır.

İfa zamanı genel olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵⁷ (TBK) m. 90’da şöyle düzenlenmiştir: *“İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.*” O halde, TBK m. 90 uyarınca kural, borcun derhal muaccel olmasıdır⁵⁸. Bununla birlikte İş Kanunu⁵⁹ m. 32/5 ve TBK m. 406/1’de iş sözleşmeleri açısından ücretin en geç ayda bir ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Performansa göre ücretlerde, genel olarak performans döneminin bir aydan uzun bir süre olarak belirlenmesi ve performansın ölçülmesi için gerekli süreler dikkate alındığında, ücretin ödenmesine ilişkin İş Kanunu m. 32/5 ve TBK m. 406/1 hükümlerinin ihlal edilip edilmediği sorusu akla gelir. Bu soruya cevap aranırken öncelikle ücretin en geç ayda bir ödeneceğine ilişkin kuralın asıl olarak sabit ve zamana göre hesaplanan ücretleri esas aldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte performansa göre ücretlerde, ücretin belirli bir performansın veya sonucun gerçekleşmesi koşuluna bağlı olduğuna dikkat edilmelidir. Koşul, örneğin bir yıl olarak belirlenmiş bir performans dönemi henüz sona ermeden gerçekleştiğinde, performansa göre ücretin de bu anda muaccel olması gerekli ise de bu tür ücretler açısından koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin performans döneminin sonunda belirlenmesi hususunda taraflar arasında (zımni) bir anlaşma söz konusudur. Bu bağlamda koşulun ancak performans döneminin sonundaki değerlendirme neticesinde gerçekleşmesi mümkün olup, performansa göre ücretin muacceliyeti de bu değerlendirmenin yapılması ile meydana gelebilir. Bir diğer deyişle,

⁵⁷ RG. 04.02.2011, 27836.

⁵⁸ Bkz. **Bilgin Yüce, Melek** (2019) “TBK m. 90 – İfa Zamanı”: Öz, M. Turgut / Acar, Faruk / Gökyayla, Emre / Develioğlu, H. Murat (Editörler), İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu, C: 2-3, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.764 vd.; **Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 1064; **Nomer, Haluk Nami** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, İstanbul, Beta, s.347.

⁵⁹ RG. 10.06.2003, 25134.

performansa göre ücretin ancak performans döneminin sonunda ve ilgili performans veya sonucun gerçekleşmesinin belirlenmesi anında muaccel olacağından söz edilebilir⁶⁰. İlgili performans ya da sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından işverene belirli bir süre tanınması gerekli olup, bu sürenin uzunluğunun belirlenmesinde dürüstlük kuralı esas alınmalıdır. Bu noktada TBK m. 406/3 hükmünden yararlanmak düşünülebilir. TBK m. 406/3 hükmü uyarınca, cirodan veya kârdan pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde payın hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesi gerekir. Rehber, değişken ücretin çalışanın bireysel performansı ile bankanın nihai performansının kombinasyonu olacak şekilde belirlenmesini öngördüğünden, Rehber’de öngörülen bu değişken ücretler açısından TBK m. 406/3 hükmünün kıyasen uygulanması kural olarak mümkündür.

Sonuç olarak, performansa göre ücretler yönünden performans döneminin bir ayı aşan bir süre (örneğin 1 yıl) olarak belirlenmesi ve ilgili performans ya da sonuca ulaşıp ulaşılmadığının tespitinin bir süreyi gerektirmesi, İş Kanunu m. 32/5 ve TBK m. 406/1 hükümleri ile sınırlanamaz. Bununla birlikte performans döneminin sonunda değişken ücretin muacceliyet zamanı üç aydan fazla ertelenememelidir. Böylece Rehber’de üç yıla kadar uzayabileceği öngörülen erteleme süresinin oldukça uzun olduğu ve TBK m. 406/3 hükmü ile bunun temelinde yatan dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır.

D. DEĞİŞKEN ÜCRETLERİN BİR KISMININ NAKİT DIŞI ARAÇLARLA ÖDENMESİ

Değişken ücretin bir kısmının nakit dışı araçlarla ödenmesini öngören Rehber’in 29. maddesi şöyledir: “*Nakit, hisse senedi ve/veya diğer nakit dışı araçların toplam değişken ücretlendirmedeki payı, ilgili özellikli çalışanın bankadaki pozisyonu ile rolünü dikkate almalı ve bankanın risk yapısıyla tutarlı olmalıdır. Özellikli çalışanların ücretlendirmesinin değişken bileşeninin en az %50’sinin ... nakit dışı araçlarla yapılması gerekmektedir.*”. Burada belirtilen

⁶⁰ Hedefe bağlı ücretin muacceliyeti açısından aynı yönde bkz. **Hirsiger**, s.70-71.

oranın değişken ücretin hem ertelenen hem de ertelenmeyen kısmı için geçerli olduğu, Rehber’de yer verilen bir hesaplama örneğinden açıkça anlaşılmaktadır: “Örneğin, erteleme oranının %60 olarak bankaca kabul edildiği bir durumda, 100 TL’lik değişken ücretlendirmenin 40 TL’si ödenmeli ve 60 TL’si ertelenmelidir. Bu durumda, peşin ödenen tutarın en az 20 TL’si ile ertelenen tutarın en az 30 TL’si nakit dışı araçlarla yapılmalıdır.”. Rehber’in 30. maddesinde ise değişken ücretlerin nakit dışı araçlarla ödenmesine ilişkin ücretlendirme esasını tamamlar nitelikte bu araçlar için zorunlu bir elde tutma süresinin belirlenmesi de aranmıştır: “Banka, özellikli çalışanlarına sağladığı teşvikin bankanın uzun dönemli çıkarları ile uyumlu olmasını sağlamak amacıyla söz konusu araçların özellikli çalışanlarca elden çıkarılmaması için uygun bir zorunlu elde tutma süresi belirlemeli ve bu süre boyunca bu araçların elde tutulmasını temin etmelidir.”.

Değişken ücretin nakit dışı araçlarla ödenmesinin mümkün olup olmadığı incelenirken iş hukukunun ücretin ödenme şekline ilişkin kurallarından hareket edilmelidir. Bu kuralların incelenmesinden önce ise nakit dışı araçlar ile neyin kastedildiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Genel olarak nakit dışı araçlarla ödeme, yani aynen ödeme, parasal değeri olan bir menfaat oluşturmaya rağmen para ile (nakit olarak) yapılmayan her çeşit ödemeyi kapsar. Aynen ödeme genel olarak işçiye kalacak yer, özel kullanımı için araç, gıda ve giyecek sağlanması şeklinde olmakla birlikte⁶¹ pay devirleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁶². Nitekim Rehber’de de bu nakit dışı araçların başında “Banka tarafından ihraç edilmiş hisse senetleri öncelikli olmak üzere, hisse senedine dayalı finansal araçlar veya benzeri nakit dışı araçlar” sayılmıştır (Rehber m. 29/1-a). Kanun koyucu işçilere işletmenin kâr ya da cirosundan pay verilerek iş sonuçlarına katılma imkânını (TBK m. 403) açıkça sunmuşsa da işçilerin öz sermayeye katılmaları bakımından İş Kanunu’nda ya da TBK’da

⁶¹ Centel, s.323-324.

⁶² Portmann, s.1861; Portmann/Stöckli, s.77; Preis, Ulrich (2021) “GewO § 107 Berechnung und Zahlung des Arbeitsentgelts”: Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt (Herausgegeben von), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. neu bearbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, Rn.4.

böyle açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁶³. Bununla birlikte TTK m. 463/1’de anonim şirket genel kurulunun, çalışanlara yeni paylar edinme hakkı sağlamak suretiyle sermayenin şarta bağlı arttırılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. İşçilerin sermayeye katılmaları çok çeşitli yollarla sağlanabilir⁶⁴. Uygulamada büyük ve borsaya kayıtlı şirketlerde işçilerin hisse senedi veya opsiyon programlarına dahil edilmesi suretiyle onlara şirketin sermayesine katılma fırsatı verildiği görülmektedir⁶⁵. Burada “opsiyon” olarak ifade edilen, sahibine, bir miktar paranın peşin olarak ödenmesi karşılığında, belirli miktardaki bir varlığı, kararlaştırılan fiyattan, gelecek bir tarihte veya bu tarihe kadar olan süre içerisinde satın alıp almama ya da satıp satmama hususunda serbesti tanıyan bir haktır⁶⁶. Bu bağlamda hisse senedi opsiyonları (*Aktienoptionen; Stock Options*) ise sahibine, sözleşmenin vadesinde veya vadeye kadar olan süre içerisinde opsiyona konu teşkil eden hisse senetlerini sözleşmede belirtilen fiyat üzerinden ve belirtilen miktarda satın alma/satma hakkı veren opsiyonlardır⁶⁷.

Değişken ücretin yukarıda belirtildiği şekilde nakit dışı araçlarla ödenmesine ilişkin sınırlar belirlenirken öncelikle ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın kural olarak Türk parası ile ödeneceğini düzenleyen İş Kanunu m. 32/2 hükmü dikkate alınmalıdır. Ücretin ödenme

⁶³ İşçilerin sermayeye katılma imkânının açıkça öngörüldüğü bir yasal model İngiltere’de mevcuttur. 1996 tarihli İstihdam Hakları Kanunu’nun (Employment Rights Act) 205A maddesinde “pay sahibi işçiler” (*employee shareholders*) açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Şahin, Barış** (2020) “İşçinin Pay Sahipliğinin Esneklik Açısından Değerlendirilmesi: İngiltere Örneği”, ÇÜHFD, C: 5, S: 1 (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı), s.2864 vd.

⁶⁴ Bu uygulamalar ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Baş, Kadir** (2021) *Çalışanların Pay Sahipliği Yoluyla Anonim Şirketlere Katılımı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.56 vd.

⁶⁵ **Müller, Roland**, “Mitarbeiterbeteiligung”: Ehrenzeller, Bernhard / Furer, Hans / Geiser, Thomas (Hrsg.), *Die Mitwirkungen in den Betrieben*, St. Gallen, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, s.78. Son dönemde Türk şirketleri tarafından yürütülen çalışanlara pay edindirme uygulamalarının örneklerinin arttığını yönünde bkz. **Baş**, s.46.

⁶⁶ **Kırca, İsmail** (2000) *Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.1, 36.

⁶⁷ **Kırca**, s.41.

şekline ilişkin bu kuralı tamamlayıcı şekilde İş Kanunu m. 32/4'te de emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurttan geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ücretin para ile ödenmesi zorunluluğunun asıl ücret için geçerli olduğu; bir diğer deyişle, ücretin ancak işverenin asıl ücret dışında sağladığı yan menfaatler, ücret ekleri bakımından aynen ödenebileceği öğretide görüş birliği ile kabul edilmektedir⁶⁸. Daha önce açıklandığı üzere, bir gerçek ya da gerçek olmayan performansa göre ücret kuralı olarak sinalagmatik anlamda ücret ödeme borcu kapsamındadır, yani dar anlamda ücret alanına girer. O halde görülen işin karşılığı olan performansa göre ücrete ilişkin ödeme, şirkete ait hisse senetlerinin verilmesi suretiyle gerçekleştirilemeyecek olup, para ile ödenme zorunluluğuna tabi olmalıdır.

Ne var ki, işçinin sermayeye katılımına ilişkin anlaşmalara dair bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi, aynen ödeme yasağının yukarıda açıklanan sınırlarını bir miktar genişletmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu kararında⁶⁹ ilk olarak sermaye katılımı bakımından işçinin yatırımcı olarak nitelendirilebilmesi halinde artık korunmasının geçerli olmayacağını belirtmiştir. Somut olayda davacı işçi kendisinin avantajlı bulmadığı bir bedel karşılığında sağlanan opsiyonları elde etmişse de bunu yaparken davalı işveren bankanın başarılı geleceğini gözettiğini de bildirmiştir. Nitekim davacı işçi, opsiyon anlaşması yapıldığında hâlihazırda bankanın yatırım araştırma departmanının başına terfi etmiş bulunmaktadır. Mahkeme, somut olayın bu özelliklerini dikkate alarak, davacı işçinin yatırım yapma amacıyla işletmesel riskler aldığı ve bir yatırım uzmanı olarak satın alma fiyatı ile sınırlı olan maksimum zarar karşısında yüksek bir kâr beklediği sonucuna varmıştır. Bunun yanı sıra Federal Mahkeme, hükmünü buna dayandırmamakla birlikte, yüksek ücretli işçiler söz konusu olduğunda da sermayeye katılım aslında görülen iş için bir karşı edim oluştursa bile işçinin artık aynen ödeme yasağı ile

⁶⁸ Süzek, s.376; Centel, s.317, 321; Mollamahmutolu/Astarlı/Baysal, s.651;

Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 150; Uşan/Erdoğan, s.131; Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 192; Çil, s. 479. Bununla birlikte ücretin aynı olarak kararlaştırılması, hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Bkz. Ekmekçi/Yiğit, s.26.

⁶⁹ BGE 130 III 495.

korunmasının geçerli olmayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla Federal Mahkeme, bir yandan işçinin öncelikle yatırımcı olarak hareket etmesi halinde ya da taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki bir iş ilişkisi olarak nitelendirilemiyorsa, diğer yandan yüksek ücretli bir işçi söz konusu olduğunda aynen ödeme yasağını ihmal etmektedir. Gerçekten temelinde düşük bir ücretle çok uzun süreler çalışmak zorunda olan yüz yıl öncesinin fabrika işçisinin korunması yatan aynen ödeme yasağının özellikle yüksek ücretli işçiler açısından mutlak olarak uygulama alanı bulmaması düşünülebilir. Rehber uyarınca değişken ücretin bir kısmının nakit dışı araçlarla ödenmesi esasının özellikli çalışanlar için getirildiği ve bu kişilere nakit dışı ödenecek kısım dışında yüksek bir sabit ücretin de ödenmesinin gerektiği gözetildiğinde, bu yaklaşımı Rehber açısından benimsemek daha da kolaylaşır. Ne var ki, iş hukukunun koruyucu hükümlerinin tüm işçilere aynı şekilde uygulanmasının esas olduğu unutulmamalıdır. Genel nitelikteki bir koruyucu hükmü bazı işçi grupları için uygulamamak, kural olarak kanun koyucu tarafından işçiler arasında *de lege lata* kategorik bir ayırım yapılarak benimsenebilir.

E. DEĞİŞKEN ÜCRETLERİN BANKANIN MALİ DURUMU GÖZETİLEREK ÖDENMESİ

Ertelenmiş değişken ücretlerin ödenmesi banka yönünden esnek hale getirilmek istenmiş ve bunun için Rehber'in 31. maddesine şöyle bir hüküm sevk edilmiştir: “*Ertelenmiş ücretlendirmelere ilişkin olanlar dahil olmak üzere, özellikli çalışan tarafından kazanılan değişken ücretlendirmelerin özellikli çalışana ödenmesi ancak ödeme döneminde bankanın mali durumunun elverişli olması halinde gerçekleştirilmelidir.*”. Rehber, erteleme dönemi içerisinde bazı riskler gerçekleştiğinde, bu risklerin henüz ödenmemiş olan değişken ücretlere yansımaları öngörmektedir. Böylece risk gerçekleşip bankanın mali durumu elverişli olmaktan çıktığında, çalışanların değişken ücretleri tümüyle ortadan kaldırılabilecektir. Bu niteliği göz önüne alındığında söz konusu kayıt yoluyla işverene oldukça geniş kapsamlı bir esneklik sunulmaktadır.

Bir performansa göre ücret söz konusu olduğunda, halihâzırda sona ermiş olan bir performans dönemine ait ücretin ortadan kaldırılmasını geçerli kabul etmek mümkün değildir. Zira aksi halde işçinin göstermiş olduğu özel

performans için uygun bir ödeme alacağına ilişkin güveninin korunmasına dair haklı menfaatleri ihlal edilmiş olur. Rehber uyarınca kazanılan değişken ücretin çalışana ödenmemesi, ödeme döneminde bankanın mali durumunun elverişli olmaması ile haklılaştırılmaya çalışılmışsa da bankanın mali durumunu etkileyen unsurların (örneğin, gelir ve giderlerin) işletme rizikosuna dahil olduğu ve çalışanın bireysel olarak bunlara etki edemediği göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca *mali durumunun elverişli olmaması* kriterinin işçi açısından yeterli açıklıkta olmadığı da ortadadır.

Sonuç olarak, kazanılan performansa dayalı değişken ücretin, ödeme döneminde bankanın mali durumunun elverişli olmaması nedeniyle ödenmemesine yönelik bir anlaşmanın (ya da genel iş koşulunun) geçerli sayılması mümkün görünmemektedir.

F. DEĞİŞKEN ÜCRETLERİN İPTALİ VE GERİ ALINMASI ANLAŞMALARI

Rehber, belirli koşullara bağlı olarak değişken ücretlerin iptaline ve geri alınmasına imkân sağlayan anlaşmalar yapılması gerekliliğini de öngörmüştür. Rehber’ in 32. maddesine göre, “*Özellikli çalışanların değişken ücretlendirmeleri değişken ücretlendirmelerin iptali ve geri alınması anlaşmalarına konu edilebilmelidir. Bankalar söz konusu anlaşmaların uygulanabileceği süreyi belirlemeli ve bunlar için sözleşme ve politika dokümanlarında net kriterler oluşturmalıdır. Söz konusu kriterler özellikle aşağıdaki hususları kapsmalıdır:*

- (a) *İlgili özellikli çalışanın bankanın önemli derecede zarar etmesine yol açan bir işlemi gerçekleştirmesi veya bu işlemin gerçekleştirilmesinden sorumlu olması,*
- (b) *İlgili özellikli çalışanın bankacılık mevzuatı, teamülleri ile etik kurallarına, risk yönetimine ve banka içi düzenlemelere uygun hareket etmemesi.”⁷⁰*

Değişken ücretlerin iptali anlaşması ile geri alınması anlaşması, Rehber’de özel olarak tanımlanmıştır. Buna göre, değişken ücretlendirmelerin

⁷⁰ Bonusun ödenmesinde “*kurumu zarara uğratmama veya zarara uğramasına sebep olabilecek bir eylemde bulunmama*” koşulunun arandığı Denizbank Ücretlendirme Politikası için bkz. <<https://www.denizbank.com/yatirimci-iliskileri/kurumsal-yonetim/kurumsal-politika/ucretlendirme-politikasi>> s.e.t. 25.02.2022.

iptali anlaşması, *“Yapılan işlemin sonraki dönemlerde banka performansı üzerindeki etkisi dikkate alınarak, çalışanın ertelenmiş değişken ücretlendirmelerinden bir kısmının veya tamamının iptal edilebilmesine imkân veren bir anlaşmayı ifade eder.”* (Rehber m. 4/1-f); değişken ücretlendirmelerin geri alınması anlaşması ise, *“Çalışanın, bankacılık mevzuatı, teamülleri ile etik kurallarına uygun hareket etmemesi ve böylece bankanın önemli derecede zarar görmesine yol açan bir işlemi gerçekleştirmesi veya bu işlemden sorumlu olması gibi belli durumlarda çalışana ödenmiş değişken ücretlendirmelerin bankaya iade edilmesine olanak sağlayan bir anlaşmayı ifade eder”* (Rehber m. 4/1-g). Anglo-Amerikan hukuk sisteminde olduğu üzere, bunlardan geri alma anlaşması için *“clawback”*; iptal anlaşması için ise *“malus”* kavramları kullanılmaktadır. Nitekim Rehber’in 4. maddesinde bu anlaşmalar tanımlanırken *“clawback”* ve *“malus”* kavramlarına da açıkça yer verilmiştir. Rehber anlamında iptal anlaşması ile geri alma anlaşması temel olarak değişken ücretin ödenmiş olup olmadığına göre farklılaşmaktadır. Değişken ücret erteleme dönemi içerisinde henüz ödenmemiş durumda ise iptali; ödenmiş durumda ise geri alınması söz konusudur.

Çalışan tarafından gerçekleştirilecek belirli bir işlem ya da davranış nedeniyle performansla ilgili ücretin iptali ya da geri alınmasının kararlaştırılması, temelde bankanın zararının telafisine yöneliktir. Erteleme dönemi içerisinde değişken ücretin kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik iptal anlaşmaları söz konusu olduğunda, bu anlaşmalar ilk olarak TBK m. 407/2 hükmü ile sınırlanabilir. Söz konusu hükme göre, *“İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir.”* O halde, işverene, işçinin sebebiyet verdiği bir zarardan doğan alacaklar için ücret borcundan takas imkânı sınırlı olarak sağlanmıştır. Rehber anlamında ertelenmiş ücretin iptali de niteliği gereği TBK m. 407/2 hükmünün dikkate alınmasını gerektirir. Her ne kadar TBK m. 407/2 hükmünden takas için zararın ortaya çıkmasından önce işçinin rızasının peşinen alınmasının mümkün olup olmadığı açıkça anlaşılammakta ise de kanaatimizce TBK m. 407/2 hükmü ile

rızanın en başta alınmasının yasaklandığı sonucuna varılması güçtür⁷¹. Bu bağlamda, işçinin ertelenmiş olan değişken ücretinin bir kısmının veya tamamının iptal edilmesine peşinen onay verdiği iptal anlaşmaları baştan geçersiz sayılmamalı, TBK m. 407/2 hükmü ile getirilen diğer koşullar açısından denetlenmelidir.

İptal anlaşması ile işçi ertelenmiş olan ücretinin bir kısmının veya tamamının iptal edilmesine onay vermektedir. Oysaki TBK m. 407/2 uyarınca ücretin ancak haczedilebilir kısmı kadarı takasa konu edilebilir. Bir başka ifadeyle, takas suretiyle ücretin sadece 1/4'üne kadar kesinti yapılabilir. Her ne kadar madde metninden işçinin rızası söz konusu olduğunda hangi miktarda takas yapılabileceği açık bir şekilde anlaşılmasa da maddenin ikinci cümlesindeki yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar için getirilen ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilmesini ilişkin sınır, rızaya bağlı takas için de uygulama alanı bulmalıdır⁷². O halde, bir iptal anlaşması yoluyla ücretin ancak 1/4'ü oranında kesinti yapılabilmelidir. Bu bağlamda performansa dayalı değişken ücretin tutarı önemlidir. Somut olayda değişken ücret tutarının yüksek olması nedeniyle bu sınırın aşılması gündeme gelebilecektir.

Rehber anlamında bir iptal anlaşması için ikinci sınırlama TBK m. 400 hükmünden doğar. İptal ve geri alma anlaşmaları temelde bankanın zararının telafisine yönelik olduğundan, işçinin sorumluluğuna ilişkin kanuni esasların gözetilmesi gereklidir. İşçinin işverene karşı sorumluluğu, TBK'nin 400. maddesinde nispi emredici olarak şu şekilde düzenlenmiştir⁷³: “(1) İşçi, işverene

⁷¹ Öğretide de rızanın iş sözleşmesi yapılırken alınmasına engel olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. **Ekmekçi, Ömer** (2009) “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil, S: 13, s.24; **Soyer, Polat** (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin ‘Bazı’ Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi”: İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, s.22, dn.74. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraça**, s.368.

⁷² Öğretide bu yöndeki görüşler için bkz. **Soyer**, s.22 vd.; **Süzek**, s.388-389.

⁷³ Nispi emredici hükümlerin hangileri olduğunu düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu’nun 362. maddesinde, TBK m. 400’e karşılık gelen İsviçre Borçlar Kanunu’nun mehaz 321/e maddesine açıkça yer verilmiştir. Nispi emredici hükümleri belirten özel bir madde TBK’da bulunmamaktadır. Bununla birlikte TBK m. 400’ün işçinin sorumluluğunu sınırlayan amacı

kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur". (2) Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur." İşçinin sorumluluğu, TBK m. 400 hükmünde aranan şartların gerçekleşmesi halinde doğar. İşçinin sorumluluğunun hafifletilmesi mümkünse de ağırlaştırılması mümkün değildir. Rehber’de ücretin iptali ya da geri alınması suretiyle işçiye yönelik getirilen mali yaptırımın kriterleri, iş hukukunun işçinin sorumluluğuna ilişkin esaslarını ihlal edebilir. Şöyle ki, işçinin işverene karşı sorumlu tutulabilmesi kusurlu olmasına bağlı olup, sorumluluğu da kusuru oranındadır. Ayrıca TBK m. 400/2 hükmü uyarınca zarara yatkın işlerde işçinin hafif ihmali ile neden olduğu zararlardan -somut olayın koşulları da dikkate alınarak- sorumlu tutulmamasının gerekebileceği, bu zararların işletme rizikosuna dahil olduğu kabul edilmektedir⁷⁴. Bu bağlamda bankaların iş hacimlerinin büyüklüğü ve karmaşıklığı ile bankacılık işlemlerindeki küçük hataların büyük zararlara yol açabileceği dikkate alındığında, somut olay özelinde banka çalışanın yürüttüğü işlerin mesleki risk arz ettiği, bir diğer deyişle zarara yatkın olduğu sonucuna varılabilir. Böyle bir durumda, örneğin zararın büyüklüğü ya da işçinin aldığı ücret gibi⁷⁵ unsurlar dikkate alınarak somut olayda işçinin hafif ihmalden de sorumlu tutulması gerekmiyorsa, Rehber’de değişken ücretin iptali ya da geri alınmasına ilişkin getirilen kriterlerin özellikle TBK m. 400/2 hükmü dikkate alındığında işçinin sorumluluğunu ağırlaştıracağı sonucuna varılmalıdır⁷⁶.

dikkate alındığında anılan hükmün nispi emredici nitelik taşıdığı ve işçi aleyhine değiştirilmesinin mümkün olmadığı öğretide haklı olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Baycık, Gaye** (2015) Türk – İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin, s.306 vd.

⁷⁴ Bkz. **Soyer**, s.13 vd.; **Baycık** (2015), s.158 vd.; **Astarlı, Muhittin** (2017) “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”: Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul, s.279 vd.; **Süzek**, s.344; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.324-325.

⁷⁵ Bu nitelikteki somut olayın özelliklerinin işçinin sorumluluğu belirlenirken dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Baycık** (2015), s.158 vd.; **Astarlı**, s.282-283, 285.

⁷⁶ İsviçre Finans Piyasası Denetleme Kurumu tarafından yayımlanmış olan ve benzer kriterler içeren “Finans Kuruluşlarındaki Ücretlendirme Sistemlerine İlişkin Asgari Standartlar”

SONUÇ VE ÖNERİLER

Rehber ile getirilen ücretlendirme esaslarının bazıları, yukarıda açıklandığı üzere, iş hukukuna ilişkin yasal düzenlemelere ve temel ilkelere uygun; bazıları ise aykırı görünmektedir. Özellikle Rehber'in yüksek bir sabit ücret ödenmesini gerekli gören 27. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, değişken bir performansa göre ücret belirlenmesi ile bu ücretin çalışanın bireysel performansı dışında işletme sonuçları da dikkate alınarak hesaplanacak biçimde düzenlenmesi, hukuki açıdan bir sınırlandırmaya tabi olmayabilir. Ancak değişken ücretlerin muacceliyetlerinin oldukça uzun erteleme sürelerine tabi tutulmasına, bu ücretlerin nakit dışı araçlarla ödenmesine, kazanılan değişken ücretlerin ödeme döneminde bankanın mali durumunun elverişli olması halinde ödenmesine ve bu ücretlerin iptalini ya da geri alınmasını öngören anlaşmalar yapılmasına ilişkin esaslar, iş hukukunun koruyucu hükümleri ile bazı temel ilkelerine aykırılıklar içermektedir.

Rehber'in iş hukuku ile uyumsuzluk içerisindeki hükümleri dikkate alındığında, bu aykırılıkların en başta ücret düzenlenirken önlenmesi düşünülebilir. Şöyle ki, değişken ücret açıkça bir ikramiye olarak düzenlenirse, örneğin muacceliyetin ertelenmesine yönelik bir anlaşma geçerli addedilmelidir. Her ne kadar ikramiye genellikle ilgili sebebin gerçekleşmesi ile birlikte ödenmekte ise de ikramiyenin muacceliyetinin ertelenebileceği öğretide⁷⁷ kabul edilmektedir⁷⁸. Rehber'de belirlenen ücretlendirme esasları açısından önem arz edebilecek diğer bir husus, ikramiyenin kural olarak işverence isteğe bağlı ödenmesidir. İkramiyenin iradiliği, TBK m. 405'in lafzından açıkça anlaşılmaktadır: “İşveren, işçilerine ... ikramiye verebilir.”. O halde, işveren, ikramiye verirken takdirini hangi kriterlere dayandırmak istediğini seçme özgürlüğüne sahiptir. Bu bağlamda ikramiye, çalışanın sorumluluk alanında bir zararın meydana gelmemiş olmasına bağlı olarak

(*Rundschreiben 2010/1: Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten*) yönünden de mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 321/e hükmüne aykırılığın meydana geleceği değerlendirilmiştir. Bkz. **Hirsiger**, s.338-339.

⁷⁷ **Stahelin**, s.214; **Rehbinder/Stöckli**, s.290.

⁷⁸ İsviçre Finans Piyasası Denetleme Kurumu'nun yayımladığı ve benzer ücretlendirme esaslarının benimsendiği *Rundschreiben 2010/1* açısından da değişken ücretin ikramiye olarak düzenlenmesi önerilmiştir. Bkz. **Hirsiger**, s.339 vd.

ödenebilir. Yine iradi ikramiyenin ekonomik sebepler ile bir kısmının ya da tamamının ödenmemesi de mümkündür. Böylece bir ikramiye ödenirken nihai olarak bankanın mali durumu kolaylıkla gözetilebilir. Son olarak, ücretin aynen ödenmesi yasağının da ikramiye için geçerli olmadığı unutulmamalıdır⁷⁹.

Rehber’de öngörülen değişken ücretin ikramiye olarak ödenmesinin tümüyle sorunsuz olmadığı da belirtilmelidir. Şöyle ki, iş sözleşmesinin zorunlu ücret karşılığı olması nedeniyle, ikramiyenin ekleneceği bir asıl ücretin varlığı gereklidir⁸⁰. Bu şekilde ikramiyenin ücrete bağımlı olması, ücret ile ikramiye arasındaki bu bağımlılığı zedeleyen oransal ilişkinin sınırlarının belirlenmesini gerektirir. Zira bu sınırın aşıldığı hallerde ikramiyenin ücrete bağımlılığı ortadan kalkacağından, ilgili ödeme artık ikramiye olarak nitelendirilemez. İsviçre Federal Mahkemesi de küçük meblağlı bir ücret ve büyük meblağlı bir ikramiye ödendiğinde, iradiliğine ilişkin kararlaştırmaya rağmen, ikramiyenin hukuken ücret parçası olarak nitelendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak Federal Mahkeme, ilgili sınırın nerede çizileceğinin kesin olarak belirlenmesinin kolay olmadığını da belirtmiştir. Bu noktada gelir seviyesindeki düşüklük ya da yükseklik farklı sonuçları beraberinde getirir. Düşük bir ücretin belirlendiği hallerde görece daha düşük meblağlı ödemeler de ücret parçası olarak kabul edilebilir⁸¹. Bununla birlikte orta ve yüksek gelir seviyesi bakımından ise ücretle aynı ya da ücreti aşan tutardaki ikramiye niteliğindeki ödeme, asıl ücretin parçasını oluşturacaktır⁸². Rehber açısından değerlendirildiğinde, Rehber’in 27. maddesi uyarınca sabit ücret kararlaştırılmasının aranması ve özellikle çalışanlar olarak nitelendirilenlerin genel olarak yüksek gelir seviyesi grubunda yer aldıkları birlikte değerlendirildiğinde, bu çalışan grubu açısından ikramiyenin bir ücret parçasına dönüşmesi mümkün olmayabilir. Ancak Rehber’deki esasların diğer çalışanlara da temel olarak uygulanması durumunda, ikramiye ödenmesi

⁷⁹ **Portmann**, s.1862, 1883; **Streiff/von Kaenel/Rudolph**, s.333; **Süzek**, s.376; **Centel**, s.317, 321; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 651; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s.150; **Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.131; **Akyiğit**, s.192; **Çil**, s.479.

⁸⁰ BGE 129 III 276, Erw.2.1.

⁸¹ BGE 129 III 276, Erw.2.1; BGE 139 III 155 Erw.3.2.

⁸² BGE 142 III 381 Erw.2.2.1.

yoluyla iş hukuku açısından ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesi yolunda bir başarı elde edilemeyebilir. Nitekim bu çalışanlar açısından ikramiye, tutarı nedeniyle bir ücret parçası olarak nitelendirildiğinde yukarıda açıklanan iş hukuku kurallarına aykırılıklar aynı şekilde geçerli olacaktır.

Rehber'in iş hukukuna ilişkin aykırılıklarının giderilmesinde bir diğer yaklaşım, özellikli çalışanların iş sözleşmesi ile çalışmadığının kabulüne dayanabilir. Rehber'in ücretlendirme esaslarının asıl olarak özellikli çalışanlar için getirilmiş olması dikkate alındığında, bu özellikli çalışanlar yönünden her zaman bir iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyebilir. Şöyle ki, özellikli çalışan, Rehber'in 4. maddesinde, "*Bankanın risk profilinde önemli etkisi bulunan bir fonksiyon icra eden banka çalışanını ifade eder.*" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca Rehber'in 6. maddesinde, özellikli çalışanların kimler olduğunu tespit etmenin bankanın sorumluluğunda olduğu düzenlenmiştir. Banka, bu tespiti, Rehber'deki esasları dikkate alarak gerçekleştirir (Rehber m. 6/1). Rehber, her ne kadar ilgili bankada özellikli çalışanların kimler olduğunun tespitini bankaya bırakmışsa da özellikli çalışan kategorisine girenlerle ilişkin bazı örnekler de vermiştir. Rehber'in 7. maddesinde, *banka yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yönetimi*, özellikli çalışan olarak kabul edilmiştir. Ardından Rehber'in 4. maddesindeki özellikli çalışana ilişkin genel tanıma tekrar yer verilmiş ve bankanın kendi değerlendirmesi sonucunda *banka risk profilinde önemli etkisi bulunan bir fonksiyon icra ettiği düşünülen diğer banka çalışanlarının* da özellikli çalışan olduğu vurgulanmıştır. Devamında ise, *yıllık kazandığı toplam ücretlendirme bakımından bu kişilere denk veya daha üst konumda olan banka çalışanlarının* da özellikli çalışan kategorisine girdiği kabul edilmiştir. Rehber'in bu düzenlemeleri dikkate alındığında, öncelikle banka yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yönetimindekiler açısından bir iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

Şirket yönetim kurulu üyelerinin iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı meselesi, Yargıtay kararlarına konu olduğu gibi öğretilerde de incelenmiştir. Yargıtay kararlarında özellikle sonradan yönetim kurulu üyesi olan şirket genel müdürünün iş sözleşmesinin sona erip ermediği tartışılmıştır. Yüksek mahkemenin bu kararlarında genel müdürün organ sıfatı kazanarak mı yoksa organ sıfatı kazanmaksızın mı yönetim kurulu üyesi olduğu belirlenerek sonuca

gidilmiştir. Yönetim kurulu üyesi eğer şirketi temsil ve ilzama yetkili kişi-organ sıfatını kazanmışsa, iş ilişkisinin sona erdiği kabul edilmiştir⁸³. Bir diğer deyişle, kişi-organ statüsü söz konusu olduğunda, bağımlılık unsurundan söz edilemeyecektir. Öğretide ise Yargıtay'ın görüşünden kısmen bir ayrılma söz konusudur. Şöyle ki, eğer yönetim yetkisi kendisine tümüyle devredilmiş olan kişi-organ yönetim kurulu üyesi söz konusu ise bu kişinin bağımlılığından söz edilemez ve bu kişiler işçi olarak nitelendirilemez⁸⁴. Bununla birlikte yönetim yetkisinin böyle bir devri söz konusu değilse, tüzel kişi ile tüzel kişinin organını oluşturan kişiler arasında iki farklı hukuki ilişki bulunabilir, yani yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki organ ilişkisine ek bir iş ilişkisi kurulmasına engel yoktur⁸⁵: Üst düzey yönetici yönetim kuruluna seçildiğinde diğer yönetim kurulu üyeleri gibi şirketi yönetim ve temsil yetkisine sahip olur. Ancak yönetim kurulu organ olarak varlığını sürdürdükçe yönetim kurulu üyesi olan bu kişi, iş görme edimini bu organın emir ve talimatları doğrultusunda yerine getirir. Kurulda oy hakkı bulursa da kararların alınmasında tek başına yetkili değildir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesi seçilse de genel müdürün iş sözleşmesinin devam etmesi mümkündür. Burada belirleyici olan yönetim kurulu üyesi seçilen kişi yönünden bağımlılık ilişkisinin devam edip etmediğidir. Bu görüşün haklılığı, özellikle bankacılık sektörüne ilişkin yasal düzenlemeler dikkate alındığında daha iyi anlaşılmaktadır. Nitekim Bankacılık Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca genel müdür, banka yönetim kurulunun doğal üyesidir. Yönetim kurulu üyeliğinin Kanun gereği olduğu bu halde, genel müdürün organ ilişkisine paralel olarak bağımlılık ilişkisi içerisinde iş görmesi mümkündür.

⁸³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/2942, K: 2020/14478, T: 03.11.2020; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2017/1092, K: 2020/6950, T: 02.07.2020; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2017/4934, K: 2018/7760, T: 05.04.2018; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2015/22734, K: 2017/22191, T: 19.10.2017, Yargıtay Bilgi Bankası, s.e.t. 16.02.2022.

⁸⁴ **Doğan Yenisey, Kübra** (2016) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi", İÜHFM, C: LXXIV, Özel Sayı (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan – Cilt I), İstanbul, s. 330. Her ne kadar TTK m. 375'te yönetim kurulunun devredilemez yetkileri düzenlenmişse de bunun üst yönetim ve üst gözetim yetkilerinin bağımlılık ilişkisinin varlığı için yeterli olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Doğan Yenisey**, s.327 vd.

⁸⁵ **Doğan Yenisey**, s. 332 vd.

Yukarıda açıklandığı şekilde banka yönetim kurulu üyeleri yönünden dahi iş ilişkisinin varlığından söz etmek mümkün olduğundan, yönetim kurulu üyeleri dışındaki özellikli çalışanlar açısından iş hukuku ilkelerinin ve koruyucu hükümlerinin uygulanmadığı bir sözleşme ilişkisinin varlığını kabul etmek son derece güçtür. O halde, iş ilişkisi dışında bir sözleşme ilişkisinin kabulüne yönelik bu yaklaşım da Rehber'in iş hukukuna ilişkin aykırılıklarının giderilmesinde ancak sınırlı bir çözüm sunabilir niteliktedir⁸⁶.

Sonuç olarak, ancak bazı özellikli çalışanlar yönünden iş ilişkisi dışında bir sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilebildiğinden, bunun dışında kalan çalışanlar yönünden iş hukukuna ilişkin aykırılıklar varlığını sürdürmektedir. Oysaki Rehber ile belirlenen esasların iş hukukunun emredici hükümlerinin yerine geçemeyeceği açıktır. Yine Rehber'de öngörülen değişken ücretlendirmenin bir ikramiye düzenlemesi ile sağlanması da iş hukuku uyumsuzluklarını tümüyle ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla çalışanlarının ücretini düzenlerken bankaların Rehber ile iş hukuku düzenlemeleri arasında kalması kaçınılmaz görünmektedir. Bu zorlukların aşılması, en temelinde iş hukukunun özellikle bazı koruyucu hükümlerinin uygulanmasında farklı işçi kategorileri arasında bir ayırım yapılması meselesi ile bağlantılıdır. Böyle bir ayırımın ise esas olarak kanuna dayanması gerektiği unutulmamalıdır.

⁸⁶ Bir isimsiz sözleşmenin kabulü yaklaşımı, İsviçre Finans Piyasası Denetleme Kurumu'nun yayımladığı *Rundschreiben 2010/1* açısından da incelenmiş, ancak bu yaklaşıma sınırlı bir geçerlilik tanınmıştır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Hirsiger**, s. 346 vd.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan** (2021) İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Albrecht, Kathrin** (2016) Prämien im Berufsfussball, Bern, Stämpfli Verlag.
- Alp, Mustafa** (2009) “İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri”, Legal İHSGHD, S: 21, s.11-36.
- Astarlı, Muhittin** (2017) “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”: Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul, s.279-384.
- Baş, Kadir** (2021) Çalışanların Pay Sahipliği Yoluyla Anonim Şirketlere Katılımı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Baycık, Gaye** (2015) Türk – İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin.
- Baycık, Gaye** (2018) “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul, s. 7-355.
- Bilgin Yüce, Melek** (2019) “TBK m. 90 – İfa Zamanı”: Öz, M. Turgut/Acar, Faruk /Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (Editörler), İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu, C: 2, 3, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.757-787.
- Centel, Tankut** (1988) İş Hukukunda Ücret, İstanbul.
- Cramer, Conradin** (2007) Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern, Stämpfli Verlag.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca,ERCÜMENT** (2021) İş Hukuku Dersleri, 34. Baskı, İstanbul, Beta.
- Çil, Şahin** (2010) İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Deich, Svenja** (2004) Die rechtliche Beurteilung von Zielvereinbarungen im Arbeitsverhältnis, Berlin, Logos Verlag.
- Diepold, Markus** (2003) Die Leistungsbezogene Vergütung, Berlin, Duncker & Humblot.
- Doğan, Sevil** (2020) “İş Hukukunda İşyeri Uygulaması Olarak İkramiye”, Legal İHSGHD, S: 67, s.1013-1042.

- Doğan Yenisey, Kübra** (2016) “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi”, İÜHFİM, C. LXXIV, Özel Sayı (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan – Cilt I), İstanbul, s. 313-336.
- Ekmekçi, Ömer** (2009) “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil, S: 13, s.19-28.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2020) Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra** (2020) İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta.
- Feridun, Mete** (2020) Küresel Bankacılık Düzenlemelerinin Dünü, Bugünü ve Yarını, İstanbul, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 335.
- Geiser, Thomas** (2009) “Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse (Boni)”, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Vol: 27, N: 4, s.115-132.
- Greiner, Stefan** (2015) “A70 Arbeitsentgelt”: Preis, Ulrich (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag Handbuch der Vertragsgestaltung, 5. Aufl, Verlag Dr. Otto Schmidt, s.252-280.
- Güneş, Volkan** (2021) İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Ankara, Lykeion Yayıncılık.
- Heiden, Ralph** (2007) Entgeltrelevante Zielvereinbarungen aus arbeitsrechtlicher Sicht, Köln, Nomos.
- Hirsiger, René** (2011) Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis – Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern, Stämpfli Verlag.
- Kabakcı, Mahmut** (2012) “Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen İkramiyenin İş Şartı Niteliği”, Sicil, S: 27, s.104-115.
- Kabakcı, Mahmut** (2016) “İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeleri”: Centel, Tankut (Editör), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık s.211-232.

- Kayık Aydınalp, Aslıhan** (2018) “İş Hukukunda Prim”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 36, s.53-72.
- Kırca, İsmail** (2000) Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Krause, Rüdiger** (2018a) “§60 Begriff, Grundlagen und Kontrolle des Arbeitsentgelts”: Kiel, Heinrich / Lunk, Stefan / Oetker, Hartmut (Herausgegeben von), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck.
- Krause, Rüdiger** (2018b) “§64 Arbeitsabhängige Leistungsentgelte”: Kiel, Heinrich / Lunk, Stefan / Oetker, Hartmut (Herausgegeben von), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck.
- Linck, Rüdiger** (2019) “§78 Sondervergütungen und Bonuszahlungen”: Schaub, Günter (Begründet von), Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 18. neu bearbeitete Aufl., München, Verlag C.H. Beck.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Morf, Roger Peter** (2011) Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern, Stämpfli Verlag.
- Müller, Roland** “Mitarbeiterbeteiligung”: Ehrenzeller, Bernhard / Furer, Hans / Geiser, Thomas (Hrsg.), Die Mitwirkungen in den Betrieben, St. Gallen, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, s.60-103.
- Nomer, Haluk Nami** (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, İstanbul, Beta.
- Pelzer, Sebastian** (2008) Arbeitsrechtliche Zielvereinbarungen, Hamburg, Verlag, Dr. Kovac.
- Portmann, Wolfgang** (2011) Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag.
- Portmann, Wolfgang/Stöckli, Jean-Fritz** (2013) Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich, Dike Verlag.

- Preis, Ulrich** (2015) “S40 Sonderzahlungen”: Preis, Ulrich (Herausgegeben von), Der Arbeitsvertrag Handbuch der Vertragsgestaltung, 5. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, s. 1200-1258.
- Preis, Ulrich** (2021) “GewO § 107 Berechnung und Zahlung des Arbeitsentgelts”: Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt (Herausgegeben von), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. neu bearbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck.
- Rehbinder, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz** (2010) Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag Art. 319–330b OR, Bern, Stämpfli Verlag.
- Rudolph, Roger** (2011) “Fokus Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen im Bonusrecht”, TREX, S: 2/2011, s.92 vd.
- Senti, Christoph** (2002) “Die Abgrenzung Zwischen Leistungslohn und Gratifikation”, AJP, S: 2002/6, s.669-681.
- Senti, Christoph** (2011) “Leistungslohn oder Gratifikation, Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes”, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (ARV), Heft 1, s.1-10.
- Soyer, Polat** (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin ‘Bazı’ Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi”: İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, s.4-51.
- Stahelin, Adrian** (2006) Zürcher Kommentar, Band V/2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319-330a OR, 4. Aufl., Schulthess Verlag.
- Streiff, Ullin/Kaenel, Adrian v./Rudolph, Roger** (2012) Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 7. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag.
- Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, İstanbul, Beta.
- Şahin, Barış** (2020) “İşçinin Pay Sahipliğinin Esneklik Açısından Değerlendirilmesi: İngiltere Örneği”, ÇÜHFD, C: 5, S: 1 (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı), s.2861-2882.
- Uşan, M. Fatih** (2003) İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE NEW CHALLENGES FOR EU LEGISLATION*

Prof. Dr. Z. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE**

Dr. Öğr. Üyesi Lutz PESCHKE***

ABSTRACT

Artificial Intelligence is one of the most debated topics of the last decade which is developed by the new technological changes. With the introduction of AI into our daily lives, discussions occurred on machine learning and the legal and ethical issues governing artificial intelligence. At that point, conflicting situations emerged regarding the use of AI technologies, especially data issues and bias. In 1995, European Data Protection Directive, EU Directive 95/46 was passed which regulated the processing of personal data within the borders of EU and provided data privacy and security standards for the individuals. The Directive was repealed on 25th May 2018 by General Data Protection Regulation (GDPR), which brings new concepts with more strict rules on the protection of personal data. Due to its legal nature, GDPR includes binding rules not only for EU countries but also for those who carry out all activities related to data processing inside EU. With the development of technology and depending on different IT techniques, data processing has changed and access to data became easier than ever. As a result of these technologies, the concepts of big data and artificial intelligence have been widely discussed and the development of new electronic devices and the implementation of more use of robots have brought some legal questions into practice. Recently, there are some new regulations that seem likely to enter EU legislation in the next years, such as Artificial Intelligence Act, Data Governance Act, Data Act, and European Health Data Space. There is uncertainty for the next years, about how new regulations will affect each other including GDPR. This paper aims to discuss artificial intelligence, including GDPR and the new legal developments in the EU legislation within the technological implementations.

Key Words: Artificial Intelligence, Data Processing, EU Legislation, GDPR, Big Data.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104344 – Geliş Tarihi: 15.04.2022 - Kabul Tarihi:19.08.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Proffessor Dr., speschke@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3679-6525.

*** Ihsan Dogramaci Bilkent University, COMD, Assistant Professor, lutz.peschke@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9513-3257.

YAPAY ZEKA VE AB MEVZUATI İÇİN YENİ ZORLUKLAR

ÖZET

Yapay zeka, son yıllarda yeni teknolojik değişimlerle birlikte gelişen teknik konulardan biridir. Yapay zekanın günlük hayatımıza girmesiyle, makina öğrenmesi ve yapay zekayı yöneten yasal ve etik konular üzerine tartışmalar yaşanmaktadır. Bu noktada, yapay zeka teknolojilerinin kullanımı ve özellikle kişisel verilerin korunmasıyla ilgili çelişkili durumlar ortaya çıkmaktadır. 1995 yılında, kişisel verilerin AB sınırları içinde işlenmesini düzenleyen ve bireyler için veri gizliliği ve güvenlik standartları sağlayan 95/46 Avrupa Veri Koruma Direktifi kabul edilmiştir. Direktif, kişisel verilerin korunmasına ilişkin daha katı kurallar ve yeni kavramlar getiren AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ile 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. GDPR, hukuki niteliği nedeniyle sadece AB ülkeleri için değil, AB içinde veri işleme ile ilgili tüm faaliyetleri yürütenler için de bağlayıcı kurallar içermektedir. Son yıllarda, teknolojinin gelişmesi ve farklı teknolojilere bağlı olarak verilerin işlenmesi teknik olarak değişmiş ve verilere erişim hiç olmadığı kadar kolaylaşmıştır. Bu teknolojilerin bir sonucu olarak, büyük veri ve yapay zeka kavramları ortaya çıkmış, yeni elektronik cihazların geliştirilmesi ve robotların daha fazla kullanılmaya başlanması ile yapay zeka kavramı günlük hayatımıza girmiştir. Ancak, bu gelişmelerle birlikte yapay zeka kullanımı ve data işlenmesine ilişkin bazı yasal sorular da ortaya çıkmıştır. Son zamanlarda, taslak olarak hazırlanan Yapay Zeka Tüzüğü, Veri Yönetişim Tüzüğü, Veri Yasası ve Avrupa Sağlık Veri Alanı gibi önümüzdeki yıllarda AB mevzuatına girmesi muhtemel görünen, bazı yeni düzenlemeler bulunmaktadır. GDPR dahil olmak üzere, bu yeni düzenlemelerin birbirlerini nasıl etkileyeceği konusunda belirsizlikler vardır. Bu makalede, teknolojik uygulamalar çerçevesinde, Genel Veri Koruma Tüzüğü dikkate alınarak, yapay zekanın AB mevzuatında gelişimi ve önümüzdeki yıllarda AB’de yürürlüğe girmesi planlanan, yeni hukuki düzenlemelere ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zeka, Veri İşleme, AB Mevzuatı, Genel Veri Koruma Tüzüğü, Büyük Veri.

INTRODUCTION

Artificial Intelligence is one of the increasing topics of the last decade which is developed by the new technological changes. There are many descriptions of AI, but broadly it is defined as a computerised system exhibiting behaviour thought of as requiring intelligence¹. AI cannot be considered a single technology, but it is declared a scientific discipline that gathers as a set of technologies. European Commission's High-Level Expert Group on Artificial Intelligence has defined it as systems which display intelligent behaviour, analyse their environment and take actions for several specific goals.

With the introduction of AI into our daily lives, discussions occurred on machine learning and the legal and ethical issues governing artificial intelligence. At that point, conflicting situations emerged regarding the use of AI technologies, especially data issues and bias. A group of techniques like knowledge representation, reasoning, planning, and optimization are used to perform the data coming from the sensors. As AI systems depend on huge amounts of data for good performance, if the data is not well balanced or inclusive enough, it may cause some unfair decisions and may be in favour of some groups against others. This situation affects the implementation of AI and can change the application of some existing rules.

Artificial intelligence is a human-designed system, that collects structured or unstructured data in the physical and digital world, reasoning the knowledge from these data and decides the best option for the given goal. The development and operation of AI must be regulated clearly by norms concerning the principles of democracy and the fundamental rights of individuals. There is a very close link between AI and data, as in the process of AI big amount of data is gathered. At this point, data protection becomes an important issue on a global level. Many regulations are put into force by the states not only at the national level, but also at the international level for the control of data.

¹ **Walters, Robert/Novak, Marco** (2021) *Cyber Security, Artificial Intelligence, Data Protection & the Law*, Springer, Singapore, p.41.

After the EU 95/46 Directive, in 2018, GDPR was enforced to strengthen data protection in all EU states. Non-EU countries also started bringing their data protection regulations closer to that of the GDPR which is derived from the Data Protection Directive 95/46 and also from Council of Europe Convention no 108 on data protection. Right now, there are new drafts that seem likely to enter into EU legislation in the next years, such as Artificial Intelligence Act, Data Governance Act, Data Act, and European Health Data Space. At this point, there is uncertainty about how new regulations will affect each other including GDPR. This paper aims to discuss artificial intelligence and the new legal developments in the EU legislation within the technological implementations.

I. AI IN THE CONTEXT OF DATA PROCESSING

From the beginning of the digital age, technology is developing very rapidly, however, legal rules follow these technological changes to make the necessary arrangements according to the needs. The production of new electronic devices and the implementation of more use of robots have brought some legal questions into practice².

With the development of technology and depending on different IT techniques, data processing has changed and access to data became easier than ever. As a result of these technologies, the concepts of big data and artificial intelligence have been widely discussed legally by jurists, legal scientists and legislators.

Recently, new drafts have been prepared in European legislation, such as Artificial Intelligence Act, ePrivacy Regulation³, etc. in parallel with technological developments, on the one hand, to protect the individuals, on the other hand, to regulate the technology. These new regulations may have a direct

² **Lucchi, Nicola** (2016) *The Impact of Science and Technology on the Rights of the Individuals*, Law, Governance and Technology Series 26, Springer, p.4; **Edwards, Lilian** (2019c) "Data Protection and e Privacy: From Spam and Cookies to Big Data, Machine Learning and Profiling", *Law, Policy and the Internet* (Ed. Lilian Edwards), Hart, UK, p.120.

³ **Specht, Louisa/Mantz, Reto** (2019) *Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht*, Beck, Munich, p.129.

impact on the GDPR as well as, cause mandatory changes in the existing provisions because of data processing activities.

A. THE CONCEPT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

With the implementation of the internet, data has become one of the greatest powers in our lives. The manufacturing of driverless cars started after the 1950s. AI technologies were used generally in the production phase of smart cars. The big automobile companies like General Motors in 1958, and the Japanese Tsubuka Mechanical Engineering Laboratory in 1977 produced their prototypes. These activities continued with Ernst Dickmann's autonomous land vehicle and many more examples. Lately, Elon Musk introduced a fully self-driving autopilot from Tesla⁴.

Although the first examples of artificial intelligence were used in smart cars, recently AI technology is applied to many other electronic devices. AI technologies support the engineering of systems that have a degree of autonomous agency. Today AI systems are frequently used at all levels of daily life, from everyday activities to professional work⁵ such as in IoT⁶ devices, health care, banking, and especially in smart cars.

There is not only one agreed description of AI, broadly it is defined as a computerised system exhibiting behaviour thought of as requiring intelligence⁷. AI cannot be considered a single technology, but it is declared a scientific discipline that gathers as a set of technologies. AI refers to systems that indicate intelligent behaviours and analyses their attitudes and actions to obtain specific

⁴ **McLachlan, Scott/Kyrimi, Evangelia/Dube, Kudakwashe/Fenton, Norman/Schafer, Burkhard** (2022) "The Self-Driving Car: Crossroads at the Bleeding Edge of Artificial Intelligence and Law", Cornell University, Workingpaper. <<https://8303d3e493133b9b937b9684793ab2f814c189c3.vetisonline.com/abs/2202.02734>>

⁵ <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/internet-things-policy>>

⁶ **Serpanos, Dimitrios/Wolf, Marilyn** (2018) *Internet of Things – IoT Systems Architectures, Algorithms, Methodologies*, Springer International Publishing; **Sönmez Çakır, Fatma/Aytekin, Alper/Tüminçin, Alper Fatma** (2018) *Nesnelerin İnterneti ve Giyilebilir Teknolojiler, Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi*, C:4, S:5, s.85.

⁷ **Walters/Novak**, p.41.

goals⁸. The system which is based on AI can be software-based, operating in the virtual world like, search engines on the internet, fingerprint or recognition of face systems, or voice assistants. Additionally, AI can be in hardware devices, like robots, autonomous cars, drones or Internet of Things applications.

Today, Big data is increasingly growing all over the world. It is important to integrate legal and ethical norms of big data and artificial intelligence into our daily lives. At that point, a big amount of data is processed during a huge variety of digital activities. The studies in this context show that norms on Big Data and artificial intelligence should be set for the regular data flow inside the society which guides the governments, users, and companies.

B. GDPR AND DATA PROCESSING

Personal data is a fundamental human right, which was mentioned in the UN Universal Human Rights Declaration in 1948 and the European Human Rights Convention in 1950⁹. Also, the judgments or decisions given by ECtHR, have strengthened the legal character of data protection and privacy in EU legislation¹⁰. Understanding privacy is a very complex challenge since it is dependent on the development of information and communication technologies. Basic principles of privacy are mentioned in the European Charter of Fundamental Rights, as well as in Article 8 of the European Convention on Human Rights¹¹. According to Edwards, privacy is a cultural concept interpreted diversely in different countries assuming different connotations. People have certain expectations according to their national

⁸ **Do Carmo, Tania/Rea, Stephen/Conaway, Evan/Emery, John/Raval, Noopur** (2021) In: *Law and Policy*, V:43, Issue 2 (April 2021), p.176.

⁹ **Güneş Peschke, Seldağ/Sayan, Ömer Fatih** (2021) "A Comparative Study of Privacy Policies and Data Protection During the COVID-19 Pandemic Within Different Countries", *CORONALOGY: Multidisciplinary Academic Analysis in Perspective of Covid-19* (Eds Sefer DARICI, Ayşe Meriç YAZICI), De Greuter – Sciendo.

¹⁰ **Güneş Peschke, Seldağ** (2014) *The Protection of Personality Rights From Roman Law Till Today*, Ankara, Yetkin.

¹¹ **Edwards, Lilian** (2019a) "Privacy and Data Protection I: What is Privacy? Human Right, National Law, Global Problem", *Law, Policy and the Internet* (Ed. Lilian Edwards), Hart, UK, p.52.

origin¹². For that reason, it is not surprising that privacy laws differ from country to country by cultural differences¹³.

Over the years, many national and international regulations were enforced in this regard. EU has regulated data protection Directive 95/46/EC in 1995 on the protection of individuals concerning the processing of personal data and on the free movement of such data to unify the data protection in Europe¹⁴. 95/46/EC was an important component of EU privacy and human rights law which was applied to national provisions of all member states concerning fundamental rights and freedoms of natural persons.

95/46/EC was replaced with the Regulation (EU) 2016/679 which is known as the General Data Protection Regulation (GDPR) by the European Parliament in 2016. Today, GDPR is the main regulation of the EU on the protection of personal data which was enforced in all Member States and has become a law that is directly applicable in all EU member states after 25 May 2018 without requiring implementation through national laws.

GDPR is not only a regulation which strengthens the rules of the 95/46 EU Directive but also introduces new ones. Most of the principles of GDPR date back to the former data protection directive 95/46 EC and sometimes to the Council of Europe Convention 108 (1981).

Therefore, there are differences between a directive and a regulation in the hierarchy of laws. Regulation is applied across all EU member countries once it is initiated without the need for the country by country to implement them. GDPR is a body of law, extraterritorial which the EU imposes its privacy

¹² Edwards, p.71.

¹³ Greenleaf, Graham (2012) "Korea's New Act: Asia's Toughest Data Privacy Law", 117 Privacy Laws & Business International Report, pp.1-6.

¹⁴ Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz (2013) "Protection Of The Mediatized Privacy In The Social Media: Aspects Of The Legal Situation In Turkey And Germany", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:17, S:2, s.873.

norms on the wider world. The operators outside of Europe should also comply with the Regulation¹⁵.

GDPR rules are applied to all relevant organizations regardless of size and this regulation protects all relevant individuals. Processing of personal data of the individuals in EU even the data controller or data processor who is not in the EU should also be subject to GDPR, as their behaviors are in the EU.

GDPR regulates data processing activities under several principles, related to data management and data processing from obtaining user consent to handling data breach situations¹⁶. Data protection activities based on lawfulness under Article 6 of GDPR are implemented transparently and securely which protects the dignity and the autonomy of the individuals, ensuring that fair and lawful processing can take place. There are several cases of the infringement of privacy according to ECHR Article 8 which includes data processing activities¹⁷.

The consent of the individual and the legitimate interest are kept in balance under a good legal reason for the data processing activities. In this data flow, the shared private data should be kept confidential¹⁸. In GDPR it is mentioned that data can be processed only under some conditions¹⁹. These principles can be summarized as fair processing; purpose specification; the need for a legitimate basis, such as consent of a person, the right of access; the right to have data rectified; and independent supervision²⁰.

¹⁵ **Edwards, Lilian** (2019a) "Privacy and Data Protection1: What is Privacy? Human Right, National Law, Global Problem" Law, Policy and the Internet (Ed. Lilian Edwards), Hart, UK, p.65.

¹⁶ **Arat, Tugay/Aslan, M. Mert** (2021) "Sosyal Medyada Veri Güvenliği ve Kişisel Mahremiyet Sorunu", Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, S:35, p.390.

¹⁷ *Gaughran v. The United Kingdom (Application No.45245/15)*, 3/06/2020; *Breyer v. Germany (Application No. 50001/12)* 07.09.2020; *Case Of Szabó And Vissy v. Hungary (Application No. 37138/14)* 06.06.2016.

¹⁸ **Arat/Aslan**, p.390.

¹⁹ **O'Doherty, Michael** (2020) *Internet Law*, Bloomsbury Professional, Croydon, p.202.

²⁰ **Fuster, Gloria González**, (2014) *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer, Brussels, p.4.

EU Data Protection regime is binding sometimes for other non-EU legal systems and implement laws similar in broad ways to data protection. Data cannot be exported from EU countries which have not been certified as “adequate” according to EU rules that aim to protect the personal data of EU citizens²¹.

GDPR requests reasonable data protection measures from organizations for the protection of the personal data of persons. Processing of data, their conditions, the provisions on data destruction and related issues with data are also subject to strict conditions under GDPR and hard sanctions are applied to those who do not comply with the provisions of the regulation²². For instance, Peschke et al. (2022) described relevant circumstances and requirements in the context of COVID-19 tracking applications (CTA) during the pandemic²³. Accordingly, decentralized and anonymized data storage in combination with voluntary usage is the prerequisite for compliance.

To sustain the functioning of data protection, European Data Protection Board (EDPB) is established as an independent body according to GDPR. The Board has representatives from the national data protection authorities and the European Data Protection Supervisor (EDPS). EDPB is founded to ensure the implementation of GDPR by providing legal guidance, advice and compliance with the promotion of cooperation within the national authorities.

In the strategic plan for 2021-2023, EDPB underlines three key issues for the application of data protection rules in the member states and beyond EU borders. For advancing harmonisation and facilitating compliance, EDPB aims to give guidance on key notions on the scope of data subjects’ rights and develop tools which help to implement data protection into practice²⁴. EDPB monitors

²¹ **Edwards, Lilian** (2019b) “Data Protection: Ener the General Data Protection”, Law, Policy and the Internet (Ed. Lilian Edwards), Hart, UK, p.78.

²² **Simitis, Spiross/ Hornung, Gerrit/ Döchmann, Indra Spieker genannt** (2019) *Datenschutzrecht*, Baden Baden Nomos Kommentar, Nomos, p.29.

²³ **Peschke, Lutz/ Güneş Peschke, Seldağ/ Gümüş Ağca, Yasemin/ Seyfajehi, Seyedehshehazad/ Dünder, Irmak/ Aydoğdu, Yasin** (2022) “Reward Mechanisms In COVID-19 Tracking Apps And Its Impact On The Voluntary Participation Of The Public In Sustainable Innovation Processes”, *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi*, S:39, s.54-72.

²⁴ <https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_strategy2021-2023_en.pdf>

the new technologies by the fundamental rights, human dignity and liberty. For that reason, EDPB aims to work more often with the policymakers to set high EU and global standards for international data transfers between the EU and third countries. In this context, the cooperation between national supervisory authorities is strengthened and coordination between them is promoted.

European Data Protection Supervisor (EDPS) is another independent authority which is based on the regulation 2018/1725 (EU) that monitors the applications of data protection rules within the EU institutions and investigates complaints on related topics. With these institutions, the EU aims to provide better implementation on the protection of personal data Europe-wide.

Fairness, legitimacy and transparency are the key principles of data processing which is mentioned in GDPR. In this sense, big data challenge purpose limitation since the key intent is to reuse personal data for unseen purposes²⁵. Edwards considers big data as the twin sister of machine learning by algorithmic systems which involve statically patterns in Big Data in the form of training datasets, building models out of those patterns and using new data inputs to classify them²⁶.

II. THE CONCEPT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ITS DEVELOPMENT IN LAW

A. AI AND THE LEGAL TERMINOLOGY OF EU LEGISLATION

Lee Loevinger who was a supreme court judge from Minnesota first mentioned the relation of law inspired by computational methods in 1949²⁷. After that time so many discussions appeared on AI and Law, as a result of developments of new computational methods and techniques for legal reasoning and argumentation. Kevin Ashley and Edwina Rissland pointed out

²⁵ **Mayer-Schönberger, Viktor/Cukier, Kenneth** (2013) *Big Data: A Revolution that will Transform How We Live, Work, and Think*, London, John Murray, p.15.

²⁶ **Edwards, Lilian/Veale, Michael** (2017) "Slave to the Algorithm? Why a "Right to an Explanation" Is Probably not The Remedy You Are Looking For", 16 *Duke Law&Technology Review* 18, pp.24-27.

²⁷ **Loevinger Lee** (1949) "Jurimetrics: The Next Step Forward" *Minnesota Law Review* (1796), V:44, N:4.

case-based and rule-based legal reasoning with cases and hypotheticals by using elementary logic and relevant differences and similarities of cases²⁸. It is clear that to develop intelligent legal information systems, there is a need for information models, algorithms and a language for legal terminology.

In the research of McCarty on Law and AI, he underlined the need for a special language which represents contents, actions and events²⁹. In Europe, EU legislation produces its legal terminology which generates intra-linguistic issues.

Today, AI is not only shaping the contours of the law, but also the legal practice. The usage of legal terminology in AI is discussed to operate intelligent legal information systems as a model using computational techniques to inform practitioners and citizens about legal issues³⁰. Semantic Web is the extension of the World Wide Web (Web 3.0) which aims to make the internet data machine-readable, and is used as an infrastructure to AI as a precondition to developing AI applications in the legal process for the Law domains, taking into consideration “law on the books” and “law in action”.

Mc Carty discussed if it is reasonable to build a computational theory of legal arguments and the need for a language which can represent concepts, states, events, and actions based on legal reasoning and legal argumentation³¹. Later on, some other scholars also conversed about the combination of data systems, algorithms, and the adoption of knowledge in “case-based” and “rule-based” systems³².

²⁸ **Rissland, Edwina/ Ashley, Kevin** (1987) “A case-based system for trade secrets law”, In: Proceedings of the First International Conference on Artificial Intelligence and Law, pp.60–66 ACM Press.

²⁹ **McCarty, L. Thorne** (1990) “Artificial Intelligence and law: How to Get There From Here” *Ratio Juris*, V:3, Issue 2, p.194.

³⁰ **McCarty, L. Thorne** (1984) Intelligent legal information systems: problems and prospects In: Campbell C (ed) *Data processing and the Law* Sweet and Maxwell, London, pp.125–151.

³¹ **McCarty** (1990), p.190.

³² **Ashley, Kevin** (2011) the case-based reasoning approach ontologies for analogical legal argument. In: Sartor G, Casanovas P, Biasiotti M, Fernández-Barrera M (eds) *Approaches to legal: ontologies law governance and technology series*. Springer, Dordrecht; **Ashley, Kevin** (1991) Reasoning with cases and hypotheticals in hypo *Int J Man Mach Stud* 753–796;

The importance of terminology or legal borrowing which means the relocation of legal terms from one legal system into another or from one language into another exceptionally put in use in comparative law³³. In the intersection of AI and law, the main question is focused on if a unique legal terminology is a solution to express the meanings of legal institutions in a better way in each country.

As the EU is made up of 27 states, the EU market is nearly 500 million people which is the third largest world population after China and India. EU legislation is based on multilingualism. In 27 states, 24 different languages are spoken. Multilingualism brings a process of translation over the EU legislation and autonomous interpretation throughout the Member States. So, in the formation of new regulations, it can be a solution to use the same legal terminologies in different languages to keep the same meanings of the institutions.

B. THE USE OF AI IN LEGAL TECH

Big data and Artificial Intelligence (AI) are permeated not only in our social lives, but also their usage is increasing in legal practice and processes. As a terminology, “Legal Tech” is used for any algorithm-based technology in legal issues which consists of all information technology in the legal field and related to data. Today, AI in the legal process goes from machine learning to machine

Walton, Douglas (2006) *Fundamentals Of Critical Argumentation*, Cambridge Cambridge University Press, Cambridge; **Savelka, Jaromir/Westermann, Hannes/ Benyekhlef, Karim/ Alexander, S. Charlotte/ Grant, Jayla/Amariles, David/Hamdani, Rajaa/Meeüs, Sebastien/Troussel, Aurore/ Araszkieicz, Michal/Ashley, Kevin/Ashley, Alexandra/Branting, Karl/Falduti, Mattia/Grabmair, Matthias/Harašta, Jakub/Novotná, Tereza/Tippett, Elizabeth/Johnson, Shiwanni** (2021) “Lex Rosetta: Transfer Of Predictive Models Across Languages, Jurisdictions, And Legal Domains” In: ACM (Ed.) *Proceedings Of The Eighteenth International Conference On Artificial Intelligence And Law*, pp.129–138.

³³ **Fuster**, p.9.

lawing³⁴. Recently, AI has started to be used in legal practice³⁵ generally for illumination of contracts, generation of good contracts, conducting legal research, recommendations for judicial decisions about sentencing or bail, and warning attorneys against legal errors mostly by law companies, public or private institutions, and state organizations³⁶.

AI can make decisions rapidly in domains involving millions of variables such as searching for the most relevant answer to a query or assessing an appropriate sentence for a crime³⁷. Moreover, decision-making³⁸ or consulting applications are being used in law, such as Lexis Answers or Lexis Answer Card where legal questions are asked and answered with the best legal solutions³⁹.

Many German Federal States have started testing softwares named Precobs (Pre Crime Observation System) and SKALA (System zur Kriminalitätsanalyse und Lageantizipation) that analyses certain criminal cases to estimate the person's likelihood to return to crime⁴⁰. However, AI is not yet ready to replace human judgment in the legal profession, although there are pilot implementations in China which are recommended by the Chinese State Courts⁴¹.

³⁴ **Buchholtz, Gabriella** (2020) "Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law", *Regulating Artificial Intelligence* (Eds. Thomas Wischmeyer/ Timo Rademacher) Switzerland, Springer, pp.177.

³⁵ **Çekin, Mesut Serdar** (2021) *Yapay Zeka Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, I.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.30-31.

³⁶ **Erdoğan, Gökhan** (2021) "Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, S:66 s.130; **Buocz, Thomas Julius** (2018) "Artificial Intelligence in Court Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary", *Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies*, V:2, N:1, p.46; **Zeytin, Zafer/Gençay, Eray** (2019) "Hukuk ve Yapay Zekâ: E-kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması", *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S:1, s.42.

³⁷ **Edwards** (2019c), p.141.

³⁸ **Ulenaers, Jasper** (2020) "The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?", *Asian Journal of Law and Economics*, V:11 No:2, pp.1.

³⁹ **Sümer, S. Yağmur** (2021) "Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:23, S:2, s.1545; **Walters, Robert/Novak, Marco**, p.44.

⁴⁰ **Buchholtz**, p.180.

⁴¹ <<https://law.asia/ai-in-courts-paves-way-for-efficiency-consistency-in-china>> (s.e.t. 15.06.2021)

In litigations, the judge must decide according to his/her conscientious opinion. Because of the judge's discretion as a human being and the application of equity principles, it seems difficult to use AI in the decision-making processes in the courts, but advisory decisions can be taken.

III. ENTRY OF AI IN EU LEGISLATION AND FORTHCOMING REGULATIONS

A. AI IN EU LEGISLATION

Considering the future developments, in the 1980s the International Association of AI and Law (IAAIL) was founded to support and develop AI regulations at the international level. Since then, the EU has been dealing with the new regulations on AI, data protection, and privacy concerning fundamental rights and human rights principles. It is considered as there is a direct link between new technologies, social change and law.

Without internet access, there is no content, application or service. Lessig's "Code and Other Laws of Cyberspace"⁴² is one of the most significant books on Internet regulation since it is published in 1999. According to Lessig, code can be taken as an empowering regulatory tool, but it can be misused according to the circumstances⁴³. Currently, in parallel with the technological developments, legal drafts such as Artificial Intelligence Act, Data Governance Act, Data Act, European Health Data Space, etc. are prepared by EU institutions, on different technical subjects to regulate the new technologies.

The studies in this context show that norms on Big Data and artificial intelligence should be set for regular data flow concerning GDPR and related regulations inside the society which guide the governments and users. However, according to Kesa and Kerimkae, GDPR suffers in terms of efficacy in artificial intelligence-based technologies and full compliance of data controllers and processors who use such technologies is unlikely to be achieved in regards to the right to information, the general principle of transparency and

⁴² **Lessig, Lawrence** (1999) *Code: And Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books.

⁴³ **Guadamuz**, p.15.

the right to erasure⁴⁴. In AI using technologies, big amounts of data are kept about the habits and lifestyles of individuals which sometimes causes a breach of privacy. In social media channels, users determine their content and share millions of data⁴⁵. While in 2016 the data generated for an average person was 600 megabytes, in 2020 it became around 1.5 Gigabytes. In the application of AI technologies, it can be difficult to fulfil transparency, because of the complexity of processing millions of data which creates risks for some of the fundamental rights and provisions of GDPR⁴⁶.

As it is mentioned by the European Group on "Ethics of Security and Surveillance Technologies", in our daily life, the actual and potential impact of ICT technologies and the usage of artificial intelligence is rapidly growing. This situation shows us that a balance must be kept between socio-economic stakeholders who are promoting innovation and privacy and cyber security regulations⁴⁷.

As a part of the European Strategy, a High Level of Expert Group (AIHLEG) working on Artificial Intelligence has been established by European Commission in 2018. The committee has prepared two tasks on artificial intelligence "AI Ethics Guidelines and Policy and Investment Recommendations" and "Trustworthy AI" which offer ethical guidance for AI practitioners.

In 2019 European Commission reported "Ethics Guidelines For Trustworthy AI" to support AI solutions for humanity and the environment which indicate the matters of responsibility, transparency, and data protection as the main parts of trustworthy AI⁴⁸.

⁴⁴ **Kesa, Aleksandr/Kerikmae, Tanel** (2020) "Artificial Intelligence and the GDPR Inevitableness?", *Taltech Journal of European Studies*, V:10, Issue 3, pp.70.

⁴⁵ **Kent, Bülent** (2020) "Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu", *Bilişim Hukuku Dergisi*, C:2, S:1, s.5.

⁴⁶ **Kesa/ Kerikmae**, p.75.

⁴⁷ **Lipton, Jacqueline** (2015) *ReThinking Cyber Law A New Vision for Internet Law*, UK, Edward Elgar, p.3.

⁴⁸ The European Commission Ethic Guidelines for Trustworthy AI [2018]

Ethical standards for AI are discussed at the European level by the European Parliament, as a proposal for a Regulation on ethical principles not only to build trust at all levels of involved stakeholders and society, but also to support the development, deployment and use of artificial intelligence, robotics and related technologies in EU in a manner that is compliant with ethical principles⁴⁹. The proposal consists of a coordination role at the Union level, as well as supports the European Commission. According to the proposal, a “Supervisory Authority” is formed in every EU Member State to cooperate and coordinate the legislation process and to monitor the application of the “Regulation” by binding guidelines. The proposal aims to prepare an annex which establishes an exhaustive and cumulative list of high-risk sectors and high-risk uses and purposes⁵⁰.

European Commission published the “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonized Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts on 21 April 2021. This proposal can be considered the first attempt of the Union, as a regulatory work, in the field of artificial intelligence⁵¹. When the regulation comes into force, it will closely affect companies, enterprises, customers and governments. Likewise, the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, Artificial Intelligence Act which will be entered into force in 2025, is expected to be a pioneer in setting global standards⁵².

B. FORTHCOMING REGULATIONS IN EU LEGISLATION

Since 2010, many national policies and strategies are prepared for artificial intelligence and related technologies concerning human rights,

⁴⁹ <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_EN.html#title1>

⁵⁰ European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies (2020/2012(INL)), <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_EN.html#title1>

⁵¹ European Commission COM (2021) 206 final, 2021/0106 (COD) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Act [2021]

⁵² <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>>

democracy and the rule of law. In 2015, European Commission has made legal arrangements for the Internet of Things (IoT)⁵³ which is defined as a global, invisible, networking environment built through smart sensors, cameras, software, and databases, in a world-spanning information fabric which was put into action for the digitalization of society and an environment where objects and individuals are interconnected via communication networks for the benefit of citizens⁵⁴. IoT is considered as a data processing activity according to article 2 of GDPR⁵⁵. However, there are still uncertainties⁵⁶.

In 2016, the Commission published a staff working document called “Advancing the IoT in Europe” on the digitalization of society and businesses to create a single market for IoT. The proposal for Data Act is published on 23rd February 2022. Among the other rules, the Act consists of rules on improved access and portability for IoT devices for sharing with a third party of the user’s choice. IoT systems also process personal data which may be automatically shared from machine to machine with no transparency to the user⁵⁷. For that reason, the legal needs of IoT, AI and related technologies are getting higher and higher each day.

Consequently, Data Governance Act was published as a draft in 2020, and at the same period, European Commission published a “White Paper of Artificial Intelligence” for ethical, and legal concerns about AI that need to be regulated⁵⁸. European Commission brought a proposal “Artificial Intelligence Act” on the 21st of April 2021 which is the first attempt to regulate artificial

⁵³ **Daş, Resul/Gündüz, M. Zekeriya** (2018) “Nesnelerin İnterneti: Gelişimi, Bileşenleri ve Uygulama Alanları”, Pamukkale Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi, C:24, S:2, s.334; **Gülşen, İzzet** (2019) Nesnelerin İnterneti: Vaatleri ve Faydaları, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD), C:6, S:8, s.108.

⁵⁴ **Edwards** (2019c), p.133;148.

⁵⁵ Opinion 8/2014 on the on Recent Developments on the Internet of Things, p.4.

⁵⁶ **Wachter, Sandra** (2018) The GDPR and the Internet of Things: A Three-Step Transparency Model, Law, Innovation and Technology, V:10, N:2.

⁵⁷ **Hildebrandt, Mireille/Koops, Bert-Jaap** (2010) “The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era”, Modern Law Review, V:73, No:3, p.428.

⁵⁸ Commission European (2020) On artificial intelligence - a european approach to excellence and trust Tech rep, European Commission.

intelligence systems in Europe. The act aims to create a legal basis for processing developing and testing innovative AI systems for the public, including health issues, such as disease prevention, control and treatment.

As health data is considered sensitive data in GDPR, the processing of health data is subject to strict rules. Especially after the pandemic period, new drafts on health data have been prepared. Regarding the processing of health data, European Health Data Space (EHDS) is another upcoming Act that the proposal has come in February 2022. The draft creates a common space in the area of health and allows improved access to own electronic health data and sharing it with other health professionals⁵⁹. EHDS promotes the exchange of patients' data safely and in a secure way, even they travel abroad, and citizens have control over their health data. The Act supports not only digital health services, but also clarifies the security of artificial intelligence in health issues. The regulation upholds data protection rules. EHDS encourages the use of health data in research and policy-making. Currently, Medical Devices Regulation creates guidelines on Cybersecurity for medical devices which consists of rules for the processing of health data.

Forthcoming regulations on AI and related topics in EU legislation may generate new challenges for the existing ethical and legal framework of GDPR⁶⁰. Especially in the ICT technologies which collect huge amounts of personal data, the balance between the use of data and the principles of fundamental rights should be kept in balance. It is important to ensure the compliance of these drafts with each other. With these new regulations which are proposed for a trusted and cyber-secure Europe, EU aims to achieve a high common level of cybersecurity all across EU in collaboration with the society.

⁵⁹ <https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/preliminary-opinion-82020-european-health-data-space_en> s.e.t.15.06.2022

⁶⁰ **Bozkurt Yüksel, A. Ebru** (2022) "Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S:51, s.19-46.

CONCLUSION

In parallel with the technological developments, especially starting from the 1950s and accelerating after 2000, the legal rules have been renewed and changed according to the new implementations. The widespread use of smartphones has facilitated easy access to information, and as a result, the problem of data security has emerged. Directive 95/46, which started being implemented in the EU in 1995, was abolished with the entry into force of GDPR in 2018, and a new era has been entered into the EU legislation with the General Data Protection Regulation.

Today, artificial intelligence and its associated technology are growing at an incredible speed. In the face of these developments, the existing legal regulations are not sufficient. For this reason, the EU has prepared and discussed several drafts which will be put into effect in the next 5 years.

With the entry into force of the new regulations that are still in draft forms, such as the Artificial Intelligence Act, Data Governance Act, Data Act, and European Health Data Space, many rules regarding the processing and sharing of data can be changed. Of course, this situation may cause some new challenges in GDPR in the next years which is not clear yet. The fact that the new regulations are compatible with each other and follow the GDPR provisions, can eliminate this uncertainty in the coming years. Out of the EU, there are many countries which have different legal systems with different regulations. Consequently, a global data and privacy program can be a solution to ensure uniformity in the globalizing world.

ACKNOWLEDGEMENT

This paper is based on research that is executed within the scope of the project “PandeVITA – Pandemic Virus Trace Application for the Effective Knowledge Transfer Between Science and Society Inside the Quadruple Helix Collaboration” The project has received funding from the European Union’s Horizon 2020 research and innovation program under grant agreement No 101006316.

BIBLIOGRAPHY

- Arat, Tugay/Aslan, M. Mert** (2021) “Sosyal Medyada Veri Güvenliği ve Kişisel Mahremiyet Sorunu” Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, S:35, s.387-401.
- Ashley, Kevin** (2011) The Case-Based Reasoning Approach Ontologies For Analogical Legal Argument. In: Sartor G, Casanovas P, Biasiotti M, Fernández-Barrera M (eds) Approaches to legal: ontologies law governance and technology series. Springer, Dordrecht.
- Ashley, Kevin** (1991) Reasoning With Cases And Hypotheticals In Hypo Int J Man Mach Stud pp.753–796.
- Bozkurt Yüksel, A. Ebru** (2022) “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:51, s.19-46.
- Buchholtz, Gabriella** (2020) “Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law”, Regulating Artificial Intelligence (Eds. Thomas Wischmeyer/ Timo Rademacher) Switzerland, Springer, pp.175-198.
- Buocz, T. Julius** (2018) “Artificial Intelligence in Court Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary”, Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies, V:2, N:1.
- Çekin, M. Serdar** (2021) Yapay Zeka Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Daş, Resul/Gündüz, M. Zekeriya** (2018) “Nesnelerin İnterneti: Gelişimi, Bileşenleri ve Uygulama Alanları”, Pamukkale Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi, C:24, S:2, s.327-335.
- Do Carmo, Tania/Rea, Stephen/Conaway, Evan/Emery, John/Raval, Noopur** (2021) “The Law in Computation: What Machine Learning, Artificial Intelligence, and Big Data Mean for Law and Society Scholarship”, Law and Policy, V:43, Issue 2, pp.170-199.

- Edwards, Lilian** (2019a) “Privacy and Data ProtectionI: What is Privacy? Human Right, National Law, Global Problem” Law, Policy and the Internet (Ed. Edwards, Lilian), Hart, UK, pp.52-75.
- Edwards, Lilian** (2019b) “Data Protection: Enter the General Data Protection”, Law, Policy and the Internet (Ed. Edwards, Lilian), Hart, UK, pp.77- 117.
- Edwards, Lilian** (2019c) “Data Protection and e Privacy: From Spam and Cookies to Big Data, Machine Learning and Profiling”, Law, Policy and the Internet (Ed. Edwards, Lilian), Hart, UK, pp.119- 164.
- Edwards, Lilian/Veale, Michael** (2017) “Slave to the Algorithm? Why a “Right to an Explanation” Is Probably not The Remedy You Are Looking For”, 16 Duke Law&Technology Review 18, pp.24-27.
- Erdoğan, Gökhan** (2021) “Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, Adalet Dergisi, S:66 s.117-192.
- Francesconi, Enrico** (2022) “The Winter, The Summer And The Summer Dream Of Artificial Intelligence In Law.”, *Artif Intell Law*, 30, pp.147–161 < <https://doi.org/10.1007/s10506-022-09309-8>>.
- Fuster, G. González** (2014) The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Springer, Brussels.
- Gao, Jianxi/Li, Daqing/Havlin, Shlomo** (2014), “From a Single Network to a Network of Networks”, National Science Review, V:1, Issue 3, pp.346-356.
- Greenleaf, Graham** (2012) “Korea’s New Act: Asia’s Toughest Data Privacy Law”, 117 Privacy Laws &Business International Report, pp.1-6.
- Guadamuz, Andres** (2019) “Internet Regulation”, Law, Policy and the Internet (Ed. Lilian Edwards), Hart, UK, pp.3-20.
- Gülşen, İzzet** (2019) Nesnelerin İnterneti: Vaatleri ve Faydaları, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD), V:6, N:8, pp.108.

- Güneş Peschke, Seldağ/ Peschke, Lutz** (2013) “Protection Of The Mediatized Privacy In The Social Media: Aspects Of The Legal Situation In Turkey And Germany”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*” C:17, S:2, s.857-884.
- Güneş Peschke, Seldağ** (2014) *The Protection of Personality Rights From Roman Law Till Today*, Ankara, Yetkin.
- Güneş Peschke, Seldağ/Sayan, Ömer Fatih** (2021) “A Comparative Study of Privacy Policies and Data Protection During the COVID-19 Pandemic Within Different Countries”, *CORONALOGY: Multidisciplinary Academic Analysis in Perspective of Covid-19* (Eds Sefer DARICI, Ayşe Meriç YAZICI), De Greuter – Sciendo.
- Hildebrandt, Mireille/Koops, Bert-Jaap** (2010) “The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era”, *Modern Law Review*, V:73, No:3, p.428-460.
- Kent, Bülent** (2020) “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C:2, S:1, s.1-46.
- Kesa, Aleksandr/Kerikmae, Tanel** (2020) “Artificial Intelligence and the GDPR Inevitableness?”, *Taltech Journal of European Studies*, V:10, Issue 3, pp.67-90.
- Lessig, Lawrence** (1999) *Code: And Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books.
- Lipton, Jacqueline** (2015) *ReThinking Cyber Law A New Vision for Internet Law*, UK, Edward Elgar.
- Loevinger Lee** (1949) “Jurimetrics: The Next Step Forward”, *Minnesota Law Review* (1796), V:44, N:4, p.455.
- Lucchi, Nicola** (2016) *The Impact of Science and Technology on the Rights of the Individuals, Law, Governance and Technology Series 26*, Springer, p. 4.

- Mayer-Schönberger, Viktor/Cukier, Kenneth** (2013) *Big Data: A Revolution that will Transform How We Live, Work, and Think*, London, John Murray.
- McCarty, L. Thorne** (1984) *Intelligent Legal Information Systems: Problems And Prospects* In: Campbell C (Ed), *Data processing and the Law* Sweet and Maxwell, London, pp.125–151.
- McCarty, L. Thorne** (1990) “Artificial Intelligence And Law: How To Get There From Here”, *Ratio Juris*, V:3, Issue 2, pp.189–200.
- McLachlan, Scott/Kyrimi, Evangelia/Dube, Kudakwashe/Fenton, Norman/Schafer, Burkhard** (2022) “The Self-Driving Car: Crossroads at the Bleeding Edge of Artificial Intelligence and Law”, Cornell University, Workingpaper, <<https://8303d3e493133b9b937b9684793ab2f814c189c3.vetisonline.com/abs/2202.02734>>.
- O’Doherty, Michael** (2020) *Internet Law*, Bloomsbury Professional, Croydon.
- Palmirani, Monica/Martoni, Michele/Rossi, Arianna/Bartolini, Cesare/Robaldo, Livio** (2018) *PrOnto: Privacy Ontology for Legal Reasoning*. In: Kö, A., Francesconi, E. (eds) *Electronic Government and the Information Systems Perspective. EGOVIS 2018. Lecture Notes in Computer Science*, V:11032. Springer, Cham.
- Peschke, Lutz/Güneş Peschke, Seldağ/Gümüş Ağca, Yasemin/Seyfajehi, Seyedehshahezad/Dündar, Irmak/Aydoğdu, Yasin** (2022) “Reward Mechanisms In COVID-19 Tracking Apps And Its Impact On The Voluntary Participation Of The Public In Sustainable Innovation Processes”, *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi*, S:39, s.54-72.
- Purtova, Nadezhda** (2018) “The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law”, *Law, Innovation and Technology*, V:10, Issue 1, pp.40-81.
- Rissland Edwina/ Ashley Kevin** (1987) “A Case-Based System For Trade Secrets Law”, In: *Proceedings Of The First International Conference On Artificial Intelligence And Law*, pp.60-66 ACM Press.

- Savelka, Jaromir/Westermann, Hannes/ Benyekhlef, Karim/ Alexander, S. Charlotte/ Grant, Jayla/Amariles, David/Hamdani, Rajaa/Meeùs, Sebastien/Troussel, Aurore/ Araszkievicz, Michal/Ashley, Kevin/Ashley, Alexandra/Branting, Karl/Falduti, Mattia/Grabmair, Matthias/Harašta, Jakub/Novotná, Tereza/Tippett, Elizabeth/Johnson, Shiwanni** (2021) “Lex Rosetta: Transfer Of Predictive Models Across Languages, Jurisdictions, And Legal Domains” In: ACM (Ed.) Proceedings Of The Eighteenth International Conference On Artificial Intelligence And Law, pp.129–138.
- Serpanos, Dimitrios/Wolf, Marilyn** (2018) Internet of Things – IoT Systems Architectures, Algorithms, Methodologies, Springer International Publishing.
- Simitis, Spiross/Hornung, Gerrit/Döchmann, Indra Spieker genannt** (2019) Datenschutzrecht, Baden Baden **Nomos Kommentar, Nomos Storm, Marijn/ van der Wolk, Alex**. In: RAIL: The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law, V:4, Issue 6 (November-December 2021), pp.451-458.
- Singil, Nesrin** (2022) “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, Public and Private International Law Bulletin , C:42, S:1, s.121-158.
- Sönmez Çakır, Fatma/Aytekin, Alper/Tüminçin, Alper Fatma** (2018) Nesnelerin İnterneti ve Giyilebilir Teknolojiler, Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi, C:4, S:5, s.84-95.
- Specht, Louisa/Mantz, Reto** (2019) Handbuch Europisches und deutsches Dateschutzrecht, Beck, Munich.
- Sümer, S. Yağmur** (2021) “Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim“ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:2, s.1543-1591.
- Ulenaers, Jasper** (2020) “The Impact of Articial Intellgence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, Asian Journal of Law and Economics, V:11 No:2, pp.1.

- Valery, Stepenko/Lyudmila, Dreval/Sergei, Chernov/Viktor, Shestak** (2022) “EU Personal Data Protection Standards and Regulatory Framework”, *Journal of Applied Security Research*, Vol.17 Issue 2, p.190-207.
- Wachter, Sandra** (2018) “The GDPR and the Internet of Things: A Three-Step Transparency Model”, *Law, Innovation and Technology*, V:10, N:2.
- Walters, Robert/Novak, Marco** (2021) *Cyber Security, Artificial Intelligence, Data Protection & the Law*, Springer, Singapore.
- Walton, Douglas** (2006) *Fundamentals Of Critical Argumentation*, Cambridge University Press.
- Zeytin, Zafer/Gençay, Eray** (2019) “Hukuk ve Yapay Zekâ: E-kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S:1, s.39-70.

İŞ SIRRI VE TİCARİ SIR BAĞLAMINDA ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN REKABET YASAĞINA AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUĞU*

Arş. Gör. Atanur KARAAHMETOĞLU**

ÖZET

İş sırrı ve ticari sır niteliğinde bilgiler ticari yaşamda büyük öneme sahiptir. Bu nedenle işletmeler birbiriyle rekabet içine girmektedir. Rekabet, rakiplerin aynı alanda yarışması ve mücadele etmesi anlamına gelmektedir. Ancak, rekabetin dürüstlük ve iyi niyet kuralları çerçevesinde yapılması gerekir. Aksi halde haksız rekabet söz konusu olacaktır. Zira birçok alanda rekabetçi bir ortam bulunmaktadır. Özellikle, ticari yaşamda şirketler her geçen gün daha fazla rekabet içine girmektedir. Rekabet içine giren şirketler daha iyi ve daha güçlü bir konuma yükselmeyi amaçlamaktadır. Hatta her ticaret şirketi kendi faaliyet alanında birçok rakip şirketle mücadele etmektedir. Anonim şirketler de ticaret yaşamında birçok şirketle rekabet içine girmekle birlikte, şirket yönetim kurulu üyeleri de söz konusu anonim şirketle rekabet edebilmektedir. Ancak, yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulunda bulunduğu bir şirketle rekabet içinde olması hukuka uygun değildir. Zira anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna karşın, şirket genel kurulu izin verdiği takdirde yönetim kurulu üyeleri izin kapsamında anonim şirketle rekabet içine girebilmektedir. Bu çalışmada anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının kapsamı, hüküm ve sonuçları ve rekabet yasağının kalkmasının mümkün olup olmadığı üzerine bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Sırrı, Ticari Sır, Anonim Şirket, Rekabet, Rekabet Yasağı, Sadakat Yükümlülüğü, Yönetim Kurulu, Hukuki Sorumluluk.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1059192 – Geliş Tarihi: 17.01.2022 – Kabul Tarihi: 31.07.2022.

** Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, E-posta: atanurkartal@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8306-3178.

THE RESPONSIBILITY OF BOARD MEMBERS IN JOINT COMPANIES WITHIN THE CONTEXT OF BUSINESS SECRET AND TRADE SECRETS ARISING FROM THE PROHIBITION OF COMPETITION

ABSTRACT

Business secret and trade secret information has great importance in business life. Therefore, businesses are competing with each other. Competition means that competitors compete and struggle in the same field. However, competition must be made within the framework of honesty and goodwill. Otherwise, there will be unfair competition. Because there is competitive environment in many areas. In particular, companies are becoming more and more competitive in commercial life. Competing companies aim to rise to a better and stronger position. In fact, every trading company is struggling with many rival companies in its field of activity. While joint stock companies compete with many companies in the business life, the board members of the company may compete with the joint stock company in question. However, it is not lawful for the members of the board of directors to compete with a company on the board of directors. Because the members of the board of directors of joint stock companies have a duty of loyalty. However, the board of directors may compete with the joint stock company within the scope of the permit if the general assembly of the company gives permission. In this study, an assessment was made on the scope, terms and consequences of the prohibition of competition of the members of the board of directors of the joint stock company and whether it is possible to lift the prohibition of competition.

Keywords: Business Secret, Trade Secret, Joint Stock Company, Competition, Prohibition of Competition, Loyalty Obligation, Board of Directors, Legal Responsibility.

GİRİŞ

Ticari yaşamın gelişmesi adına rekabetçi bir ortamın tesis edilmesi son derece önemlidir. Ancak, ticari yaşamda şirketlerin, işletmelerin ve bu şirket ve işletmelerde görev alan kişilerin dürüstlük ve doğruluk kurallarına uygun hareket etmesi gerekir. Bu nedenle yasa dışı yollara sapılmaması ve hukuka uygun hareket edilmesi önemlidir. Aksi halde haksız rekabet söz konusu olmaktadır. Öyleyse ticari yaşamda haksız kazanç elde etmeye yönelik faaliyetlerden kaçınılması gerekir. Söz konusu faaliyetler yasa dışı olmakla birlikte, bu şekilde kişiler genellikle kendilerine bir maddi kazanç sağlamak için hareket etmektedir. Bu tür eylemler hukuka uygun davranışlar olmadığı gibi, ticari örf, adet ve geleneklerle de örtüşmemektedir.

Rekabet yasağının temelinde sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Sadakat yükümlülüğü gereği, bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesinin anonim şirketle rekabet içine girmesi söz konusu değildir. Aksi halde, yönetim kurulu üyesi sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Zira yönetim kurulu üyesi görevi gereği birtakım şirket sırlarına ve şirketin ticari bilgilerine vakıf olmaktadır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet içine girme yasağı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 396. maddesinde hükme bağlanmıştır. Adı geçen hükme göre, anonim şirketin faaliyet gösterdiği bir alanda yönetim kurulu üyesinin anonim şirketle rekabet içine girmesi söz konusu değildir. Burada şirketin fiilen yaptığı iş esas alınmaktadır. Şu halde yönetim kurulu üyesinin yaptığı faaliyetlerin anonim şirketin faaliyetleriyle çakışmaması gerekir. Ayrıca yönetim kurulu üyesinin faaliyette bulunduğu alan ticari iş niteliğinde değilse rekabet yasağı söz konusu olmayacaktır. Ancak, yönetim kurulu üyesi bir ticari işle uğraşıyorsa bu ticari iş de anonim şirketin fiilen yaptığı ticari işin kapsam alanına girmekte ise rekabet yasağı söz konusudur. Bu itibarla şirketin fiilen yapmadığı işler açısından istisnai olarak yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı oluşmamaktadır. İlaveten, bazı hallerde yönetim kurulu üyesinin anonim şirketle rekabet etmesi mümkün bulunmaktadır. Bunun için şirket genel kurulunun yönetim kurulu üyesine izin vermiş olması gerekmektedir. Anonim şirket genel kurulunun vermiş olduğu izin çerçevesinde yönetim kurulu üyesinin şirket konusuna giren bir alanda faaliyet

göstermesi mümkün olmaktadır. Ancak, yönetim kurulu üyesi verilen izninin sınırlarını aştığı takdirde, yönetim kurulu üyesi rekabet yasağını ihlal etmiş olacaktır. Rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesine karşı şirketin seçimlik hakları bulunmaktadır. Bu kapsamda şirket yönetim kurulu, rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı ne tür bir yaptırım uygulayacağına karar vermektedir. Verilecek bu karara ve bu yönde yapılan görüşmelere rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesinin müdahil olması söz konusu değildir.

Rekabet yasağının yönetim kurulu üyesinin görev süresi bittikten sonra da devam edip etmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Öğretide bir görüş, yönetim kurulu üyesinin görev süresi bittikten sonra da belli bir süre ve belli sınırlar içinde rekabet yasağının devam edebileceğini kabul etmiştir.¹ Ancak, Yargıtay yönetim kurulu üyesinin görev süresinin bitmesi ile rekabet yasağının ortadan kalkacağını kabul etmiştir.²

Bu çalışmada, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hangi hallerde rekabet yasağının olduğu, hangi hallerde rekabet yasağının kalktığı sorusuna bir cevap aranmıştır. Bu şekilde rekabet yasağının sınırları çizilmek istenmiştir.

I. GENEL OLARAK

Sürekli bir yarışın yaşandığı ticari yaşamda rekabet oldukça önemlidir.³ Hatta büyük şirketler rekabet gücünü arttırabilmek adına sınır ötesi birleşmelere⁴ dahi gidebilmektedir. Ancak, rekabetin belli kural ve kaidelere

¹ Karasu, Rauf (2004) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklık Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı", *Rekabet Dergisi*, S: 20, s. 25; Aşık, Pınar (2017) "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi*, C: 75, S: 4, s. 190.

² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2010/11204, K: 2010/15168, T: 04.10.2012, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> s.e.t. 25.11. 2020.

³ Uşan, M. Fatih (2003) *İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 41; Ateş, Mustafa (2009) "AB ve Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış", *FMR*, C: 9, S: 1, s. 58.

⁴ İpekeli Kayalı, Fena (2014) *Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler*, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 49.

uygun yapılması gerekmektedir.⁵ Bu nedenle rekabete ilişkin mevzuat ve sözleşme hükümleri ile belli sınırlamaların getirilmesi de mümkündür.⁶ Örneğin RKHK ile kanun düzeyinde rekabete sınırlama getirilirken, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik ile yönetmelik düzeyinde de rekabete sınırlama getirilmiştir. Bu şekilde haksız rekabetin önlenmesi de mümkün olmaktadır. Zira rekabetin kötüye kullanılmaması, haksız rekabetin oluşmaması adına ticari yaşamda faaliyet gösteren aktörlerin belli kurallar dahilinde hareket etmesi gerekmektedir.⁷

Rekabet, hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar alınmasını sağlama amacına hizmet etmektedir. Ancak, ticari yaşamda rekabet ihlalleri de olabilmektedir. Bu nedenle rekabet ihlallerinin olması halinde de etkin bir korumanın sağlanması gerekmektedir.⁸

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 54. maddesinin 2. fıkrasına göre; *"Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."* Ayrıca TTK'nın 55. maddesinde haksız rekabet halleri örnekleme yoluyla sayılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, ticari faaliyetlerin ve işlemlerin dürüstlük kurallarına uygun şekilde yapılması gerekir.⁹ O halde aldatıcı, gerçek dışı ve kötü niyetli davranışların varlığı haksız rekabetin oluşmasına neden olmaktadır.¹⁰ Söz konusu düzenlemelerin arka planında, rekabet eden kişilerin

⁵ Aslan, İsmail Yılmaz (2020) Rekabet Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 85-86.

⁶ Sulu, Muhammed (2016) "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", MÜHFHAD, C: 22, S: 2, s. 577.

⁷ Özel, Çağlar/Özdemir, Semih Sırrı (2017) "Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C: 19, Özel Sayı, s. 200.

⁸ Karauz, Agah Kürşat / Işık, Halil Alperen (2016) "Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması", YBHD, S: 1, s. 285-286.

⁹ Erdil, Engin (2020) Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 25-27.

¹⁰ Çetiner, Selma / Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru (2021) Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 149-150; Eriş, Gönen (2017) Ticari İşletme ve Şirketler

neden olacağı haksız rekabetin ve buna bağlı olarak haksız kazancın önlenmesi düşüncesi yatmaktadır.¹¹ Bu nedenle ticari faaliyetlerin dürüstlük ve doğruluk kurallarına uygun yapılması, hukuka uygun şekilde hareket edilmesi gerekmektedir.¹²

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 57 hükmünde ise, "*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.*

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır." şeklinde haksız rekabet ele alınmıştır. Bu doğrultuda başka kişileri veya o kişilerin mallarını, ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere kötüleyici açıklamalar haksız fiil teşkil etmektedir. Buna göre yapılan yanlış ve yanıltıcı açıklamalar kötüleme olarak kabul edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, gerçek olsa dahi incitici nitelikteki açıklamaların da kötüleme olarak kabul edilmesi mümkündür. Burada kullanılan üslup ve kullanılan ifadeler önem taşımaktadır. Dolayısıyla kötüleme amacıyla bu tür ifadelerin kullanılması halinde de haksız rekabet oluşmaktadır.¹³

Cilt I, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 59-60; Çınar Karadağ, Nihal (2019) Haksız Rekabet ve Yaptırımları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 153-155.

¹¹ Maral, Maşallah (2018) "TCK Madde 239 "Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması" Suçunun İncelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C: 2, S: 92, s. 117.

¹² Ateş, s. 58.

¹³ Can, Mustafa (2007) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet, TBB Dergisi, S: 69, s. 158.

II. REKABET YASAĞI KAVRAMI

Rekabet yasağı, en yalın haliyle haksız menfaat kazanımlarının önlenmesidir.¹⁴ Bu nedenle rekabet yasağını ihlal eden kişilerin hukuki sorumluluğu gündeme gelmektedir.¹⁵

Daha kapsamlı şekilde açıklamak gerekirse rekabet yasağı, aynı alanda iş yapan ya da faaliyette bulunan kişilerin birbirleri ile hukuka aykırı şekilde yarış içine girememesi, belirli kişilerin birbirleriyle rekabet içine girmelerinin yasaklanması anlamına gelmektedir.¹⁶ Böylelikle bazı bilgi ve belgeleri haksız yere ele geçiren kişilerin neden olacağı haksız rekabetin önlenmesi ve ticari hayatın dürüstlük kurallarına uygun şekillenmesi amaçlanmaktadır.¹⁷ Buna göre, bir işletme ya da şirket için önemli ve gizli kalması gereken bilgileri, bu işletme ya da şirkette görev alan kişilerin işletme ya da şirketle rekabet içine girerek kullanmaması ve bu şekilde menfaat elde etmemesi gerekir.¹⁸ Zira işletme ya da şirket için önemli ve gizli kalması gereken bu bilgiler sır niteliğinde bilgiler olabilir.¹⁹ Şu halde sır niteliğindeki bu bilgileri işletme ya da şirketle rekabet içine girerek kullanan ve bu şekilde menfaat elde eden kişiler rekabet yasağı ilkesini çiğnenmiş olmaktadır.²⁰ Ayrıca bu davranışlar sadakat yükümlülüğünün de ihlali anlamına gelmektedir.²¹ Bu bağlamda ilk olarak sır kavramını ele almak daha sonrasında da sadakat yükümlülüğünden ne anlaşılması gerektiğini incelemek isabetli olacaktır.

¹⁴ Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 63.

¹⁵ Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N Füsün (2021) Ticari İşletme Hukuku, 7.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 119.

¹⁶ Uşan, s. 44; Manav, A. Eda (2010) "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", TBB Dergisi, S: 87, s. 323.

¹⁷ Maral, s. 117.

¹⁸ Aydın, Hüseyin (2008) Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 6.

¹⁹ Dinç, Serhan (2017) Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık s. 96-98.

²⁰ Süzek, Sarper (2014) "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", İÜHFEM, C: LXXII, S: 2, s. 438-439.

²¹ Nomer Ertan, N. Füsün (2018) Haksız Rekabet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 398-400.

A. SIR KAVRAMI

Sır, genel olarak açıklanmaması gereken, gizli kalan veya gizli tutulan şeydir.²² Bu nedenle sır sadece sahibi tarafından bilinen bilgidir. Söz konusu bilginin sahibi dışında başka kişiler tarafından öğrenilmesi, bilgiyi sır olmaktan çıkarmaktadır. Ancak, sır niteliğindeki bilgi sadece sır sahibinin izin verdiği çevre tarafından öğrenilebilmektedir.²³ İzin verilen çevre dışındaki kişilerin sır niteliğindeki bu bilgiyi öğrenmesi istenmemektedir.

Sır kavramı çok boyutlu ve çeşitli unsurları bünyesinde barındıran bir kavramdır.²⁴ Buna göre sır kavramının objektif unsur ve sübjektif unsur olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır.

Objektif unsur, bir sırrın başkalarınca öğrenilmemesi gerekliliği iken, sübjektif unsur sır sahibinin bu olguyu sır olarak kabul ederek bu yönde hareket etmesidir. Bir bilginin sır olabilmesi için hem objektif unsuru hem de sübjektif unsuru birlikte taşıması gerekir.²⁵ Ancak, sübjektif unsur kapsamında sır sahibinin sırrın saklanması yönündeki iradesinin tespiti her zaman mümkün olamamaktadır. Sır sahibinin iradesinin her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir.²⁶ Tüm bu açıklamalar ışığında sahibinin açıklanmasını istemediği ve gizli kalması gereken bilgiler²⁷ sır olarak kabul

²² TDK Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 19.03.2022.

²³ Sarihasan Arkun, Büşra (2010) İş Hukukunda İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul. s. 5.

²⁴ Kandıralıoğlu, Pınar Çağla (2011) Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, s. 73.

²⁵ Ergüney, Halit Kaan (2014) Türk Vergi Hukukunda Vergi Muafiyeti ve Banka Sırrı İle Karşılaştırılması, İstanbul Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Mali Hukuk Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, s. 4-5.

²⁶ Aktepe, Gökhan (2017) "Limited Ortaklıklarda Ortakların ve Müdürlerin Sır Saklama Yükümlülüğü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XXI, S: 3, s. 140.

²⁷ Kia Akkaya, Rukiye (2013) "Devlet Sırrı Kimin Sırrı?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, s. 753: Gizli kalması gereken bilgiler, kanun ve düzenleyici işlemlerle yetkili kılınan makamlarca bilinen ve açıklamaması gereken bilgilerdir. Bir başka ifadeyle yasal olarak yetkili ve görevli kılınan makamlar dışındaki kişilerin öğrenemeyeceği bilgilerdir. Kia Akkaya, s. 753-754.

edilmektedir.²⁸ Bir bilginin sır olması halinde ilgililerin bu bilgiyi saklaması gerekmektedir. Aksi halde sır konusuna konu kişi ya da kuruluşlar zarar görebilmektedir.²⁹

1. Ticari Sır

Ticari yaşamda işletmelerin devamlılığı açısından bazı bilgi ve belgelerin korunması gerekmektedir. Bu şekilde işletmeler istikrar içinde faaliyet gösterebilmektedir. Vaka, ticari yaşamda ticari sırlar büyük öneme sahiptir.³⁰ Zira ticari sırlar gizli kalması gereken, ekonomik yönü bulunan ticari açıdan oldukça önemli bilgilerdir.³¹

O halde ticari sırlar ekonomik anlam taşıyan ve işletmelerin değerini arttıran ve korunması gereken bilgilerdir.³² Zira ticari sırlar diğer işletmemelerin erişimine kapalı olan, bir başka ifadeyle aleni olmayan ticari açıdan işletmelere fayda sağlayan bilgilerdir.³³ Bu nedenle ticari sır niteliğinde bilgilerin saklanması gerekmektedir.³⁴ Bu bağlamda bir ticari sır tanımı yapmak isabetli olacaktır.

2008 tarihli Ticari Sır Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı³⁵ madde 2/a hükmüne göre ticari sır, *"Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri*

²⁸ Uşan, s. 32-33; Sarıhasan Arkun, s. 7.

²⁹ İçel, Kayhan (2010) "Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçları-Bu Tür Sırlarla İlgili Bilgi İstenmesinin Sınırları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 9, S: 18, 2010, s. 29-30.

³⁰ Kandırалоğlu, s. 78-79.

³¹ Çiftçioğlu, Cengiz Topel (2017) Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık. s. 93-94.

³² Bilge, Mehmet Emin (2005) Ticari Sırların Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık. s. 6-7.

³³ Öztürk, Sezin (2009) Ticari Sır Bankacılık Sırrı ve Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK M. 239), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Kamu Hukuku Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, s. 11.

³⁴ Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru (2017) Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması, TAAD, Y:9, S: 33, s. 150; Maral, s. 119.

³⁵ <<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Tbmmkms/Tbmmkom/ticarisir.pdf>> s.e.t. 19.03.2022.

tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağırları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri ifade etmektedir." Görülüyor ki, söz konusu tanımda ticari işletme veya şirketlerin faaliyet alanı ile ilgili olan ve rakipler ya da üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi halinde ticari işletme veya şirketlere zarar verebilecek birçok konu ticari sır kapsamında değerlendirilmiştir. Bu şekilde ticari yaşamda yer alan aktörler için önemli olan bilgilerin korunması ve ticari yaşamın sekteye uğramaması amaçlanmıştır. Zira bu amaç doğrultusunda 04.06.2021 tarihli Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkında Yönetmelik madde 4/1 hükmünde de sır niteliğindeki bilgileri sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrenenlerin, söz konusu sırları bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamayacağı düzenlenmiştir.

Öğretiye göre ticari sır, ekonomik bir değer taşıyan, rekabet gücünü arttıran, ticari işletmeyle bağlantılı hem teknik niteliği bulunan hem de teknik niteliği bulunmayan tüm sırlardır.³⁶ Bu tanımdan hareketle ticari sırrın kapsamının çok geniş bir alana yayıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle ticari sırrın kapsamı sadece ticari işletmelerle sınırlı değildir. Ticari şirketler yanında mali kuruluşlar da ticari sır niteliğinde birtakım bilgilere sahip olabilmektedir.³⁷ Ticari sırrın korunması son derece önemlidir. Zira ticari sır niteliğindeki bilgiler emek isteyen yoğun çabalar sonucu oluşan bilgilerdir. Ticari sırrın önemi de buradan gelmektedir. Ancak, ticari sırrı bir buluş gibi değerlendirmemek gerekir. Ticari sırrın mutlaka yeni ve orijinal olması şart değildir.³⁸

³⁶ Kandıralıoğlu, s. 79.

³⁷ Maral, s. 119.

³⁸ Dursun, Hasan (2009) "Ticari Sır Banka Sırrı İle Müşteri Sırrının Açıklanması Suçlarına Genel Bir Bakış", Kamu İş, C: 11, S: 1, s. 39.

Bahse konu açıklamalar çerçevesinde isim ve adres dışında kalan ekonomik yönü bulunan, işletme için önemli olan ve gizli kalması gereken bilgiler de ticari sır niteliğinde olabilmektedir. Buna göre işletmenin üretim, dağıtım organizasyon şeması ve yönetim sisteminde oluşturduğu bilgi ve tecrübeler (know-how) de ticari sır olarak kabul edilmektedir.³⁹ Dolayısıyla işletme ekonomisi ile ilgili teknik, ticari, yenilikçi bilgilerin yanında işletmenin müşteri çevresine, organizasyonuna, satış ve pazarlama tekniklerine ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin de ticari sır olarak kabul edilmesi gerekir.⁴⁰ Bu açıklamalardan hareketle ticari sırrın özellikleri;

- * bilginin gizli bir bilgi olması,
- * bilginin gizli kalması gerektiği yönünde bir iradenin oluşması,
- * bilginin kolaylıkla ulaşılabilir nitelikte olmaması,
- * bilginin ticari açıdan bir değer taşıması,
- * bilginin rekabet üstünlüğü yaratacak bir bilgi olması gerektiği şeklinde sıralanabilir.⁴¹

2. İş Sırrı

Ortada gizli kalması gereken bir bilgi varsa ilgililerin bu bilgileri ifşa etmemesi gerekmektedir.⁴² Zira bu sır niteliğindeki bilgiler kişinin emek ve çabası sonucu ortaya çıkan bilgiler olabilir.⁴³ Bu nedenle sır niteliğindeki bilginin ifşa edilmesi kişinin emek, çaba ve saygınlığının zedelenmesine yol açabilmektedir.⁴⁴ Sırrın açıklanması halinde sırra konu kişinin, kişilik hakları ve menfaatleri zarar görebilmektedir.⁴⁵ Bu bağlamda iş ilişkisi kapsamında işçinin iş sırrını koruması gerekmektedir.⁴⁶

³⁹ Maral, s. 119.

⁴⁰ Bilge, s. 7-8.

⁴¹ Çiftçioglu, s. 120-122.

⁴² Kayasoğlu, Damla (2020) Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 17-18.

⁴³ Uşan, s. 28.

⁴⁴ Arkun, s. 7.

⁴⁵ İçel, s. 29-30.

⁴⁶ Uşan, M. Fatih (2006) Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme), Sicil İş Hukuku Dergisi, Y:1, S: 1, s. 55.

İş sırrı, iş ile ilgili olan, işin icrası sırasında öğrenilen ve gizli kalması gereken bilgilerdir.⁴⁷ Buna göre iş sırrı, iş ile bağlantılı olarak öğrenilen sırlardır.⁴⁸ Bir başka ifadeyle iş sırrı, bir işin icrası sırasında öğrenilen ve açıklanmaması gereken, mahiyeti itibarıyla gizli olan bilgilerdir.⁴⁹ Bu bağlamda, iş sırrından bahsedebilmek için, sırrın doğrudan işle bağlantısının bulunması ve sırrın işin icrası sırasında öğrenilmesi ya da sırrın ilgiliye işin icrası sırasında tevdi edilmesi gerekmektedir.⁵⁰ Dolayısıyla, iş icabı, iş icrası sırasında güven esasına dayalı olarak, iş icra eden kişinin iş gereği öğrendiği ya da kendisi ile paylaşılan gizli kalması gereken bilgiler iş sırrıdır.⁵¹ Sözleşme nedeniyle iş ilişkiden kaynaklanan sırrın açıklanabilmesi için işverenin bu sırrın açıklanmasına rıza göstermesi gerekmektedir.⁵² Böyle bir rızanın bulunmaması halinde bu bilgiler iş sırrı niteliğinde olduğu için çalışanlar tarafından açıklanamaz ve kullanılamaz.⁵³ Bu nedenle çalışanların iş sırrını gizli tutması ve iş sırrının açığa çıkma riskinin olması halinde işverene bu durumu bildirmesi gerekir.⁵⁴ Zira iş sırrının korunması açısından işverenin haklı bir menfaati bulunmaktadır.⁵⁵ Ancak, iş ile bağlantılı olmayan bilgiler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.⁵⁶

Yapılan açıklamalardan hareketle iş sırrı, iş ile ilgili olan, işin icrası sırasında öğrenilen ve gizli kalması gereken bilgilerdir. İş sırrı niteliğindeki bilgiler gizli kalması gereken bilgiler olduğu için, bu bilgiler açıklandığı takdirde

⁴⁷ Büyük Doğan, Sevil (2019) İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 16-17.

⁴⁸ Erem, F. (1943) "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, s. 37.

⁴⁹ Kandıralıoğlu, s. 80-81.

⁵⁰ Donay, s. 8-10.

⁵¹ Arkun, s. 17-18.

⁵² Uşan (2003), s. 33-34; Donay, Süheyl (1978) Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 10-11.

⁵³ Bağrıaçık, Safiye Nur (2017) Üretim ve İş Sırlarının Korunması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 12.

⁵⁴ Kayasoylu, s. 102-105.

⁵⁵ Uşan (2003), s. 36-37.

⁵⁶ Erem, s. 37.

rekabet yasağının ihlal edilmesi mümkündür.⁵⁷ Türk Hukuku'nda ticari sır, iş sırrı dışında, meslek sırrı, müşteri sırrı, banka sırrı vb. başka sır çeşitleri de bulunmaktadır.⁵⁸ Ancak bu sır türleri çalışma konumuzla doğrudan bağlantılı olmadığı için bu sır türleri incelenmemiştir.

Söz konusu açıklamalar ışığında, sır kavramı mahiyeti itibarıyla anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının anlaşılması açısından da büyük öneme sahiptir. Zira anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, şirketin sahip olduğu sır niteliğinde bilgileri saklaması ve şirkete zarar verecek davranışlarda bulunmaması gerekmektedir.⁵⁹ Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, şirketin sırlarını açıkladığında sadakat yükümlülüğünü de ihlal etmiş olacaktır.⁶⁰ Bu bağlamda sadakat yükümlülüğünden ne anlaşılması gerektiğini açıklamak isabetli olacaktır. Sadakat yükümlülüğüne ilişkin açıklamalar yapılırken iş sözleşmesi ile çalışan işçiler esas alınmıştır. Zira anonim şirket yönetim kurulu üyeleri vekalet sözleşmesi ile şirkete bağlı olabileceği gibi, iş sözleşmesi ile de şirkete bağlı olabileceği için şirket yönetim kurulu üyelerinin de sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır.

B. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sadakat yükümlülüğü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinde, "*İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır...*" şeklinde düzenlenmiştir. Sadakat yükümlülüğü, işçinin gerek işyeri içinde gerek işyeri dışında işverenin ve işyerinin menfaatlerini gözetmesidir.⁶¹ Buna göre işçinin kendi iradesiyle

⁵⁷ Büyük Doğan, s. 16-17.

⁵⁸ Kandıralıoğlu, s. 83.

⁵⁹ Temur, Fatih/Göksu, Bekir Reha (2018) "Application of Noncompetition Obligation With Respect to the Partners and Company Directors", GSI, Summer 2018, s. 134-135.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ileriki başlık, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı"

⁶¹ Kayırgan, Hasan (2014) "İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Görünümü" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 20, S: 1, s. 461-462; Demir, Fevzi/ Demir, Gönenç (2009) "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu İş, C: 11, S: 1, s. 2; Poyraz, Ercan (2016) İş Hukuku Şemalı Anlatımlı, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 57.

bilerek⁶² ya da bilmeyerek ihmalkâr davranışlarla genel davranış kurallarını ihmal etmemesi gerekir. İşçinin aksi davranışları işverenin veya işyerinin menfaatlerine uygun düşmeyecektir.⁶³ Dolayısıyla sadakat yükümlülüğü kapsamında işçinin iş sözleşmesi boyunca işverene ve işyerine bağlılık göstermesi ve doğru davranışlarda bulunması gerekir.⁶⁴

Yargıtay, işçinin bir işletmede çalıştığı dönemde başka bir işletmeye menfaat karşılığında ticari sır niteliğinde bilgiler vermesini doğruluk ve bağlılıkla örtüşmediğini⁶⁵ bu nedenle işçinin sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmiştir. Bu nedenle işçinin işverenin sırlarını açıklaması sadakat yükümlülüğü ile örtüşmemektedir.⁶⁶ Zira işçi bu şekilde işverenin güvenini kötüye kullanarak doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlarda bulunmaktadır.⁶⁷ Sadakat yükümlülüğü işçiye bir taraftan yapma yükümlülüğü yüklerken, diğer taraftan yapmama yükümlülüğü yüklemektedir.⁶⁸ Buna göre, işçinin sır saklama yükümlülüğü ve işverenle rekabet içine girmeme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sır saklama yükümlülüğü kapsamında işçinin menfaat karşılığında işverene veya işyerine ait sırları üçüncü kişilerle paylamaması veya işçinin edindiği bu bilgileri kendi çıkarları için kullanmaması gerekir.⁶⁹ Aksi halde işçi

⁶² Arslan Ertürk, Arzu (2010) Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 146-147; Kılıçoğlu, Mustafa/ Kılıçoğlu Ada, İlayda (2018) Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, 5. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 374-376.

⁶³ Süzek, Sarper (2020) İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 378-400; Demircioğlu, Murat/ Centel, Tankut (2016) İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 102.

⁶⁴ Kayırgan, s. 463; Eyrenci, Ömer/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim (2017) Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 135; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat (2020) **İş Hukuku Dersleri**, 33. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 276-278.

⁶⁵ Y.HGK, T:09.03.2016, E:2014/11-866, K:2016/889 (Çevrimiçi) <<http://karamercan.hukuk.com/yargitay-karari/iscinin-sadakat-yukumlulugu-rekabet-yasagi-is-mahkemeleri-gorevidir>> s.e.t. 07.10.2020.

⁶⁶ Uşan (2006), s. 55-56; Kayırgan, s. 465.

⁶⁷ Özcan, Durmuş (2013) İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 39-40.

⁶⁸ Kayırgan, s. 465; Akyiğit, Ercan (2021) **İş Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 219; Demircioğlu / Centel, s. 102; Arslan Ertürk, s. 148.

⁶⁹ Yavuz, Nihat (2013) Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara, **Adalet Yayınevi**, s. 2222-2223.

iş akdine aykırı davranmış olacaktır.⁷⁰

İşverenle rekabet içine girmeme yükümlülüğü kapsamında işçinin iş sözleşmesi boyunca işverenle rekabet içine girmemesi gerekir.⁷¹ Ancak, yapılan bir rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra bir müddet daha işverenle rekabet içine girmesi de engellenmektedir.⁷² Zira işçinin sadakat yükümlülüğünün kapsamı çok geniştir.⁷³ Sadakat yükümlülüğü kapsamında işçinin sır saklama ve işverenle rekabet etmeme yükümlülüğü dışında başkaca yükümlülükleri de bulunmaktadır. Ancak çalışma konumuzun rekabet yasağı ile sınırlandırılmış olması nedeniyle işçinin sadakat yükümlülüğü kapsamında diğer yükümlülükleri ele alınmamıştır.⁷⁴

III. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Günlük hayatta sıklıkla karşılaşılan sözleşmelerden biri de hizmet sözleşmesi kapsamında yapılan rekabet yasağı sözleşmesidir. Ancak TTK m. 123 hükmünde acentelik sözleşmesi kapsamında rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabileceğine ilişkin özel bir düzenleme de getirilmiştir. Hemen belirtelim ki, çalışmamızda acentelik sözleşmesi ele alınmadığı için, TTK'de düzenlenen acentelik sözleşmesi kapsamında yapılan rekabet yasağı sözleşmesi incelenmemiştir.

TBK'nin 444 vd. maddelerinde işçi ile işveren arasında bulunan iş sözleşmesi esas alınarak rekabet yasağı sözleşmesi düzenlenmiştir. Anonim şirket yönetim kurulu ile anonim şirket arasında vekalet/hizmet akdi bulunduğundan iş sözleşmesinin hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olabileceği için anılan sözleşmeye ilişkin TBK hükümlerine değinmek yararlı olacaktır. Ancak, TBK'de yer alan

⁷⁰ Kayasoğlu, s. 93-94.

⁷¹ Kayasoğlu, s. 94.

⁷² Demircioğlu/ Centel, s. 102; Süzek, Sarper (2014) "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 457-458.

⁷³ Yavuz, s. 2222-2223.

⁷⁴ İşçinin sadakat yükümlülüğünün kapsamı oldukça geniştir. İşçinin sadakat yükümlülüğü kapsamında, sır saklama yükümlülüğü, rekabet etmeme yükümlülüğü, teslim ve hesap verme yükümlülüğü, özen yükümlülüğü bulunmaktadır.

düzenlemeleri incelemeden önce ilk olarak rekabet yasağı sözleşmesini tanımlamanın gerekli olduğu kanaatindeyiz. Buna göre, işçi ile işveren arasında yapılan bir anlaşma ile belli ölçüler dahilinde işçinin işverenle rekabet içine girmesini yasaklayan sözleşmeye rekabet yasağı sözleşmesi denir.⁷⁵

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu genel olarak işçinin işverenle rekabet etmemesidir.⁷⁶ Rekabet yasağı sözleşmesi bir tarafında işçinin diğer tarafında işverenin bulunduğu bir sözleşmedir. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin yazılı yapılması gerekmektedir.⁷⁷ Bununla birlikte yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürerek işçinin geçimini teminini engelleyici nitelikte olmaması gerekir.⁷⁸

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği kapsamında işveren açısından aranan bazı koşullar da bulunmaktadır. Zira rekabet yasağı sözleşmesi her durumda yapılan bir sözleşme değildir. Buna göre ilk olarak işverenin önemli bir zarara uğrama ihtimalinin bulunması gerekir.⁷⁹ Bu durumda işveren, işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapabilecektir.⁸⁰

İkinci olarak yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin işverenin haklı menfaatlerini korur nitelikte olması gerekir. Buna göre, işçinin işverenin iş sırları ve işverenin işleri hakkında bilgi edinmiş olma olasılığının ve işçinin işverenin müşteri çevresini kendi menfaatine kullanıp kullanamayacağını değerlendirilmesi gerekir.⁸¹

⁷⁵ Erdil, s. 529-530.

⁷⁶ Kovancı, Nuray (2017) Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, TAAD, Y: 8, S: 3, s. 775.

⁷⁷ Uysal Tuna, Büşra (2019) Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 60-61.

⁷⁸ Özer, Suna (2009) Rekabet Hukuku Açısından Rekabet Yasakları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, s. 58.

⁷⁹ Soyer, M. Polat (2001) Olay ve Görüş: İşverenin Değişmesi-Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan, İzmir, DEÜ Yayını, s. 370-371.

⁸⁰ Kayırgan, s. 469-470.

⁸¹ Kortaş, Arda (2021) Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 28-30.

TBK'nin 444. ve 445. maddelerinde rekabet yasağı sözleşmesinin şartları düzenlenmiştir. Buna göre fiil ehliyetine sahip işçinin iş akdi bittikten sonra işverenle rekabet etmemesi gerekmektedir. Şu halde işçinin işverenin çalışma alanında rakip işletme kurmaması veya aynı alanda başka bir işletmede çalışmaması ya da işverene rakip işletmede menfaat karşılığında başka bir ilişkiye girmekten kaçınması gerekmektedir. Ancak işçiye bu şekilde rekabet yasağının getirilebilmesi için, bunun yazılı yapılması ve müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işveren hakkında edindiği bilgileri işçinin kullanmasının, işverenin önemli miktarda zarara uğramasına sebep olacak nitelikte olması gerekmektedir (TBK m. 444). Buna mukabil olarak rekabet yasağı da, işçinin ekonomik geleceğini, hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye düşürecek şekilde yer ve zaman bakımından sınırlamalar ile işlerin türü açısından uygun olmayan kısıtlamalar içermeyecektir. Son olarak rekabet yasağının, özel durum ve koşullar haricinde iki yılı geçmesi söz konusu olmayacaktır (TBK m. 445).

Bu maddelerden hareketle işçinin görev süresi sona erdikten sonra geçerli olmak üzere işçi ile işveren sadece rekabet yasağını konu alan bir sözleşme yapabilmektedir. Ancak bu sözleşme, işçinin görev süresi bittikten sonra en fazla iki yıl süreyle geçerli olmaktadır.⁸² Önem arz eden bir diğer mesele ise, rekabet yasağı sözleşmesi yapılan işçinin iş akdiyle çalışan bir işçi olması gerekmektedir.⁸³ Zira TBK'de rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin getirilen düzenlemelerde iş akdiyle çalışan işçiler esas alınmıştır.

Bu doğrultuda işçi ile işveren arasında akdedilen rekabet yasağı anlaşması ile iş sözleşmesi sona erdikten sonra da işçinin işverenle rekabet içine girmemesi amaçlanmaktadır.⁸⁴ Ancak, rekabet yasağı sözleşmesinin içeriğinin hakkaniyete uygun olması gerekmektedir.⁸⁵

Normal şartlar altında iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin başka bir işte çalışmasının engellenmesi çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi ile

⁸² Arslan Ertürk, s. 307-309; Süzek (2020), s. 378-379.

⁸³ Süzek (2014), s. 457-458; Demircioğlu/ Centel, s. 102-103.

⁸⁴ Uysal Tuna, s.88-89; Güleriyüz, M. Tarık (2015) İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi, TBB Dergisi, S: 118, s.317-318.

⁸⁵ Yasaman, İbrahim Hamdi (2021) Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 520-522.

örtüşmemektedir.⁸⁶ Zira Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlerin korunması esastır. Bu nedenle belli şartlar altında işçiye bir sınırlandırma getirilebilir. Nitekim rekabet yasağı sözleşmesi ile menfaat dengesinin korunması ve işverenin zarar görmemesi amaçlanmaktadır.⁸⁷ Zira işçi çalıştığı dönemde işveren için son derece önemli bilgileri öğrenmiş olabilir. İşçinin bu bilgileri kullanması işvereni ekonomik açıdan iş çevresinde zor duruma düşürebilir. O halde işçi işverenle rekabet yasağı anlaşması yapmışsa buna uygun hareket etmelidir. Aksi halde işçi yapılan anlaşmaya karşın işveren ile rekabet içine girmişse rekabet yasağını ihlal etmiş olmaktadır.⁸⁸

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işçi süre bakımından bir sınırlamaya tabi tutulabileceği gibi, konu bakımından ve yer bakımından da sınırlamaya tabi tutulabilir.⁸⁹ Rekabet yasağı sözleşmesinde yer bakımından getirilen sınırlama ile belli bir coğrafi alan için sınırlama yapılabilir. Rekabet yasağı sözleşmesinin konu bakımından sınırlandırılması halinde ise belli bir faaliyet alanına yönelik sınırlama koyulabilir.⁹⁰

Rekabet yasağına yönelik işçi ile işveren ayrı bir sözleşme yapılabileceği gibi iş sözleşmesine rekabet yasağına ilişkin özel bir hüküm de konulabilir. Buna göre işçi kabul etmişse iş sözleşmesine konulan özel bir hükümle işçiye rekabet yasağı getirilebilir.⁹¹ Bu kapsamda rekabet yasağı anlaşması çerçevesinde belli bir faaliyet alanında ve belli bir coğrafi alan için iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren belli bir süre işçinin işverenle rekabet içine girmesi engellenmiş olmaktadır.⁹² Ancak, rekabet yasağı anlaşmasının çalışma ve sözleşme özgürlüğü hakkının özüne dokunmaması gerekir. Buna

⁸⁶ Can, Ozan (2011) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, s. 27-29.

⁸⁷ Kortaş, s.27-28.

⁸⁸ Erdil, s. 537-539.

⁸⁹ Özer, s. 53-54.

⁹⁰ Arslan Ertürk, s. 307-309; Süzek (2020), s. 378-379.

⁹¹ Manav, s.324; Uşan, M. Fatih (2011) "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 5, S: 21, s.121-122.

⁹² Başkan, Ş. Esra (2012) "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe Hukuk Dergisi, C: 2, S: 2, s. 117; Gülerüz, s. 318-319.

göre çalışma ve sözleşme özgürlüğünü aşırı şekilde sınırlayan bir yasak getirilmemelidir.⁹³ TBK'de öngörülen şartların varlığı halimde işçiye bir sınırlandırma getirilebilir. Bu noktada Anayasa'nın 48. maddesi önem arz etmektedir. Buna göre;

"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

Bu açıklamalardan hareketle iş sözleşmesi bittikten sonra en çok iki yıl süre ile kapsamı, mahiyeti ve şekli düzenlenerek bir rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması mümkün bulunmaktadır.⁹⁴ O halde işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması ve işçinin işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına ait bilgileri kullanarak işverene önemli bir zarar verebilme ihtimalinin bulunması, rekabet yasağının belirli bir zaman, belli bir yer ve işin türü itibarıyla sınırlandırılmış olması, rekabet yasağının işçinin ekonomik yönden geleceğini tehlikeye sokmaması ve yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı yapılması gerekmektedir.⁹⁵

IV. ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN REKABET YASAĞI (TTK M. 396)

TTK'nın 396. maddesine göre, "(1) Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu

⁹³ Aşık, s. 188.

⁹⁴ Erdil, s. 537-539.

⁹⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2008/41875, K:2010/35558, T:02.12.2010, (Çevrimiçi)<<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> s.e.t. 13.12.2020.

dava etmekte serbesttir.

(2) *Bu haklardan birinin seçilmesi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir.*

(3) *Bu haklar, söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her hâlde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar.*

(4) *Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümler saklıdır."*

Adı geçen hükümden yola çıkarak, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet içine girmesi hukuka uygun değildir (TTKm.396). Bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerinin şirketin menfaatlerini öncelik ederek, kişisel veya üçüncü kişilerin menfaatlerini ön planda tutmaması gerekmektedir.⁹⁶ Bir başka ifadeyle bu kişilerin anonim şirketin menfaatlerini gözeterek görevlerini icra etmesi gerekmektedir.⁹⁷ O nedenle şirket sırlarını saklanması, şirkete zarar verecek işlerden kaçınılması gerekmektedir.⁹⁸ Aksi halde sadakat yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır.

Sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet içine girmemesi gerekmektedir.⁹⁹ Zira sadakat

⁹⁶ Tekinalp, Ünal (2011) Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 139; Gezmiş, Şeyma/ Başaran, Mustafa (2013) Anonim Şirketler Rehberi, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 63.

⁹⁷ Eriş, Gönen (2017) Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 1958-1959; Kırcı, İsmail/ Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 444-445; Aydın, Sema/ Kaplan, Hasan Ali (2014) "Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVHI, S: 3-4, s. 168.

⁹⁸ Temur, /Göksu, s. 134-135.

⁹⁹ Bahtiyar, Mehmet (2019) Ortaklıklar Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 249; Eriş, s. 1959; Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan, (2013) Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık, s. 396.

yükümlülüğünün temelini dürüst davranma¹⁰⁰ ve bağlılık¹⁰¹ kuralları oluşturmaktadır.¹⁰²

Şu halde yönetim kurulu üyelerinin şirketin menfaatlerine uygun şekilde hareket etmesi beklenmektedir.¹⁰³ Buna göre, iradi olarak veya tecrübesizlik ya da ihmal sonucu genel davranış kurallarının ihlal edilmesi halinde, sadakat yükümlülüğü de ihlal edilmiş olacaktır.¹⁰⁴ Somut olarak, şirketler hukuku açısından rekabet yasağının temelinde, şirketin edindiği iş sırları, izlenen çalışma yöntemi, şirketin yönetimi, işleyişi, müşteri çevresi ve iş potansiyeli ile ilgili önemli bilgilere sahip yönetici veya ortakların, bu bilgileri şirket aleyhine kullanmalarının önlenmesi düşüncesi yatmaktadır.¹⁰⁵

Yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 335. maddesinde¹⁰⁶ düzenlenmişti. TTK'nın 396. maddesinde,

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, Ahmet (2018) Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 125: Dürüst davranma, aklı yerinde, normal ve orta zekalı hareket edebilen kişilerin toplum içinde dürüst ve doğru davranışları neticesinde oluşan ve herkes tarafından kabul edilen davranışlardır. Kılıçoğlu, s.126.

¹⁰¹ Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 63:

Bağlılık ilkesi gereği, rekabet yasağı tüm ortaklar için geçerlidir ve tüm ortakların rekabet etmeme yükümlülüğüne uygun davranması gereklidir. Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 63.

¹⁰² Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 276; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 135.

¹⁰³ Süzek (2020), s. 378; Poyraz, s. 57.

¹⁰⁴ Arslan Ertürk, s. 146-147.

¹⁰⁵ Şener, Oruç Hami (2019) Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 305; Aşık, s. 166-167.

¹⁰⁶ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen 335. maddesine göre; *"İdare Meclisi azalarından biri umumi heyetin müsaadesini almaksızın şirketin konusuna giren ticari muamele nevinden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı nevi ticari muamelelerle meşgul bir şirkete mesuliyeti tahdidedilmemiş ortak sıfatıyla de giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan idare meclisi azasından şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan muameleyi şirket namına yapılmış addetmekte ve üçüncü şahıslar hesabına akdolunan mukavelelerden doğan menfaatlerin şirkete aidiyetini talebetmekte, serbesttir. Bu haklardan birinin tercihi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan azadan başka azalara aittir.*

Bu haklar, zikredilen ticari muamelelerin yapıldığını veyahut idare meclisi azasının diğer bir şirkete girdiğini sair azaların öğrendikleri tarihten itibaren üç aylık ve herhalde vukularından itibaren bir yıllık mürruzamana tabidir." şeklinde konu düzenlenmiştir.

ETK'nın 335. maddesi aynen kabul etmekle birlikte, bunun yanında maddenin son kısmına, "Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümler saklıdır." fıkrası eklenmiştir. TTK'ya göre ETK'da olduğu gibi; yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almadan, şirketin işletme konusuna giren ticarî iş niteliğinde bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacaktır ve aynı tür ticarî işlerle uğraşan bir şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla girmesi de mümkün olmayacaktır (TTK m.396/f.1).

Hangi tür işlerin ticarî iş olarak kabul edilip edilmeyeceği, TTK m. 3 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticarî işlerdendir. Ancak belirtmek gerekir ki, ETTKm.3 hükmünde "ticarî iş" ibaresi geçmekle birlikte, ETTKm.335 hükmünde "ticarî muameleler" ifadesi yer almaktaydı. TTK'de ise bu şekilde iki farklı kavram kullanılmamış ve her iki kavramı da karşılamak üzere "ticarî iş" kavramı kullanılmıştır. Zira ticaret şirketlerinin yaptıkları tüm işlemler ticarî iş niteliğinde sayılmaktadır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerine getirilen rekabet yasağına şirketin konusuna giren tüm işlemler girmektedir. Ancak rekabet yasağına şirketin fiilen yaptığı işlerin¹⁰⁷ girmesi daha uygun olacaktır. Bu bağlamda şirketin fiilen yapmadığı bir iş açısından rekabet yasağına dayanmak anlamsız olacaktır.¹⁰⁸ Buna göre, rekabet yasağının ihlali için esas sözleşmede gösterilen konu değil, şirketin fiilen uğraştığı işler esastır.¹⁰⁹ Ancak, yönetim kurulu üyesinin genel kurulun izni ile şirketin konusuna giren alanda faaliyet göstermesi rekabet yasağına aykırı olmayacaktır (TTK m. 396).

Bu bağlamda yönetim kurulu üyesinin, şirketin konusuna giren alanda kendisi veya başkası hesabına bir işlem yapması hayatın olağan akışı içinde söz

¹⁰⁷ Uysal, Levent (2009) "6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu-I", TBB Dergisi, S: 80, s. 360.

¹⁰⁸ Eriş, s. 2695.

¹⁰⁹ Altaş, Soner (2016) "Yönetim Kurulu Üyeleri Şirketle İşlem Yapma ve Rekabet Etme Kararlarında Oy Kullanabilir Mi?", Mali Çözüm, Temmuz-Ağustos 2016, s. 147.

konusu olabilir. Ancak bu durumda hukuka aykırılık ortaya çıkar.¹¹⁰ Örneğin, inşaat ve taahhüt işi yapan şirketin yönetim kurulu üyesi, bu alanda bağımsız faaliyet gösterememelidir.¹¹¹

O halde yönetim kurulu üyesinin şirketin faaliyet alanına giren bir ticari işletme açması mümkün bulunmamaktadır.¹¹² Aynı şekilde, yönetim kurulu üyesinin şirketin faaliyet gösterdiği alanda başkasının ad ve hesabına bir ticari işletme açmaması gerekir.¹¹³ Yine yönetim kurulu üyesinin şirketin faaliyet gösterdiği alanda başka bir işletmeye müdür olması da söz konusu değildir.¹¹⁴ Ayrıca, yönetim kurulu üyesinin şirketin faaliyet alanına giren işler için kendi adına ve başkasının hesabına komisyoncu sıfatıyla veya başkasının adına ve hesabına ticari temsilci, ticari vekil, acente sıfatıyla hareket etmesi de rekabet yasağının ihlali anlamına girmektedir.¹¹⁵

Bununla birlikte, yönetim kurulu üyesi aynı tür işlerde faaliyet gösteren başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla da katılamaz. Örneğin yönetim kurulu üyesinin aynı tür işlerde faaliyet gösteren bir kooperatif şirkete sınırsız sorumlu ortak olması mümkün değildir.¹¹⁶ Yine yönetim kurulu üyesinin aynı tür işlerde faaliyet gösteren bir kolektif şirkete ortak olarak girmesi de rekabet yasağına aykırıdır. Ancak, yönetim kurulu üyesi bir şirkete sınırlı sorumlu ortak olarak katılabilmektedir.¹¹⁷ Örneğin, yönetim kurulu üyesinin komandit şirkete komanditer ortak olması mümkünken, komandite ortak olması rekabet yasağının ihlalidir.¹¹⁸ Lakin belirtmek gerekir ki TTK m. 320/I hükmünde bu

¹¹⁰ Teoman, Ömer/ Kendigelen, Abuzer (2019) Ticaret Hukuku Uygulamalı Ders Örnekleri, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 73; Kervankıran, Emrullah (2015) Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 152-153.

¹¹¹ Esen, Ahmet (2014) Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketleri, 2. Baskı, Ankara, Maliye Postası, s. 325.

¹¹² Özer, s. 73.

¹¹³ Göksoy, Yaşar Can (2017) "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, Özel Sayı, s. 674.

¹¹⁴ Altaş, Yönetim Kurulu Üyeleri, s. 148.

¹¹⁵ Aşık, s. 182.

¹¹⁶ Göksoy, s. 674.

¹¹⁷ Eriş, s. 2695; Kendigelen, s. 73.

¹¹⁸ Dinç, Serhan (2021) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 94. Komandit şirkette komandite ortak şirket

duruma da bir istisna getirilmiştir. Buna göre, adı şirketin unvanında olan komanditer, üçüncü kişilere karşı komandite bir ortak gibi sorumlu sayılmaktadır (TTKm.320/1). İlâveten, TTKm.396 hükmünden hareketle yönetim kurulu üyesi aynı faaliyet alanındaki işlerle uğraşan bir anonim veya limited şirkette yönetim kurulu üyesi veya müdür olamamaktadır.¹¹⁹

Yargıtay kural olarak yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının görevde kaldığı süre zarfında devam edeceğini kabul etmiştir.¹²⁰ Buna göre anonim şirketin tasfiyesi halinde yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı sona etmektedir. Ancak, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında hizmet ilişkisi olabileceği gibi vekalet ilişkisi de olabilir. Bu nedenle sadakat yükümlülüğünün gereği olarak anonim şirketin tasfiyesi halinde de yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının bulunduğunu söylemek mümkündür.¹²¹ Dolayısıyla tasfiye sonrasında da yönetim kurulu üyesinin yaptığı faaliyetlerin şirketin faaliyet konusuyla çakışmaması gerekmektedir.¹²²

A. REKABET YASAĞINA UYULMAMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

Rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı şirketin seçimlik yetkilerinden birini ileri sürmesi mümkün bulunmaktadır.¹²³ Bu bağlamda şirket, yönetim kurulu üyesinden tazminat isteyebilir veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapıldığını kabul eder ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden sağlanan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava edebilir ya da üye aynı konu ile uğraşan başka bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olmuşsa, o ortaklıktan çıkmasını veya üyesinin söz konusu ortaklıkta elde ettiği menfaatleri şirkete devretmesini

borçlarından ötürü sınırsız sorumlu iken, komanditer ortak şirket borçlarından sınırlı sorumludur.

¹¹⁹ *Nomer, N. Füsün (1999) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü*, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.132; Altaş, *Yönetim Kurulu Üyeleri*, s. 148.

¹²⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2010/11204, K. 2012/15168, T.04.10.2012, (Çevrimiçi) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBan/kasiIstemciWeb/>> s.e.t. 13.11.20120.

¹²¹ Karaman Coşgun, Özlem (2015) *Anonim Şirketlerin Tasfiyesi*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 45; Kervankıran, s.135; Nomer, s. 133; Kendigelen, s. 74.

¹²² Esen, s. 324; Temur/ Göksu, s.135.

¹²³ Teoman/ Kendigelen, s. 74; Bahtiyar, s. 246; Bilgili/ Demirkapı, s. 398.

talep edebilir (TTK, m.396/f.2).

Belirtmek gerekir ki, rekabet yasağına aykırı davranan üye dışındaki yönetim kurulu üyeleri bu seçeneklerden biri için karar alabilmektedir.¹²⁴ Öğretide bir görüş¹²⁵ TTKm.390¹²⁶ hükmünde öngörülen nisapların uygulanması gerektiği yönünde olmakla birlikte, diğer bir görüş¹²⁷ seçimlik hakkın kullanımında rekabet yasağını ihlal eden üye dışındaki yönetim kurulu üyelerinin karar alınması gerektiği bu nedenle burada toplantı ve karar yetersayısının aranmayacağı yönündedir. Buna göre TTKm.390 hükmünde öngörülen nitelikte bir yönetim kurulu kararı gerekli değildir.¹²⁸

Kanaatimizce bu ikinci görüş yerindedir. Zira TTKm.396 hükmü anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen özel hüküm

¹²⁴ Esen, s. 325; Bahtiyar, s. 246.

¹²⁵ Mimaroglu, Sait Kemal (1967) Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti, Ankara, Ankara Üniversitesi, s. 95; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (2021), s. 356-357: Yönetim kurulunun rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı karar alırken toplantı ve karar yetersayısının aranması gerekmektedir.

¹²⁶ TTK m. 390 hükmüne göre, "(1) Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır. Bu kural yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması hâlinde de uygulanır.

(2) Yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi, toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar.

(3) Oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır.

(4) Üyelerden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu kararları, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması bu yolla alınacak kararın geçerlilik şartıdır. Onayların aynı kâğıtta bulunması şart değildir; ancak onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün yönetim kurulu karar defterine yapılandırılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesi kararın geçerliliği için gereklidir.

(5) Kararların geçerliliği yazılıp imza edilmiş olmalarına bağlıdır." şeklinde konu düzenlenmiştir."

¹²⁷ Eriş, s. 2695; Tekinalp, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 283-284; Aşık, s. 195.

¹²⁸ Eriş, s. 2695.

niteliğindedir. Bu nedenle öncelikli olarak TTKm.396 hükmünün uygulanması yerinde olacaktır. TTKm.396 hükmünde de özel bir nisap öngörüldüğü için TTKm.390'da öngörülen nisapların uyulmasına gerek yoktur.¹²⁹ Ancak, rekabet yasağını ihlal eden üye sayısı çok ise ve bu durumda yönetim kurulu bu üyeler olmadan karar alamadığı takdirde ne tür bir karar alınacağına genel kurul karar vermektedir.¹³⁰ Ayrıca, yönetim kurulunda bulunan üyelerin tamamının rekabet yasağını ihlali halinde de seçim hakkı genel kurulca kullanılmaktadır.¹³¹

Rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulabilmesi için kusur aranmamaktadır.¹³² Ancak, rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesinden tazminat talep edilebilmesi için, şirketin rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesinin faaliyetinden dolayı zarar¹³³ görmesi şartı aranmaktadır. Ayrıca, zararın miktarının da şirket tarafından ispat edilmesi gerekmektedir.¹³⁴

Bu açıklamalara ek olarak şirketin, yönetim kurulu üyesine karşı başka talepler ileri sürmesi de imkan dahilindedir. Zira genel kurulun rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesini haklı sebeple azletmesi mümkündür.¹³⁵ Ayrıca, yönetim kurulu üyesi rekabet yasağını ihlal ettiği için azledildiği takdirde, şirket tüzel kişiliğinin bu yönetim kurulu üyesine tazminat ödenmesi de gerekli değildir (TTK m. 364/II).

Yönetim kurulu, rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı çeşitli seçimlik haklara sahiptir. Ayrıca, yönetim kurulunun bu seçimlik hakkı yenilik doğurucu bir haktır. Bu nedenle seçim hakkını kullanma beyanından geri

¹²⁹ Aşık, s. 195.

¹³⁰ Pulaşlı, Hasan (2018) Şirketler Hukuku Şerhi C. I, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 1081; Teoman/ Kendigelen, s. 74.

¹³¹ Karaman Coşgun, s. 45.

¹³² Teoman/ Kendigelen, s. 74 ; Dinç, s. 94.

¹³³ Çetin, Müge (2017) Anonim Şirketlerde Kurucuların Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 161: Borçlunun akde aykırılığı sonucunda alacaklının malvarlığındaki azalma zarar anlamına gelmektedir.

¹³⁴ Esen, s. 325: Dava dilekçesinde olayın gösterilmesi, şirketin menfaatine aykırı bir durum varsa bu durumun somut olarak ispatlanması ve konu ile ilgili belgelerin de dilekçeye eklenmesi gerekmektedir. Ayrıca, söz konusu olaylar ticari faaliyet taşıması nedeniyle teknik incelemelerin yapılabilmesi için bilirkişi talebi yerinde olacaktır.

¹³⁵ Bilgili/ Demirkapı, s. 399.

dönülemeyecektir.¹³⁶

B. ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Yönetim kurulunun rekabet yasağını ihlal eden üye hakkında bir karar alma yetkisi bulunmaktadır. Ancak, TTK bir zamanaşımı süresi öngörmüştür. Buna göre, rekabet yasağını ihlal eden üye dışındaki üyelerin, rekabet yasağı niteliğindeki işlemi öğrenmelerinden itibaren üç ay ve her halde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde bir karar almaları gerekir. Bu sürelerin geçmesi ile söz konusu hak zamanaşımına uğrar (TTK, m.396/f.3).

Öğretide hakim görüşe göre üç aylık sürenin başlangıcının hesaplanma anı, rekabet yasağını ihlal eden üye dışındaki üyelerin bu durumu öğrendikleri andır. Ancak, kanun koyucu yasak ile yönetim kurulu üyelerinin değil şirketin menfaatini ön planda tutmuştur. Zira şirketin menfaatleri yönetim kurulu üyelerinin menfaatlerinin üzerindedir.¹³⁷ Öğretide bir diğer görüşe göre, üç aylık süre, diğer yönetim kurulu üyelerinden en az birinin olayı öğrenmesi ile başlamaktadır. Öğrendikleri halde tazminat istenmez ve dava da açılmazsa; üç ay geçtikten sonra zamanaşımı gerçekleşmiş olur ve hak talep edilmez. Bir yıllık zamanaşımı süresi ise yasak kapsamındaki işlemlerin yapıldığı tarihten itibaren geçen bir yıllık süredir. Bu süre geçtikten sonra tazminat talebinde bulunulamaz, dava açılmaz.¹³⁸ Ancak, yönetim kurulu üyesinin azli ve TTK m. 531¹³⁹ kapsamında haklı sebeple fesih davasının açılması halinde üç ay ve bir yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmayacaktır.¹⁴⁰

¹³⁶ Dinç, s. 40.

¹³⁷ Arslanlı, Halil (1960) Anonim Şirketler II-III (Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller), İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 156-157; Domaniç, Hayrı (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II), İstanbul, Temel Yayınları, s. 640-641.

¹³⁸ Esen, s. 327.

¹³⁹ TTK m. 531'e göre; "(1) Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir."

¹⁴⁰ Teoman/ Kendigelen, s. 75; Bilgili/ Demirkapı, s. 399.

C. REKABET YASAĞININ KALDIRILMASI

Şirket genel kurulunun izin vermek suretiyle yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını kaldırması mümkündür.¹⁴¹ Genel kurul, yönetim kurulu üyesine açık veya örtülü şekilde izin verebilmektedir.¹⁴² Bu durumda yönetim kurulu üyesi şirketin alanına giren ticarî iş niteliğinde bir işlemi yapabilmektedir.¹⁴³ Ayrıca, genel kurul izin verirken bu iznin sınırlarını da çizebilmektedir.¹⁴⁴ Bu nedenle Yargıtay anonim şirket yönetim kurulu üyesinin genel kuruldan izin almaksızın bir limited şirkete ortak olmasını rekabet yasağının ihlali olarak kabul etmiştir.¹⁴⁵

Genel kurulun izin vermesi halinde şirket yönetim kurulunun rekabet yasağını ihlal edildiği iddiasıyla tazminat istemesi veya dava açması mümkün olmayacaktır. Bunun nedeni, şirketler hukuku açısından rekabet yasağına ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmamasıdır.¹⁴⁶ Zira rekabet yasağı olan haller şirketin iç ilişkisinden kaynaklanmaktadır ve rekabet yasakları kamu düzenini ilgilendirmeyen, ortakların kişisel menfaatlerini ilgilendiren hallerdir.¹⁴⁷ Ancak, Yargıtay¹⁴⁸, birden çok yönetim kurulu üyesine bu izin verilecekse, genel kurulun her bir üye için ayrı ayrı izin kararı vermesi gerektiğini ve yönetim kurulu üyeleri için genel kurulun topluca izin vermemesi gerektiğini kabul

¹⁴¹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, N. 573a.

¹⁴² Arslanlı, s. 154-155; Mimaroglu, s. 93-94.

¹⁴³ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, N. 573a.

¹⁴⁴ Kalpsüz, Turgut (1972) "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları", Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, s. 361-362; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 467-468; Dedeoğlu, Ender/ Saran, Oğuzhan (2013) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara, Ankara Barosu Eğitim Merkezi, s. 41.

¹⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 1989/6152, K: 1989/3339, T: 01.06.1089, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> s.e.t. 17.11.2020.

¹⁴⁶ Temur/ Göksu, s. 134; Karasu, Rauf (2016) "Limited Şirket Esas Sözleşmesi İle Ortakların Diğer Ortaklarla Rekabet Etme Yasağı Öngörülebilir Mi?", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XX, S:2, s. 63.

¹⁴⁷ Bilgili/ Demirkapı, s. 399.

¹⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2014/685, K: 2014/8941, T: 12.05.2014, (Çevrimiçi) <<https://legalbank.net/belge/turk-ticaret-kanunu-madde-436/1305962/ilgili-mahkeme-kararlari/yargitay-kararlari>> s.e.t. 21.11.2020.

etmiştir. Bu bağlamda, izin alınmak suretiyle yapılan ticari işlemler rekabet yasağının kapsamına girmemektedir. Ancak, yönetim kurulu üyesi verilen iznin sınırlarını aştığı takdirde ya da yasaklı işleri yaptığı takdirde yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu doğacaktır.¹⁴⁹ Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet içine girmemek kaydıyla başka bir alanda çalışması da mümkündür. Ancak, bu durum yönetim kurulu üyelerinin şirketteki mevcut görevlerini gereği gibi yerine getirememelerine neden olursa yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davasının açılması ve bu kişilerin azlinin istenmesi mümkün bulunmaktadır.¹⁵⁰

D. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ AÇISINDAN REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Rekabet yasağının yönetim kurulu üyesinin görev süresi sona erdikten sonra ne kadar süre uygulanabileceği tartışma konusu olmuştur.¹⁵¹ Zira TBK m. 445 hükmünde rekabet yasağı anlaşması iki yılla sınırlandırılmıştır. Ayrıca Yargıtay da, rekabet yasağı anlaşmasının iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren iki yıllık bir süre için yapılabileceğini, bunun yanında yasağın sınırlarının belirlenmiş olması gerektiğini ve yasağın çalışma özgürlüğünü kısıtlar nitelikte olmaması gerektiğini kabul etmiştir.¹⁵² Ancak gerek TBK, gerek Yargıtay, rekabet yasağı açısından iş sözleşmesinin sona ermesini esas almıştır. Bu durumda yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin ne olduğu sorusu akla gelmektedir.

Genel kabule göre yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasında vekalet ilişkisi bulunmaktadır.¹⁵³ Ancak, bu durum hiçbir surette yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında hizmet sözleşmesinin olmayacağı anlamına

¹⁴⁹ Esen, s. 325.

¹⁵⁰ Bilgili/ Demirkapı, s. 396.

¹⁵¹ Karasu (2004), s. 25; Aşık, s. 190; Uysal, Levent, s. 361.

¹⁵² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2015/3828, K: 2015/11197, T: 28.11.2015, (Çevrimiçi) <<https://www.hukukmedeniyeti.org/>> s.e.t. 25.11.2020.

¹⁵³ Arslanlı, s. 108; Pulaşlı, s. 888-890; Mimaroglu, s. 102-103; Karasu (2004), s. 31.

gelmemektedir.¹⁵⁴ Hizmet sözleşmesinde işçi ve işveren arasında kişisel ve hukuki bir bağımlılık bulunmaktadır.¹⁵⁵ İşçi, işverene hukuken ve manen bağımlıdır.¹⁵⁶ Lakin, vekalet sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi kişisel ve hukuki bir bağımlılık bulunmamaktadır.¹⁵⁷ Hizmet sözleşmesi kapsamında işçi işi yaparken bağımlılık ilişkisinin bir gereği olarak işverenin emir ve talimatlarına uygun hareket etmek zorundadır.¹⁵⁸

Bağımlılık ilişkisinin bir gereği olarak işçi, işverenin vereceği emir ve talimatlar doğrultusunda bizzat işi yerine getirmekle yükümlüdür.¹⁵⁹ Buna karşın vekalet sözleşmesinde vekil, emir ve talimatlara uyma açısından daha bağımsızdır. Zira vekalet sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi yoğun bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Vekil, işe başlama zamanı, işin yürütülmesi ve işin yapılacağı yer açısından daha bağımsızdır.¹⁶⁰

Hizmet sözleşmesi açısından bağımlılık unsuru büyük öneme sahiptir ve bağımlılık unsuru nedeniyle hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesi gibi diğer iş görme sözleşmelerden ayrılmaktadır.¹⁶¹ Vekalet

¹⁵⁴ Çamoğlu, Ersin (1972) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 102 vd.; Uysal, s. 318.

¹⁵⁵ Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 69; Süzek (2020), 249; Alper, Yusuf/ Kılış, İlknur (2017) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık, s. 16; Demir, Fevzi (2006) Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

¹⁵⁶ Mollamahmutoğlu, Hamdi (2004) "4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Bazı Önemli Yenilikler", Kamu İş, C: 7, S: 4, s. 7; Özcan, Durmuş (2016) **Uygulamalı İş Davaları**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 6; Akyigit, s. 39; Demircioğlu/Centel, s. 33-34; Süzek (2020), s. 153; Günay, Cevdet İlhan (2010) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.70.

¹⁵⁷ Eren, Fikret (2020) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 728-729.

¹⁵⁸ Çil, Şahin, (2014) İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi s.48-49; Tunçomağ/Centel, s. 52.

¹⁵⁹ Aydınlu, İbrahim (2005) "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 19, S: 6, s. 22-23; Günay, s.78-80.

¹⁶⁰ Tekben, Tuğçe (2021) Vekalet İlişkilerinde Vekalet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

¹⁶¹ Özcan, s. 6.

sözleşmesi kapsamında vekilin müvekkilinin bir işini yapmak veya bir işlemini gerçekleştirmek için gerekli çabayı göstermesi yeterli olup vekil sonuçtan sorumlu değildir.¹⁶² Bir başka ifadeyle vekil işi yapmak ya da işlemi gerçekleştirmek için gerekli çabayı göstermişse sonuç alamamasından dolayı sorumlu olmamaktadır.¹⁶³ Bu nedenle hizmet sözleşmesi kapsamında işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet içine girmemesi gereken TBK'de düzenlenen iki yıllık sürenin anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için uygulanmaması gerektiğini kabul etmek gerekir.¹⁶⁴ Bu anlayışa göre yönetim kurulu üyesinin görev süresi sona erdikten sonra rekabet yasağına ilişkin iki yıllık bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Bu kapsamda yönetim kurulu üyesinin anonim şirketle rekabet etmemesi gereken süre iki yılın üzerinde bir süre olabilir. Bu sürenin belirlenmesi açısından belli kriterler doğrultusunda bir değerlendirmenin yapılması isabetli olacaktır. Buna göre, yönetim kurulu üyesinin yaptığı işe, pozisyonuna, vakıf olduğu ticari sıraların türüne, şirketin faaliyet gösterdiği sektöre ve getirilen rekabet yasağının çalışma ve sözleşme hakkına bir kısıtlama getirip getirmediğine bu nedenle somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.¹⁶⁵

Yargıtay, yönetim kurulu üyesinin anonim şirketle rekabet etme yasağının, yönetim kurulu üyesinin görevinin bitmesi ile sona ereceğini kabul etmiştir.¹⁶⁶ Ancak Yargıtay başka bir kararında şirket ile arasında hizmet sözleşmesi bulunan yönetim kurulu üyesine görev süresi sona erdikten sonrası için rekabet yasağı getirilebileceğini kabul etmiş olsa da, söz konusu rekabet yasağını Anayasal temel hak ve hürriyetlere aykırı olması halinde geçersiz sayılacağını ve rekabet yasağına ilişkin belirlenen sürenin de her somut olayın

¹⁶² Eren, s. 717-719.

¹⁶³ Ergun, Ömer (2018) Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 235.

¹⁶⁴ Aşık, s. 190.

¹⁶⁵ Karasu (2004), s. 31-32; ayrıca bkz, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2011/13747, K: 2011/356, T: 19.01.2012, (Çevrimiçi) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasiIstemciWeb/>> s.e.t.25.11.2020.

¹⁶⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2010/11204, K: 2010/15168, T: 04.10.2012, (Çevrimiçi) <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>> s.e.t. 25.11. 2020.

özelliklerine göre değişiklik gösterebileceğini ifade etmiştir.¹⁶⁷ Lakin, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında vekalet sözleşmesi de olabilir. Zira anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır ve bu sözleşmede yönetim kurulu üyesinin şirket karşısındaki durumuna ilişkin bir hükmün bulunmaması halinde söz konusu sözleşme vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.¹⁶⁸ O halde yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında vekalet sözleşmesinin bulunması halinde yönetim kurulu üyeliği sıfatının sona ermesi halinde rekabet yasağının söz konusu olmayacağını kabul etmek gerekir.

SONUÇ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaatlerini, kendi menfaatlerinin üzerinde tutması gerekmektedir. Zira anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, şirket ile ilgili birçok iş sırrı ve ticari sır niteliğinde bilgilere kolaylıkla erişebilmektedir. Ayrıca şirket bünyesinde yönetim kurulu üyeleri buldukları pozisyon dolayısıyla çok değerli iş sırrı ve ticari sır niteliğinde bilgileri öğrenebilmektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin iş sırrı ve ticari sır mahiyetindeki bu bilgileri kendi menfaatine kullanması, şirket menfaatlerine zarar verebilmektedir. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketle rekabet etmesi yasaklanmıştır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketin faaliyet alanına giren bir konuda şirketle rekabet içine girmesi kural olarak hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle anonim şirketin fiilen iş yaptığı alanda yönetim kurulu üyelerinin faaliyet göstermemesi gerekir. Burada anonim şirketin esas sözleşmesinde yazan konu değil, anonim şirketin fiilen yaptığı iş esas alınmaktadır. Buna göre, anonim şirket fiilen hangi alanda uğraşıyorsa, yönetim kurulu üyesi bu alanda faaliyette bulunmamalıdır. Aksi halde, yönetim kurulu üyesi şirketle rekabet içine girmeme yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Ancak, anonim şirket genel kurulunun yönetim kurulu üyesine izin

¹⁶⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 2011/13747, K: 2011/356, T: 19.01.2012, (Çevrimiçi) <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasiIstemciWeb/>> s.e.t.25.11.2020.

¹⁶⁸ Özer, s. 61.

vermesi halinde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Bunun yanında, yönetim kurulu üyesi şirketin faaliyet alanına girmeyen bir konuda faaliyet gösterdiği takdirde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ettiğini söylemek söz konusu değildir. Yönetim kurulu üyesinin yaptığı iş ticari nitelikte değilse bu durumda da rekabet yasağının ihlal edildiği iddiasında bulunmak anlamsız olacaktır. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak şirketin fiilen faaliyet gösterdiği alanda şirketle rekabet içine girmekten kaçınması gerekmektedir. Şirket yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, şirket yönetim kurulu, rekabet yasağını ihlal eden üye hakkında seçimlik haklarını kullanabilmektedir. Ancak, yönetim kurulunda çok sayıda üye rekabet yasağını ihlal etmiş ve bu nedenle yönetim kurulu toplanamamakta ise, şirket genel kurulu seçimlik yaptırımını uygulamak yönünde karar almaktadır. Ayrıca, yönetim kurulunun tamamen rekabet yasağını ihlal etmesi halinde de şirket genel kurulu seçimlik hakkın kullanımı yönünde karar vermektedir. Bunun yanında, şirket genel kurulunun yönetim kurulu üyesine belli alanlarda faaliyet yapabilmesi için izin vermesi de mümkün bulunmaktadır. Ancak, yönetim kurulu üyesinin bu izin çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu üyesinin verilen izin çerçevesinde hareket etmesi halinde rekabet yasağının ihlal edildiğini söylemek söz konusu değildir. Lakin, şirketin yönetim kurulu üyesinin görev süresi sona erdikten sonra da belli bir süre için yönetim kurulu üyesine rekabet yasağı getirmesi mümkün bulunmaktadır. Buna karşın, getirilen bu yasağın hangi alanda ve hangi faaliyet için getirildiğinin belli olması gerekmektedir.

O halde, yönetim kurulu üyesi genel kuruldan bir izin almamışsa, izin alsa dahi verilen iznin sınırlarını aşmışsa, şirketin faaliyet alanına giren bir alanda faaliyet göstermişse ve görev süresi sona erdikten sonra yönetim kurulu üyesine belli bir alanda ve belli bir süre rekabet yasağı getirilmişse yönetim kurulu üyesi rekabet yasağını ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda da yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

Belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyesi için getirilen yasak, yönetim kurulu üyeliği sıfatına bağlıdır. Bir başka ifadeyle rekabet yasağı yönetim kurulu üyesinin görev süresi ile sınırlıdır. Bu kapsamda yönetim kurulu üyeliği sona

eren kişinin TTK m. 396 kapsamında rekabet yasağı söz konusu olmayacaktır. Ancak, şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyeliği sona eren kişinin, şirket sonrası faaliyetlerine yönelik de rekabet yasağının getirilmesi mümkündür. O halde esas sözleşme ile yönetim kurulu üyesine yasak getirilmesi halinde TBK m. 444 vd. hükümlerinin birebir uygulanması zorunlu değildir. Zira esas sözleşme kapsamında rekabet yasağının ne şekilde uygulanacağı belirlenebilmektedir. Esas sözleşmede yöneticilik sıfatı sona erdikten sonra da rekabet yasağının belli bir süre daha devam edeceği kararlaştırılabilmektedir. Ancak rekabet yasağı yönetim kurulu üyeleri için getirilebilmekte, pay sahipleri için rekabet yasağı söz konusu olmamaktadır. Buna göre esas sözleşme ile yönetim kurulu üyeliği sıfatı sona erdikten sonrası için rekabet yasağı getirilebileceği kararlaştırılmış olsa dahi, kişi yönetim kurulu üyeliğinde istifa etmiş ve sadece pay sahibi olmuş, payını da başkasına devretmişse böyle bir yasak söz konusu olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Aktepe, Gökhan** (2017) "Limited Ortaklıklarda Ortakların ve Müdürlerin Sır Saklama Yükümlülüğü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XXI, S: 3, s. 137-166.
- Akyiğit, Ercan** (2021) İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Alper, Yusuf/ Kılış, İlknur** (2017) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık.
- Altaş, Soner** (2016) "Yönetim Kurulu Üyeleri Şirketle İşlem Yapma ve Rekabet Etme Kararlarında Oy Kullanabilir Mi?", Mali Çözüm, Temmuz-Ağustos 2016, s. 145-151.
- Arslan Ertürk, Arzu** (2010) Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Arslanlı, Halil** (1960) Anonim Şirketler II-III (Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller), İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Aslan, İsmail Yılmaz** (2020) Rekabet Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Aşık, Pınar** (2017) "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı," Ankara Barosu Dergisi, C: 75, S: 4, s. 163-202.
- Ateş, Mustafa** (2009) "AB ve Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış", FMR, C: 9, S: 1, s. 55-92.
- Aydın, Hüseyin** (2008) Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Aydın, Sema/ Kaplan, Hasan Ali** (2014) "Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, S: 3-4, s. 165-204.
- Aydınlı, İbrahim** (2005) "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 19, S: 6, s. 21-42.

- Bağrıaçık, Safiye Nur** (2017) Üretim ve İş Sırlarının Korunması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Bahtiyar, Mehmet** (2019) Ortaklıklar Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Baskan, Ş. Esra** (2012) "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, S: 2, s. 116-125.
- Bilge, Mehmet Emin** (2005) Ticari Sırların Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan** (2013) Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru** (2017) Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması, TAAD, Y: 9, S: 33, s. 143-182.
- Büyük Doğan, Sevil** (2019) İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Can, Ozan** (2011) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.
- Can, Mustafa** (2007) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet, TBB Dergisi, S: 69, s. 151-126.
- Çamoğlu, Ersin** (1972) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat** (2020) İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Çetin, Müge** (2017) Anonim Şirketlerde Kurucuların Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi.
- Çetiner, Selma / Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru** (2021) Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çınar Karadağ, Nihal** (2019) Haksız Rekabet ve Yaptırımları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel** (2017) Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- Çil, Şahin** (2014) İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Dedeğa, Ender/ Saran, Oğuzhan** (2013) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara, Ankara Barosu Eğitim Merkezi.
- Demir, Fevzi** (2006) Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Demir, Fevzi/ Demir, Gönenç** (2009) "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu İş, C: 11, S: 1, s. 149-180.
- Demircioğlu, Murat/ Centel, Tankut** (2016) İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Dinç, Serhan** (2021) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Dinç, Serhan** (2017) Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Domaniç, Hayri** (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK Şerhi II), İstanbul, 1. Baskı, Temel Yayınları.
- Donay, Süheyl** (1978) Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Dursun, Hasan** (2009) "Ticari Sır Banka Sırrı İle Müşteri Sırrının Açıklanması Suçlarına Genel Bir Bakış", Kamu İş, C: 11, S: 1, s. 199-235.
- Erdil, Engin** (2020) Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Erem, F.** (1943) "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, S: 1, s. 35-72.
- Ergun, Ömer** (2018) Borçlar Hukuku (Özel Hükümler) Ders Notları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- Ergüney, Halit Kaan** (2014) Türk Vergi Hukukunda Vergi Muafiyeti ve Banka Sırrı İle Karşılaştırılması, İstanbul Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Mali Hukuk Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul.
- Eriş, Gönen** (2017) Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ersen Perçin, Gizem** (2011) "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri". Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 31, S: 2, s. 177-201.
- Esen, Ahmet** (2014) Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketleri, 2. Baskı, Ankara, Maliye Postası.
- Eyrenci, Ömer/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim** (2017) Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Gezmiş, Şeyma/ Başaran, Mustafa,** (2013) Anonim Şirketler Rehberi, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi.
- Göksoy, Yaşar Can** (2017) "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, Özel Sayı, s. 633-681.
- Güleryüz, M. Tarık** (2015) "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi", TBB Dergisi, S: 118, s. 313-344.
- Günay, Cevdet İlhan** (2010) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Tbmmkms/Tbmmkom/ticarisir.pdf>.
- İçel, Kayhan** (2010) "Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçları-Bu Tür Sırlarla İlgili Bilgi İstenmesinin Sınırları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 9, S: 18, s. 35-49.
- İpekel Kayalı, Ferna** (2014) Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

- Kalpsüz, Turgut** (1972) "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları", Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara.
- Kandıralıoğlu, Pınar Çağla** (2011) Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık.
- Karaman, Coşgun Özlem** (2015) Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Karasu, Rauf** (2004) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklık Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı", Rekabet Dergisi, S: 20, s. 1-36.
- Karasu, Rauf** (2016) "Limited Şirket Esas Sözleşmesi İle Ortakların Diğer Ortaklarla Rekabet Etme Yasağı Öngörülebilir Mi?", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XX, S: 2, s. 61-72.
- Karauz, Ağah Kürşat / Işık, Halil Alperen** (2016) "Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması", YBHD, S: 1, 283-298.
- Kayasoylu, Damla** (2020) Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kayırgan, Hasan** (2014) "İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Görünümü" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 20, S: 1, s. 469-470.
- Kervankıran, Emrullah** (2015) Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, Ahmet** (2018) Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, Mustafa/ Kılıçoğlu Ada, İlayda** (2018) Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, 5. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi.
- Kırca, İsmail/ Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2013) Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü.
- Kia Akkaya, Rukiye** (2013) "Devlet Sırrı Kimin Sırrı?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, s. 749-755.

- Kovancı, Nuray** (2017) Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, TAAD, Y: 8, S: 3, s. 769-800.
- Kortaş, Arda** (2021) Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Maral, Maşallah** (2018) "TCK Madde 239 "Ticari Sır Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması" Suçunun İncelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C: 2, S: 92, s. 116-138.
- Manav, A. Eda** (2010) "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", TBB Dergisi, S: 87, s. 322-364.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi** (2004) "4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Bazı Önemli Yenilikler", Kamu İş, C: 7, S: 4, s. 7, s. 1-37.
- Mimaroğlu, Sait Kemal** (1967) Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti, Ankara, Ankara Üniversitesi.
- Nomer, N. Füsün** (1999) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Nomer Ertan, N. Füsün** (2018) Haksız Rekabet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Özcan, Durmuş** (2013) İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özcan, Durmuş** (2016) Uygulamalı İş Davaları, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özer, Suna** (2009) Rekabet Hukuku Açısından Rekabet Yasakları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul.
- Özel, Çağlar/ Özdemir, Sırrı** (2017) "Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, Özel Sayı, s. 189-216.
- Öztürk, Sezin** (2009) Ticari Sır Bankacılık Sırrı ve Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK M. 239), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Kamu Hukuku Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir.

- Poroy Reha/ Tekinalp Ünal/ Çamoğlu Ersin** (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık.
- Poyraz, Ercan** (2016) İş Hukuku Şemalı Anlatımlı, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Pulaşlı, Hasan** (2018) Şirketler Hukuku Şerhi C. I, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Sarıhasan Arkun, Büşra** (2010) İş Hukukunda İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul.
- Soyer, M. Polat** (2001) Olay ve Görüş: İşverenin Değişmesi-Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel'e Armağan, İzmir, DEÜ Yayını.
- Sulu, Muhammed** (2016) "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", MÜHFHAD, C:22, S:2, s. 575-600.
- Süzek, Sarper** (2014) "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", İÜHFİM, C: LXXII, S: 2, s. 457-467.
- Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Şener, Oruç, Hami** (2019) Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- TDK, Büyük Türkçe Sözlük**, (Çevrimiçi)
<[http://esgici.net/012_sozluk%20kamus/Buyuk%20Turkce%20Sozluk%20\(TDK\)%20\(PDF,%209.9%20MB\).pdf](http://esgici.net/012_sozluk%20kamus/Buyuk%20Turkce%20Sozluk%20(TDK)%20(PDF,%209.9%20MB).pdf)>.
- TDK Sözlüğü**, <<https://sozluk.gov.tr/>>.
- Tekben, Tuğçe** (2021) Vekalet İlişkilerinde Vekalet Veren Talimatı ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Tekinalp, Ünal** (2011) Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tekinalp, Ünal** (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Temur, Fatih/Göksu, Bekir Reha** (2018) "Application of Noncompetition Obligation With Respect to the Partners and Company Directors", GSI, Summer 2018, s. 133-144.

- Teoman, Ömer/ Kendigelen, Abuzer** (2019) Ticaret Hukuku Uygulamalı Ders Örnekleri, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Uşan, M. Fatih** (2003) İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Uşan, M. Fatih**, (2006) Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme), Sicil İş Hukuku Dergisi, Y:1, S:1.
- Uşan M. Fatih** (2011) "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 5, S: 21, s. 53-71.
- Uysal, Levent** (2009) "6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu-I", TBB Dergisi, S: 80, s. 315-366.
- Uysal Tuna, Büşra** (2019) Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. Füsün** (2021) Ticari İşletme Hukuku, 7.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Yasaman, İbrahim Hamdi** (2021) Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Yavuz, Nihat** (2013) Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi

TÜRK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ*

Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN**

ÖZET

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda üçüncü kişinin sorumluluğuna ilişkin hükümler bulunmakta ise de üçüncü kişinin tanımına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanunda işveren ve işveren gibi sorumlu tutulan kişilerden bahsedilmiş olduğundan üçüncü kişileri de bu kişiler dışında kalanlar olarak kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle üçüncü kişi işveren ve işveren gibi sorumlu tutulanlar dışında kalan kişiler olarak tanımlanabilir. Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu davalarında üçüncü kişi sıfatının tespit edilmesi önem arz eder. Zira işveren ve işveren gibi sorumlu tutulan kişiler ilk peşin değerli gelirin tamamından sorumlu tutulmakta iken, üçüncü kişiye ilk peşin değerli gelirin yarısı rücu edilebilir. Yine Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya tedavi süresinin uzamasına sebebiyet veren üçüncü kişiden bu giderlerin tazmin ettirileceği de hüküm altına alınmıştır. İşin bütünü yöneten kişi işveren vekili sayıldığından ve bu Kanuna göre işveren gibi sorumlu tutulduğundan üçüncü kişi sayılmaz. İşin bütünü yöneten işveren vekili dışında işyerinde çalışan işçiler ise üçüncü kişi kapsamında yer alır. Asıl işveren de alt işveren ile birlikte işveren gibi sorumlu tutulurken anahtar teslim işte ihale makamı üçüncü kişi olarak kabul edilmektedir. Çalışmada üçüncü kişi kavramı inceleme konusu yapılmış, ardından üçüncü kişinin sorumlu tutulduğu hallere de değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Üçüncü Kişi, İşveren, İşveren Vekili, İş Kazası ve Meslek Hastalığı, Rücu Davaları.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1105706- Geliş Tarihi: 19.04.2022- Kabul Tarihi: 13.06.2022.

** Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hasan.kayirgan@ogu.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-6819-7725.

THIRD PERSON IN TURKISH SOCIAL SECURITY LAW

ABSTRACT

Although there are provisions regarding the responsibility of the third person in the Law No. 5510 on Social Insurance and General Health Insurance, there is no provision regarding the definition of the third person. Since the law maintains that employers and employees are already responsible persons, it is necessary to accept third parties as those other than these persons. In other words, third parties can be defined as persons other than employers and employees. It is important to determine the third party in the recourse cases claimed by the Social Security Institution (the Institution). Because while the employer and the persons held responsible as if the employer are held responsible for the entire first cash income, half of the first cash income can be recourse to the third party. It is also stipulated that these expenses will be compensated from the third person who caused the Institution to provide health services or to extend the treatment period. Since the person who manages the whole business is considered as the employer's representative and is held responsible like the employer according to this Law, he is not considered a third person. Other than the employer's representative who manages the whole business, workers working in the workplace are included in the scope of third parties. While the main employer and subcontractor are held responsible as the employer, the contracting authority is considered as the third party in turnkey contract. In the study, the concept of third person is examined, and then the cases where the third person is held responsible are also discussed.

Keywords: Third Person, Employer, Employer's Representative, Work Accident and Occupational Disease, Recourse Claims.

GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹ kişileri belirli sosyal riskler karşısında güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda kişilere sağlık hizmetleri sunulmakta ve parasal yardımlar yapılmaktadır. Söz konusu harcamalar Kurum açısından kamu zararı teşkil ettiğinden zarara neden olan kişilere karşı da rücu hakkı tanınmıştır. Rücu hakkının kimlere karşı kullanılacağına ilişkin hükümler incelendiğinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından kişilerin farklılık gösterdiği görülmektedir. İş kazası ve meslek hastalığı sigortasında işveren ve üçüncü kişi kavramları kullanılmakta iken uzun vadeli sigorta kollarında ise sadece üçüncü kişiye yer verilmiştir.

Sorumluluk belirlenirken üçüncü kişi ifadesinden kimlerin anlaşılması gerektiği önem taşımaktadır. Zira işveren ilk peşin değerli gelirin tamamından, üçüncü kişi ise ilk peşin değerli gelirin yarısından sorumlu tutulmuştur. Bu açıdan rücu hakkının kapsamı belirlenirken tarafların üçüncü kişi sıfatını taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekir. Çalışmada üçüncü kişinin Kanun nazarında hangi anlamlara geldiği incelenecektir. Ayrıca üçüncü kişi sayılmanın sonuçlarına da kısaca yer verilecektir.

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİ KAVRAMI

5510 sayılı SSGSSK'da üçüncü kişinin sorumluluğunun yer aldığı üç farklı hüküm bulunmaktadır. Bunlar:

*“İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, **üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle** meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edilir (m. 21/4);*

***Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle** malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca*

¹ RG. 26200-16.06.2006

bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir (m. 39);

*Genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen **üçüncü kişilere**, Kurumun yaptığı sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir (m. 76)” şeklinde tezahür etmektedir.*

Sosyal Güvenlik Kurumunun, öncelikle iş kazası ve meslek hastalıkları sigorta kolundan iş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına yakalanan kişiye veya ölümü halinde hak sahiplerine yaptığı ödemelerin yanı sıra sağlanan sağlık hizmetlerinin bedelini belirli koşullarla işveren ve üçüncü kişilerden isteme hakkına sahip olduğu görülmektedir². İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle Kurum zararı teşkil eden ödemelere veya yapılan harcamalara ilişkin rücu hakkının belirlenebilmesi için de tarafların üçüncü kişi sıfatını taşıyıp taşımadığı irdelenmelidir³. Bu anlamda rücu davalarında kusuru tespit edilenlerin üçüncü kişi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin inceleme konusu yapılması gerektiği vurgulanmaktadır⁴.

² **Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul, Beta, s.453.

³ *Eldeki davada ise, davalılardan ... İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. ile ... arasında asıl işveren taşeron iddiasının varlığı ile gerek ceza, gerek tazminat dosyaları irdelenerek incelenmeli, maddi olgu belirlenmeli ve **davalıların tamamının davacı kurum karşısındaki konumu ve üçüncü kişi mi yoksa asıl işveren/taşeron olup olmadıkları hususunu net bir şekilde ortaya koyan davalıların kusur oran ve aidiyetlerini ve iç kusur durumlarını da irdeleyen ve olayın meydana geldiği iş kolunda iş güvenliği uzmanlarından bir kusur raporu aldırılmalı ve sonucuna göre yapılacak değerlendirmeye göre bir karar verilmelidir...***” (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/4426, K: 2021/2492, T: 02.03.2021).

⁴ *Mahkemece hükmüne uyulan Dairemizin 12.03.2018 tarihli bozma ilamı kapsamında, davalıların konularının, başka bir deyişle hangi davalının işveren veya vekili olduğunun, bu kapsamda **davalı ...'nin üçüncü kişi mi yoksa alt işveren mi veyahut işveren vekili mi olduğu hususlarında yeterince araştırma ve irdelemenin yapılmadan hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Mahkemece yapılacak iş, davalıların konularının da belirlemek ve bu kapsamda sorumluluklarını belirlemek suretiyle sonucuna göre karar***

Üçüncü kişi, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümlerinde işveren yanında ifade edilmiştir. Uzun vadeli sigorta kollarında ve sağlık hizmetlerinden dolayı rücu hakkını düzenleyen madde 76 hükmü uyarınca işveren kavramına yer verilmemiştir. Üçüncü kişi kavramı belirlenirken iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

A. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI SİGORTASI BAKIMINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ

Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu hakkı, 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle Kurumun sigortalıya yaptığı ödemeler ve sigortalı için yapılan harcamalardan işveren ve üçüncü kişi sorumlu tutulmuştur. Ancak hükümde Kurumun rücu hakkı belirlenirken işveren ve üçüncü kişi ayrımı yapılmıştır (m. 21). Zira sigortalıya bağlanan ilk peşin değerli gelir bakımından işverenin sorumlu olduğu miktar ile üçüncü kişinin sorumlu olduğu miktarlar farklılık arz etmektedir. İşveren, sigortalı ve hak sahiplerinin isteyebilecekleri tutarla sınırlı olmak üzere bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin tamamından sorumludur (m. 21/1). Üçüncü kişiye ise ilk peşin değerli gelirin yarısı rücu edilebilir (m. 21/4). Geçici iş göremezlik ödeneği ile tedavi giderleri bakımından sorumluluk belirlenirken ise üçüncü kişi işveren ayrımı yapılmamıştır.

Yukarıda bahsi geçen hükümlerde üçüncü kişinin kim olduğuna ilişkin ise bir tanıma yer verilmemiştir. Yargıtay'a göre bu tür uyuşmazlıklarda devlet adına sosyal güvenlik kanunlarını uygulamakla görevli Sosyal Güvenlik Kurumu birinci kişi, risklerin gerçekleşmesi halinde sigortalının ya da hak sahiplerinin Kurumdan yardım görmesi için primleri ödeyen işveren ikinci kişi konumundadır⁵. Bu ifadeden de üçüncü kişinin Kurum ve işveren dışındaki kişiler olarak kabul edildiği izlenimi doğmaktadır.

verilmesi gerekmektedir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/3952, K: 2021/11739, T: 06.10.2021).

⁵ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/7443, K: 2021/12210, T: 14.10.2021.

Kanunda işveren tanımına yer verilmiş, ayrıca işveren gibi sorumlu olan kişiler tanımlanmıştır. Sözü geçen kişiler, işveren vekili, geçici iş ilişkisi kurulan işveren, alt işveren ile asıl işverendir. Bunun sonucu olarak üçüncü kişiler ise işveren ve işveren sayılan ya da işveren gibi sorumlu tutulan kişiler dışında kalanlar olarak kabul edilmelidir. Kurumun iş kazasının meydana gelmesinde kusuru bulunan sigortalıya veya hak sahiplerine rücu etme hakkı yoktur⁶. Dolayısıyla sigortalı ve hak sahipleri de üçüncü kişi kapsamında değerlendirilemez⁷.

İşin tamamının yapılmasına ilişkin olarak verilen anahtar teslim işlerde işveren sıfatı bulunmadığından ihale makamının üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi gerekir⁸. Asansör kazasında asansörleri kiralayan konumunda bulunan şirket de üçüncü kişidir⁹. Pilot, işveren veya işveren vekili sıfatı taşımadığından 5510 sayılı Kanun uyarınca üçüncü kişi olarak

⁶ Şakar, Müjdat (2014) Sosyal Sigortalar Uygulaması, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s.215.

⁷ Centel, Tankut (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, Beta, s.239; Elma, Ramazan (2021) Örnekler ve Uygulamalarla Sosyal Güvenlik Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s.290; Anılan madde hükmüne göre, kusurlu eylemi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmış olması halinde, ancak işverene, üçüncü kişilere ve bunları çalıştıranlara rücu edebilir. Devlet adına sosyal güvenlik yasalarını uygulamakla yükümlü Kurum birinci kişi, sigortalı ve hak sahipleri ikinci kişi, bunların dışında kalan, kasıt veya kusuru ile Kanunda sayılan yardımların yapılmasına sebebiyet veren kişiler üçüncü kişi konumundadır. Somut olayda, davalı İ. Ç.'ın, iş kazasında sürekli iş göremez durumuna giren sigortalı olması sıfatıyla "üçüncü kişi" kavramı içinde değerlendirilemeyeceği, Kurum zararının tahsilinin kendisinden istenemeyeceği gözetilerek, hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2013/7073, K: 2014/2973, T: 18.2.2014).

⁸ Dosya içeriğine ve toplanan delillerin tartışılmasına göre; davalı ...nin somut olayda 3. kişi sıfatında olduğu ve işverenlik sıfatının bulunmadığı açıktır. Bu sebeple öncelikle, davaya konu kazada davalı ...nin ve ihale makamı olan ...nin 3. kişi sıfatıyla sorumluluğu bulunup bulunmadığı araştırılarak, meydana gelen olay yeniden değerlendirilmeli, ayrıca davaya konu kazada sigortalı çalışamı vefat eden asıl işveren ... A.Ş. ile yine 3. kişi konumundaki ...nin somut olaydaki sorumlulukları tartışılarak, yukarıda belirtilen bilgiler ışığında taraflar arasındaki ilişkinin ve kusur durumunun, sigortalı ile her bir davalının sorumluluk sebepleri ve oranlarının ayrıntılı olarak irdelendiği, olayın gerçekleştiği iş kolunda iş güvenliği bakımından uzman kişilerden oluşan bilirkişi heyetinden uygun bir kusur raporu alınarak hüküm kurulmalıdır (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/1735, K: 2021/3560, T: 18.03.2021).

⁹ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/6729, K: 2021/1293, T: 08.02.2021.

değerlendirilmelidir¹⁰. İşverene ait işyerinde bu kanuna göre işveren vekili olarak kabul edilen kişi dışında tüm çalışanlar da üçüncü kişi olarak nazara alınmalıdır.

Yargıtay'a göre şantiye şefi, iş güvenliği uzmanı, elektrik mühendisi de üçüncü kişi konumundadır¹¹. Ancak şantiye şefinin her durumda üçüncü kişi olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Zira işyerinde işveren adına ve hesabına işin bütününe şantiye şefi yönetiyor ise bu takdirde şantiye şefi işveren vekili sayılacağından üçüncü kişi sıfatında değerlendirilemez.

Açıklananlardan hareketle de iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından üçüncü kişi sigortalı, işveren ve işveren sayılanlar dışında kalan kişiler olarak tanımlanabilecektir. Doktrinde de üçüncü kişi kavramı, kazaya uğrayan sigortalı ile onun işvereni dışında kalan ve zarara sebebiyet veren tüm

¹⁰ Somut olayda, hükme dayanak olarak alınan bilirkişi kusur raporları arasında yargılamaya konu kaza olayına ilişkin olarak düzenlenmiş en detaylı bilirkişi kusur raporu olan 05/04/2017 tarihli raporda; dosyadaki bilgilere göre kazanın oluşumunda hava trafik uygulamalarının neden olabileceği değerlendirilmekle birlikte asıl nedenin plotaj hatasından mı yoksa uçuşu kontrol eden birimlerin ihmal veya hatasından mı kaynaklandığının belirlenemediği, bu yönden hava trafik ve konuşma kayıtlarının kendisinin incelenmesi gerektiğinin, söz konusu kayıtların uluslararası sivil havacılık kuralları gereği korunması gereken Balad Havaalanı hava trafik işletimini yapan ABD makamlarından istenip istenmemesinin takdirinin mahkemeye ait olduğunun belirtildiği, yine inceleme konusu kazanın nedeninin belirlenebilmesi için Irak Sivil Havacılık Makamı Uçuş Emniyet Dairesi'nin 31/12/2007 tarihli ve 12/36 sayılı Nihai Kaza Raporu'nun tam ve eksiksiz örneğine, kaza incelemesini yapan Irak, Moldova ve ABD makamlarında bulunması gereken hava aracı kazasına ilişkin bilgi ve belgelere, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nde bulunan, hava aracına ilişkin (hava aracına verilen uçuş izni dahil) tüm bilgi ve belgelere, Ulaştırma Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 28/07/2008 tarihi ve B.11.0.ATKB.006./664.01/1006-433 sayılı raporunun tam ve eksiksiz bir örneğine, davalı ... İnş.Taah.Tic. ve San. İth. ve İhr. A.Ş. tarafından hava aracına yapılan yüklemenin ayrıntılı bilgilerine gereksinim olduğuna işaret edildiği görülmektedir. Mahkemece bu eksiklikler giderilip yeni bir kusur raporu alınmaksızın, **kazanın oluşumunda 3. kişinin ağır kusurunun bulunduğu**, bu durumun tüm sorumluluk halleri yönünden illiyet bağımlı keseceği ve meydana gelen uçak kazası sebebi ile davalı şirketin sorumlu tutulamayacağından bahisle davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olmuştur (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/6368, K: 2021/2078, T: 23.02.2021).

¹¹ Somut olayda; zararlandırıcı sigorta olayı 31.10.2005 tarihinde gerçekleşmiştir. Davalılardan ... işveren şirketin **iş güvenliği uzmanı, ... Elektrik mühendisi, ... şantiye şefi olup, üçüncü kişi konumundadırlar** (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/282, K: 2020/4782, T: 23.09.2020).

kişiler olarak kabul edilmektedir¹². Bir görüşe göre üçüncü kişi işveren yardımcısı olan ancak işveren vekili sayılmayan kişiler olarak değerlendirilmelidir¹³. Ancak trafik iş kazasında kazaya karışan araç sürücüsünün işveren ile herhangi bir bağı bulunmayabilir. İş kazasının oluşumuna kusuruyla sebebiyet vermiş ise bu halde kendisine de rücu edilebilmektedir. Bu nedenle üçüncü kişilerin salt işveren yardımcısı olarak sınırlandırılmaması gerekir.

Üçüncü kişinin tespit edilebilmesi için işveren ve işveren gibi sorumlu kılınan kişileri belirlemek gerektiğinden işveren, işveren vekili, alt işveren, geçici iş ilişkisi kurulan işveren kavramlarına yer verilmiştir:

1. İşveren

5510 sayılı Kanun'da işveren kavramı, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak ifade edilmiştir (m. 12/1). 4857 sayılı İş Kanunu¹⁴nda sadece işçi çalıştıran kişilerin işveren olduğu vurgulanmakta iken 5510 sayılı Kanun'da bağımlı çalışan işçi ve kamu görevlilerini (4/1-a ve 4/1-c kapsamındaki sigortalıları) çalıştıranlar işveren olarak kabul edilmiştir¹⁵. 4/1-c kapsamındaki sigortalılar iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından faydalanmadıklarından burada 4/1-a kapsamında sigortalıları çalıştıran işverenler belirtilecektir.

¹² **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioglu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta, s.458; **Çenberci, Mustafa** (1985) Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, Olgaç, s.190; **Tuncay/Ekmekçi**, s.466; **Alper, Yusuf** (2019) Sosyal Sigortalar Hukuku, 10. Baskı, Bursa, Dora, s.260; Sözer tarafından yapılan tanıma göre ise üçüncü kişi sigortalı ve işveren dışında kalan kişilerdir. (**Sözer, Ali Nazım** (2019) Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta, s.196); **Civan, Orhan Ersun** (2015) "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 64, s. 588.

¹³ **Tunçomağ, Kenan** (1988) Sosyal Sigortalar, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s.280.

¹⁴ RG. 25134- 10.06.2003.

¹⁵ **Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi, s.247; **Sözer**, s.36.

İşveren gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş da olabilir¹⁶. Bağımlı çalışan (4/1-a veya 4/1-c kapsamındaki) sigortalıları çalıştırmak işveren sayılabilmek için yeterlidir¹⁷. Bunun yanında işyerinde güdülen amacın mutlaka ekonomik olması gerekmediği sosyal, kültürel ve sportif hatta dini veya hayri olabileceği de vurgulanmaktadır¹⁸. Kanunda ayrıca işçi sendika ve konfederasyonlarının yönetim kurullarına seçilenler için işçi sendika ve konfederasyonlarının; 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'a göre çalışan koruma bekçileri için çalıştırmaya yetkili makamın (koruma ve ihtiyar meclisi¹⁹); hükümlü ve tutuklular için Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumunun; çıraklar, mesleki eğitim görenler, stajyerler için ilgili eğitim kuruluşunu ve kursiyerler için Türkiye İş Kurumunun işveren olarak kabul edildiği görülmektedir (m. 12/5).

2. İşveren Vekili

İşveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekilidir (m. 12/2). Bir kişinin işveren vekili olarak kabul edilebilmesi için işin veya görülen hizmetin bütününü yönetmek ve işveren ad ve hesabına hareket etmek şartlarının bir arada bulunması gereklidir²⁰.

5510 sayılı Kanun'da işveren vekili kavramının İş Kanunu'na göre kapsamı daraltılmıştır. İş Kanunu'na göre işin yönetiminde görev alan bir kişi de işveren vekili olarak sayılırken, 5510 sayılı Kanun açısından işveren vekilinin işin veya hizmetin bütününü yönetmesi koşulu aranır²¹. Dolayısıyla şube müdürü işveren vekili sayılamaz. İşyerinde birden fazla işveren vekili bulunması halinde Kurum

¹⁶ **Sümer, Haluk Hadi** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.76; **Tuncay/Ekmekçi**, s.372; **Arıcı**, s.247; **Sözer**, s.36; **Uşan**, s.122.

¹⁷ **Uşan, Fatih/Erdoğan, Canan** (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.367; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.203; **Alper**, s.157; **Uşan**, s.122.

¹⁸ **Tuncay/Ekmekçi**, s.372.

¹⁹ Valilik ve kaymakamlık makamının sadece atamaya onay makamları olduğu yönünde bkz.: **Çenberci**, s.79; **Tuncay/Ekmekçi**, s.372.

²⁰ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.204; **Tuncay/Ekmekçi**, s.372; **Sümer**, s.81; **Alper**, s.43.

²¹ Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu açısından işveren vekilleri, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumunun sorumlu müdür ve amirleridir (SSGSSK.12/5); **Tuncay/Ekmekçi**, s.372; **Arıcı**, s.248; **Uşan/Erdoğan**, s.368.

nezdinde işveren adına imzaya yetkili kişinin bu kanun kapsamında işveren vekili olduğunun kabulü gerektiği de ileri sürülmektedir²².

Bu Kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar. İşveren vekili bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur (m. 12/2). İşveren vekilleri de işveren gibi sorumlu tutulduğundan bir olayda kişilerin işveren vekili sıfatı taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir²³. Şirket ortakları işveren vekili sayılmazlar, aksine üçüncü kişi olarak kabul edilmektedir²⁴. Alt işverenin işveren vekili de üçüncü kişi olarak nitelendirilemez²⁵. İşveren vekiline örnek olarak ise genel müdür, yönetim kurulu başkanı, işin bütününe yönetmesi koşuluyla şantiye şefi gösterilebilir²⁶.

3. Alt İşveren ve Asıl İşveren

Alt işveren kavramı 5510 sayılı Kanunun 12/6. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre;

“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir.”

²² Alper, s.160.

²³ Mahkemece, 04.04.2012 tarihli Kurum raporunda davalı ...'in işveren sıfatıyla alınan beyanı ve dosya içeriği gözetildiğinde, davalı şirkete ait ticaret sicili kayıtları getirtilerek, **davalı ... yönünden işveren vekili olup olmadığı ve kusur durumu irdelenmek suretiyle hüküm kurulmalıdır** (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/2749, K: 2021/4992, T: 08.04.2021).

²⁴ Alper, s.43; **Davalı gerçek kişilerin işveren vekili konumunda olmayıp şirket ortağı oldukları anlaşıldığından davalıların 3. Kişi sıfatıyla kusurlarının bulunup bulunmadığı irdelenmeli, bu kapsamda alanında uzman bilirkişi heyetinden tarafların kusur oran ve aidiyetini belirleyen kusur raporu alınmalı, raporda davalı gerçek kişilere ceza dosyasında izafe edilen kusur oranları ve haklarında verilen karar değerlendirilmek suretiyle inceleme yapılmalı** (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/11145, K: 2021/1890, T: 22.02.2021).

²⁵ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/2433, K: 2021/7570, T: 03.06.2021.

²⁶ Mahkemece, davalılardan ... şantiye şefi olarak ve kaza günü ...'ya gittiği yönündeki dosya içeriğindeki beyanlarda dikkate alınarak, ...'in üçüncü kişi olarak davaya konu olayda kusurunun bulunup bulunmadığı ve ...'in işveren vekili olup olmadığı araştırılarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/1480, K: 2020/4970, T: 30.12.2020).

Ayrıca hükmün devamında sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işverenin, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Bir kişinin alt işveren olarak kabul edilebilmesi şu koşulların birlikte bulunmasına bağlıdır:

- *Asıl işverenin varlığı,*

Bir işi bölerek başka işverenlere yaptıran ve bu iş ile ilgili olarak sigortalı çalıştırmayan kişi işveren; bu kişiden iş alan kişiler de alt işveren olarak nitelendirilemezler. Alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi bir asıl işverenin varlığına bağlıdır²⁷. Asıl işverenin de sigortalı çalıştırması şarttır²⁸. Alt işveren kavramı, her şeyden önce, asıl işverenin varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmesini ve asıl işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmasını gerektirir.

Bu ilişkide kendi işyerinde sigortalı çalıştıran kişi *asıl işveren*; aynı işyerinde bazı işleri üstlenen ve bu amaçla sigortalı çalıştıran kişi de *alt işveren* niteliğini kazanır²⁹.

²⁷ Sümer, s.77; Alper, s.38.

²⁸ Tuncay/Ekmekçi, s.374; Alper, s.39.

²⁹ *Alt işverenden söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından sorumlu tutabilmek için bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır.*

a) *İşyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren bulunmalıdır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.*

b) *Bir başka işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde iş almalı ve sigortalı çalıştırmalıdır.*

c) *İşverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Bu kişinin diğer birtakım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi bulunmamaktadır.*

d) *İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte olmamalıdır, aksi halde iş alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde bulunacaktır.*

e) *İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, iş anahtar teslimi verildiğinde veya işveren kendi iştiğal konusu olmayan bir işi kendisi sigortalı çalıştırmaksızın bölerek ihale*

- *Asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir bölüm veya eklentilerinde iş alan bir başka (alt) işverenin varlığı,*

Alt işverenin asıl işverenden aldığı bir iş bulunmalıdır³⁰. Alt işveren tarafından alınan iş mal ve hizmet üretimine ilişkin olabileceği gibi eklentilerde de yerine getirilebilir³¹. Bir işin bütünü, örneğin bir binanın yapımını üstlenen kişi alt işveren olarak kabul edilemez. Aynı şekilde alt işverenin yaptığı iş işverenin sigortalı çalıştığı işyerine nazaran ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımakta ise bu takdirde de alt işverenlikten söz edilemez³².

Asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişki taşıma, eser ve benzeri sözleşmelere dayanabilir ise de, hiçbir şekilde iş ilişkisinin unsurlarını barındırmamalıdır³³. Alt işverenin asıl işverenin işçisi olması durumunda da alt işverenlik ilişkisinden bahsetmek mümkün olmaz.

Alt işverenlik ilişkisinde işin görülmesi ile bakım, onarım gibi belirli bir sonucun ortaya çıkması amaçlanmaktadır³⁴. Burada önemli olan yön, asıl işverene ait işin bir bölümünün alt işveren tarafından asıl işverenin işyerinde

suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır.

f) Alt işverenin aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünüyle, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İş yerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, alt işverenden söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.05.1995 gün ve 1995/9-273-548 sayılı kararı da aynı yöndedir.) (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/2454, K: 2020/7104, T: 14.12.2020).

³⁰ **Erdoğan, Zafer** (2004) "Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı", Kamu İş, C: 7, S: 3, s.2.

³¹ **Sümer**, s.77.

³² **Tuncay/Ekmekçi**, s.374.

³³ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.206.

³⁴ **Erdoğan**, s.5.

görülmüştür³⁵. Yukarıda da belirtildiği üzere işin tamamının verildiği anahtar teslim işlerde ihale makamı üçüncü kişi olarak kabul edilir³⁶. Buna göre; örneğin anahtar teslimi bir inşaat yaptıran kişinin bir petrol istasyonunun bulunması o kişiyi asıl işveren haline getirmez. Yargıtay'a göre yol yapım işi de alt işverenlik ilişkisine vücut vermez³⁷. Aynı şekilde bir evin çatısının tamir edilmesi işi de anahtar teslim iş kapsamında değerlendirilmelidir³⁸.

4857 sayılı İş Kanunu'nda alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için aranan asıl işin bir bölümünün işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme şartına 5510 sayılı Kanun'da yer verilmediği, bu kanunda

³⁵ İşçileri kendi işyerinde değil asıl işverenin işyerinde çalıştırması bakımından işverenlik sıfatının ikincil nitelikte olduğu yönünde bkz.: **Çenberci**, s.703.

³⁶ Somut olayda; davalılar TTK ile muris A....arasında alt işveren-üst işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Her ne kadar maden sahası TTK'ya ait ise de, davalıların murisi tarafından kaçak olarak işletilmekte olduğu ortadadır. Ancak TTK kaçak maden ocağı kendisine bildirildiği halde ocağı imha etmediği için kusurlu olup, üçüncü kişi konumundadır. Öte yandan Kurum teftiş raporunda işveren hakkında 23. maddenin uygulanmaması belirtildiği halde, ilgili maddenin uygulanarak, sigortalı kusurunun yarısının davalıların kusuruna eklenecek Kurum alacağıının hesaplanması da hatalı olmuştur.

Bu nedenlerle, **TTK üçüncü kişi konumunda olup**, 5510 sayılı yasanın 21/4. maddesi uyarınca bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin yarısından kusur karşılığı sorumlu olup, toplam sorumlu olduğu (PSD yarısı olan 42458,48/100x70=29.720,94TL) miktar 29.720,94 TL'dir. Davalılar murisi A... 'nın sorumluluğu ise 5510 sayılı yasanın 21/1 maddesi uyarınca işveren sıfatı gereği gelirin peşin sermaye değerinin toplamının kusur karşılığı sorumluluğu olup, (PSDxkusur oranı formülüyle hesaplanan 84.916,97/100x70) toplam sorumlu olunan miktar 59.441,87 TL'dir. Dolayısıyla Kurumun toplam isteyebileceği alacağın 59.441,87 TL olup, bu miktarın 29.720,94 TL'sinden davalı TTK **üçüncü kişi sıfatıyla sorumludur** (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/1288, K: 2020/1186, T: 20.10.2020).

³⁷ Somut olayda, davalı Karayolları Genel Müdürlüğü, İ.Devlet Yolu km 132+100-151+355 arası eksik kalan toprak işleri sanat yapıları **köprü işleri ve üstyapı işlerini, davalı şirkete ihale suretiyle yaptırmakta olup söz konusu işler anahtar teslimi iş mahiyetindedir**. Bu nedenle, davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün sorumluluğunun İş Kanunu'nun 36. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü ihale ile kurulan bu işyerinde işçi çalıştırmamaktadır. Söz konusu yapım işlerinin tamamı davalı şirkete verilmiştir. Buna göre davalı Karayolları Genel Müdürlüğü ile davalı şirket arasındaki ilişki ihale makamı-müteahhit ilişkisi olup, Mahkemece davalı Karayolları Genel Müdürlüğü hakkında açılan davanın reddi gerektiği halde...(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2019/7895, K: 2021/2462, T: 27.10.2021).

³⁸ **Erdoğan**, s.4.

alt işverenlik ilişkisinin daha geniş olarak ele alındığı belirtilmelidir³⁹. Bunun sonucunda asıl işin bir bölümünün hangi amaçla verilmiş olduğu önem taşımaz⁴⁰. Yeter ki asıl işverenin işyerinde iş görülmüş olsun. 5510 sayılı Kanun'un tanımına uygun bir alt işverenlik ilişkisinin olması halinde taraflar arasındaki ilişkinin sadece İş Kanunu'na göre muvazaalı sayılması da bu Kanun uyarınca alt işverenlik ilişkisine ve sorumluluğun belirlenmesine halel getirmez.

- *Alt işverenin bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştırması.*

Bir işverenden aldığı işi, sigortalı çalıştırmaksızın salt kendisi yerine getiren kişi de alt işveren olarak nitelenemez. Alt işverenin asıl işverenden aldığı iş için görevlendirdiği sigortalıları bu işte çalıştırması gerekir^{41,42}. Aynı sigortalıları farklı işyerlerinde çalıştırması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulamaz⁴³.

³⁹ Alper, s.39.

⁴⁰ Bunun nedeninin 5510 sayılı Kanun'un İş Kanunu'ndan daha geniş bir alt işveren tanımını benimseyerek, sigortalıya ve kuruma karşı daha geniş bir sorumlu kitlesi yaratmak olduğu yönünde bkz.: **Tuncay/Ekmekçi**, s.373.

⁴¹ **Sümer**, s.77.

⁴² *Eldeki dava, davacı adına Kurumda hizmet bildirimde bulunan ..., ...'nin ihale ile iş aldığı iddia olunan ... Elektrik Taahhüt A.Ş. ve Kurum aleyhine açılmıştır. Üst işveren, gerek 506 sayılı gerek 5510 sayılı Yasa kapsamında, Kanunda belirtilen işveren yükümlülükleri bakımından alt işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Hal böyle olunca Mahkemece davalılardan ... Elektrik Taahhüt A.Ş. ile ... arasında üst ve alt işverenlik ilişkisinin varlığı hususunda yeterli inceleme ve araştırma yapılmaksızın salt davacı tarafın yargılama esnasındaki beyanı esas alınarak davalı ...Ş. hakkında açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi isabetsizdir. Mahkemece yapılması gereken iş; uyuşmazlık konusu dönem içerisinde davalılardan ... Elektrik Taahhüt A.Ş. ile ... arasında imzalanan ihale sözleşmeleri getirilerek ihale dönemleri denetlenmeli, eksik hizmet bildirimlerinin asıl işverenin müteselsilen sorumluluğunu gerektiren dönemler içerisinde kalması halinde yargılama esnasında ticaret sicilinden kaydı silindiği anlaşılan diğer davalı ...Ş. nin ihyası yoluna gidilerek şirkete yöntemince tasfiye memuru atanması sağlanmalı, tasfiye memuruna tebligat yapıp şirketin varsa savunma ve delilleri de toplanmalı ve sonucuna göre infazı kabil bir karar verilmelidir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/278 , K: 2021/13143, T: 28.10.2021).*

⁴³ Kanunun 506 sayılı Kanunun aksine sigortalıların iş alınan işyerinde münhasıran çalıştırılmalarının aranmadığına yönelik bkz.: **Uşan**, s.123.

Alt işveren niteliği itibarıyla bir işverendir. Bu nedenle 5510 sayılı Kanun'da işverenler için öngörülen sigortalı işe giriş bildirgesi, işyeri bildirgesi, işten ayrılış bildirgesi verilmesi, aylık prim ve hizmet belgesinin Kuruma gönderilmesi ve içeriği, primlerin süresinde ödenmesi, gerekli kayıt ve defterlerin tutulması, belirli işlerde sigortalıyı işe başlatmadan önce rapor alınması, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının öngördüğü tüm önlemlerin alınması gibi yükümlülükler alt işveren için de geçerlidir⁴⁴.

Sosyal Güvenlik Kurumu iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlar için asıl işverene de alt işverenle birlikte rücu edebilir⁴⁵. Nitekim 5510 sayılı Kanun, herhangi bir ayırma tabii tutmadan bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı asıl işvereni alt işverenle birlikte sorumlu tutmuştur⁴⁶. Asıl işverenin rücu davasında sorumlu tutulabilmesi için ise alt işverenin iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusurlu bulunması şarttır⁴⁷.

5510 sayılı Kanun'da yer alan alt işveren kavramı mülga 506 sayılı Kanun'da aracı ifadesine karşılık gelmektedir. 506 sayılı Kanun'un "Üçüncü kişinin aracılığı" başlıklı 87'nci maddesi hükmünde, aracı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişi olarak tanımlanmış, sigortalıların üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı belirtilmiştir⁴⁸. Alt işveren için yukarıda bahsi geçen şartların aracı için de geçerli olduğu görülmektedir.

4. Ödünç Alan İşveren

5510 sayılı Kanun ödünç iş ilişkisini tanımlamamış ancak ödünç iş ilişkisine hukuki sonuç bağlamıştır.

Ödünç iş ilişkisi 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesinde tanımlanmıştır:

⁴⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.213 vd.

⁴⁵ Sümer, s.79.

⁴⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.213.

⁴⁷ Tuncay/Ekmekçi, s.467.

⁴⁸ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/5174, K: 2021/7984, T: 09.06.2021.

“Geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir.”

Yukarıdaki tanıma göre, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulan ilişki ödünç (geçici) iş ilişkisidir⁴⁹. Burada işveren yazılı rızasını almak koşuluyla kendi işçisini başka bir işveren nezdinde çalıştırmaktadır⁵⁰. İşte geçici iş ilişkisi kurulan işveren de bu kanunda işveren için öngörülen yükümlülüklerden müteselsilen sorumlu tutularak işveren kapsamında değerlendirilmiştir⁵¹.

B. UZUN VADELİ SİGORTA KOLLARI VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KAPSAMINDA SAĞLANAN SAĞLIK HİZMETLERİ BAKIMINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ

İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklı yapılan ödemelerde işveren ve üçüncü kişi ayrımı yapılmaktadır. Ancak uzun vadeli sigorta kollarından yapılan ölüm veya maluliyet aylığının rücu edilmesinde ise işveren kavramına yer verilmemiştir. Yine Genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen **üçüncü kişilere** rücu edileceği düzenlenmiş olup işveren ifadesi burada da yer almamaktadır (m. 76). Bu bakımdan uzun vadeli sigorta kolları bakımından ve sağlık hizmet verilmesine sebebiyetlere rücu hakkının düzenlendiği durumlarda sigortalı dışında bulunan herkes üçüncü kişi olarak kabul edilir.

Uzun vadeli sigorta kollarından ölüm veya maluliyet aylığı bağlanmasına sebebiyet veren işveren ya da alt işveren olsa dahi üçüncü kişi kapsamında değerlendirilecektir. Aynı şekilde sağlık hizmeti verilmesine veya tedavi

⁴⁹ Alper, s.40 vd.

⁵⁰ Uşan, s.123; Sümer, s.79.

⁵¹ Arıcı, s.249; Tuncay/Ekmekçi, s.245.

hizmetinin uzamasına sebebiyet veren herkes üçüncü kişi olarak nazara alınacaktır.

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİ KAVRAMINA BAĞLANAN SONUÇLAR

A. İŞ KAZASI DOLAYISIYLA RÜCU HAKKININ KAPSAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinin 1. fıkrasında, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir davranışı sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirileceği düzenlenmiş iken;

4. fıkrasında, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle gerçekleşmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edileceği belirtilmiştir⁵².

Anlaşılabacağı üzere 21/1. maddede işverenin, 21/4. maddede üçüncü kişinin rücu alacağından sorumlulukları ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu maddeler uyarınca açılan rücu tazminat davalarında ise iş kazasının meydana gelmesinde birlikte kusuru bulunan işveren ve üçüncü kişiler arasında müteselsil sorumluluk ve ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır⁵³.

Üçüncü kişi ve işverenin sorumluluğu belirlenirken birtakım farklılıklar bulunmaktadır. 21. madde uyarınca işverenin sorumluluğu belirlenirken sigortalı veya hak sahiplerinin isteyebilecekleri tutarın belirlenmesi suretiyle gerçek zarar hesabı (tavan hesabı) yapılması gerekir. Ancak üçüncü kişinin

⁵² İşverenin ilk peşin değerli gelirin tamamından sorumlu tutulmakta iken bunun karşısında üçüncü kişinin bu tutarın yarısından sorumlu tutulmasının adil olmadığı yönünde bkz.: **Tuncay/Ekmekçi**, s.466.

⁵³ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/475, K: 2021/6285, T: 17.05.2021.

sorumluluğu ise sadece ilk peşin değerli gelirin yarısının rücu edileceğinden bahsedilerek herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Dolayısıyla üçüncü kişilere karşı açılan rücu davalarında tazminat tavanının (dış tavan) belirlenmesi cihetine gidilemez⁵⁴. Buna göre de işveren veya üçüncü kişiye karşı açılan davalarda 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre rücu alacağından sorumluluk belirlenirken kural olarak, işveren yönünden 1. fıkraya göre gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri ile yargılamada yöntemince hesaplanacak gerçek (maddi) zarar karşılaştırması yapıp düşük (az) olan tutar esas alınmalı, üçüncü kişi bakımından 4. fıkra gereğince gerçek zarar gözetilmeksizin gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı benimsenmeli ve bunlara kusur oranları uygulanmalıdır.

İşveren ve üçüncü kişinin iş kazasında birlikte kusuru bulunabilir. Bu halde aynı anda 1. ve 4. fıkralarda yer alan hükümler konusunda ne şekilde uygulama yapılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay kararlarında, sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla neden olmaları durumunda, 6098 sayılı Kanun'un 61. ve 62. maddeleri gereğince teselsül hükümleri kapsamında bu kişilerin birlikte sorumlulukları söz konusu olduğundan TBK'nın 62. maddesine göre, kendi payından fazlasını ödeyenin diğer müteselsil borçlulara karşı rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, her bir borçlu yönünden kusurlarına karşılık gelen miktar ayrılmaksızın teselsül kurallarına göre sorumluluklarına karar verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Buna göre; iş kazası veya meslek hastalığına birlikte sebebiyet veren sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda ise, işverenden istenebilecek gerçek zararı aşmayan gelirin ilk peşin sermaye değerinin müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşeninden işveren, gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısının müteselsil sorumluların toplam kusuruna karşılık gelen tutarından da üçüncü kişi sorumlu tutulmalıdır.

İşverenin müteselsilen sorumlu olacağı tutar, 1. fıkra gereğince kendi kusur payı gözetilerek sorumlu tutulacağı miktarın (gelirin ilk peşin sermaye

⁵⁴ **Başbuğ, Aydın** (1992) Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiyeye Rücu, Ankara, Kamu İş, s.112; **Arslanköylü**, s.1007; **Civan**, s.544; Aksi yönde görüş için bkz.: **Centel**, s.239.

değeri X işverenin kusur oranı), üçüncü kişinin 4. fıkraya göre sorumlu olacağı tutar (gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı X üçüncü kişinin kusur oranı) ile toplamı kadar olmalıdır.

“Gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı” sınırlaması karşısında üçüncü kişinin müteselsilen sorumlu tutulacağı miktarın ise, gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile işveren de dahil olmak üzere kusur toplamının çarpımı sonucu elde edilecek tutar kadar olması gerekmektedir⁵⁵.

Açıklananlardan hareketle aynı davada işveren ile üçüncü kişinin birlikte kusurunun bulunması halinde işverenin müteselsil sorumluluğu kendi payına düşen miktar ile üçüncü kişinin payı kadar iken üçüncü kişinin müteselsil

⁵⁵ Somut olayda, davalıların tazminle sorumlu olacakları ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı; gelirin başladığı tarih itibariyle 5510 sayılı Kanununun 54. maddesi uyarınca indirilmiş hali üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı olan 16.374,20 TL'nin, yaşlılık aylığının bağlanması nedeniyle gelirin yarıya indirme tarihine (01.06.2013) kadar yapılan fiili ödeme miktarı 6.364,41 TL'nin yarısı (yani fark fiili ödeme miktarı) olan 3.182,20 TL'nin da eklenmesi suretiyle bulunan 19.555,40 TL (16.374,20+ 3.182,20= 19.555,40 TL)'dir. Bu miktar ile yarıya indirilmemiş tam gelir üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değeri olan 24.023,52 TL'nin karşılaştırılması sonucu, düşük olan 19.555,40 TL'nin davalıların tazminle sorumlu olacakları ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı olarak hesaplamada esas alınması gerekmektedir. 2- İncelemeye konu olayda davalı işverenler ... Ayakkabı Mak. Nak. San. ve Tic. Ltd. Şti. % 40 ve M... Belediye Başkanlığı % 35, üçüncü kişi konumundaki ... % 5 oranında kusurlu bulunmuş ise de davalıların teselsül sorumluluğunun, 5510 sayılı Kanununun 21. maddesi 1. ve 4. fıkrasında öngörülen ilkeler çerçevesinde belirlenmediği görülmüştür; İş kazasına birlikte sebebiyet veren sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda, işverenden istenebilecek gerçek zararı aşmayan gelirin ilk peşin sermaye değerinin müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşeninden işveren, gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısının müteselsil sorumluların toplam kusuruna karşılık gelen tutarından da üçüncü kişi sorumlu tutulmalıdır. Somut olayda işverenin teselsül sorumluluğu, gelirin işverenlerin toplam kusur oranı karşılığı (19.555,40 TL x % 75=14.666,55 TL) ile gelirin yarısının üçüncü kişi ...'nün kusur oranı karşılığının (9.777,70 TL x % 5 = 488,88) toplamı olan 15.155,43 TL dir. Üçüncü kişi ...' nün teselsül sorumluluğu ise gelirin yarısının işveren ve üçüncü kişinin toplam kusur karşılığı (9.777,70 TL x %80=) 7.822,16 TL dir. Ancak, işverenlerin ve üçüncü kişinin gelir dışındaki diğer ödemelerde teselsül sorumluluğu ise aynı olup, geçici iş göremezlik ödeneğinin ve tedavi masraflarının işveren ile üçüncü kişinin toplam % 80 kusur karşılığıdır (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/3497, K: 2021/5399, T: 15.04.2021); aynı yönde karar için bkz.: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/5830, K. 2021/12888, T: 26.10.2021.

sorumluluğu ise ilk peşin değerli gelirin yarısının toplam kusur oranı kadar olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Örneğin; bir olayda işveren %50; üçüncü kişi de % 30 kusurlu bulunmuştur. Bağlanan ilk peşin değerli gelir 100000 TL'dir. İşverenin %50 kusur payı gözetilerek sorumlu olduğu miktar 50000 TL'dir; Ayrıca üçüncü kişinin 4. fıkraya göre sorumlu olduğu miktar ise $100000 / 2 * \% 30 = 15000$ olduğuna göre işverenin müteselsil sorumlu olacağı miktar $50000 + 15000 = 65000$ TL'dir.

Üçüncü kişi tüm kusur oranı olan %80'den sorumlu olduğuna göre ilk peşin değerli gelirin yarısı olan 50000 TL'nin % 80'inden yani 40000 TL'sinden sorumludur⁵⁶. Üçüncü kişi 40000 TL'nin tamamını öderse işverene 25000 TL için rücu edebilir. İşveren de 65000 TL'nin tamamını ödediği takdirde iç ilişkide 15000 TL için rücu hakkına sahiptir.

Yargıtay kararlarında bu yaklaşım ve uygulamanın, işvereni, iç ilişkide üçüncü kişiye rücu edemeyeceği miktarı Kuruma ödemek zorunda bırakmadığından da hakkaniyete uygun olduğu vurgulanmaktadır⁵⁷.

Üçüncü kişinin sorumluluğu belirlenirken işverenin kusuru dikkate alınır. Diğer bir deyişle 5510 sayılı Kanun m. 23 uyarınca işverenin kusursuz sorumlu olduğu durumlarda dahi üçüncü kişiye kusur sorumluluğu hükümlerine göre rücu edilebilir. Sigortalılığın süresinde bildirilmemesi nedeniyle işverenin kusursuz olduğu durumlarda bile üçüncü kişi ilk peşin

⁵⁶ *Mahkemece davalı iş veren ... yönünden ilk peşin değerli gelirin, kendi kusuru olan %50 ile davalı 3. kişi ...'ın kusurunun yarısı olan %15 oranının toplamı olan %65'i esas alınmak suretiyle hüküm kurulmalıdır. Açıklanan gerekçelerle teselsülün belirlenmesi gerekir..*, (Y10HD., 02.06.2021, E. 2021/3328, K. 2021/7468); *Eldeki davada, zararlandırıcı sigorta olayının meydana gelmesinde davalı işveren ...Mad. San. Tic. A.Ş. %30, diğer davalı işveren ... Otomotiv Pet. İnş. Nak. Taah. San. Tic. Ltd. Şti.'nin %40, ve davalı araç sürücüsü ...'nın %10, sigortalı ise %20 oranında kusurlu bulunarak karar tesis edilmiş ise de, yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler uyarınca davalıların teselsül sorumluluğunun hatalı belirlenmiş olduğu görülmüş olup; a- Davalı işverenler ...Mad. San. Tic. A.Ş ve ... Otomotiv Pet. İnş. Nak. Taah. San. Tic. Ltd. Şti.'nin teselsül sorumluluğu 5510 sayılı yasanın 21/4. maddesi uyarınca %75 üzerinden belirlenmesi gerekir* (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/12060, K: 2021/9430, T: 30.06.2021).

⁵⁷ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/8520, K. 2021/15188, T: 01.12.2021; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/5004, K. 2021/9926, T: 08.07.2021; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/6538, K: 2021/3137, T: 11.03.2021.

değerli gelirin yarısının toplam kusur oranında sorumlu tutulmalıdır. Bu doğrultuda üçüncü kişinin kusurunun da tespit edilmesi gereklidir⁵⁸. Zira ölen veya maluliyete maruz kalan sigortalının kusurunun bulunmadığı belirlenmiş olsa bile rücu edilebilecek miktar üçüncü kişinin kusurlu olup olmamasına göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle kusur raporu alınarak üçüncü kişinin olaya etkisinin somut olarak belirlenmesi gerekir⁵⁹. Buna yönelik olarak da kararlarda üçüncü kişinin kazanın oluşumunda bir etkisinin bulunup bulunmadığının da açıklığa kavuşturulması gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁰.

Kaçınılmazlık ilkesinin Kurumun işverene rücu halinde yalnızca dikkate alınacağı, üçüncü kişiler ve hak sahiplerine rücu halinde bu ilkenin

⁵⁸ İşverenin ve üçüncü kişilerin iş kazasındaki kasıt veya kusurunun tespiti amacıyla; iş kazasının oluşumuna ilişkin maddi olguların eksiksiz biçimde saptanması, sorumluluğu gerektiren her koşulun, kendi özelliği çerçevesinde araştırılıp irdelenmesi, işveren ve diğer ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi gerekir. Olay gecesini elinde tüfekle tarlası başında yabani domuz için bekleyen davalılar murisi ..., gecenin karanlığında çalılıklardan gelen ses üzerine silahını ateşlemesi sonucu, kendi tarlasını sulamak amacıyla davalının tarlasından geçmekte olduğu anlaşılan kızkardeşinin kocası sigortalıyı öldürmesi şeklinde gerçekleşen olayda, kazanın meydana gelmesindeki kusur oran ve aidiyetlerin belirlenmesi açısından konusunda uzman bilirkişilerden kusur raporu alınarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/8763, K: 2021/4396, T: 31.03.2021).

⁵⁹ Yargıtay bir kararında ölenin olayda kusurunun bulunmadığının anlaşılabilir iş kazasının meydana gelmesinde kusuru bulunanlar arasındaki kusur dağılımının ilerde kendi aralarında açılacak rücu davasında yeniden değerlendirilmesinin mümkün bulunmasının mümkün olduğu belirtilmiştir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/9804, K: 2021/2975, T: 09.03.2021); Ancak bu durum işveren ve işveren gibi sayılan kişilerin bulunması halinde geçerlidir. Bunun dışında üçüncü kişinin olayda katkısının tespit edilmesi durumunda rücu edilebilecek miktar dahi değişecektir.

⁶⁰ Tazminat davalarının özelliği gereği İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşullar göz önünde tutularak ve özellikle zararlandırıcı olayın niteliğine göre, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, zararlandırıcı sigorta olayı yönünden alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle işveren ve işçi yönünden kusurun aidiyeti ve oranı, olayın meydana gelmesinde üçüncü kişinin eyleminin bulunup bulunmadığı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanmalıdır (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/9713, K: 2021/13292, T: 02.11.2021).

uygulanmayacağı ifade edilmekte ise de⁶¹ Yargıtay'a göre kaçınılmazlık hali mevcut ise haklı olarak bu durum üçüncü kişinin sorumluluğunu da etkiler⁶².

İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle kurumca ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ile tedavi giderleri için üçüncü kişi ile işveren bakımından bir ayırım yapılmadığından üçüncü kişi işveren ile birlikte toplam kusur üzerinden müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Yine yukarıda ifade edildiği üzere 23. madde bağlamında işveren için kusursuz sorumluluk hali dikkate alınsa dahi üçüncü kişiye toplam kusur oranı üzerinden geçici iş göremezlik ödeneği ile tedavi giderlerinin rücu edilebileceği de belirtilmelidir.

B. ÖLÜM VE MALULİYET AYLIĞININ RÜCU EDİLMESİ

5510 sayılı Kanun m. 39 uyarınca:

*Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir*⁶³.

Kanununun 3. maddesinde sigortalı, “Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi” ifade etmektedir. Maddede sigortalı ifadesine açıkça yer

⁶¹ Şakar, s.215.

⁶² Aslanköylü, s.375; Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez. Kaçınılmazlığın genel bir tanımı yapılacak olursa denilebilir ki kaçınılmazlık, önüne geçmenin imkânsız olduğu veya ne kadar özen gösterirse gösterecek, hangi tedbir alınır alınsın oluşması engellenemeyen bir durumu ifade eder. İşverenin mevzuatta yer alması bile, iş sağlığı ve güvenliği yönünden aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorunda olduğu Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarındandır. **Alınması gereken her türlü tedbir objektif olarak işverenden beklenen makul tedbirler olmalıdır.** İş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkmasında kaçınılmazlığın varlığı halinde işveren ve üçüncü kişiler, belirlenen kaçınılmazlık oranında sorumluluktan kurtulacaktır (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/9895, K: 2021/3060, T: 10.03.2021).

⁶³ Maluliyet veya ölüm halinde rücu hakkının bulunmasının hukuki açıdan nitelendirebilmenin zor olduğu yönünde eleştiri için bkz.: Uşan, s.259.

verildiğinden ancak aktif sigortalının ölümü veya maluliyetine sebebiyet verilmesi halinde rücu hakkı kullanılabilir⁶⁴. Buna bağlı olarak aylıklık aylığı almakta olan bir sigortalının (pasif sigortalının) ölümü halinde Kurumun rücu hakkının bulunmadığı belirtilmelidir.

Kurumun rücu hakkının kullanılabilmesi için aktif sigortalının ölümüne veya maluliyete sebebiyet veren kasıtlı bir fiilin varlığı aranmalıdır⁶⁵. Nitekim kurum sigortalısına veya hak sahiplerine bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için kasıtlı davranışı ile sebep olan üçünü kişilere rücu imkânı tanınmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁶⁶'nun 21. maddesine göre suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Fiilin olası kast ile işlenmesi halinde de kurumun rücu etmesi mümkündür⁶⁷. Türk Ceza Kanunu'ndaki taksirli eylemler ise 39. maddedeki rücu kapsamı dışında tutulmuştur. Bu bağlamda bilinçli taksirle işlenen fiillerde kasıt bulunmadığından rücu edilebilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁸.

⁶⁴ **Alp, Nihat Seyhun** (2018) Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları, Ankara, Seçkin, s.126; **Elma**, s.434.

⁶⁵ **Tuncay/Ekmekçi**, s.514; **Sözer**, s.200; **Balcı**, s.416,666; 5510 sayılı Kanununun 39. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre; Kurumun rücu hakkının, üçüncü kişinin sadece kasıtlı fiili haline özgü olduğu, bu suretle davalı hakkında yapılan ceza soruşturması sonucuna göre, kasıtlı eyleminin bulunmadığı belirgin olmakla, 5510 sayılı Kanununun 39. maddesinde yer alan şartların oluşmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmesi gerekir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/3113, K: 2021/13411, T: 03.11.2021).

⁶⁶ RG. 25611- 12.10.2014.

⁶⁷ **Yücel Bodur, Mehtap** (2021) Türk ve Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası, İstanbul, Beta, s.217; Olası kast halinde rücu edilemeyeceğine ilişkin bkz.: **Gökalp Civan, Arzu** (2019) "Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası" (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.231.

⁶⁸ **Tuncay/Ekmekçi**, s.588; *Eldeki davaya konu somut olayda, eylemin bilinçli taksirle işlendiğine dair verilen ceza mahkemesi hükmünün Yargıtaya onanarak kesinleşmiş olması ve bilinçli taksir halinin, anılan 39. maddede öngörülen kast unsuru kapsamında bulunmaması karşısında davanın reddine karar verilmesi gerekir* (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2019/2476, K: 2019/8596, T: 14.11.2019).

Fiil kasten işlendiğinden kusur indirimi söz konusu olmayacak ise de Yargıtay kararlarında haksız tahrik nedeniyle cezadan bir indirim yapılması halinde bu indirim oranının rücu davalarında da dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁹.

5237 sayılı Kanununun 29. maddesi uyarınca;

“Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

Mahkeme kararında haksız tahrik indiriminin ne kadar yapıldığı konusunda özellikle müebbet hapis cezalarında yer verilmediği görülmektedir. Örneğin müebbet hapis cezası yerine on dört yıl hapis cezası verilmesi halinde indirimin ne kadar yapıldığının tespit edilmesi gerekir ki rücu davasında indirim oranı belirlenebilsin. Burada ¼'lük indirimin on sekiz yıla, ¾'lük indirimin ise on iki yıla tekabül ettiğinden hareket edilmelidir. On dört yıl hapis cezasında da oranlama suretiyle 7/12 indirim yapıldığı sonucuna ulaşılmalıdır⁷⁰.

⁶⁹ **Balcı**, s.418; Somut olayda, ceza davasında, hapis cezası haksız tahrik indirimi yapılmak suretiyle 4 yıl hapis cezasına indirilmiş olduğundan, davalının, sorumlu olduğu tazminattan 1/2 oranında indirim yapılarak 9.139,62 TL'den sorumlu tutulması gerekir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/8570, K. 2021/1654, T: 15.02.2021); Davalı ...'nun kasten öldürme suçundan cezalandırılmasına yönelik Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/307 E., 2005/262 K. sayılı ilamında, sanık (davalı) ...'nun sigortalıyı kasten öldürme suçundan müebbet hapis cezası ile cezalandırıldığı, üzerine atılı kasten öldürme suçunu, sigortalıdan kaynaklanan haksız tahrik altında işlediğinden bahisle cezasından 5237 sayılı Kanununun 29. maddesi uyarınca indirim yapılarak 17 yıl hapis cezası ile cezalandırıldığı, anılan kararın Yargıtay 1. Ceza Dairesi kararı ile onanmak suretiyle kesinleştiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, ceza davasında, müebbet hapis cezası haksız tahrik indirimi yapılmak suretiyle 17 yıl hapis cezasına indirilmiş olduğundan, davalının, sorumlu olduğu tazminattan %33 oranında indirim yapılarak 21.194,38 TL'den sorumlu tutulması gerekir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2018/4815, K: 2019/6942, T: 02.10.2019).

⁷⁰ 18 yıla düşürülmesi halinde 3/12; 12 yıla düşürülmesi halinde 9/12 indirim yapıldığı dikkate alınarak, 17 yılda 4/12; 16 yılda 5/12; 15 yılda 6/12; 14 yılda 7/12 ve 13 yılda 8/12 indirim oranı uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

C. GENEL SAĞLIK SİGORTASI KAPSAMINDA SAĞLANAN SAĞLIK HİZMETLERİNİN RÜCU EDİLMESİ

5510 sayılı Kanun m. 76 uyarınca:

*Genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen **üçüncü kişilere**, Kurumun yaptığı sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir (m. 76).*

Uzun vadeli sigorta kolları kapsamında üçüncü kişi sıfatına kimlerin sahip olacağı açıklamalar bu bölüm için de geçerli olduğu belirtilmelidir. Ancak 5510 sayılı Kanun uyarınca üçüncü kişilere rücu edilebilmesi için kastı aranmaktadır. Burada ise kastı veya suç sayılır hareketi veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle sağlık hizmetinin sağlanmasına veya tedavi süresinin uzamasına sebebiyet vermesi gereklidir. Bununla birlikte bu durumun mahkeme kararı ile de tespit edilmesi aranmaktadır. Buna karşın uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan aylıklar ve iş kazası ve meslek hastalığından dolayı bağlanan gelirlerin peşin değerinin yarısından üçüncü kişi sorumlu tutulurken; bu hüküm uyarınca üçüncü kişi sayılan kişilerin sağlık hizmetlerine ilişkin harcamaların tamamını ödemekle yükümlü oldukları görülmektedir.

D. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE AÇILACAK DAVALARDA ZAMANAŞIMI SORUNU

5510 sayılı Kanun'a dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları, *on yıllık zamanaşımına* tâbidir. Zamanaşımı tarihi; rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlar (SSGSSK.93/3).

Zararlandırıcı olayın başka bir kanunun uygulama alanına girmesi halinde, o kanunda belirtilen zamanaşımı süresi uygulanır. Örneğin; motorlu araç kazalarından doğan zararların tazminine ilişkin taleplerde 2918 sayılı

Karayolları Trafik Kanunu⁷¹'nin 109. maddesinde öngörülen zararı ve faili öğrenmeden itibaren iki ve her durumda olay tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresi rücu davalarında da geçerli olur⁷².

Yargıtay'a göre üçüncü kişi ile sigortalı arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁷³'nin 72. maddesinde öngörülen iki ve on yıllık haksız fiil zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Kararlarda maddedeki zamanaşımı süresi, zararın ve eylemi gerçekleştirenin (failin) öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başladığı, Kurumca zararın öğrenilme tarihinin, giderlerin sarf ve ödeme günü olduğu açık olduğu vurgulanmaktadır⁷⁴. Tazminat yükümlüsünün öğrenilme tarihine ilişkin olarak ise, Kurumun yetkili organının faili öğrendiği tarih esas alınmalıdır. Zamanaşımı süresinin, hem zararın hem de tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren, ancak her iki olgu gerçekleşikten sonra işlemeye başlayacağı dikkate alınmalıdır⁷⁵.

5510 sayılı Kanun'a dayanılarak açılacak rücu davalarının on yıllık zamanaşımına tabi olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır (m.93). Bu bakımdan haklı olarak doktrinde Kurumun rücu davalarının üçüncü kişiye de on yıl içinde açılacağı kabul edilmektedir⁷⁶.

Yargıtay'a göre ceza mahkemesince yargılanıp hakkında cezalandırma kararı verilen üçüncü kişi yönünden, Kurumun, ceza kararının kesinleştiği tarihte faili öğrendiği kabul edilmeli, cezalandırma kararının söz konusu

⁷¹ RG. 18195, 18.10.1983.

⁷² **Tuncay/Ekmekçi**, s.465.

⁷³ RG. 27836- 04.02.2011.

⁷⁴ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/6916, K: 2021/10274, T: 15.09.2021.

⁷⁵ *Davaya ve incelemeye konu somut olayda, her ne kadar zamanaşımı def'inde bulunan davalı ... yönünden zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş ise de, davacı Kurumun mahkemece alınan kusura ilişkin 12/10/2015 havale tarihli bilirkişi raporlarının davacı Kuruma 21/10/2015 tarihinde tebliği üzerine, anılan davalılar hakkında ek dava açtığı ve ıslah ettiği dikkate alındığında, mahkemece anılan davalının olayda kusurlu olduklarını öğrenme tarihi olarak bilirkişi raporunun davacı Kuruma tebliğ tarihinin esas alınması gerektiği gözetilerek, sonucuna göre karar verilmelidir* (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2021/6916, K: 2021/10274, T: 15.09.2021).

⁷⁶ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.458; **Tuncay/Ekmekçi**, s.468; **Alper**, s.261.

olmadığı durumlarda ise yöntemince yapılacak araştırma sonunda tazminat yükümlüsünün kim olduğunun öğrenilme tarihi açıklıkla saptanmalıdır. Buna göre de zamanaşımı süresinin, hem zararın hem de tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren, bir başka anlatımla, ancak, her iki olgu gerçekleşikten sonra işleme başlayacağı dikkate alınmalıdır⁷⁷.

SONUÇ

İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ya da sigortalının ölümüne veya maluliyetine sebebiyet verilmesi durumunda Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sigortalıya veya hak sahiplerine birtakım ödemeler yapılmaktadır. Bu ödemelerin kamu zararı teşkil etmesi nedeniyle 5510 sayılı Kanun uyarınca zarara neden olan işveren veya üçüncü kişilere rücu hakkı düzenlenmiştir. Dolayısıyla olaydan sorumlu olan kişilerin üçüncü kişi sıfatını taşıyıp taşımadığı önem taşımaktadır.

5510 sayılı Kanunda üçüncü kişinin sorumluluğuna atıf yapılmakta ise de üçüncü kişi için bir tanım yapılmamıştır. Üçüncü kişi kavramı belirlenirken iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile uzun vadeli sigorta kolları kapsamında farklı tanımlar yapılmalıdır. İş kazası ve meslek hastalığı yönünden üçüncü kişi sigortalı, işveren ve işveren gibi sorumlu tutulanlar dışında kalan kişiler olarak tanımlanmalıdır. Kanunda işveren tanımına yer verilmiş, ayrıca işveren gibi sorumlu olan kişiler ifade edilmiştir. Bu kişiler, işveren vekili, geçici iş ilişkisi kurulan işveren, alt işveren ile asıl işverendir. Ölüm veya maluliyet aylığı bağlanması nedeniyle rücu hakkı belirlenirken üçüncü kişi ise sigortalı dışında zarara sebebiyet veren kişiler olarak belirtilmelidir.

Üçüncü kişi olarak kabul edilmesine bağlanan sonuçlar rücu hakkının belirlenmesinde kendisini gösterir. Gerçekten üçüncü kişi her iki sigorta kolundan yapılan aylık ve gelirler bakımından ilk peşin değerli gelirin yarısından sorumlu tutulmuştur. İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle ödenen ilk peşin değerli gelirin yarısından ve geçici iş göremezlik ödeneği ile yapılan tedavi masraflarının tamamından işveren gibi kusuru oranında sorumludur. İşverenin zarardan kusursuz sorumlu tutulduğu hallerde dahi üçüncü kişiye

⁷⁷ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2020/10701, K: 2021/9381, T: 30.06.2021.

toplam kusur oranında rücu edilebilir. Ölüm veya maluliyet aylığı bağlanması nedeniyle rücu edilebilmesi için üçüncü kişinin fiili kasten işlemesi gereklidir. Üçüncü kişilere karşı Kurumun rücu hakkının on yılda zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmektedir. Rücu edilen miktarlar farklılık arz etse de zamanaşımının işleme bakımından işveren ile üçüncü kişinin aynı düzenlemeye tabi olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Alp, Nihat Seyhun** (2018) Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları, Ankara, Seçkin.
- Alper, Yusuf** (2019) Sosyal Sigortalar Hukuku, 10. Baskı, Bursa, Dora.
- Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi.
- Aslanköylü, Resul** (2013) Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C:2, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Balcı, Mesut** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Yetkin.
- Başbuğ, Aydın** (1992) Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiyeye Rücu, Ankara, Kamu İş.
- Centel, Tankut** (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, Onikilevha.
- Civan, Orhan Ersun** (2015) “İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 64, s. 531-594.
- Çenberci, Mustafa** (1985) Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, Olgaç.
- Elma, Ramazan** (2021) Örnekler ve Uygulamalarla Sosyal Güvenlik Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Erdoğan, Zafer** (2004) “Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı”, Kamu İş, C:7, S:3, s. 1-10.
- Gökalp Civan, Arzu** (2019) Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta.
- Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat** (2015) Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Bursa, Ekin.
- Sözer, Ali Nazım** (2019) Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta.
- Sümer, Haluk Hadi** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Şakar, Müjdat** (2014) Sosyal Sigortalar Uygulaması, 11. Baskı, İstanbul, Beta (Sosyal Sigortalar).
- Şakar, Müjdat** (2021) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta (Sosyal Güvenlik).
- Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul, Beta.
- Tunçomağ, Kenan** (1988) Sosyal Sigortalar, 3. Baskı, İstanbul, Beta.
- Uşan, Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara, Seçkin.
- Uşan, Fatih/Erdoğan, Canan** (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Yücel Bodur, Mehtap** (2021) Türk ve Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası, Ankara, Seçkin.
- Yüksel, Hasan** (2016) Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa, Ekin.

DAVALARIN YIĞILMASINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK İNCELEMESİ*

Arş. Gör. Cansu KORKMAZ**

ÖZET

Arabuluculuk, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuktan doğan uyuşmazlıklarda ihtiyarî olarak başvuru alternatif uyuşmazlık çözüm yolu şeklinde hukuk sistemimize girmiştir. Ancak arabuluculuk, belirli nitelikleri haiz olan uyuşmazlıklar bakımından, dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda, söz konusu uyuşmazlıklara dair dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu öngörülmüştür.

Arabuluculuğun başvurulması ihtiyarî olan bir yöntem olarak düzenlenmesi, sonrasında belirli uyuşmazlıklar yönünden dava şartı hâline getirilmesi, uygulamada yargılama hukuku bakımından birtakım sorunlar doğurmuştur. Bu sorunlardan biri, davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) şeklinde ileri sürülen taleplerden birisinin dava şartı arabuluculuk kapsamına girmesi ve arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması hâlinde, mahkemece dava şartı arabuluculuk incelemesinin nasıl yapılacağına ilişkindir. Bu hususa ilişkin olarak mevzuatta bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Bunun yanında, davaların yığılması olarak ileri sürülen talepler arasında dava şartı arabuluculuğa tâbi olan taleplerin bulunması ve bu talepler yönünden arabuluculuk yolu tüketilmeden dava açılması durumunda, mahkemenin ne yönde karar vereceğine dair farklı yönde yargı kararlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada, davaların yığılmasının konusunu oluşturan taleplerden dava şartı arabuluculuğa tâbi olan talepler bakımından arabuluculuğa başvurulmadan dava açılırsa, mahkemenin dava şartı arabuluculuk incelemesini nasıl yapması ve bu inceleme neticesinde ne yönde karar vermesi gerektiği ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Davaların Yığılması, Objektif Dava Birleşmesi, Arabuluculuk, Dava Şartı Arabuluculuk, Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1111899, Geliş Tarihi: 01.05.2022 – Kabul Tarihi: 26.07.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, cansukorkmaz001@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3362-1703.

EXAMINATION OF MANDATORY MEDIATION IN THE ACCUMULATION OF ACTIONS

ABSTRACT

Mediation has entered our legal system as a voluntary alternative dispute resolution method for civil law disputes of which the parties can dispose. However, mediation is regulated as mandatory for commercial, labour and consumer disputes having certain features.

In this context, it is now mandatory to apply for mediation before filing a suit of such kinds. The fact that mediation in Turkish law had been regulated based on a voluntary method, yet later accepted as a mandatory step for certain disputes has caused some problems. One of these problems is about how a court would conduct the examination over mandatory mediation in case that one of the claims in accumulation of actions (objective joinder of actions) is subject to mandatory mediation and yet filed for without applying for mediation first. There seems no explicit regulation on mandatory or voluntary mediation regarding this issue. Apart from that, there are also different decisions regarding how to render a decision in case of accumulation of actions including some claims that are subject to mandatory mediation, but this procedure has not been exhausted first. Consequently, this issue will be examined in detail in this study to determine how the courts should conduct the examination procedure and how they should decide in such cases.

Keywords: Accumulation of Actions, Objective Joinder of Actions, Mediation, Mandatory Mediation, Obligation to Apply to Mediator.

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, özel hukuktan doğan uyuşmazlıklar bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹ (HUAK) ile birlikte ihtiyarî olarak başvurulmuş bir yöntem şeklinde düzenlenmiştir (HUAK m. 2/I, b). Ancak süreç içerisinde arabuluculuk, belirli nitelikteki uyuşmazlıklar yönünden dava şartı olarak öngörülmüştür. Böylece hukuk sistemimize, 2013 yılında kurumsal olarak başlayan ihtiyarî arabuluculuğun yanında, 2018 yılından itibaren birtakım uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk da dâhil olmuştur.

Bununla birlikte, dava şartı arabuluculuğun kapsamının genişletilmesi yönünde eğilimin olduğu görülmektedir. Dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanının genişletilmesi eğilimine dair tereddütler bir yana bırakılır ve mevcut hukukî durum ele alınırsa, yargı kararlarından dava şartı arabuluculuğa dair düzenlemelerin birtakım usûlî sorunları da beraberinde getirdiği anlaşılmaktadır. Bunun temel sebebi, başlangıçta arabuluculuğun ihtiyarî olarak başvurulacak bir sistem üzerine kurulması, sonrasında kısa sürelerle arka arkaya dava şartı arabuluculuğa ilişkin muhtelif hükümler getirilerek arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun düzenlenmesi ve bu hükümlerde yargılama hukukuna dair birtakım sonuçlar ile uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara dair çözümlerin öngörülmemesidir.

Uygulamada dava şartı arabuluculuğa dair karşılaşılan sorunlardan biri, davaların yığılması şeklinde birden fazla talebin ileri sürülmesi ve dava şartı arabuluculuk kapsamında olan talepler yönünden arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması hâlinde, mahkemenin dava şartı arabuluculuk incelemesini nasıl yapacağına ilişkindir. Bu hususun mevzuatta düzenlenmemesinin yanında, farklı yönde yargı kararlarının olması, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan ve olmayan birden fazla talebin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi hâlinde, mahkemenin arabuluculuk incelemesini nasıl yapacağının değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu amaçla ele alınan çalışmada, dava şartı arabuluculuğa dair diğer usûlî sorunlara değinilmeden, arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk hakkında genel bilgiler

¹ RG., T. 22.06.2012, S. 28331.

verildikten sonra, dava şartı arabuluculuk açısından davaların yığılmasına ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi ile Yargıtay kararlarına ve doktrindeki görüşlere yer verilmektedir. Ardından, davaların yığılmasına dair özellikler, doktrindeki görüşler ve yargı kararları dikkate alınarak mahkemece, davaların yığılmasında dava şartı arabuluculuğun nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenmektedir.

I. GENEL OLARAK ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK

Arabuluculuk, bağımsız ve tarafsız uzmanlık eğitimi almış bir üçüncü kişinin yardımıyla, uyuşmazlığın taraflarının birbiriyle iletişim kurmasının sağlandığı ve uyuşmazlıklarını kendilerinin çözmelerinin amaçlandığı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir². İletişim ve müzakere temelli olan

² **Tanrıver, Süha** (2022) Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 43; **Özbek, Mustafa Serdar** (2022) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 657; **Tanrıver, Süha** (2021) Medenî Usûl Hukuku, C: II, Ankara, Yetkin, s. 245; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 631; **Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayyaz, Sema/Hanağası, Emel** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 811; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 773; **Özmumcu, Seda** (2021) Arabuluculuk Modelleri, İstanbul, On İki Levha, s. 1-2; **Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural** (2019) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 17; **Özmumcu, Seda** (2013) Uzakdoğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 19 vd.; **Taşpolat Tuğsavul, Melis** (2012) Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, s. 27; **Yeşilirmak, Ali** (2011) Türkiye'de Ticarî Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, On İki Levha, s. 18; **Tanrıver, Süha** (2011) "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk", Makalelerim II, Ankara, Adalet, s. 18; **Kekeç, Elif Kısmet** (2011) Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, Adalet, s. 23 vd.; **Şahin Ceylan, Şule** (2009) Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, On İki Levha, s. 298; **Alexander, Nadja** (2001) "Mediation in Practise: Common Law and Civil Law Perspectives Compared", International Trade and Business Law Annual, Vol: 6, s. 12; **Brown, Henry/Marriot, Arthur** (1999) ADR Principles and Practice, London, 2. Baskı, Sweet & Maxwell, s. 127.

arabuluculuk, yargılama faaliyetinin yapılmadığı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Kanun'da yer verilen arabuluculuk tanımından (HUAK m. 2/I, b) da anlaşıldığı üzere, arabuluculuğun amacı ve arabulucunun görevi, uyuşmazlığın üçüncü kişi tarafından çözümlenmesi değil, yargıya intikal etmeden önce taraflarca çözümlenmesine yardımcı olunmasıdır³.

Bir uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine konu edilebilmesi, arabuluculuğa elverişli olmasına bağlıdır. Arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar, özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklardır (HUAK m. 1/II). Bu anlamda, tarafların sulh olabilecekleri veya iradeleriyle hukukî sonuca bağlayabilecekleri, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve mahkeme kararı gerektirmeyen uyuşmazlıklar yönünden arabuluculuğa başvurulması mümkündür⁴. Bununla birlikte,

³ **Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin** (2020) “Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu”, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C: I, ÇÜHFD, C: 5, S:1, s. 207; **Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin** (2020) Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı Arabuluculuk (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara, Adalet, s. 29; **Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper** (2019) Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara, Adalet Bakanlığı, s. 14; **Yarar, Güven** (2019) Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, İstanbul, On İki Levha, s. 10; **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2018) Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 427; **Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet** (2017) Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 829; **Yazıcı Tıktık, Çiğdem** (2013) Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, On İki Levha, s. 11-12; **Tanrıver, Süha** (2011) “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Ankara, Adalet, s. 184; **Harges, Bobby Marzine** (1997) “Mediator Qualifications: The Trend Toward Professionalization”, *BYU Law Review*, s. 688; **Tanrıver** (2021), s. 245; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 630; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 811, 814; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 773; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 20; **Özmumcu** (2013), s. 274-275; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 28.

⁴ Arabuluculuğa elverişlilik yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. **Ermenek, İbrahim** (2021) Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara, Yetkin, s. 84 vd.; **Eminoğlu, Cafer** (2021) “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri”, TFM, C: 7, S: 2, s. 272; **Özkes, Muhammet** (2017) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C: III, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 2827, 2829; **Kurt Konca, Nesibe** (2017) “Arabuluculuğa Elverişli Alanlar”, ÇÜHFD, C: II, S: 1, s. 237; **Akil, Cenk** (2014) “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C: I, Ankara, Yetkin, s. 81; **Pekcanitez, Hakan** (2007) “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs

uyuşmazlığın birden fazla hukuk sistemiyle bağlantılı olması, bu anlamda yabancılaşma unsuru taşıması da arabuluculuğa başvurulmasına engel teşkil etmemektedir⁵.

Arabuluculuğa elverişlilik yönünden söz konusu şartları taşımayan bir uyuşmazlık bakımından arabuluculuğa başvurulduğu takdirde, bu süreç sonlandırılmalıdır (HUAk m. 17/I, d). Bunun yanında, arabuluculuğa elverişlilik, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilebilmesinin şartlarından birini teşkil ettiğinden, arabuluculuğa elverişli olmayan bir uyuşmazlığa dair anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi kabul edilmemelidir (HUAk m. 18/III).

II. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

Arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerden biri, iradiliktir. Kanun'da arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme ve sonuçlandırma, tarafların iradesine bırakılmıştır (HUAk m. 3/I)⁶. Ancak belirli uyuşmazlıklar bakımından, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu öngörülmüş ve bu anlamda iradilik ilkesine arabuluculuğa başvurma yönüyle

Hukukçuları Toplantısı - VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Ankara, TBB, s. 254-255; **Tanrıver** (2022), s. 60 vd.; **Tanrıver** (2021), s. 252 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 635-636; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 812; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 784; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 48 vd.; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 38 vd.; **Koçyiğit/Bulur**, s. 16; **Yarar**, s. 56 vd.; **Budak/Karaaslan**, s. 430; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 829 vd.; **Erdoğan/Erzurumlu**, s. 15; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 108 vd.; **Özbek**, s. 1499 vd.

⁵ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 784; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 196.

⁶ İradilik ilkesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanrıver, Süha** (2018) Medenî Usûl Hukuku, C: I, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 212; **Erdoğan, Ersin/Erzurumlu, Nurbanu** (2016) Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul, Seta, s. 10; **Tanrıver, Süha** (2011) "Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış", Makalelerim II, Ankara, Adalet, s. 70; **Tanrıver** (2022), s. 65; **Tanrıver** (2021), s. 256; **Ermenek** (2021), s. 83 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 636; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 812; **Atalı/ Ermenek/Erdoğan**, s. 774; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 28; **Özekes** (2018), s. 117; **Özekes** (2017), s. 2818; **Budak/Karaaslan**, s. 431; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 832; **Tanrıver** (2011c), s. 185 vd.; **Yazıcı Tıktık**, s. 35; **Öz mumcu** (2013), s. 292; **Yeşilirmak**, s. 10; **Özbek**, s. 675; **Pekcanitez** (2007), s. 254-255.

istisna getirilmiştir⁷. Buna göre ilk olarak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun⁸ (İMK) 3'üncü maddesiyle kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, dava şartı arabuluculuk düzenlenmiştir (İMK m. 3/I). İş uyuşmazlıklarının ardından, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁹ (TTK) 5/A maddesinde, ticarî davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davalarına dair arabuluculuğa başvuru dava şartı hâline getirilmiştir (TTK m. 5/A/I). Akabinde, dava şartı arabuluculuğa tâbi olan uyuşmazlıkların kapsamı daha da genişletilmiştir. Buna göre 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹⁰ (TKHK) 73/A maddesinde birtakım istisnalara da yer verilerek tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar, dava şartı arabuluculuğa dâhil edilmiştir (TKHK m. 73/A/I). Dava şartı arabuluculuğun işleyişine dair genel düzenlemeye ise HUAK'ın 18/A maddesinde yer verilmiştir¹¹. Belirtmek gerekir ki arabuluculuğa başvuru, ilgili kanunlarda belirtildiği sürece dava şartı olarak uygulanacağından, hâlihazırda sadece belirli nitelikleri haiz uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulması zorunludur¹².

⁷ **Tanrıver** (2021), s. 257; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 52. Dava şartı arabuluculuğun, iradilik ilkesine açıkça aykırı olduğu yönünde bkz. **Özekes, Muhammet/Çiftçi, Pınar** (2020) “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, *TBB*, S: 148, s. 117-118; **Özekes, Muhammet** (2018) “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, Pozitif, s. 131; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s.150-151.

⁸ RG., T. 25.10.2017, S. 30221.

⁹ RG., T. 14.02.2011, S. 27846.

¹⁰ RG., T. 28.11.2013, S. 28835.

¹¹ Dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin sistematığına dair değerlendirmeler için bkz. **Ekmekçi/ Özekes/Atalı/Seven**, s. 129-130.

¹² Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, “*dava şartı*” kavramı altında düzenlenmesinin isabetli olmadığı, zira dava şartlarının yargılama kapsamında değerlendirildiği, bu zorunluluğun mahkemeye, taraflara veya dava konusuna ilişkin olmadığı, bu nedenle teknik anlamda dava şartı olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 776; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 153-154; **Eminoğlu/ Erdoğan**, s. 113.

Dava şartı arabuluculuğa tâbi olan uyuşmazlıklarda dava açılabilmesi, arabuluculuğa başvurulmasına ve bu sürecin anlaşmazlıkla sona erdiğine dair son tutanağın aslının veya onaylanmış örneğinin dava dilekçesine eklenmesine bağlıdır. Dava dilekçesine son tutanağın eklenmemesi hâlinde, bunun arabuluculuğa başvurulmamasından mı yoksa başvurulmasına karşın son tutanağın eklenmesinin ihmâl edilmesinden mi kaynaklandığına göre farklı sonuçlar doğmaktadır. Buna göre arabuluculuğa başvurulup son tutanak dava dilekçesine eklenmediği takdirde, mahkemece bir haftalık kesin süre verilir. Ancak bu süre içinde anlaşmaya varılmadığına dair son tutanak mahkemeye ibraz edilmezse, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmez ve dava şartı yokluğu sebebiyle dava usûlden reddedilir¹³. Buna karşın, dava şartı arabuluculuk

¹³ Bu anlamda, arabuluculuk yolu denenmesine karşın son tutanağın aslının veya onaylı örneğinin eklenmemesi durumunda, anılan düzenleme gereğince usulden ret kararı verilemeyeceği, tarafa bir haftalık kesin süre verilmesi gerektiği yönünde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14'üncü Hukuk Dairesi'nin şu kararı için bkz. "...Alacak davalarında arabulucuya başvurulmasının TTK'nın 5/A maddesi uyarınca dava şartı olduğuna dair ilk derece mahkemesinin değerlendirmesi isabetli ise de; davacının, iş bu davayı açmadan önce arabulucuya başvurduğu, arabulucunun katılımıyla düzenlenmiş olan anlaşmaya varılmadığına ilişkin 28.11.2018 tarihli tutanağın mevcut olduğu, mahkemece, arabuluculuk nihai tutanağının sunulması konusunda yukarıdaki yasal düzenleme uyarınca davacıya süre vermeden ret kararı verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu, arabulucuya başvurulmuş olmasına dair dava şartının somut olayda yerine getirildiği anlaşılmaktadır.", İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2019/1449, K: 2019/1005, T: 17.07.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2019/2211, K: 2019/1459, T: 14.11.2019; İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2019/896, K: 2019/646, T: 07.05.2019; İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi, E: 2019/1093, K: 2019/842, T: 20.6.2019; İzmir BAM 3. Hukuk Dairesi, E: 2018/1206, K: 2018/966, T: 13.6.2018, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022. Doktrinde dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmeden davanın usûlden reddine karar verilmesine dair düzenlemenin, dava şartlarına dair genel düzenlemelere ve hukukî dinlenilme hakkına aykırı olduğu da belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 156. Bu gerekçeyle yapılan bir istinaf başvurusu, İstanbul BAM 16'ncı Hukuk Dairesi'nce reddedilmiştir. Bkz. "...Mahkemece, yazılı şekilde karar verilmiş olup davalı vekilinin istinafi savunma hakkının kısıtlandığına yöneliktir. Somut olayda mahkemece usulden red kararı verilmiş olup verilen karar usul ve yasaya uygundur. Zira arabuluculuk sürecinin olumsuz neticelenmesi durumunda dahi dava açılacağından ve davalının açılacak davada savunma yapabileceğinden davalı vekilinin savunma hakkının kısıtlandığına dair istinaf talebinin dinlenebilir olmadığı kanaatine varılmıştır.", İstanbul

kapsamında olan bir uyumsuzluk için arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmışsa, herhangi bir işlem yapılmadan dava şartının yerine getirilmemesinden dolayı davanın usûlden reddine karar verilir (HUAk m. 18/A/II; İMK m. 3/II)¹⁴.

Arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak öngörülmesinin sonucu olarak, arabuluculuk taraflarca her zaman ileri sürülebilir ve mahkemece re'sen gözetilir¹⁵. Bunun yanında, ilgili Kanun'larda belirtilen uyumsuzluklar

BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2019/2805, K: 2019/2879, T: 30.12.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022.

¹⁴ Anılan düzenleme gereğince, dava şartı arabuluculuğa tâbi olan bir uyumsuzluk yönünden arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması hâlinde, davanın usulden reddedileceğine dair Yargıtay 3'üncü Hukuk Dairesi'nin kararı için bkz. "...İstirdat davasının açılmasından önce TTK'nın 5/A maddesi uyarınca arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu ancak davacı tarafından dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, mahkemece; arabuluculuğa başvurulmamış olması dikkate alınarak davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında karar verilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır.", Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2021/8174, K: 2022/2961, T: 30.03.2022, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 15. Hukuk Dairesi, E: 2020/389, K: 2020/304, T: 25.2.2020; İstanbul BAM 17. Hukuk Dairesi, E: 2020/307, K: 2020/1135, T: 23.6.2020; Ankara BAM 3. Hukuk Dairesi, E: 2019/2246, K: 2020/1969, T: 23.12.2020, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022. Doktrinde anılan düzenlemenin eksik olan dava şartının tamamlanmasına imkân vermemesi, davacıya arabuluculuğa başvurulması için süre verilmemesi ve bunun bekletici sorun yapılmaması gerekçesiyle, anılan düzenlemenin usûl ekonomisi ilkesiyle bağdaşmadığı, dava şartı arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması hâlinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabileceği ve mahkemece arabuluculuk sürecine dair sonucun bekletici sorun yapılabileceği yönünde bkz. **Budak, Ali Cem** (2019) "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", MİHDER, C: 15, S: 1, s. 27; **Budak/Karaaslan**, s. 435. Aksi yönde bkz. **Tanrıver** (2020), s. 112; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 110-111; **Kale**, s. 44-45; **Koçyiğit/Bulur**, s. 48. Bununla birlikte, arabuluculuğa dair dava şartı eksikliğinin esasa girilmeden mahkemece fark edilmemesi, taraflarca ileri sürülmemesi ve bu eksikliğin hüküm anında tamamlanması hâlinde, başlangıçtaki dava şartı eksikliğinden dolayı davanın usûlden reddedilmemesi gerektiği ve bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanabileceği yönünde bkz. **Budak**, s. 27; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 111; **Koçyiğit/Bulur**, s. 48.

¹⁵ Dava şartı arabuluculuğa dair sonuçların, dava şartına dair genel düzenlemelerden farklı düzenlenmesi sebebiyle, dava şartı arabuluculuğun mahkemece inceleneceği aşamaya ilişkin olarak doktrinde bir görüşe göre genel dava şartlarının bulunup bulunmadığı incelenmeli ve

bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, ilk derece mahkemesi yargılamasında gözetilmemişse, dava şartı olması sebebiyle istinaf ve temyiz kanun yollarında da dikkate alınır.

bu şartların varlığı hâlinde, özel dava şartı olan arabuluculuğa dair inceleme yapılmalıdır. Bununla birlikte, genel dava şartlarının incelenmesi yönünden dilekçelerin sunulması gerektiğinden, dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmaksızın dava açılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmadan davanın usulden reddedilmesine dair düzenleme dava şartı kavramıyla bağdaşmamaktadır. Bkz. **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 157-158. Diğer görüşe göre belirli uyumsuzluklar yönünden arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, dava şartı kavramıyla birlikte kullanılmasına karşın dava engeli olarak düzenlendiği ve mevzuatta dava şartı arabuluculuğun inceleneceği aşama özel olarak öngörüldüğü için arabuluculuğun genel ve özel dava şartlarından önce incelenmesi gerekir. Bkz. **Eminoğlu/Erdoğan**, s.115-116. Bu hususa dair farklı yönde olan Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları da bulunmaktadır. Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi sebebiyle, görev ve yetki hususları değerlendirilmeden arabuluculuğa başvuru şartının yerine getirilip getirilmediğinin mahkemece incelenemeyeceği yönünde bkz. “...Görevli mahkeme tarafından, öncelikle yetkili olup, olmadığı belirlenip, yetkili ise diğer dava şartlarının değerlendirilmesi gerekirken, yetki hususu ve özellikle davalının yetki itirazı değerlendirilmeden davanın 7036 sayılı Yasada düzenlenmiş bir başka dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle usulden reddine karar verilmesi ve istinaf merci olan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi tarafından da davalı tarafın yetki hususundaki istinaf başvurusunun değerlendirilmeden istinaf başvurusunu reddetmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2019/520, K: 2019/5144, T: 04.03.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022. Aynı yönde bkz. İzmir BAM 1. Hukuk Dairesi, E: 2020/1268, K: 2021/1252, T: 8.7.2021; İstanbul BAM 7. Hukuk Dairesi, E: 2019/1829, K: 2019/1868, T: 07.11.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022. Dava şartı arabuluculuğun özel dava şartı olarak genel dava şartlarından önce incelenmesi gerektiği yönünde ise bkz. “...Davadan önce arabulucuya başvuru şartı, davanın mahkemelerde açılıp görülmesine yönelik olarak düzenlenen özel bir dava şartıdır. Mahiyetleri gereği özel dava şartları 6100 Sayılı HMK'nın 114 Maddesinde düzenlenen genel dava şartlarından önce incelenir. Somut olayda mahkemenin öncelikle arabuluculuk dava şartını incelemiş olması usul ve yasaya uygun olup aksi yöndeki davalı istinafı yerinde değildir.”, İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, E: 2019/2623, K: 2020/553, T: 14.05.2020, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 31. Hukuk Dairesi, E: 2019/2016, K: 2019/1614, T: 17.07.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 27.06.2022.

III. DAVALARIN YIĞILMASININ DAVA ŞARTI ARABULUCULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Dava şartı arabuluculuğun hukuk sistemimize girmesinden itibaren, yargılama hukukuna dair birtakım sorunlar doğmuştur¹⁶. Bu sorunlardan biri, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan ve olmayan birden fazla talebin davaların yığılması¹⁷ şeklinde ileri sürülmesi hâlinde, mahkemenin arabuluculuk incelemesini nasıl yapacağı noktasındadır. Bu hususa dair farklı yönde yargı kararlarına ve doktrindeki görüşlere yer vermeden önce, davaların yığılmasına dair genel bilgileri zikretmekte fayda vardır.

Davaların yığılması, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁸ (HMK) 110'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Davaların yığılması, talep sonucuna göre dava çeşitleri arasında yer almaktadır. Davacının aynı davalıya karşı, birden fazla bağımsız aslî talebini, aralarında derecelendirme yapmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi, davaların yığılması olarak ifade edilmektedir¹⁹. Davaların yığılması kurumunun düzenlenmesinin amacı, ilgili

¹⁶ Dava şartı arabuluculuğa dair mahkeme aşamasında ortaya çıkan usûlî sorunlara dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Atalı, Murat** (2018) "Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, Pozitif, s. 140 vd.; **Tanrıver** (2021), s. 320 vd.; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 187 vd.; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 131 vd.; **Özekes/Çiftçi**, s. 103; **Özekes** (2018), s. 116.

¹⁷ Davaların yığılması kurumu, objektif dava birleşmesi, objektif dava yığılması, kümülatif dava birleşmesi, kümülatif dava yığılması, taleplerin yığılması şeklinde de ifade edilmekle birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110'uncu maddesinde "*davaların yığılması*" kavramı kullanıldığı için çalışmada da bu kavram tercih edilmiştir.

¹⁸ RG., T. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁹ **Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang** (2022) Zivilprozessordnung, 19. Auflage, München, Franz Vahlen, ZPO § 260 Rn. 1; **Beck'scher Online Kommentar-ZPO** (2022), 44. Auflage, München, C.H. Beck, ZPO § 260 Rn. 1; **Yılmaz, Ejder** (2021) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C: 2, Ankara, Yetkin, s. 2519, 2521; **Saenger, Ingo** (2021) Zivilprozessordnung, Handkommentar, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos, ZPO § 260 Rn. 1; **Münchener Kommentar zur ZPO** (2020) Band I, 6. Auflage, München, C.H. Beck, ZPO § 260 Rn. 1; **Pekcanitez, Hakan** (2017) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C: III, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 1092; **Bulut, Uğur** (2017) Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara, Adalet, s. 13; **Postacioğlu, İlhan E./Altay**,

maddenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere birden fazla aslî talebe ilişkin delillerin sunulması ile tahkikatın ortak olması ve bunun sonucunda usûl ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesidir²⁰.

Birden fazla talebin davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmesi için Kanun'da, aynı davacı tarafından aynı davalıya karşı birden fazla talebin yöneltilmesi, taleplerin aslîlik-fer'îlik ilişkisi kurulmadan ileri sürülmesi, bütün taleplerin aynı yargı çeşidinde yer alması ve bu talepler yönünden ortak yetkili mahkemenin bulunması şartları öngörülmüştür (HMK m. 110/I, c. 2). Bunun yanında, ilgili düzenlemede yer verilmemesine karşın, doktrinde aksi yönde görüşler de olmakla birlikte birden fazla talep yönünden aynı mahkemenin görevli olması gerektiği belirtilmektedir²¹. Ayrıca aslî talepler bakımından aynı

Sümer (2015) Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul, Vedat, s. 268; **Kırtıloğlu, S. Serhat** (2014) "Medenî Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi", EÜHFĐ., C: XVIII, S: 3-4, s. 135; **Kuru, Baki** (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C: II, İstanbul, Demir-Demir, s. 1496; **Bilge, Necip/Önen, Ergun** (1978) Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, Sevinç, s. 395; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 230; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 310; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 347-348; **Tanrıver** (2018), s. 628; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 294.

²⁰ Davaların yığılmasının düzenlendiği HMK'nın 110'uncu maddesinin gerekçesi şu şekildedir: "Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslîlik-fer'îlik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir. Bu dava çeşidinde taleplerin tümü birbirinden bağımsız, eşdeğer ve aynı derecede öneme sahiptir. Her bir talep farklı edimlerin gerçekleştirilmesine yönelmiştir. Görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınca dava mevcuttur. Yine, görünüşte tek hüküm, gerçekte ise talep sayısınca hüküm mevcuttur. Mahkeme, taleplerin tümü hakkında ayrı ayrı karar vermek ve bunları hüküm fıkrasında göstermek zorundadır. Mahkemenin, taleplerin tümü hakkında tek ve aynı şekilde karar verme zorunluluğu yoktur. Dava şartları, her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenir. Ayrıca, birlikte ileri sürülen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunması da şart değildir. Davaların yığılmasının varlığı hâlinde, tek müşterek olan husus, delillerin ikâmesi ile tahkikat aşamasıdır. Sözü edilen kurum, son işaret edilen nokta sebebiyle usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine büyük ölçüde katkıda bulunur.", www.legalbank.net, s.e.t. 03.04.2022.

²¹ **Musielak/Voit/Foerste**, ZPO § 260 Rn. 6b; **BeckOK ZPO/Bacher**, ZPO § 260 Rn. 19; **Yılmaz**, s. 2521; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 231; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 310; **Atalı/ Ermenek/Erdoğan**, s. 348; **Tanrıver** (2018), s. 629; **Müko-ZPO/Becker-Eberhard**, ZPO § 260 Rn. 39; **Hk-ZPO/Saenger**, ZPO § 260 Rn. 17; **Pekcanitez** (2017), s. 1095; **Bulut** (2017), s. 30, 199; **Kırtıloğlu**, s. 150. Karş.

mahkemenin görevli olmasının yeterli olmayacağı, taleplerin aynı yargılama usûlüne tâbi olmasının da aranılması gerektiği genel olarak ifade edilmektedir²². Davaların yığılmasından söz edilebilmesi için aslî talepler arasında bağlantı bulunması ise aranmamaktadır. Bu anlamda, farklı hukukî ilişkilerden kaynaklanan talepler söz konusu olsa dâhi diğer şartların varlığı hâlinde, bu taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi mümkündür²³. Ancak farklı hukukî ilişkilerden kaynaklı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi, usûl ekonomisi ilkesi ile bağdaşmadığı takdirde, mahkemenin davaların ayrılmasına karar verebileceği belirtilmektedir²⁴.

Davaların yığılması hâlinde, talep sayısı kadar birbirinden bağımsız davanın olduğu kabul edilmektedir²⁵. Bunun sonucu olarak, davaların

Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 295. Genel mahkemede açılması gereken bir davanın, davaların yığılması şeklinde özel mahkemede görülebileceğini belirten aksi yöndeki görüş için bkz. **Budak/Karaaslan**, s. 147; **Kuru**, s. 1498. Uygulamada sınaî mülkiyet haklarından doğan talepler ile asliye ticaret mahkemesinin görev alanına giren haksız rekabetten doğan talepler, fikrî ve sınaî hukuk mahkemesinde birlikte görülmektedir. Bu durum, örneğin, tecavüzün tespiti, önlenmesi ve tecavüzün haksız rekabet teşkil etmesi sebebiyle maddi tazminat talepleri gibi dava şartına tâbi olan ve olmayan taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi hâlinde dava şartı arabuluculuk incelemesinin nasıl yapılması gerektiğine dair Bölge Adliye Mahkemesi kararlarından anlaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2021/680, K: 2021/761, T: 09.04.2021, www.legalbank.net, 28.01.2022. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2021/780, K: 2021/927, T: 18.06.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

²² **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 310; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 348; **Tanrıver** (2018), s. 629; **Pekcanitez** (2017), s. 1095; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 295; **Bulut** (2017), s. 238-239. Karş. **Ermenek, İbrahim** (2014) Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara, Yetkin, s. 137 vd.; **Kırtıloğlu**, s. 146.

²³ **Musielak/Voit/Foerste**, ZPO § 260 Rn. 2; **BeckOK ZPO/Bacher**, ZPO § 260 Rn. 3; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 231; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 348-349; **Tanrıver** (2018), s. 629; **Müko-ZPO/Becker-Eberhard**, ZPO § 260 Rn. 8; **Hk-ZPO/Saenger**, ZPO § 260 Rn. 4; **Pekcanitez** (2017), s. 1094; **Bulut** (2017), s. 33; **Bilge/Önen**, s. 394.

²⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 231; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 349; **Pekcanitez** (2017), s. 1094-1095; **Ermenek** (2014), s. 208. Karş. **Bulut** (2017), s. 340-341.

²⁵ **Yılmaz**, s. 2523; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 231; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 310; **Tanrıver** (2018), s. 629; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 295; **Pekcanitez** (2017), s. 1093; **Bulut** (2017), s. 23-24; **Postacıoğlu/Altay**, s. 269; **Kuru**, s. 1497.

yığılmasında delillerin sunulması ile tahkikat ortak olsa da dava dilekçesinde taleplere dair vakıalar ayrı ayrı belirtilir, mahkemece her bir asli talep açısından inceleme yapılır ve dava şartları ayrı ayrı belirlenir²⁶. Bunun yanında, birlikte ileri sürülen talepler hakkında ayrı ayrı karar verilir²⁷. Ayrıca söz konusu kararlara karşı ayrı ayrı kanun yoluna başvurulur²⁸.

B. DAVALARIN YIĞILMASI BAKIMINDAN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA DAİR YARGI KARARLARI

Birden fazla aslî talebin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi hâlinde, taleplerin tümü dava şartı arabuluculuk kapsamına girdiği ve arabuluculuğa başvurulmadığı takdirde, mahkemenin dava şartı yokluğu sebebiyle, davanın usûlden reddi kararı vereceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Örneğin, markanın tecavüzünden kaynaklı olarak marka hakkı sahibinin mütecavize karşı tecavüz fiilinden dolayı maddî ve manevî tazminat ile itibar kaybı tazminatı taleplerini ileri sürmesi durumunda, söz konusu talepler belirli bir miktar paranın ödenmesine dair alacak ve tazminat talebini konu olan ticarî davalar olarak dava şartı arabuluculuğa tâbidir (TTK m. 5/A/I)²⁹. Söz konusu talepler, davaların yığılması şeklinde arabuluculuğa

²⁶ BeckOK ZPO/Bacher, ZPO § 260 Rn. 19; Yılmaz, s. 2523; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 231; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 310; Tanrıver (2018), s. 629; Müko-ZPO/Becker-Eberhard, ZPO § 260 Rn. 32, 37; Hk-ZPO/Saenger, ZPO § 260 Rn. 16; Görgün/Börü/Toraman/ Kodakoğlu, s. 295; Pekcanitez (2017), s. 1093; Bulut (2017), s. 27; Postacıoğlu/Altay, s. 269; Kırtıloğlu, s. 152.

²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 231; Tanrıver (2018), s. 629; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 295; Pekcanitez (2017), s. 1093; Postacıoğlu/Altay, s. 269; Kırtıloğlu, s. 163; Kuru, s. 1500.

²⁸ Yılmaz, s. 2529; Bulut (2017), s. 436; Kırtıloğlu, s. 164.

²⁹ Eminoğlu, Cafer/Korkmaz, Cansu (2022) “Marka Hakkına Tecavülden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği”, EBYÜ-HFD, C: 26, S:1, s. 316; Yasaman, Hamdi/Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu Bilgin, Fülürya/Memiş Kartal, Pınar/Yüksel, Sinan/Yasaman, Zeynep (2021) Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C: III, Ankara, Seçkin, s. 3292; Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Yıldız, Burçak/İmirlioğlu, Dilek (2021) Sınai Mülkiyet Hukuku, Ankara, Adalet, s. 345; Kale, Serdar (2020) Marka Davalarında Yargılama Usûlü, Ankara, Adalet, s. 46; Oğuz, Arzu/Yılmaztekin, Hasan Kadir/Üner, Ezel (2020) Fikri Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk: Bektaş, Sezercan/Akipek Öcal, Şebnem

başvurulmadan ileri sürülürse, her bir talebin dava şartı arabuluculuk kapsamında olması ve bu yol tüketilmeden dava açılması sebebiyle, davanın usûlden reddine karar verilir.

Buna karşılık, davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplerin tümü değil, birisi veya bir kısmı dava şartı arabuluculuk kapsamına girer ve o talep yönünden arabuluculuğa başvurulmadan dava açılır ise mahkemenin davanın usûlden reddi kararı mı vereceği yoksa tüm talepler bakımından dava şartı arabuluculuğun aranmayacağından hareketle davaya devam mı edeceği ya da tüm talepleri ayrı ayrı değerlendirerek mi bir sonuca varacağı belirsizdir. Bu hususa dair mahkemenin ne yönde karar vereceğine ilişkin farklı yargı kararları bulunmaktadır. Bu anlamda, davaların yığılmasında dava şartı arabuluculuğa ilişkin uygulamadaki durumu ve yargı kararlarındaki farklılığı ele almak amacıyla, Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına ve Yargıtay kararlarına ayrı ayrı yer verilmesinde fayda vardır.

1. Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Dava şartı arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi ve ilgili talep için arabuluculuk yoluna başvurulmaması hâlinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin farklı yönde kararlar verdiği görülmektedir. Buna göre, bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararları, davaların yığılması şeklinde ileri sürülen talepler arasında dava şartı arabuluculuk kapsamında olan talep bakımından arabuluculuğa başvurulmadığı takdirde, davanın usûlden reddine yönelik ilk derece mahkemesi kararlarının yerinde olduğuna ilişkindir³⁰. Bir kısım Bölge Adliye Mahkemesi kararları, davaların yığılmasına konu olan dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir talep yönünden bu yola başvurulmadan dava açılması durumunda, taleplerin ayrılmasına ve dava şartı arabuluculuk kapsamında olan

(Editörler), Ankara, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, s. 362; **Bozgeyik, Hayri** (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 209; **Uzunallı, Sevilay** (2019) Marka Hukuku, Ankara, Adalet, s. 420.

³⁰ İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, T. 30.05.2019, E. 2019/1244, K. 2019/1234; İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2019/2805, K: 2019/2879, T: 30.12.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

talep yönünden usûlden ret kararı verilmesine yöneliktir³¹. Bir kısım Bölge Adliye Mahkemesi kararları ise dava şartı arabuluculuğa tâbi olan talep yönünden arabuluculuğa başvurulmadığı için ayırma kararı verilmesinin isabetli olmadığı ve bu talebin de dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayacağı hakkındadır³². Bu kararlardan davaların yığılmasında taleplerden biri veya birkaçının dava şartı arabuluculuk kapsamında olması ve bu yolun tüketilmemesi durumunda, Bölge Adliye Mahkemelerinin yanında ilk derece mahkemelerinin de farklı farklı kararlar verdiği anlaşılmaktadır.

Davaların yığılması şeklinde açılan bir davada, fikir ve sanat eserlerine yönelik tecavüz fiilinden kaynaklı olarak, tecavüzün tespiti, durdurulması, hükmün ilân edilmesi ve manevî tazminat talepleri ileri sürülmüş, ilk derece mahkemesince manevî tazminat talebinin dava şartı arabuluculuk kapsamında olmasına (TTK m. 5/A/I) rağmen, arabuluculuğa başvurulmaması sebebiyle davanın usûlden reddine karar vermiştir. İstinaf incelemesini yapan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16'ncı Hukuk Dairesi ise talepler arasında manevî tazminat talebi gibi dava şartı arabuluculuğa tâbi olan bir talebin olması ve bu talep yönünden arabuluculuğa başvurulmaması sebebiyle, tüm talepler

³¹ İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, E: 2020/538, K: 2020/796, T: 09.07.2020, www.kazanci.com.tr, s.e.t. 01.04.2022. İstanbul BAM 26. Hukuk Dairesi, E: 2019/2873, K: 2020/92, T: 16.1.2020; Ankara BAM 6. Hukuk Dairesi, E: 2019/1593, K: 2019/1066, T: 07.05.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 28.06.2022.

³² İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2021/680, K: 2021/761, T: 09.04.2021; İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2021/1881, K: 2021/1908, T: 05.11.2021; İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2020/2005, K: 2020/2035, T: 26.11.2020; İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/1596, K: 2021/1475, T: 02.12.2021; İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/59, K: 2021/758, T: 10.06.2021; İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/305, K: 2021/798, T: 17.06.2021; İstanbul BAM 43. Hukuk Dairesi, E: 2020/1124, K: 2021/185, T: 25.02.2021; Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2021/780, K: 2021/927, T: 18.06.2021; Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2021/757, K: 2021/857, T: 11.06.2021; Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2020/618, K: 2021/629, T: 29.04.2021; Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2021/390, K: 2021/316, T: 11.03.2021; Adana BAM 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/546, K: 2021/1252, T: 05.11.2021; Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesi, E: 2021/92, K: 2021/1709, T: 12.10.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

yönünden davanın usûlden reddine dair ilk derece mahkemesi kararının yerinde olduğuna karar vermiştir³³.

Buna karşılık, bir icra takibine yapılan itirazın iptal edilmesi ile takibe itiraz edenin başlattığı icra takibine konu olan borcun bulunmadığının tespiti taleplerinin davaların yığılması şeklinde ileri sürüldüğü somut olayda, ilk derece mahkemesi dava şartı yokluğundan davanın usûlden reddine karar vermiştir. İstinaf kanun yolunda ise İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 13'üncü Hukuk Dairesi, davaların yığılmasına konu olan birbirinden bağımsız asli taleplerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, taleplerden itirazın iptali talebinin dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu ve arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığı gerekçesiyle taleplerin ayrılmasına ve itirazın iptali talebinin usûlden reddine, menfi tespit talebi yönünden ise davaya devam edilmesine karar verilmesi gerektiğini belirtmiş, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir³⁴.

³³ "...Mahkemece, dava konusu uyuşmazlığın 6102 Sayılı TTK'nun 5/A maddesi gereğince arabuluculuğa tabi olduğu, bu konudaki dava şartının yerine getirilmeden dava açıldığı gerekçesiyle dava dilekçesinin usulden reddine karar verilmiş, kararı davacı vekili istinaf etmiştir. Davacı vekili istinaf sebebi olarak; açılan davada objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğunu, kanunun eserlerin sahibi olduğunun tespiti ve tecavüzün refi davasını arabuluculuk şartına tabi kılmadığını bildirmiştir. Dava, dava konusu eserlerin davacıya ait olduğunun tespiti, tecavüzün refi, hükmün ilanı ve manevi tazminat talebine ilişkindir. 6102 Sayılı TTK'nun 5/A maddesi gereğince konusu bir miktar alacak ve tazminat olan davalar yönünden arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Somut olayda her ne kadar eser sahipliğinin tespiti ve tecavüzün refi talepleri var ise de, aynı zamanda manevi tazminat talebi de vardır. Manevi tazminat talebinin istenebilmesi için davacının haklarının ihlali ve tecavüzün varlığının ispatı gerekir. Bu itibarla davacı vekilinin istinaf talebi yerinde değildir..." , İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2019/1244, K: 2019/1234, T: 30.05.2019, www.legalbank.net, s.e.t. 28.01.2022. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E. 2019/2805, K. 2019/2879, T: 30.12.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

³⁴ "...Davacının tek bir dava dilekçesi ile birbirinden bağımsız birden fazla asli talebi hakkında ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. TTK'nın 5/A maddesine göre davacının asli taleplerinden olan itirazın iptali davası arabuluculuk dava şartına tabidir...Mahkemece yapılacak iş HMK'nın 110. Maddesine göre davaların yığılması şeklinde açılan itirazın iptali davası ile menfi tespit davasının tefriki ile itirazın iptali davasında arabuluculuk dava şartı yokluğu nedeniyle usulden red kararı vermek, menfi tespit davası yönünden ise dava değeri üzerinden harç eksikliği ikmal edildikten sonra taraf delillerinin toplanarak oluşacak sonuca göre karar vermek olmalıdır. Bu nedenle davacı istinaf başvurusunun menfi tespit talebine

Tasarım hakkına tecavüzün tespiti ile önlenmesi ve haksız rekabetten kaynaklı maddî tazminat taleplerinin davaların yığılması şeklinde ileri sürüldüğü başka bir somut olayda ise ilk derece mahkemesi, maddî tazminat talebi bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun (TTK m. 5/A/I) yerine getirilmemesi sebebiyle ayırma ve usûlden ret kararı vermiştir. Davacı, dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan taleplerle birlikte tazminat talebinin ileri sürüldüğü, bu nedenle tüm talepler yönünden arabuluculuğa başvurulmasının gerekmediği ve bu kararın güncel uygulamaya aykırı olduğu gerekçesiyle istinaf kanun yoluna başvurmuştur. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16'ncı Hukuk Dairesi ise birlikte ileri sürülen taleplerden maddî tazminat talebi için dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle ayırma kararı verilmesinin isabetli olmadığını, maddî tazminat talebinin tecavüzün tespiti, önlenmesi gibi dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan diğer taleplerle ileri sürülmesi sebebiyle arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun aranmayacağını belirtmiş ve ilk derece mahkemesi kararının yerinde olmadığına karar vermiştir³⁵.

yönelik olarak kısmen kabulüyle mahkeme kararının HMK 353/1-a4 maddesi uyarınca kaldırılmasına yukarıda belirtilen şekilde işlem yapılarak yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur.”, İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, E: 2020/538, K: 2020/796, T: 09.07.2020, www.kazanci.com.tr, s.e.t. 01.04.2022. Anılan karara yönelik ayrıca bkz. **Bulut** (2021), s. 377-378. Benzer yönde bkz. “...Somut olayda, davacının fark ücret alacağı, fazla çalışma ücreti alacağı, ihbar tazminatı alacağı, asgari geçim indirimi alacağı ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacakları dosyadan tefrik edilmiş olup, davacının arabuluculuk bürosuna ücret alacağı, ihbar tazminatı alacağı, fazla çalışma ücreti alacağı, ulusal bayram genel tatil ücreti alacağı, asgari geçim indirimi alacağı, hafta tatili ücreti alacağı talepleri yönünden başvurduğu, kötüniyet tazminatı alacağı yönünden arabulucuya başvurusunun bulunmadığı, dolayısıyla davacının kötüniyet tazminatı talebine ilişkin olarak arabuluculuğa başvurma zorunlu şartını yerine getirmediği anlaşıldığından, mahkemece, davanın 7036 sayılı Kanun'un 3. ve 7. maddeleri ile 6100 sayılı Kanun'un 110, 115. maddeleri gereğince kötüniyet tazminatı alacağı yönünden dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi isabetlidir.”, Ankara BAM 6. Hukuk Dairesi, E: 2019/1593, K: 2019/1066, T: 07.05.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 28.06.2022. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 26. Hukuk Dairesi, E: 2019/2873, K: 2020/92, T: 16.1.2020, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 28.06.2022.

³⁵ “...Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyumsuzluk, tasarım hakkına dayalı olarak, tecavüzün tespiti, meni ve tecavüz haksız rekabet nedeniyle maddi tazminat davalarını içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat istemlerine ilişkin davalar arabuluculuğa

Aynı şekilde, şirket müdürünün azli ve şirketin uğradığı zararların tazmin edilmesi taleplerinin dava yığılması şeklinde ileri sürüldüğü davaya ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14'üncü Hukuk Dairesi'nin³⁶, menfi tespit ile alacak taleplerinin birlikte ileri sürüldüğü davaya dair Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9'uncu Hukuk Dairesi'nin³⁷, adı ortaklığın tasfiyesi ile bir

tabi ise de, tasarımlarına tecavüzün tespiti ve menine, haksız rekabete ilişkin davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Birlikte açılan ve birlikte görülmesi gereken davaların da sırf bir kısmının arabuluculuk dava şartına tabi olduğu düşüncesi ile tefrikine karar verilmesi de doğru değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tazminat davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından, tefrik işleminin de hatalı oluşu nedeni ile aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmediğinden davacı yanın istinaf başvurusunun kabulüne karar vermek gerekmiştir.”, İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2021/680, K: 2021/761, T: 09.04.2021, www.legalbank.net, s.e.t. 28.01.2022. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2021/1881, K: 2021/1908, T: 05.11.2021; İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesi, E: 2020/2005, K: 2020/2035, T: 26.11.2020, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

³⁶ “...Somut olayda davacı vekili, davalı yönetim kurulu üyelerinin şirketi kötü yönetmesi nedeniyle bir miktar paranın yöneticilerden alınarak şirkete ödenmesine ilişkin sorumluluk (tazminat) davası yanında, davalı yöneticilerin TTK'nın 630. maddesi uyarınca azli talebini de ileri sürdüğünden, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiği halde, ilk derece mahkemesince bir birine sıkı sıkıya bağlı olan taleplerin tefrik edilerek, tazminata ilişkin uyumsuzluğun zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır (Emsal nitelikte, Yargıtay 2019/3611 E- 2020/4734 K 04/11/2020 T). Davadaki her iki talebin aynı vakialardan kaynaklanması nedeniyle talepler arasında HMK'nın 166. maddesinde belirlenen nitelikte bir bağlantı bulunması nedeniyle aynı vakialardan kaynaklanan taleplere ilişkin davaların tefrikinin de yerinde olmadığı anlaşılmış, bu husus dairemizde HMK'nın 353/1.a.5 maddesi gereğince re'sen dikkate alınmıştır. Bu durumda, somut olayda talep yığılması olduğu ve her iki talebin birlikte görülerek incelenmesi gerekirken, davaların ayrılarak taleplerden birinin zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerekçesiyle usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.”, İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/1596, K: 2021/1475, T: 02.12.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022. Benzer yönde bkz. İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/59, K: 2021/758, T: 10.06.2021; İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/305, K: 2021/798, T: 17.06.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

³⁷ “...Davanın konusunun birden fazla olması ve bunlardan bir kısmının bir miktar para alacağına, bir kısmının ise menfi tespit olmaması halinde, yani HMK 110. maddesi anlamında bir dava yığılması ve talepler arasında da HMK 166. maddesi anlamında bağlantı bulunması halinde, uyumsuzluğun ne şekilde çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de,

miktar alacağını ödenmesi taleplerini konu olan davada Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7'nci Hukuk Dairesi'nin³⁸, markaya tecavüzün tespiti ile manevî tazminat taleplerinin ileri sürüldüğü davada Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20'nci Hukuk Dairesi'nin³⁹, uyuşmazlığın çözümünde asıl olanın mahkeme yargısı olduğu, dava şartı arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan, aralarında

Anayasamız uyarınca, uyuşmazlığın çözümünde asıl olanın mahkeme yargısı olduğu dikkate alındığında, aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu olduğu davaların arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerekir. Somut olayda davacı taraf, menfi tespit ve alacak taleplerini bir arada ileri sürdüğünden, alacak talebi arabuluculuğa tabi olmakla birlikte menfi tespit talebi arabuluculuğa tabi olmadığından, bu hali ile talep yığılmasının söz konusu olup, davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek mahkemece çözüme kavuşturulması gerekirken yazılı şekilde davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.”, Adana BAM 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/546, K: 2021/1252, T: 05.11.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

³⁸ “...Somut olayda iki şirket arasındaki adi ortaklığın tasfiyesi ve alacak isteminde bulunulmuş olup uyuşmazlık nispi ticari dava kapsamında kalmaktadır. Alacak istemi bir miktar paranın ödenmesi istemine ilişkin olduğu için zorunlu arabuluculuğa tabi ise de, adi ortaklığın tespiti ve tasfiyesi bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olmadığı için zorunlu arabuluculuğa tabi değildir. Yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere uyuşmazlığın çözümünde asıl olan mahkeme yargısı olup aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu olduğu davaların ticari arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiğinden mahkemece zorunlu arabuluculuğa ilişkin dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.”, Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesi, E: 2021/92, K: 2021/1709, T: 12.10.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

³⁹ “...Somut olayda da davacı taraf, markaya tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ile birlikte manevî tazminatın davalıdan tahsilini talep etmiştir. Buna göre; davanın konusunun bir kısmı bir miktar para alacağını tahsiline ilişkin ise de, bir kısmının konusunu ise markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti talepleri oluşturduğundan, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiği halde, ilk derece mahkemesince davadaki manevî tazminat talebi bakımından ayırma kararı verilerek, mahkemenin yeni esasına kaydedilen dava dosyasında davacı tarafça davadan önce arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş...””, Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2021/780, K: 2021/927, T: 18.06.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2021/757, K: 2021/857, T: 11.06.2021; Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2020/618, K: 2021/629, T: 29.04.2021; Ankara BAM 20. Hukuk Dairesi, E: 2021/390, K: 2021/316, T: 11.03.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

bağlantı bulunan taleplerin arabuluculuğa tâbi olmaksızın mahkemece karara bağlanması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır.

2. Yargıtay Kararları

Dava şartı arabuluculuk kapsamında olan bir talebin, bu kapsamda olmayan taleplerle birlikte davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi ve ilgili talep yönünden arabuluculuğa başvurulmaması hâlinde, mevcut Yargıtay kararları, taleplerin tümü bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun aranmayacağına ilişkindir. Davaların yığılmasında dava şartı arabuluculuk incelemesi bakımından, Yargıtay kararlarının aynı yönde olduğu anlaşılmaktadır. Aynı zamanda, bu kararların davaların yığılmasına dair arabuluculuk incelemesi hakkında uygulamaya yön verdiği, yukarıda zikredildiği üzere söz konusu kararlardan sonra verilen Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarının da genel itibariyle aynı yönde olduğu görülmektedir.

Bu hususa ilişkin olarak, fikir ve sanat eserlerinin hak sahibinin rızası alınmaksızın kullanımından dolayı haksız rekabetin tespiti, tecavüzün ortadan kaldırılması, maddî ve manevî tazminat taleplerinin, davaların yığılması şeklinde ileri sürüldüğü bir davada, ilk derece mahkemesince dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulmaması sebebiyle, tüm talepler yönünden davanın usûlden reddi kararı verilmiştir. İstinaf incelemesinde başvuru, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16'ncı Hukuk Dairesi'nce aynı gerekçeyle reddedilmiştir. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi ise davaların yığılması şeklinde ileri sürülen ve bir kısmı dava şartı arabuluculuğa tâbi olan bağlantılı taleplerin bütün olarak değerlendirilmesi, asıl olanın mahkeme yargısı olması sebebiyle bu taleplerin mahkemece karara bağlanması gerektiğini belirterek Bölge Adliye Mahkemesi kararını bozmuştur⁴⁰. Karşı oy

⁴⁰ "...Davanın konusunun birden fazla olması ve bunlardan bir kısmının bir miktar para alacağına, bir kısmının ise miktara tabi olmaması halinde, yani HMK 110. maddesi anlamında bir dava yığılması ve talepler arasında da HMK 166. maddesi anlamında bağlantı bulunması halinde, uyumsuzluğun ne şekilde çözümleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakta ise de, Anayasamız uyarınca, uyumsuzluğun çözümünde asıl olanın mahkeme yargısı olduğu dikkate alındığında, aralarında bağlantı bulunan ve miktara tabi olan ve olmayan talepleri bir arada içeren, talep yığılmasının söz konusu olduğu davaların arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerekir. Somut olayda davacı taraf, bir nispi ticari dava olarak, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

yazısında ise maddî ve manevi tazminat talepleri dışındaki taleplerin dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı, tazminat taleplerinin dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu, bu nedenle davaların yığılması kurumu için gerekli olan aynı yargı çeşidi içinde yer alma şartının gerçekleşmediği ve tazminat talebi dışındaki taleplerin ayrılarak yargılamaya devam edilmesi gerektiği ve tazminat talepleri yönünden dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden ret kararının isabetli olduğu belirtilmiştir⁴¹.

kapsamında, maddi ve manevi tazminat talepleri yanında, haksız rekabet oluşturan fiilin tespiti ve tecavüzün ortadan kaldırılması (refi) taleplerini bir arada ileri sürdüğünden, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiği halde, İlk Derece Mahkemesince uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine, Bölge Adliye Mahkemesince de aynı gerekçeyle davalı vekilinin istinaf talebinin usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2020/933, K: 2020/5776, T: 09.12.2020, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 02.04.2022. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2019/3611, K: 2020/4734, T: 04.11.2020, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 02.04.2022. Markaya dair tecavüzün tespiti, maddî ve manevî zararların tazmin edilmesi taleplerinin davaların yığılması şeklinde ileri sürüldüğü bir davada da Yargıtay aynı yönde karar vermiştir. Bkz. “...Somut olayda, 6100 sayılı HMK’nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, marka hakkına dayalı olarak unvan terkinin, markaya tecavüzün tespiti, menî ve tecavüz nedeniyle maddi ve manevi tazminat davalarını içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat istemlerine ilişkin davalar arabuluculuğa tabi ise de, unvan terkinine, markaya tecavüzün tespiti ve menine ilişkin davalar, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2019/4851, K: 2020/2732, T: 10.06.2020, www.legalbank.net, s.e.t. 02.04.2022.

⁴¹ “...Uyuşmazlıkta maddi ve manevi tazminat talepleri yönünden, 6102 sayılı Yasa’nın 110. maddesinde düzenlenen davaların yığılması söz konusu değildir. Zira madde metninde de açıkça vurgulandığı üzere, taleplerin tamamı aynı yargı çeşidi içinde yer almamaktadır, maddi ve manevi tazminat talepleri “zorunlu arabuluculuğa tabi iken, diğer asli talepler yönünden mahkemede dava açılması yolu söz konusudur. Davacının maddi ve manevi tazminat talepleri yönünden HMK 110 maddesindeki koşul gerçekleşmediğinden bu talepler için davaların yığılmasından söz edilmesi mümkün değildir. Maddi ve manevi tazminat yönünden HMK110 ve HMK 166/1 maddesinde öngörülen koşullar bulunmadığından bu davalar yönünden uyuşmazlık zorunlu arabuluculuğa tabi olup Bölge Adliye Mahkemesinin kararında hukuka

Aynı şekilde, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespiti ve bu amaçla verilen paranın tahsili taleplerinin davaların yığılması şeklinde ileri sürüldüğü somut olayda, ilk derece mahkemesi, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmadığı ve bunun tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı gerekçesiyle davanın usûlden reddine karar vermiştir. İstinaf kanun yoluna başvurulması üzerine, Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6'ncı Hukuk Dairesi, başvuruyu aynı gerekçeyle reddetmiştir. Temyiz kanun yolunda ise Yargıtay 11'nci Hukuk Dairesi, ortaklık ilişkisi kurulması amacıyla verilen paranın tahsili talebinin dava şartı arabuluculuğa tâbi olmasına karşın, ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespiti talebinin aksine bu kapsamda olmadığını, dava şartına tâbi olmayan söz konusu taleple birlikte ileri sürülen bir miktar paranın ödenmesi talebi bakımından da arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun aranmayacağını belirtmiş ve ilgili Bölge Adliye Mahkemesi kararına dair bozma kararı vermiştir⁴².

Davaların yığılmasına konu olan Yargıtay'ın aynı yöndeki başka bir kararı, çek istirdadı talebinin menfi tespit talebiyle birlikte ileri sürüldüğü davaya ilişkindir. İlk derece mahkemesinin, çek istirdadı talebi yönünden arabuluculuğa başvuru zorunluluğu yerine getirilmeden dava açılması

aykırılık yoktur. Ancak, maddi ve manevi tazminat dışındaki davacı talepleri, 6102 sayılı Yasa'nın 5/a maddesi kapsamında bulunmadığından bu talep yönünden Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi görevli olup İlk Derece Mahkemesince bu davalar yönünden HMK 167 maddesi gereğince tefrik kararı verilerek yargulamaya devam edilmesi gerekirken yazılı şekilde bu talep yönünden de maddi ve manevi tazminat davası gibi zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu gerekçesiyle davanın tümünden usulden reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır.", Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2020/933, K: 2020/5776, T: 09.12.2020, (Karşı Oy), www.lexpera.com.tr, s.e.t. 02.04.2022.

⁴² "...Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan "davaların yığılması" durumu söz konusu olup, uyumsuzluk, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığını tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir.", Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2020/197, K: 2020/1578, T: 17.02.2020, www.lexpera.com.tr, 02.04.2022.

sebebiyle davanın usûlden reddine dair verdiği karara dair istinaf incelemesini yapan Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 5'inci Hukuk Dairesi, çek istirdadı davası ile menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir. Temyiz incelemesinde Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi ise çek istirdadı davasının bir miktar paranın ödenmesine dair alacak veya tazminat talebini içermediği, bu nedenle dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı, menfi tespit davasında ise davacının borçlu olunmadığının tespitiyle davalının alacaklı olup olmadığının da tespit edildiği gerekçesiyle arabuluculuğa başvurulması gerektiği, menfi tespit talebinin dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan çek istirdadı talebiyle birlikte ileri sürülmesi sebebiyle dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığını belirterek bozma kararı vermiştir⁴³. Bunun yanında, menfi tespit davasında alacağın tahsiline değil, davacının borçlu olup olmadığının tespitine karar verildiği, bu nedenle alacak veya tazminat davası olmaması sebebiyle dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı, çek istirdadı ile menfi tespit taleplerinin birbirine bağlı kılınmasının isabetli olmadığı, dava şartı arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan taleplerin birlikte ileri sürülmesi hâlinde davaların ayrılmasına karar verilmesi gerektiği yönünde karşı oy da sunulmuştur⁴⁴.

⁴³ “...Davacının talebi, bir miktar paranın ödenmesi, alacak veya tazminat değil kıymetli evrak olarak çeki haksız olarak elinde bulundurduğu iddia edilen hamilden çekin iadesidir. Bu itibarla TTK'nin 792. maddesi kapsamında açılan çek istirdadı davasında arabulucuya başvurmak dava şartı değildir. Bu itibarla ilk derece mahkemesinin ve bölge adliye mahkemesinin çek istirdadı davasında arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu yönündeki değerlendirmeleri yerinde değildir...Menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığını tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığını tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığını tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan çek istirdadı davası ile birlikte açıldığından eldeki davada menfi tespit talebi de arabuluculuk dava şartına tâbi olmayacaktır.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2019/3048, K: 2020/1093, T: 10.02.2020, www.legalbank.net, s.e.t. 02.04.2022.

⁴⁴ “...Menfi tespit davası ise İİK m. 72 hükmü ile düzenlenen kendine özgü bir dava türü olup, konusu bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesi değildir. O nedenle alacak davasının bir türü gibi değerlendirmek hatalı olmaktadır. Şöyle ki, Menfi tespit davasında mahkemenin

C. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Davaların yığılması şeklinde dava şartına tâbi olan ve olmayan birden fazla talebin birlikte ileri sürülmesi hâlinde, dava şartı arabuluculuk incelemesinin nasıl yapılması gerektiği hususu, yargı kararlarında olduğu gibi doktrinde de değerlendirilmiştir.

Davaların yığılması ve arabuluculuk incelemesi bakımından öncelikle, dava şartına tâbi olan ve olmayan taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülüp sürülmeyeceğine dair görüşlere değinmekte fayda vardır. Bu anlamda, **Tanrıver**'e göre birden fazla asli talebin davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmesi için gerekli şartlar mevcut olsa dâhi dava şartı arabuluculuğa tâbi talepler varsa, bu taleplerin ayrı dava ile ileri sürülmesi zorunluluğu doğabilir⁴⁵. Buna karşılık, **Atalı**'ya göre davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi mümkün olan taleplerden bir kısmının dava şartı arabuluculuğa tâbi olması, davacının sahip olduğu davaların yığılması imkânından vazgeçmesine sebebiyet vermemeli ve bu anlamda davaların yığılmasına dair düzenleme özel düzenleme olarak kabul edilmelidir⁴⁶.

Doktrinde, genel olarak davaların yığılmasına konu olan taleplerin birbirinden bağımsız olması sebebiyle, dava şartı arabuluculuk incelemesinin her bir talep bakımından ayrı yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷.

davacının borçlu olup olmadığını tespitini yapmasının, davalının alacaklı olup olmadığını tespiti sonucunu doğurması bu davanın bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak davası niteliğinde olduğunu göstermez. Zira menfi tespit davası sonunda bir miktar paranın tahsiline karar verilmemektedir. Eğer davacı davasını ispat ederse olumsuz tespit kararı verilmektedir... Çek istirdadı davası ile İİK m. 72 hükmüyle düzenlenen menfi tespit davası birbirinden farklı dava türleri olup, birlikte açılan bu davaların birlikte görülmelerini zorunlu kılan bir kanun hükmü bulunmamaktadır. O nedenle, dava şartı yönünden, birlikte açılan bu iki davadan birini diğerinin kaderine bağlı kılmanın da hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Eğer, arabulucuya başvurmak davalardan biri için dava şartı diğeri için dava şartı sayılmaz ise yapılması gereken davaların tefrik edilmesi ve buna göre görülmeleridir.”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2019/3048, K: 2020/1093, T: 10.02.2020 (Karşı Oy), www.legalbank.net, s.e.t. 02.04.2022.

⁴⁵ **Tanrıver** (2022), s. 177; **Tanrıver** (2021), s. 320; **Tanrıver** (2020), s. 136.

⁴⁶ **Atalı**, s. 148.

⁴⁷ **Toprakkaya, İrem** (2021) Fikir ve Sanat Eserlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümü, İstanbul, On İki Levha, s. 201-202; **Bulut, Uğur** (2021) "Birden Fazla

Davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplerin bir kısmının dava şartı arabuluculuk kapsamında olması durumunda, bu talepler yönünden arabuluculuğa başvuru şartının aranması, diğer talepler yönünden ise bu şart aranmaksızın dava açılmasına izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁸. Dava şartına tâbi olan talepler yönünden arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığı takdirde, bu talepler bakımından dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usûlden reddi kararı verilmesi, diğer talepler bakımından ise davaya devam edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹. Bu anlamda, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan taleplerin, bu kapsamda olmayan taleplere bağlı kılınmasına dair aksi yöndeki yargı kararları, görünüşte birden fazla talebin davaların yığılmasına konu edilmesine ve dava şartı arabuluculuk hükümlerinin dolanılmasına yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁰.

Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, İstanbul, İbn Haldun Üniversitesi, s. 378-379; **Pekdiñçer, R. Tamer/Ersoy Pınar, Deniz Merve** (2020) “Sınai Mülkiyet Hukuku Alanında Tazminat Davalarının Tecavüzün Tespiti Talebiyle Beraber Açılması Halinde Arabuluculuğa Başvurmak Dava Şartı Olmaktan Çıkıyor mu?”, İstanbul Barosu Fikri ve Sınai Haklar Komisyonu 2018-2020 Faaliyet Yılı Özel Yayını, İstanbul, s. 174; **Yaşar Coşkun, Sevda/Göncü Döner, Munise Seray** (2020) “Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticarî Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz”, EBYÜ-HFD, C: XXIV, S: 1-4, s. 112; **Paslı, Ali** (2019) “Ticarî İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk: Efeçinar, Ceyda Süral/Yardımlı Mehmet Ertan (Editörler), Ankara, Seçkin, s. 24-25; **Yardımlı, Mehmet Ertan** (2019) “Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk: Efeçinar, Ceyda Süral/Yardımlı Mehmet Ertan (Editörler), Ankara, Seçkin, s. 101; **Tanrıver** (2022), s. 176-177; **Tanrıver** (2021), s. 320; **Tanrıver** (2020), s. 136; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 192-193; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 164; **Ermenek/Azıklı Arslan**, s. 172; **Kale**, s. 44; **Koçyiğit/Bulut**, s. 69.

⁴⁸ **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 192; **Kale**, s. 44.

⁴⁹ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 164; **Kale**, s. 44; **Bulut** (2021), s. 379; **Yaşar Coşkun/Göncü Döner**, s. 112-113; **Paslı**, s. 25.

⁵⁰ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 164, dn. 178; **Ermenek/Azıklı Arslan**, s. 172; **Bulut** (2021), s. 379. Yargıtay uygulamasının mevzuata aykırı olduğu ve bu uygulamanın yerleşmesinin hukuki güvenlik ilkesini de zedeleyeceği yönünde bkz. **Toprakkaya**, s. 201-202; **Pekdiñçer/Ersoy Pınar**, s. 174.

Davaların yığılması şeklinde dava açabilmek için mevzuatta birlikte ileri sürülecek olan talepler arasında bağlantı olması şartı aranmamakla birlikte, doktrinde bağlantılı talepler yönünden dava şartı arabuluculuk incelemesinin ayrıca ele alındığı da görülmektedir. Bu hususa ilişkin olarak, **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven** davaların yığılmasına konu olabilecek bağlantılı taleplerden bir kısmı için yargılamaya gidilmesinin diğer kısmı için zorunlu olarak arabuluculuğa başvurulmasının amaca hizmet etmeyeceği gerekçesiyle, bu taleplerin birlikte değerlendirilmesi için dava şartına tâbi olanlar için zorunlu diğerleri için ihtiyarî olarak arabuluculuğa başvurulmasını önermektedir⁵¹. Bunun yanında yazarlar, tüm taleplerin arabuluculuğa dâhil edilmemesi ve dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan talepler için dava açılması hâlinde ise mahkemece zorunlu olarak arabuluculuğa konu edilen talepler bakımından, arabuluculuk sonucuna dair bekletici sorun yapma kararı verilebileceğini belirtmektedir⁵². Bağlantılı talepler yönünden **Eminoğlu/Erdoğan**, davaların yığılmasının bir türü olarak kabul edilen kademeli davanın söz konusu olduğunu, bu taleplerin dava şartı arabuluculuk açısından farklı değerlendirilmesinin pratik anlamda fayda sağlamayacağını, bu nedenle bağlantılı taleplerin dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmama yönünden aynı kapsamda değerlendirilmesi ve bu hususun açık bir kanun hükmü ile düzenlenmesi gerektiği görüşündedir⁵³. **Bulut** ise davaların yığılması şeklinde açılan ve yukarıda zikredilen Yargıtay kararlarındaki bağlantılı taleplerin, aslında gerçek olmayan terditli davaya konu olduğunu, bu durumda ileri sürülen taleplerden asli talep değerlendirilerek dava şartı arabuluculuk incelemesinin yapılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁴.

⁵¹ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 192-193. Aynı yönde bkz. **Yardım**, s. 101.

⁵² **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 193. Aynı yönde bkz. **Paslı**, s. 25; **Yardım**, s. 101.

⁵³ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 164, dn. 178.

⁵⁴ **Bulut** (2021), s. 379, 383-384.

D. DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak

Davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplerin tümü dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu takdirde, bu taleplerin her biri bakımından arabuluculuğa başvurulmalı ve söz konusu talepler yönünden dava şartının gerçekleştiği son tutanaktan anlaşılmalıdır⁵⁵. Örneğin, marka hakkına tecavüzden kaynaklı olarak birlikte ileri sürülen maddî, manevî ve itibar kaybı tazminatları taleplerinin her biri dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğundan, bu talepler bakımından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmalı ve son tutanakta anlaşmama iradesine her bir talep ayrı ayrı ve açıkça zikredilerek yer verilmelidir.

Buna karşılık, dava şartı arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan taleplerin davaların yığılmasına konu edilmesi ve ilgili talep yönünden dava şartı arabuluculuğa başvurulmaması hâlinde, mahkemece arabuluculuk incelemesinin nasıl yapılması gerektiği belirsizdir. Bu hususa ilişkin olarak, davaların yığılması kurumunun temel özelliklerinin yanında, birlikte ileri sürülen taleplerin bağlantılı olup olmadığı da gözetilerek değerlendirme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

2. Bağlantılı Olmayan Talepler

Davaların yığılmasında, birden fazla aslı talep, aynı yargılamaya konu edilmektedir⁵⁶. Davaların yığılması kurumunun temel özelliği, her bir aslı talebin birbirinden bağımsız olmasıdır⁵⁷. Davaların yığılmasında, taleplerin birbirinden bağımsız olmasının gereği olarak, dava şartlarının mevcut olup olmadığı her bir talep bakımından ayrı ayrı incelenir⁵⁸. Bu husus, dava şartı

⁵⁵ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 165-166; **Bulut** (2021), s. 374.

⁵⁶ **Bulut** (2017), s. 311.

⁵⁷ **Yılmaz**, s. 2523; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 231; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 310; **Tanriver** (2018), s. 629; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 295; **Pekcanitez** (2017), s. 1093; **Bulut** (2017), s. 23-24; **Kırtıoğlu**, s. 162; **Kuru**, s. 1497.

⁵⁸ **BeckOK ZPO/Bacher**, ZPO § 260 Rn. 19; **Yılmaz**, s. 2523; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 231; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 310; **Tanriver** (2018), s. 629; **Müko-ZPO/Becker-Eberhard**, ZPO § 260 Rn. 32, 37; **Hk-ZPO/Saenger**, ZPO § 260 Rn. 16; **Görgün/Börü/Toraman/ Kodakoğlu**, s. 295; **Pekcanitez** (2017), s. 1093; **Bulut** (2017), s. 27.

arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi hâlinde, mahkemece dava şartı arabuluculuk incelemesi bakımından da gözetilmelidir. Zira dava şartı arabuluculuğun incelenmesi yönünden, diğer dava şartlarından farklılık öngören bir düzenleme mevzuatta yer almamaktadır.

Buna karşılık, uygulamada dava şartı arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan taleplerin davaların yığılmasına konu edilmesi ve ilgili talep yönünden arabuluculuğa başvurulmaması hâlinde, dava şartı arabuluculuğa dair incelemenin nasıl yapılması gerektiği hususu farklı değerlendirilmektedir. Nitekim ilk derece yargılamasında, genellikle dava şartı arabuluculuk kapsamında olan ve arabuluculuğa başvurulmadan davaların yığılması şeklinde ileri sürülen talep yönünden, usûlden ret kararı verilerek diğer talepler yönünden yargılamaya devam edildiği ya da tüm talepler bakımından usûlden ret kararı verildiği görülmektedir. İstinaf incelemesinde, bu durumda, davanın usûlden reddi veya dava şartına tâbi olan talep yönünden ayırma ve usûlden ret kararları haricinde genel olarak Yargıtay'ın mevcut uygulaması yönünde kararlar verildiği anlaşılmaktadır. Temyiz incelemesinde ise taleplerden bir kısmı dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı takdirde, bu kapsamda olan talepler yönünden de arabuluculuğun dava şartı olarak aranmayacağına dair kararlar verilmektedir.

Söz konusu kararlar değerlendirildiğinde, mevcut uygulamanın, davaların yığılması kurumunun özellikleriyle ve mevzuatla bağdaşmadığını belirtmek gerekir. Nitekim Bölge Adliye Mahkemelerinin tüm talepler bakımından usûlden ret kararı verilmesini isabetli bulan kararlarında, dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan taleplerin akıbeti, bu kapsamda olan ve arabuluculuğa başvurulmayan taleplere bağlı tutulmuştur. Bu anlamda, Kanun ile öngörülmeyen arabuluculuğa başvuru zorunluluğu, dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan talepler yönünden de aranmıştır. Bu yönüyle söz konusu kararlar, hem davaların yığılmasını kurumunun temel özelliğine hem de arabuluculuğun ancak Kanun'da öngörülen uyumsuzluklar bakımından dava şartı olarak aranacağına dair HUAK'ın 18/A maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir.

Bununla birlikte, anılan kararlarla, davacı dava şartı kapsamında olan ve olmayan birden aslî talebini davaların yığılması şeklinde değil, ayrı ayrı

davalarla ileri sürmeye sevk edilmektedir. Bu anlamda, taleplerden birisi bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğu varsa, davacıdan davaların yığılması kurumuna başvuru imkânından vazgeçmesi beklenilmektedir. Ayrıca arabuluculuğun belirli uyuşmazlıklar yönünden başvurulması zorunlu olan bir yol olarak düzenlenmesinin yanında, dava şartına tâbi olmayan taleplerin akıbetinin dava şartına tâbi olan taleplere bağlı kılınması, dava şartı arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne aykırı olup olmadığı yönündeki tartışmaları da gündeme getirmektedir⁵⁹. Zira dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan taleplerin ayrı olarak ileri sürülmesi hâlinde, arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle usûlden ret kararı verilmeyecek olmasına karşın, bu taleplerin dava şartına tâbi olan taleplerle birlikte ileri sürülmesi durumunda usûlden ret kararının tüm taleplere teşmil edilmesi mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmaktadır.

Bölge Adliye Mahkemelerinin son kararlarında ise dava şartına tâbi olan ve olmayan taleplerin birlikte ileri sürülmesi hâlinde, Yargıtay'ın ilgili kararlarına atıf yapılarak taleplerin tümü yönünden arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olmadığına yer verilmektedir⁶⁰. Bu kararlar, dava şartına tâbi olan talepleri, tâbi olmayan taleplerle birlikte değerlendirmesi ve mevzuatta aranılan başvuru zorunluluğunu bertaraf etmesi sebebiyle, davaların yığılmasına konu olan taleplerin birbirinden bağımsız olduğuna ve dava şartların her bir talep yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesine dair kuralla bağdaşmamaktadır.

Bununla birlikte, birden fazla aslî talebin davaların yığılması şeklinde ileri sürülebilmesi için aralarında bağlantı olmasının aranmadığı (HMK m.

⁵⁹ Dava şartı arabuluculuğun hak arama özgürlüğü yönünden değerlendirilmesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan, Ersin** (2017) "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İSGHD, C: 14, S. 55, s. 1211; **Karacabey, Kürşat** (2016) "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", TBBD, S: 123, s. 465 vd.; **Tanriver** (2022), s. 162 vd.; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 144 vd.; **Özekes** (2018), s. 125 vd.

⁶⁰ İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/1596, K: 2021/1475, T: 02.12.2021; İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/59, K: 2021/758, T: 10.06.2021; İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E: 2021/305, K: 2021/798, T: 17.06.2021; Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesi, E: 2021/92, K: 2021/1709, T: 12.10.2021, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 01.04.2022.

110/I) dikkate alındığında, görünüşte dava şartına tâbi olan ve olmayan talepler birlikte ileri sürülerek dava şartı arabuluculuk hükümlerinin dolanılması pekâlâ mümkündür⁶¹. Bu anlamda, davaların yığılmasına konu olan taleplerin dava şartı arabuluculuk incelemesinin ayrı ayrı yapılması, bir talebe dair incelemenin diğer talebe teşmil ettirilmemesi gerekir. Dolayısıyla doktrinde haklı olarak belirtildiği ve bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında yer verildiği üzere, dava şartı arabuluculuğa tâbi olan taleplerin de bulunduğu birden fazla talep ileri sürülerek dava açılması hâlinde, mahkemece arabuluculuğa başvurulması zorunlu olan talep yönünden ayırma ve dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usûlden reddine karar verilmelidir⁶².

3. Bağlantılı Talepler

Dava şartına tâbi olan ve olmayan taleplerin davaların yığılması şeklinde birlikte ileri sürülmesi hâlinde, talepler arasında bağlantı bulunması ihtimâlinin ayrı olarak ele alınması gerekir. Bağlantı kavramına, davaların yığılması kurumunun düzenlendiği HMK'nın 110'uncu maddesinde yer verilmemekle birlikte, talepler arasında bağlantı bulunması kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında Kanun'un diğer hükümlerinden yararlanılması mümkündür. Bu anlamda, davaların birleştirilmesi kurumuna dair HMK'nın 166'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen bağlantı tanımından yola çıkılarak taleplerin aynı veya benzer sebeplerden doğması veya biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte olması ölçütleri talepler arasında bağlantı olup olmadığının tespitinde kullanılabilir⁶³.

Davaların yığılması şeklinde ileri sürülen dava şartı arabuluculuk kapsamında olan ve olmayan bağlantılı talepler bakımından, arabuluculuk

⁶¹ **Ermenek/Azıklı Arslan**, s. 172; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 164, dn. 178.

⁶² **Yasaman/Yüksel**, C. III, s. 3292; **Tanrıver** (2018), s. 136; **Kale**, s. 44; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 164; **Yaşar Coşkun/Göncü Döner**, s. 112-113; **Paslı**, s. 25; **Koçyiğit/Bulur**, s. 69. Bu yönde olan kararlar için bkz. İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi, E: 2020/538, K: 2020/796, T: 09.07.2020, www.kazanci.com.tr, s.e.t. 01.04.2022. İstanbul BAM 26. Hukuk Dairesi, E: 2019/2873, K: 2020/92, T: 16.1.2020; Ankara BAM 6. Hukuk Dairesi, E: 2019/1593, K: 2019/1066, T: 07.05.2019, www.lexpera.com.tr, s.e.t. 28.06.2022.

⁶³ Bağlantı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 545; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 461; **Tanrıver** (2018), s. 741 vd.; **Ermenek** (2014), s. 142 vd.

incelemesinin nasıl yapılması gerektiği hususunun bağlantılı olmayan taleplerde olduğu gibi değerlendirilmesi birtakım yönlerden tereddüt uyandırmaktadır. Zira dava şartına tâbi olan ve olmayan taleplerin birlikte ileri sürülmesi ve dava şartına tâbi olmayan talebe dair davanın usûlden reddi kararı verilmesi hâlinde, bu talep yönünden dava açılabilmesi için öncelikle arabuluculuğa başvurulur, diğer talepler yönünden ise yargılamaya devam edilir. Örneğin, marka hakkına tecavüz fiilinden kaynaklı taleplerin uygulamada genellikle birlikte ileri sürülmesinden hareketle, tecavüzün tespiti, durdurulması ve kaldırılması talepleri yönünden yargılamaya devam edilmesine karşın, maddî, manevî ve itibar kaybı tazminatları yönünden zorunlu olarak arabuluculuk süreci işletilir. Ancak davaların yığılması şeklinde ileri sürülen bu taleplerin bir kısmının arabuluculukta, diğer kısmının yargılamada değerlendirilmesi, söz konusu talepler birbiriyle bağlantılı olduğu takdirde pratik anlamda fayda sağlamaz ve amaca hizmet etmez. Zira zikredilen örnekte, tarafların tazminat talebi üzerinde anlaşmaları, tecavüz fiilinin varlığı noktasında anlaşmalarına bağlıdır. Arabuluculuk sürecinde tecavüzün tespiti talebi dâhil edilmeksizin tazminat talebinin ele alınması, sadece dava şartı arabuluculuk kapsamında olan talep için başvuru zorunluluğunu yerine getirmekten başka bir anlam ifade etmez. Bu nedenle, dava şartına tâbi olan talepler de davaların yığılmasına konu edilirse, taleplerin arabuluculuğa elverişli olması durumunda öncelikle tüm talepler bakımından arabuluculuğa başvurulması değerlendirilmelidir⁶⁴.

Taleplerin bağlantılı olması hâlinde, dava şartına tâbi olan talepler bakımından arabuluculuğa başvurulduğu, diğer talepler yönünden dava açıldığı takdirde, bekletici sorun yapma kararı vermek yerine arabuluculuk yolu tüketildikten sonra açılan dava ile diğer davanın birleştirilmesi yoluna gidilebilir. Zira bekletici sorun yapma kararı verilebilmesi için bir davada hüküm verilebilmesinin başka bir davanın sonucuna veya bir idarî makamın tespitine ya da bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına bağlı olması gerekir (HMK m. 165/I)⁶⁵. Buna karşın, yukarıda zikredilen örnekte olduğu gibi dava

⁶⁴ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 192-193; Yardım, s. 101.

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşık, İbrahim (2012) Medenî Usûl Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara, Seçkin, s. 79 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 309; Arslan/Yılmaz/Taşpınar

şartına tâbi olmayan talepler yönünden dava açılması hâlinde mahkemenin karar vermesi, dava şartına tâbi olan taleplere dair arabuluculuk sonucuna bağlı olmadığı gibi beklenen sorun, mahkeme veya idarî makam kararı da değildir. Buna karşılık, davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması veya biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek olması hâlinde, davalar arasında bağlantının olduğu ve bu davaların birleştirilebileceği kabul edilmektedir (HMK m. 166/I, IV)⁶⁶. Bu nedenle, dava şartı arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan bağlantılı talepleri konu alan davaların tahkikat aşamasının birlikte yürütülebilmesi için bu davalar birleştirilebilir.

Mahkemenin davaların birleştirilmesine karar vermemesi hâlinde, davaların yığılmasına konu olabilecek bağlantılı talepler ayrı ayrı davalarda ele alınır. Bu durum ise makul sürede yargılanma, basitlik ve makul giderle yargılanma unsurlarından oluşan usûl ekonomisi ilkesiyle bağdaşmamaktadır (HMK m. 30/I). Bunun yanında, birleştirilmeyen davalara konu olan bağlantılı taleplerin aynı yargılama içinde değerlendirilememesinin sonucu olarak çelişkili kararların verilmesi ihtimâli de bulunmaktadır⁶⁷.

Bağlantılı taleplerin tümünün arabuluculuk veya yargılama aşamasında birlikte ele alınmamasının doğuracağı sakıncalar değerlendirildiğinde, bağlantılı taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi hâlinde, dava şartı arabuluculuk incelemesi bakımından ayrı bir yol benimsenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Buna karşın, belirtmek gerekir ki yukarıda zikredilen kararlarda olduğu gibi taleplerden birinin akıbetini diğerine bağlı kılan uygulamanın hukukî dayanağı mevzuatta bulunmamaktadır.

Söz konusu kararların temelindeki sorunun da Kanun'da davaların yığılması kurumu bakımından bağlantılı olan ve olmayan talepler yönünden ayırım yapılmamasından ve dava şartı arabuluculuk incelemesi bakımından

Ayvaz/Hanağası, s. 524-525; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 454; **Tanrıver** (2018), s. 738 vd.; **Budak/Karaaslan**, s. 215 vd.; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 392 vd.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 325-326; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 544-545; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 460-461; **Tanrıver** (2018), s. 741 vd.; **Budak/Karaaslan**, s. 215 vd.; **Görgün/Börü/Toraman/ Kodakoğlu**, s. 427; **Ermenek** (2014), s. 142 vd.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ermenek** (2014), s. 27-28.

davaların yığılmasına dair hüküm bulunmamasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. O hâlde, davaların yığılmasına konu olan bağlantılı taleplere dair dava şartı arabuluculuk incelemesine ilişkin tereddüt açık bir kanun hükmü ile giderilmelidir. Bu hususta, talepler arasında bağlantı olup olmadığının belirlenmesi noktasında, davaların birleştirilmesi kurumu yönünden Kanun'da yer verilen bağlantı hareket edilebilir (HMK m. 166/IV). Bağlantılı olduğu kabul edilen talepler arasında dava şartı arabuluculuğa tâbi talepler bulunduğu takdirde ise taleplerin birlikte değerlendirilmesi ve aynı akıbete tâbi tutulması amacıyla, tüm talepler bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğu öngörülebilir.

SONUÇ

Hukuk sistemimizde ihtiyarî arabuluculuğun kurumsal olarak düzenlenmesinin üzerinden kısa süre sonra belirli nitelikli uyuşmazlıklar yönünden dava şartı arabuluculuğa geçilmiştir. Bu geçiş, yargılama hukukunu doğrudan ilgilendirdiği gibi usûlî birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunlardan birisi, davaların yığılmasında arabuluculuk dava şartının nasıl inceleneceğine ilişkindir. Nitekim dava şartına tâbi olan ve olmayan taleplerin davaların yığılması şeklinde ileri sürülmesi hâlinde, dava şartı arabuluculuk incelemesinin nasıl yapılacağı hususu, farklı yönde Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına da konu olmuştur.

Davaların yığılmasında dava şartı arabuluculuk incelemesinin, bu dava türünün her bir talebin birbirinden bağımsız olmasına dair temel özelliği dikkate alınarak yapılması gerekmektedir. Bu anlamda, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan ve olmayan taleplerin birlikte ileri sürülmesi hâlinde, dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı, tâbi ise arabuluculuk yoluna başvurulup başvurulmadığı hususları, diğer dava şartlarında olduğu gibi her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu nedenle, davaların yığılmasının konusunu oluşturan talepleri arabuluculuk yönüyle birbirinden bağımsız değerlendirmeyen, aksine biri bakımından yapılan arabuluculuk incelemesini diğerine teşmil ettiren hâlihazırdaki Bölge Adliye Mahkemelerinin kararları ile Yargıtay kararları, söz konusu dava türünün temel özelliğiyle bağdaşmamaktadır.

Davaların yığılması şeklinde ileri sürülen taleplerden dava şartı arabuluculuğa tâbi olanların bulunması ve bu talepler yönünden arabuluculuğa başvurulmaması durumunda, her bir talebin ayrı değerlendirilmesinin sonucu olarak, mahkemece ilgili talebin ayrılmasına ve dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddine karar verilmelidir. Dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan talep yönünden ise yargılamaya devam edilmeli ve usûlden ret kararı verilmesi gereken bir durum olmadığı takdirde esasa dair inceleme yapılmalıdır. Bu şekilde taleplerin ayrılması, davaların yığılmasına konu olan taleplerin birbiriyle bağlantılı olmaması durumunda sorun teşkil etmemektedir. Zira aralarında bağlantı olmayan taleplerin birlikte incelenmesinde, davaların yığılmasının amacı olan usûl ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesi güçtür.

Buna karşılık, davaların yığılmasının konusunu oluşturan taleplerin birbiriyle bağlantılı olması hâlinde, söz konusu taleplerin bir kısmının arabuluculuk yolunda diğer kısmının yargılamada ele alınmasının pratik anlamda faydası bulunmamaktadır. Ancak bu durum, davaların yığılması şeklinde ileri sürülen bağlantılı talepleri dava şartı arabuluculuk bakımından birlikte değerlendiren mevcut yargı kararlarını haklı kılmamaktadır. Nitekim davaların yığılmasına konu olan taleplere dair dava şartlarının incelenmesi hususu, Kanun'da bağlantılı olan ve olmayan talepler şeklinde ayırım yapılarak öngörülmemiş ve buna dair farklı sonuçlar düzenlenmemiştir. Bu anlamda, bağlantılı talepler bakımından arabuluculuğa başvurulması zorunlu olan taleplerin yanında arabuluculuğa elverişli olan diğer bağlantılı taleplerin de arabuluculuk yöntemine konu edilmesi değerlendirilmelidir. Aksi durumda, mevzuat gereği bağlantılı talepler bakımından izlenilebilecek yol, usûlden reddine karar verilen talep yönünden, arabuluculuğa başvurulması ve anlaşma sağlanamaması üzerine yeniden dava açıldığı takdirde talepler arasında bağlantı bulunması sebebiyle davaların birleştirilmesine karar verilmesidir. Davaların birleştirilmemesi hâlinde ise bağlantılı taleplere dair çelişkili kararların verilmesi ve yargıya olan güvenin zedelenmesi ihtimâli bulunmaktadır. Bu nedenle, bağlantılı olmayan taleplerin aksine dava şartına tâbi olan taleplerle bağlantılı olan diğer taleplerin birlikte müzakere edilmesini sağlayacak şekilde dava şartı arabuluculuk incelemesi yapılmasına imkân veren bir düzenlemenin öngörülmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk** (2014) “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C: I, Ankara, Yetkin, s. 75-137.
- Alexander, Nadja** (2001) “Mediation in Practise: Common Law and Civil Law Perspectives Compared”, International Trade and Business Law Annual, Vol: 6, s. 1-18.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Aşık, İbrahim** (2012) Medenî Usûl Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara, Seçkin.
- Atalı, Murat** (2018) “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, Pozitif, s. 137-154.
- Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin** (2020) “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu”, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C: I, ÇÜHFD, C: 5, S:1, s. 205-221.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Yıldız, Burçak/İmirlioğlu, Dilek** (2021) Sınâi Mülkiyet Hukuku, Ankara, Adalet.
- Beck’scher Online Kommentar-ZPO** (2022) 44. Auflage, München, C.H. Beck (BeckOK ZPO/Yazar).
- Bilge, Necip/Önen, Ergun** (1978) Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, Sevinç.

- Bozgeyik, Hayri** (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Brown, Henry/Marriot, Arthur** (1999) ADR Principles and Practice, London, 2. Baskı, Sweet & Maxwell.
- Budak, Ali Cem** (2019) “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, MİHDER, C: 15, S: 1, s. 25-40.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2018) Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Bulut, Uğur** (2017) Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara, Adalet.
- Bulut, Uğur** (2021) "Birden Fazla Talebin Yer Aldığı Dava Çeşitlerinde Arabuluculuk Dava Şartının İncelenmesi", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, İstanbul, İbn Haldun Üniversitesi. s. 363-389.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural** (2019) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin** (2020) Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara, Adalet.
- Eminoğlu, Cafer** (2021) “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri”, TFM, C: 7, S: 2, s. 271-291.
- Eminoğlu, Cafer/Korkmaz, Cansu** (2022) “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği”, EBYÜ-HFD, C: 26, S:1, s. 291-328.
- Erdoğan, Ersin** (2017) “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, İSGHD, C: 14, S: 55, s. 1211-1242.

- Erdoğan, Ersin/Erzurumlu, Nurbanu** (2016) Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul, Seta.
- Ermenek, İbrahim** (2014) Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara, Yetkin.
- Ermenek, İbrahim** (2021) Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara, Yetkin.
- Ermenek, İbrahim/Azaklı, Arslan Betül** (2020) "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu", TBBD, S: 148, s. 135-196.
- Görgün, L. Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet** (2017) Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Harges, Bobby Marzine** (1997) "Mediator Qualifications: The Trend Toward Professionalization", BYU Law Review, s. 687-714.
- Karacabey, Kürşat** (2016) "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", TBBD, S: 123, s. 451-488.
- Kale, Serdar** (2020) Marka Davalarında Yargılama Usûlü, Ankara, Adalet.
- Kekeç, Elif Kısmet** (2011) Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, Adalet.
- Kırtıoğlu, S. Serhat** (2014) "Medenî Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi", EÜHFD., C: XVIII, S: 3-4, s. 133-172.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper** (2019) Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara, Adalet Bakanlığı.
- Kurt Konca, Nesibe** (2017) "Arabuluculuğa Elverişli Alanlar", ÇÜHFD, C: II, S: 1, s. 234-240.

- Kurt Konca, Nesibe** (2018) “Ticarî Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk”, SETA Perspektif, S: 225, s. 1-6.
- Kuru, Baki** (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C: II, İstanbul, Demir-Demir.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang** (2022) Zivilprozessordnung, 19. Auflage, München, Franz Vahlen.
- Münchener Kommentar zur ZPO** (2020) Band I, 6. Auflage, München, C.H. Beck (Müko-ZPO/Yazar).
- Oğuz, Arzu/Yılmaztekin, Hasan Kadir/Üner, Ezel** (2020) Fikrî Mülkiyet Hukukunda Uzman Arabuluculuk: Bektaş, Sezercan/Akipek Öcal, Şebnem (Editörler), Ankara, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı.
- Özbek, Mustafa Serdar** (2022) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Özekes, Muhammet** (2017) Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C: III, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Özekes, Muhammet** (2018) “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Ankara, Pozitif, s. 111-136.
- Özekes, Muhammet/Çiftçi, Pınar** (2020) “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, TBBD, S: 148, s. 101-134.
- Özmumcu, Seda** (2013) Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Özmumcu, Seda** (2021) Arabuluculuk Modelleri, İstanbul, On İki Levha.

- Paslı, Ali** (2019) “Ticarî İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk: Efeçinar, Ceyda Süral/Yardım, Mehmet Ertan (Editörler), Ankara, Seçkin, s. 13-25.
- Pekcanıtez, Hakan** (2007) “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Ankara, TBB, s. 247-264.
- Pekcanıtez, Hakan** (2017) Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C: III, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet** (2021) Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Pekdinçer, R. Tamer/Ersoy Pınar, Deniz Merve** (2020) “Sınai Mülkiyet Hukuku Alanında Tazminat Davalarının Tecavüzün Tespiti Talebiyle Beraber Açılması Halinde Arabuluculuğa Başvurmak Dava Şartı Olmaktan Çıkıyor mu?”, İstanbul Barosu Fikrî ve Sınai Haklar Komisyonu 2018-2020 Faaliyet Yılı Özel Yayını, İstanbul, s. 167-175.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer** (2015) Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul, Vedat.
- Saenger, Ingo** (2021) Zivilprozessordnung, Handkommentar, 9. Auflage, Baden-Baden, Nomos (Hk-ZPO/Yazar).
- Şahin Ceylan, Şule** (2009) Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, On İki Levha.
- Tanrıver, Süha** (2011a) “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk”, Makalelerim II, Ankara, Adalet, s. 3-31.
- Tanrıver, Süha** (2011b) “Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış”, Makalelerim II, Ankara, Adalet, s. 67-94.

- Tanrıver, Süha** (2011c) “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Ankara, Adalet, s. 183-211.
- Tanrıver, Süha** (2011d) “Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış”, Makalelerim II, Ankara, Adalet, s. 67-94.
- Tanrıver, Süha** (2018) Medenî Usûl Hukuku, C: I, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Tanrıver, Süha** (2020) “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBBD, Y: 2020, S: 147, s. 111-142.
- Tanrıver, Süha** (2021) Medenî Usûl Hukuku, C: II, Ankara, Yetkin.
- Tanrıver, Süha** (2022) Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Baskı, Ankara Yetkin.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis** (2012) Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, Yetkin.
- Uzunallı, Sevilay** (2019) Marka Hukuku, Ankara, Adalet.
- Yardım, Mehmet Ertan** (2019) “Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, Ticarî Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk: Efeçinar, Ceyda Süral/Yardım Mehmet Ertan (Editörler), Ankara, Seçkin, s. 86-110.
- Yasaman, Hamdi/Ayoğlu, Tolga/Yusufoglu Bilgin, Fülürya/Memiş Kartal, Pınar/Yüksel, Sinan/Yasaman, Zeynep** (2021) Sinaî Mülkiyet Kanunu Şerhi, C: III, Ankara, Seçkin.
- Yaşar Coşkun, Sevdâ/Göncü Döner, Munise Seray** (2020) “Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticarî Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz”, EBYÜ-HFD, C: XXIV, S: 1-4, s. 89-117.
- Yarar, Güven** (2019) Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, İstanbul, On İki Levha.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem (2013) Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, On İki Levha.

Yeşilirmak, Ali (2011) Türkiye’de Ticarî Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, On İki Levha.

Yılmaz, Ejder (2021) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C: 2, Ankara, Yetkin.

TAŞINMAZ MALİKİNİN KAZI VE YAPI YAPARKEN KOMŞU TAŞINMAZLARA ZARAR VERMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ*

Suheyl Rebi KURT**

ÖZET

Mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde bireylere sahip oldukları şey üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma şeklinde en geniş yetkileri tanıyan ve onlara çeşitli yükümlülükler yükleyen aynı bir haktır. Mülkiyet hakkı, malike getirilen yükümlülükler nedeniyle kısıtlanmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda mülkiyet, konu bakımından taşınır mülkiyeti ve taşınmaz mülkiyeti olarak ikiye ayrılır. Taşınmaz mülkiyetinin konusu Kanun'un 704. maddesinde belirtilmiştir. Diğer şeyler ise taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda, komşuluk ilişkileri sebebiyle meydana gelecek sorunları önlemek amacıyla komşular lehine ve malik aleyhine taşınmaz mülkiyetinde çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalarla komşuların karşılıklı ilişkilerde birbirlerini rahatsız etmemeleri, birbirlerinin malvarlığını veya kişilik haklarını ihlal etmemeleri ve aynı zamanda da birbirlerine yardım etmeleri amaçlanmıştır. Kanun'un 738. maddesinde ise kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu hükme aykırı olarak mülkiyet hakkını kullanan malik, zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kişilere karşı Kanun'un 730. maddesi kapsamında sorumlu olur. Zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kişiler ise menfaatlerini korumak amacıyla 730. madde kapsamında durumun eski hale getirilmesi, tehlikenin veya uğradıkları zararın giderilmesi için malike karşı dava açabilirler. Ancak yapı ile komşu taşınmazlara zarar verilmesi durumunda, taşkın yapılara ilişkin 725. madde uygulanır. Bu maddeye göre; on beş gün içinde itiraz edilmeyen, iyi niyetli yapılan ve durum ve koşulların haklı gösterdiği yapılara, uygun bir bedelin ödenmesi halinde, komşu taşınmaz malikinin katlanma yükümlülüğü doğar. Çünkü yapı için harcanan emek ve para sadece yapı maliki için değil, aynı zamanda toplumun ekonomik ve sosyal değeri için de önem arz etmektedir. Bütün bu hükümler kapsamında kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermeme yükümlülüğünün uygulamada nasıl yer bulduğunu açıklamak amacıyla bu çalışma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Komşu Kavramı, Kazı ve Yapı, Zarar Vermeme Yükümlülüğü, Taşkın Yapı, Katlanma Yükümlülüğü, Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1087476 – Geliş Tarihi: 14.03.2022 – Kabul Tarihi: 24.07.2022.

** Avukat, Ankara Barosu/ANKARA, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, e-posta: suheylrebikurt@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8533-9278.

THE OBLIGATION OF THE OWNER OF THE IMMOVABLE PROPERTY NOT TO DAMAGE THE NEIGHBORING IMMOVABLES DURING THE EXCAVATION AND CONSTRUCTION

ABSTRACT

The right of property is a real right that gives individuals the widest authority to use, utilize and dispose of what they own within the limits determined by the legal order, and imposes various obligations on them. The right to property is restricted due to the obligations imposed on the owner. In the Turkish Civil Code, property is divided into two as movable property and immovable property in terms of subject. The subject of property of immovable is specified in Article 704 of the Law. Other things constitute the subject of property of movable. In the Turkish Civil Code, various restrictions have been introduced in the property of immovables in favor of neighbors and against owners in order to prevent problems that may arise due to neighborly relations. With these restrictions, it is aimed that neighbors do not disturb each other in mutual relations, do not violate each other's property or personality rights, and at the same time help each other. Article 738 of the Law regulates the obligation not to damage neighboring immovables during the excavating and construction. The owner, who uses his/her property right in violation of this provision, shall be liable within the scope of Article 730 of the Law against persons who are harmed or face the risk of being harmed. Persons who are harmed or who are in danger of being harmed can file a lawsuit against the owner in order to restore the situation, to eliminate the danger or the damage they have suffered within the scope of Article 730, in order to protect their interests. However, in case of damage to the neighboring immovables with the construction, Article 725 on encroaching construction is applied. According to this article, if a suitable price is paid for constructions that are not objected to within fifteen days, built in good faith and justified by the circumstances and conditions, the owner of the neighboring immovable will bear the obligation. Because the labor and money spent for the construction are important not only for the owner of the construction, but also for economic and social value of the society. Within the scope of all these provisions, this study has been carried out in order to explain how the obligation not to damage the neighboring immovables during the excavation and construction finds its place in practice.

Key Words: The Right to Property, The Concept of Neighbor, Excavation and Construction, Obligation Not to Cause Harm, Encroaching Construction, Obligation to Bear, Responsibility of The Immovable Owner.

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, Anayasa¹ (AY) m.35'te “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” hükmü ile güvence altına alınmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu² (TMK) m.683'te ise “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.” hükmü ile öncelikle malike tanınan yetkiler sayılmış, daha sonra da malikin mülkiyet hakkını nasıl koruyacağı açıklanmıştır. Bu düzenlemelerden yola çıkarak mülkiyet hakkı, anayasal haklar arasında yer alan ve hukuk düzeni sınırları içerisinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi veren aynı bir haktır. Tasarruf yetkisini içeren bu hak, eşya hukukuna konu olan taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde kurulabilir. Taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı kullanılırken etki alanı içerisinde olan diğer taşınmazları, başka bir ifadeyle komşuları etkileyebilir.

Günlük hayatta, taşınmazları kullanırken veya onlardan yararlanırken, sürekli olarak, isteyerek veya istemeyerek komşular ile iletişim halinde oluruz. Birlikte yaşamanın zorunlu bir sonucu olarak komşuların birbirine katlanma ve bazı davranışlardan kaçınma yükümlülükleri doğar. Bu katlanma ve kaçınma yükümlülüğünün bir sonucu olarak da TMK'da yer alan taşınmaz mülkiyetinin komşular yararına kısıtlamalar karşımıza çıkar. Çalışmamızın konusu ise TMK m.738'de düzenlenen kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermeme yükümlülüğüdür. Bu hükme göre, “Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşkın yapılara ilişkin hükümler uygulanır.” Düzenlemenin doğal bir sonucu olarak da malikin mülkiyet hakkını kullanırken, komşusunun çıkarlarını da göz önünde bulundurması ve onun zararına hareket etmemesi gerekmektedir. Zira

¹ RG, 9.11.1982, 17863.

² RG, 8.12.2001, 24607.

taşınmazların amacına uygun olarak kullanabilmesi için komşuların birbirine katlanması ve yardım etmesi gerekmektedir.

Huzurdaki çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikli olarak mülkiyet hakkı ve içeriğinden, daha sonra ise taşınmaz mülkiyetinin konusu ile bunlar için getirilen kısıtlamalardan ve en sonunda ise komşu kavramından bahsedilerek mülkiyet hakkının kimler yararına kısıtlandığından bahsedilmiştir. İkinci bölümde ise öncelikli olarak hangi tür hareketlerin komşulara zarar vereceğinden ve hangi durumlarda komşuların bu hareketlere katlanacağından, daha sonra ise kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermeme yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden hareketlere karşı komşuların açabileceği davalardan bahsedilmiştir. Ayrıca çalışmamızda doktrin görüşlerine ve Yargıtay kararlarına da yer vererek, komşu taşınmazlara zarar vermeme yükümlülüğünün uygulamada nasıl işlediği açıklanmaya çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK

A. MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkını anlayabilmek için öncelikli olarak bu hakkın konusunu oluşturan mülkiyet kavramına değinmek gerekir. Mülkiyet³ kavramının kökeni Arapça mülk kelimesine dayanmaktadır. Mülk bir şeyin hüküm ile zaptı, saltanat, siyasi iktidar gibi anlamlara gelmektedir⁴. Bu bilgiler kapsamında görülüyor ki mülkiyet kavramı hakimiyet ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Hukuk sistemi içindeki mülkiyet kavramı ise en tartışmalı kavramlardan biridir. Bu tartışma, mülkiyete konu olan şeylerin birey ve toplum hayatı için taşıdıkları önem, değer ve ideolojik görüş farklılıkları gibi sebeplerden

³ Türk Dil Kurumu Sözlüğünde mülkiyet, sahiplik olarak tanımlanmıştır (www.tdk.gov.tr, s.e.t. 15.11.2021). Hukuk sözlüğünde ise kişinin bir mal üzerindeki egemenliği olarak tanımlanmıştır: **Yılmaz, Ejder** (2004) Hukuk Sözlüğü, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.869.

⁴ **Etgü, Mehmet Akif** (2009) Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.10; **Demir, Fahri** (2012) İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, 5. Baskı, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, s.118, dn.6.

kaynaklanmaktadır⁵. Bu farklılıklar sonucunda mülkiyet kavramı için üç farklı görüş ortaya atılmıştır⁶. Bu görüşler; Klasik görüş, Modern görüş ve Marksist görüştür.

- Klasik görüşe göre mülkiyet, bireye sahip olduğu şey üzerinde sınırsız, dokunulmaz ve mutlak bir hak verir⁷. Başka bir deyişle mülkiyet, bireye sahip olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ondan yararlanma, ona zarar verme ve hatta onu yok etme yetkisi verir⁸. İstisnai olarak getirilen bazı kısıtlamalar mülkiyet kavramına yabancıdır ve onun dışındadır⁹. Bu görüş, üçüncü kişilerin ve toplumun menfaatlerini göz önünde bulundurmadığı için günümüzde eleştirilmektedir.
- Modern görüşe göre mülkiyet, bireye sadece hak tanımaz, aynı zamanda ona çeşitli yükümlülükler de yükler ve bu yükümlülükler mülkiyet kavramına yabancı değildir, onun içindedir¹⁰. Bu görüşe göre bireyin sahip olduğu şey üzerindeki hakları belirlenirken sadece bireyin değil, aynı zamanda toplumun da menfaatleri dikkate alınmıştır¹¹.
- Marksist görüşe göre asolan devletin mülkiyetidir. Bu görüşü

⁵ **Özkaya, Eraslan** (2022) Eşya Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.72; **Eren, Fikret** (2011) Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.3.

⁶ **Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol** (1984) Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.330 vd.; **Bulut, Nihat** (2006) “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:3-4, s.15 vd.

⁷ **Esener, Turhan/Güven, Kudret** (2015) Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.172; **Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan** (2019) Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.186; **Ayan, Mehmet** (2016), Eşya Hukuku II - Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.27-28; **Şimşek, Suat** (2010) “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:91, s.186-187; **Eren**, s.3.

⁸ **Sirmen, A. Lale** (2019) Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.249.

⁹ **Esener/Güven**, s.172; **Nomer/Ergüne**, s.186; **Ayan**, s.28; **Eren**, s.7; **Sirmen** (2019), s.249.

¹⁰ **Eren**, s.3; **Sirmen** (2019), s.249; **Esener/Güven**, s.172; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s.338 vd.; **Nomer/Ergüne**, s.186; **Ayan**, s.28; **Özkaya**, s.72.

¹¹ **Bulut**, s.22; **Nomer/Ergüne**, s.186; **Şimşek**, s.187.

savunanlar özellikle üretim araçları, tarım arazileri ve doğal kaynaklar üzerindeki özel mülkiyete karşıdırlar¹². Özel mülkiyete istisnai olarak izin verilmektedir¹³.

Mülkiyet hakkı, Anayasa m.35'te "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*" denilerek güvence altına alınmıştır. Anayasa'da bu hakkın ancak kamu yararı amacı güdülerek kanunla sınırlandırılabilceği öngörülmektedir. Belirtmek gerekir ki, Anayasa m.13'e göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, hakkın özüne dokunmadan yalnızca kanunla yapılabilir¹⁴. Getirilen sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmadan yapılması gerekir. Aksi takdirde mülkiyet hakkının özünü kaldıran bir devlet müdahalesinin yani bir yasama işleminin ne gerekçe ile yapılmış olursa olsun kabulü mümkün değildir¹⁵. Mülkiyet hakkı Anayasa'da her ne kadar "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" bölümünde düzenlenmişse de bireye toplum yararına çeşitli ödevler tanıdığı için sosyal bir hak olarak kabul edilmelidir¹⁶. Mülkiyetin sosyal bir hak olarak kabul edilmesi Anayasa m.2'de belirtilen sosyal devlet ilkesinin bir sonucudur.

Türk Medeni Kanunu m.683/1'e göre, "*Bir şeye malik olan kimse, hukuk*

¹² **Tabak, Bahadırhan** (2016) Mülkiyet Hakkı ve Anayasa Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.13; **Ayan**, s.28; **Eren**, s.9; **Şimşek**, s.187.

¹³ **Esener/Güven**, s.173; **Eren**, s.9-10.

¹⁴ **Ünal, Şeref** (1994) "Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", Anayasa Yargısı Dergisi, Y:1994, S:11, s.45; Anayasa Mahkemesi, 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali ile ilgili olarak verdiği 24.05.2001 tarih ve E.2000/35, K.2001/90 sayılı kararında, KHK ile getirilen yapı denetimine ilişkin kuralların, arazi üzerinde yapılan inşaat ve inşaatın sürecine ilişkin olması nedeniyle mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgili olduğunu ve mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır (RG, 17.1.2002, 24643; s.e.t. 18.11.2021).

¹⁵ **Esener/Güven**, s.173; **Bulut**, s.24.

¹⁶ **Sirmen** (2019), s.250; **Şimşek**, s.185-186. Aksi görüş; Eğer mülkiyet hakkı sosyal bir hak olsaydı Anayasanın "Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler" başlığı altında düzenlerdi. **Eren**, s.15.

düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.” Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise “Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.” Kanun maddesinde öncelikle malike tanınan yetkiler sayılmış, daha sonra da malikin mülkiyet hakkını nasıl koruyacağı açıklanmıştır.

Bu hükümler doğrultusunda mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde bireylere sahip olduğu şey üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma şeklinde en geniş yetkileri tanıyan ve onlara çeşitli yükümlülükler yükleyen aynı bir haktır¹⁷. Bu hak, bireyin sahip olduğu şey üzerindeki hakimiyet hakkını üçüncü kişilere karşı korumaktadır¹⁸. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında mülkiyet hakkını, “*Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren temel bir haktır.*” şeklinde tanımlamıştır¹⁹. Görüldüğü üzere Türk hukukundaki²⁰ mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerde modern görüşün izleri bulunmaktadır²¹.

Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında mülkiyet hakkı her şeyden önce temel bir haktır. Temel haklar ve özgürlükler, hukuk düzeni tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış insan haklarıdır²². Aynı bir hak olan mülkiyet hakkı, mutlak bir haktır ve herkese karşı ileri sürülebilir²³. Ayrıca bu

¹⁷ **Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2018) Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s.274; **Sirmen** (2019), s.249; **Nomer/Ergüne**, s.187; **Eren**, s.4; **Esener/Güven**, s.171; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2011/10468, K: 2011/12224, T: 05.12.2011, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 19.11.2021).

¹⁸ **Eren**, s.4.

¹⁹ AYM, T: 29.1.2014, E: 2013/108, K: 2014/15 (RG, 9.5.2014, 28995, ET: 19.11.2021).

²⁰ Türk hukukundaki mülkiyet hakkının tarihi gelişimi için bakınız: **Başpınar, Veynel** (2016) “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:3, s.647 vd.; **Akça, Kürşat** (2015) “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C:1, Y:2015, s.548 vd.; **Tabak**, s.22 vd.

²¹ **Nomer/Ergüne**, s.187; **Esener/Güven**, s.173; **Sirmen** (2019), s.250.

²² **Doğan, İlyas** (2013) İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları, s.40.

²³ **Esener/Güven**, s.173.

hak sadece yetkilerden değil aynı zamanda yükümlülüklerden de oluşmaktadır²⁴.

B. MÜLKİYET HAKKININ İÇERİĞİ

Mülkiyet hakkının içeriğinde malike tanınan yetkiler ve getirilen yükümlülükler bulunmaktadır. Anayasa'nın kabul ettiği mülkiyet anlayışa göre aslolan malike tanınan yetkilere ve ona getirilen yükümlülükler ise istisnadır²⁵. Bu içerik modern mülkiyet görüşünün bir sonucudur.

1. Malikin Yetkileri

Mülkiyet hakkı malike hem sahip olduğu şey üzerinde kullanabileceği hem de üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği yetkiler tanır. Bu yetkiler aktif ve koruyucu yetkiler olmak üzere ikiye ayrılır²⁶.

a. Aktif Yetkiler

Mülkiyetin olumlu içeriği de denilen aktif yetki, malikin sahip olduğu şey üzerindeki tasarruf yetkisidir²⁷. TMK m.683/1'e göre, "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir." Bu tasarrufta bulunma yetkisini, fiili ve hukuki yetkiler olarak ikiye ayırmak mümkündür²⁸. Fiili

²⁴ Sirmen (2019), s.249.

²⁵ Eren, s.16; Şimşek, s.190.

²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.274; Nomer/Ergüne, s.188; Özkaya, s.74-75; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2013/19515, K: 2014/5532, T: 13.3.2014: "...madde hükmü dikkate alındığında; mülkiyetin sağladığı aktif yetkiler, sahibine "o şeyde hukuk düzeninin sınırları içinde dilediği gibi tasarruf etme hakkı"nı sağlamaktadır. Bu tasarruf, malın fiilen kullanılması, semerelerin toplanması, malda değişiklik yapılması, malın tahrip ve taşıma edilmesi gibi fiili tasarrufları içine aldığı kadar, malı başkasına devretme, üzerinde hak tesis etme gibi hukuki tasarrufları da içine alır. Mülkiyeti koruyucu yetkiler ise, malike, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açma ve her türlü haksız elatma-nın önlenmesini dava edebilme hakkını vermektedir." (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 21.11.2021).

²⁷ Eren, s.16-17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.274-275; Nomer/Ergüne, s.188; Sirmen (2019), s.251.

²⁸ Nomer/Ergüne, s.188; Eren, s.17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.275; Sirmen (2019), s.251.

tasarruf yetkisine eşyayı kullanma, tüketme, eşyanın ürün ve gelirlerinden yararlanma, eşyada değişiklik yapma örnek verilebilirken; hukuki tasarruf yetkisine eşyanın başkasına devredilmesi, eşya üzerinde aynı hak tesis etme örnek verilebilir.

b. Koruyucu Yetkiler

Mülkiyet hakkının olumsuz içeriği de denilen koruyucu yetki, malikin sahip olduğu şey üzerindeki hakimiyetin hukuk düzeni içerisinde üçüncü kişilere karşı korunmasıdır²⁹. Bu yetki sayesinde, üçüncü kişiler, bireyin mülkiyet hakkına saygı duymak ve bu hakkı ihlal etmemek zorundadırlar³⁰. TMK m.683/2'ye göre, *“Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”* Kanunda belirtilen bu yetkiler mülkiyet hakkına dayanır ve onun ayrılmaz bir parçasıdır³¹.

2. Malikin Yükümlülükleri

Bir şeyin mülkiyetine sahip olan malikin, kamu hukukuna ve özel hukuka dayanan bir takım yükümlülükleri bulunmaktadır. Malik, mülkiyet hakkını bu yükümlülükler çerçevesinde kullanabilir. Bu yükümlülükler; kaçınma, katlanma ve yapma şeklinde üç gruba ayrılır³². Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle bir zarar meydana gelmesi durumunda zarara uğrayanın tazminat alacağı, ihlal edenin ise sorumluluğu doğar. Örneğin TMK m.730'a göre, *“Bir taşınmaz malikin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın*

²⁹ **Sirmen** (2019), s.251; **Eren**, s.18; **Nomer/Ergüne**, s.189-190; **Esener/Güven**, s.177; **Özkaya**, s.75; **Ayan**, s.30.

³⁰ **Eren**, s.18.

³¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.277.

³² **Şimşek**, s.194; **Eren**, s.18; **Sirmen** (2019), s.252; **Ayan**, s.31; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2016/9927, K: 2018/8779, T: 10.12.2018: *“TMK m. ... 730 ve 737. maddeleriyle de taşınmaz malikin başkalarına zarar vermesinin önlenmesi hedeflenmiştir. Yapma, kaçınma, katlanma olarak özetlenebilecek bu sınırlamaların önemli bir bölümü TMK'nun "komşu hakkı" başlığı altında, 737 ile 750. maddelerinde düzenlenmiş, 751 ile 761. maddelerinde de yine malikin yapması ve katlanması gereken hususlar belirtilmiştir.”* (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 23.11.2021).

giderilmesini dava edebilir. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.”

a. Kaçınma Yükümlülüğü

Malik, hukuk düzeninin mülkiyet hakkına ilişkin belirlediği sınırları aşan fiil ve işlemleri yapmaktan kaçınmalıdır³³. Bu yükümlülük malikin mülkiyet hakkını kısıtlamaktadır. Örneğin; aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere malikin, taşınmazında kazı ve yapı yaparken komşularını olumsuz etkileyecek fiillerden kaçınması gerekir (TMK m.738). Bu konuda vereceğimiz bir diğer örnek ise malikin, imar hukukunun koyduğu ölçü ve sınırlar dışında inşaat yapamamasıdır. Anayasa m.35/3'te yer alan “*mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*” hükmü ile TMK m.2'de yer alan “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” hükmü yapmama ödevi açısından son derece önemlidir. Bu hükümlere göre malik, mülkiyet hakkını toplum yararına aykırı olarak kullanmaktan kaçınmak zorundadır.

b. Katlanma Yükümlülüğü

Malik, üçüncü kişiler veya toplum yararına, mülkiyet hakkına yönelik bazı müdahalelere katlanmak zorundadır³⁴. Örneğin; malik taşınmazına giren hayvan veya düşen eşyayı aramak için bunların sahiplerinin, taşınmazına girmesine izin vermek zorundadır (TMK m.752 ve 753). Yine kamu ve toplum yararı göz önünde bulundurularak, yıkılma tehlikesi bulunan evinin yıkılmasına veya bulaştırıcı hastalığı olan hayvanının kesilmesine katlanmalıdır³⁵.

c. Yapma Yükümlülüğü

Malik, başkalarının veya toplum yararının gerektirdiği hallerde bazı

³³ Sirmen (2019), s.252; Eren, s.18.

³⁴ Eren, s.19; Sirmen (2019), s.252.

³⁵ Çörtoğlu, İ. Sahir (1988), Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, s.81; Gürsoy/Eren/Cansel, s.343.

olumlu davranışlarda veya edimlerde bulunmakla yükümlüdür³⁶. Malikin sahip olduğu şeyler için vergi, resim ve harç ödemesi; arazisinin sınırını belirlemesi (TMK m.720); ortak suların birlikte tutulması (TMK m.759/1) yapma yükümlülüğüne örnek olarak verilebilir.

C. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KONUSU VE KISITLAMALARI

Mülkiyet, söz konusu olan şeyin taşınır veya taşınmaz olmasına göre TMK'da taşınır mülkiyeti ve taşınmaz mülkiyeti olarak ikiye ayrılmaktadır³⁷. Bizim burada üzerinde durduğumuz asıl kısım ise taşınmaz mülkiyettir. Taşınmaz mülkiyetinin konusu TMK'nın 704. maddesinde belirtilmektedir.

Bu hükme göre, “*Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır:*

1. *Arazi,*
2. *Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar,*
3. *Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.”*

Bunlar TMK m.998 gereğince tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek şeylerdir. Belirtmek gerekir ki, TMK m.704'te sınırlı olarak sayılanlar arasında yer almayan bir şey, başka kanunlar bakımından taşınmaz gibi işlem görse de TMK bakımından taşınmaz sayılmaz³⁸. Görüldüğü üzere Türk Medeni Kanunu sadece gerçek anlamdaki taşınmazları, bir yerden başka bir yere nakledilemeyen ve dış dünyada üç boyutlu bir hacme sahip olan arazi ve kat mülkiyetini, değil; ekonomik ihtiyaçları da hesaba katarak taşınmazlar üzerindeki tapu kütüğüne kaydedilen bağımsız ve sürekli hakları da taşınmaz mülkiyetinin konusuna dahil etmiştir³⁹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere taşınmaz mülkiyeti hakkı, malikin sahip olduğu taşınmaz üzerinde kullanabileceği ve üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği tasarruf yetkisinin yanı sıra; kaçınma, katlanma ve yapma yükümlülüklerini de içerir. Bu yükümlülükler hukuki niteliktedir ve malik

³⁶ Sirmen (2019), s.252; Eren, s.20.

³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.301; Eren, s.22.

³⁸ Sirmen (2019), s.321; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.355; Eren, s.197; Esener/Güven, s.203; Özkaya, s.736.

³⁹ Eren, s.196.

bunlara uygun davranmalıdır. Mülkiyet hakkının niteliğinden doğan bu yükümlülükler, malikin tasarruf yetkisini kısıtlamaktadır. Bu nedenle malik, dilediği gibi tasarruf edebileceği sınırsız bir mülkiyet hakkına sahip değildir⁴⁰.

Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları, hukuki işlemde ve kanundan kaynaklanan kısıtlamalar olmak üzere ikiye ayrılır⁴¹. Hukuki işlemde doğan taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları bizzat taşınmaz malikinin yaptığı hukuki işlemler sonucunda mülkiyet hakkının kendisine sağladığı yetkilerin kısıtlanmasıdır⁴². Kanundan doğan taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları ise belli bir kanun hükmüne dayanan kısıtlamalardır. Bu kısıtlamalar kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanabilir⁴³. Kamu yararı düşüncesiyle getirilen kısıtlamalar kamu hukukunu, komşuların yararına getirilen kısıtlamalar ise özel hukuku ilgilendirir⁴⁴. Bunların ortak özelliği tapu kütüğüne tescil edilmeksizin etkili olmalarıdır (TMK m.731/1). Ancak kanundan kaynaklanan kamu hukuku kısıtlamalarını taraflar aralarında yapacakları sözleşmelerle değiştiremezken (TMK m.731/3), özel hukuk kısıtlamalarının değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması mümkündür. Kısıtlamaların değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasına ilişkin sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi ve tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekir (TMK m.731/2).

D. KOMŞU KAVRAMI

Hukukumuzda komşu kavramından sıklıkla söz edilmiş olsa da bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Kim veya kimlerin komşu olarak kabul edileceği belirtilmemiştir. Hukuk kurallarının uygulanabilmesi için ise komşu kavramının saptanmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaç nedeniyle doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları doğrultusunda komşu kavramı tanımlanmaya çalışılmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, komşu ile kastedilenin taşınmazlardan birinde yapılan taşkın eylemlerin etkilerini duyurabileceği alan

⁴⁰ Eren, s.358; Özkaya, s.1924.

⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.529; Sirmen (2019), s.415; Özkaya, s.1924.

⁴² Sirmen (2019), s.439; Özkaya, s.1924.

⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.545; Esener/Güven, s.263; Sirmen (2019), s.416; Özkaya, s.1925.

⁴⁴ Çörtoğlu (1988), s.87 vd.; Esener/Güven, s.263.

içinde bulunan taşınmazların tümü olduğu ileri sürülmüştür⁴⁵. Başka bir görüşe göre ise komşu kavramı nisbi bir kavramdır ve karşımıza çıkan her somut olayda eylemin etkisinin tesir ettiği alan dikkate alınarak hangi taşınmazların komşu kabul edileceği belirlenmelidir⁴⁶. Dolayısıyla, komşunun sadece taşkın ve zararlı fiilin oluştuğu taşınmazın yanında, civarında, bitişiğinde bulunanlar değil, bu fiilden zarar gören bütün taşınmazlar olduğu ve ayrıca kat mülkiyetinin tesis edildiği alanlarda da komşuluk ilişkisinin oluştuğu ileri sürmüştür. Yargıtay da doktrindeki tanımlara benzer şekilde komşu kavramını tanımlamıştır ve bir kararında, *“Teknik anlamdaki "komşu hakkı" ile halk dilindeki "komşuluk ilişkisi" arasında coğrafi alan ve mesafe ve kasam yönlerinden büyük bir fark yoktur. Birbirine bitişik taşınmazlarda oturanların komşu oldukları ve sayıldıkları kuşkusuzdur. Ancak kişilerin komşu sayılması için birbirlerine bu kadar "yakın" olmaları da şart ve zorunlu değildir. Kişilerin belirli bir çevrede oturması, aralarında sabah-akşam sürekli bir karşılaşmaktan ileri gelen göz aşinalığının bulunması da yeterlidir.”* demiştir⁴⁷. Yargıtay ayrıca iki taşınmazın komşu olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak kriterin taşınmazlar arası mesafenin değil, taşınmazlar arasındaki etki alanının olması gerektiğini de hükme bağlamıştır⁴⁸.

Türk Medeni Kanunu'nda komşu olarak kabul edilen taşınmazlarda taşkınlık nedeniyle zarar gören kişilerin kimler olabileceği hakkında da düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, komşu taşınmaza yapılan müdahalelerden zarar gören kimse malik olabileceği gibi komşu taşınmazın bir sınırlı aynı hakka veya şahsi hakka dayanarak zilyedi olan herhangi bir kişi de

⁴⁵ **Karahasan, M. Reşit** (2009) Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Ankara, Arıkan Yayınları, s.1293.

⁴⁶ **Akipek, Jale** (1973) Türk Eşya Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.220; **Tekdoğan, Aydın** (2019) Komşu Taşınmaza Elatmanın Önlenmesi ve Temliken Tescil Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.352; **Özkaya**, s.2140.

⁴⁷ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 1978/4774, K: 1978/5433, T: 12.5.1978, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 28.11.2021).

⁴⁸ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 1981/14350, K: 1981/14955, T: 25.12.1981, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 28.11.2021).

olabileceği kabul edilmektedir⁴⁹. Yargıtay da aynı görüşü benimsemekle beraber bir kararında, zarar görenin kira sözleşmesi olmasa da devamlı olarak taşınmazı fiili hakimiyeti altında bulundurması durumunda komşu olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁰.

Görülmektedir ki Türk Medeni Kanunu, komşuluk sebebiyle meydana gelen ilişkilerde komşuların birbirini rahatsız etmemelerini, zarara sokmamalarını ve birbirlerine yardım etmelerini amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda TMK, 737 ile 750. maddeleri arasında komşuluk ilişkileri nedeniyle meydana gelebilecek sorunları önlemek amacıyla taşınmaz mülkiyetinde komşular lehine kısıtlamalar getirmiştir. Biz de çalışmamızın ikinci bölümünde taşınmaz maliki aleyhine getirilen kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermeme yükümlülüğünü inceleyeceğiz.

II. KAZI VE YAPI YAPARKEN KOMŞU TAŞINMAZLARA ZARAR VERMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Türk Medeni Kanunu m.731 ve devamında “*Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları*” başlığı altında özel hukuk niteliğindeki kısıtlamalar düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, özel hukuktan kaynaklı kısıtlamalar sadece burada yer alan hükümlerle sınırlı değildir. Kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermeme yükümlülüğü ise TMK m.738’de düzenlenmiştir⁵¹.

⁴⁹ **Ertaş, Şeref** (2017) Eşya Hukuku, İzmir, Barış Yayınları, s.386; **Yetik, Nurten** (2003) Eşya Hukuku, Ankara, Bilge Kitapevi, s.386; **Sirmen, A. Lale** (1988) “Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:40, S:1, s.292.

⁵⁰ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2006/7914, K: 2007/201, T: 22.01.2007 (**Kılıç, Halil** (2013), Gayrimenkul Davaları, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.3711-3712).

⁵¹ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 1016/16436, K: 2020/5010, T: 16.9.2020 : “*TMK’nun 738. maddesiyle, 737. maddeye benzer daha özel bir düzenleme getirilmiştir. ... Bir kimsenin kendi taşınmazında yaptığı hafriyat veya inşaat nedeniyle komşusunun taşınmazına bir zarar vermiş veya onu zarara maruz bırakmışsa, bu zararın hoşgörüsü sınırlarını aşmış aşmadığını aramaya gerek yoktur. Küçük bir zarar doğmuş olsa dahi, gerekli önlemlerin alınmasına karar verilmelidir. Bu özellik TMK’nun 737. maddesiyle 738. maddesi arasındaki önemli farklardan biridir. Öteki önemli fark ise; genellikle TMK’nun 737. maddesine göre zarar meydana*

Bu maddenin birinci fıkrasına göre, “Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır.” Bu maddeyle taşınmaz malikinin kendi arazisi sınırları içinde dahi olsa yapacağı kazı ve yapılarda komşuları lehine kısıtlamalar getirilmiştir⁵². Malikin bu kısıtlamalara uygun davranmadığı durumlarda TMK m.730 kapsamında sorumluluğu doğar. Oluşan zararlar karşısında malikin kusursuz sorumluluğu söz konusudur⁵³. Yargıtay da bir kararında, “Taşınmaz malikleri, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Binanın fena yapılması sonucunda meydana gelen zarardan taşınmaz maliki sorumludur. Taşınmaz malikinin bu sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır. Taşınmaz malikinin sorumlu tutulabilmesi için kötü niyetli veya kusurlu olmasına gerek yoktur.” diyerek malikin kusursuz sorumluluğunu kabul etmiştir⁵⁴.

Malik eğer kazı yapacaksa komşuya zarar vermemek için gerekli önlemleri almak zorundadır. Gerektiğinde yapılan kazı durdurulabilir. Hatta komşuya verdiği zarar tazmin ettirilir. Malikin komşuluk hukuku kurallarına aykırı olarak kendi taşınmazının sınırları içinde yaptığı yapılar hakkında ise TMK m.738/2’de belirtildiği üzere “...taşkın yapılara ilişkin hükümler uygulanır.” Yani TMK m.725 hükmü uygulanır. TMK m.738 hükmünde yalnızca kazı ve yapı yaparken oluşacak zararlardan söz edilmektedir. Bu nedenle kazı ve yapı yaparken zarar vermeyi birbirinden ayırarak açıklamak daha uygun olacaktır.

geldikten sonra dava açılır. Bu madde uyarınca zarar tehlikesi nedeniyle çok istisnai durumlarda dava açılırken, TMK’nun 738. maddesine dayanılarak açılan davaların çoğunluğu zarar tehlikesinin ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Aksi halde, telafisi mümkün olmayan zararların doğmasına sebebiyet verilmiş olur. Mahkemece böyle durumlarda men ve yasaklama yönünde hüküm kurulabilir.” (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 5.12.2021).

⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.570.

⁵³ Tandoğan, Haluk (2010) Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.202; Akıntürk, Turgut (2009) Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, s.569 vd.; Yılmaz, Yasemin (2018) “Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:24, S:2, s.1149; Özkaya, s.1890; Ayan, s.434.

⁵⁴ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2006/284, K: 2006/721, T: 14.3.2006, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 5.12.2021).

B. ZARAR VEREN HAREKETLER

1. Kazı ile Zarar Verme

Kazı, taşınmazın toprak zemininde yapılan değişikliktir⁵⁵. Başka bir deyişle, toprak seviyesinin alçaltılması ya da yükseltilmesi hukuki anlamda kazı sayılır. Kazı işlemi elle yapılacağı gibi makine ya da alet kullanılarak da yapılabilir. Malik, yapı yaparken temel hafriyatı sırasında komşu binaya zarar vermeyecek şekilde kazı yapmalıdır. Kazı sırasında komşu binayı sarsacak veya duvarlarında çatlak oluşturacak boyutta bir zarara sebebiyet veren malik, TMK m.738 kapsamında komşular lehine getirilen kısıtlamaya aykırı davranmış olur. Dolayısıyla TMK m.730 hükmü uyarınca malikin, ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu doğar. Zararın hoşgörü sınırlarını aşip aşmamasının önemi yoktur⁵⁶. Kazı yapılan yer ile zarara uğramış yapının birbirine bitişik taşınmazlar olması zorunluluğu yoktur. Yukarıda değindiğimiz üzere komşuluk ilişkisi içerisinde değerlendirebilmek için zarar ile yapılan kazı arasında nedensellik bağının tesis edilmiş olması yeterlidir⁵⁷.

Kazı faaliyetleri nedeniyle taşkın eylemlere örnek olarak kazı dolayısıyla biriken taşların ve toprakların bir meyilden aşağı doğru komşu taşınmaza kayması; kazılan çukura dolan suların komşu taşınmaza sızması ve bu suretle orada inşaat yapmayı zorlaştırması, mevcut inşaat temellerini hasara uğratması veya ekinlerini çürütmesi; kazı yüzünden komşu arazideki kuyu sularının boşalması veya azalması verilebilir⁵⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yapılan kazı nedeniyle zarara uğrayanların yanında zarara uğrama tehlikesi olanların da bu tehlikelerin giderilmesi için TMK m.730 gereğince dava açma hakları mevcuttur. Henüz zararın meydana

⁵⁵ **Topuz, Murat** (2020) Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.409; **Günay, Erhan** (2017) Taşınmaz Malikin Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.81; **Kılıç**, s.3668; **Eren**, s.373; **Özkaya**, s.2239.

⁵⁶ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2014/474, K: 2014/4775, T: 10.4.2014 : “Bir kimsenin kendi taşınmazında yaptığı hafriyat veya inşaat nedeniyle komşusunun taşınmazına bir zarar vermiş veya onu zarara maruz bırakmışsa, bu zararın hoşgörü sınırlarını aşip aşmadığını aramaya gerek yoktur.” (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 7.12.2021); **Günay**, s.81.

⁵⁷ **Ayan**, s.436; **Özkaya**, s.1890; **Günay**, s.81.

⁵⁸ **Kılıç**, s.3669.

gelmemesi nedeniyle talebin reddi doğru değildir. Çünkü anılan bu yasal düzenlemeye göre dava hakkı yalnız somut bir zararın varlığıyla sınırlandırılmamış, “tehlikenin önlenmesi” için de öngörülmüştür⁵⁹.

2. Yapı ile Zarar Verme

Yapı, bir arazinin altına veya üstüne yapılan her türlü inşaat, tesis, bina veya bina benzeri şeylerdir⁶⁰. TMK m.718/2’ye göre, bir arazideki yapı, bulunduğu arazinin bütünüleyici parçasıdır ve onun mülkiyetine tabidir. Bir kimse kendi taşınmazının sınırlarını aşarak komşu arazinin üzerine bir yapı inşa ederse bütünüleyici parça kuralı⁶¹ gereği olması gereken o yapının taşınmaz kısmının komşu arazi malikine ait olmasıdır. Ancak komşuluk ilişkileri kapsamında getirilen mülkiyet kısıtlamaları dikkate alındığında TMK m.738/2 hükmüne göre, “*Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşkın yapılara ilişkin hükümler uygulanır.*” TMK’da taşkın yapılara ilişkin hüküm ise m.725’te yer almaktadır. Bu hükme göre, “*Bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünüleyici parçası olur. Böyle bir irtifak hakkı yoksa, zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınmazın için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir.*”

Taşkın yapı, taşınmaz mülkiyetinin sınırını aşarak bitişik taşınmazın zeminine, toprağın altına veya hava sahasına taşmış yapıdır⁶². Kural olarak hiç kimse kendi taşınmazına yapılan herhangi bir tecavüze katlanmak zorunda

⁵⁹ Günay, s.82.

⁶⁰ Özkaya, s.2239; Karahasan, s.1321.

⁶¹ Bütünüleyici parça kuralı ile ilgili detaylı bilgi için bakınız: **Belge, Ayşe Merve** (2016), Ankara, Yetkin Yayınları, s.20 vd.

⁶² **Keskin, A. Dilşat/Demircioğlu, H. Reyhan** (2018) Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.112; **Atlı, Banu** (2017) “Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C:19, Özel Sayı, s.985; **Ayan**, s.338 vd.

değildir⁶³ ve böyle bir durumda TMK m.683/2 çerçevesinde elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Ancak kanun koyucu, yapı için harcanan emek ve paranın sadece yapı sahibini etkilemeyeceğini, aynı zamanda taşkın yapının yiktirilmasının çok önemli bir ekonomik ve sosyal değer yok edilmesi anlamına geleceğini ve bunun toplum çıkarlarıyla da örtüşmeyeceğini göz önünde tutarak taşkın yapıya ilişkin TMK m.725'i özel olarak düzenlemiştir⁶⁴.

Türk Medeni Kanunu m.725'te yer alan şartlar gerçekleştiğinde taşkın yapının mülkiyeti, taşıdığı arazinin değil yapıldığı arazinin mülkiyetine tabi olacaktır⁶⁵. Madde hükmü iki fıkradan oluşmaktadır ve birbirinden farklı iki durumu düzenlemektedir. İlgili maddenin ilk fıkrasında, tarafların aralarında anlaşarak oluşturdukları irtifak hakkına dayanan taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında ise böyle bir irtifak hakkı olmaksızın haksız olarak taşırılan yapıya hangi şartlar altında katlanma yükümlülüğünün olacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu düzenleme, yapının taşıdığı arazinin özel mülkiyete ait olduğu durumlarda uygulanır. Kamu malına taşma durumunda bu hükmün uygulanması söz konusu değildir⁶⁶. Kamu malı ise kamu tüzel kişinin yerine getirmekle

⁶³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/1245, K: 2021/1241, T: 14.10.2021: "24. Kural olarak hiçbir arazi maliki, komşu taşınmazda yapılan bir yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü değildir. Bu nedenle TMK'nın 683/2. maddesine göre haksız el atmanın önlenmesini dava edebilir. Ancak yapıyı yapan malik, yapıyı taşımasına imkân veren bir irtifak hakkına sahip ise komşu arazi maliki yapının kendi arazisine taşırılmasına katlanmakla yükümlü olur ve böyle bir durumda yapının taşırılan kısmının mülkiyeti, arazi malikine değil yapıyı yapan malike ait olur. 25. Ne var ki, taşkın yapının söz konusu olduğu hâllerin büyük bir kısmında yapıyı yapan malik böyle bir hakka sahip değildir. Kanun koyucu yine de TMK'nın 725/2. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi hâlinde taşkın yapı malikine bazı haklar tanımıştır. Diğer bir anlatımla; TMK'nın 684/1 ve 718/2. maddelerine göre arazinin mülkiyeti kalıcı nitelikteki yapıların mülkiyetini de kapsadığı hâlde TMK'nın 725/2. maddesinde bu kuralın istisnalarından birisi düzenlenmiş ve böylece muhdesatla arasındaki bağlantı kesilerek, yapı sahibine bazı koşulların oluşması hâlinde ayrılmaz parça niteliğindeki taşkın yapı için üzerinde bulunduğu araziye malik olabilme olanağı tanınmıştır." (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 10.12.2021).

⁶⁴ **Özkaya**, s.1731; **Ayan**, s.342.

⁶⁵ **Akman, G. Sermet** (1982) Taşkın İnşaat, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.30; **Esener/Güven**, s.260; **Ayan**, s.338; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.512; **Akıpek**, s.194.

⁶⁶ **Akman**, s.46; **Ayan**, s.339; **Özkaya**, s.1733.

yükümlü olduğu görev ve hizmetleri yürütebilmek için sahip olduğu veya kamunun ortak kullanımına açık mallardır⁶⁷. Yargıtay da bir kararında, kamuya ait bir alana taşan yapının tesciline izin vermemiştir⁶⁸.

a. İrtifak Hakkına Dayanan Katlanma Yükümlülüğü

Birbirine komşu iki taşınmazın malikleri inşaatın yapılmasından önce aralarında anlaşarak, taşkın yapıyı öngören ve tapuya tescil edilen taşınmaza bağlı bir irtifak hakkı kurabilirler. Doktrinde bu irtifak hakkına taşkın yapı irtifakı da denilmektedir⁶⁹. Bu hak sayesinde taşkın yapı maliki, yapacağı inşaatı komşusunun arsasına taşıma yetkisi elde ederken, diğer malik taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü altına girer. Bu durumda taşkın yapı, asıl taşınmazın bütünüleyici parçası haline gelir. Belirtmek gerekir ki, taşınmazlar üzerinde irtifak hakkının kurulması için sözleşmenin tapu memuru önünde resmi şekilde yapılması ve hakkın tapu siciline tescil edilmesi gerekir (TMK m.780/1). Taşınmaz lehine kurulan bir aynı hak olması nedeniyle taşkın yapı hakkı, asıl taşınmaz kimin mülkiyetine geçerse geçsin, son maliki tarafından yükümlü taşınmazın o anki malikine karşı ileri sürülebilir⁷⁰.

Taşılan arazi üzerinde bir aynı hakkı varsa ve bu hak tapuya tescil edilmişse taşan inşaatın mülkiyeti, inşaatı yapan malikin mülkiyetine dahil olur. Sözü edilen aynı hak, taşılan arazi üzerinde inşaat yapma hakkı veren bir aynı haktır⁷¹. Bu bir üst hakkı veya yapılan inşaata katlanma yükümlülüğü biçiminde bir irtifak hakkı (TMK m.779) olabilir⁷². İnşaat malikin taşılan

⁶⁷ **Kalabalık, Halil** (2021) İdare Hukuku Dersleri, Cilt-II, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.379-380; **Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel** (2018) İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa, Ekin Kitapevi, s.614 vd.; **Arslan, Kahan Onur** (2017) “Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:131, s.58.

⁶⁸ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2004/10829, K: 2004/14211, T: 22.12.2004, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 12.12.2021).

⁶⁹ **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Galip Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla** (1989) Eşya Hukuku, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s.870; **Serozan, Rona** (1976) “Komşunun Arsasına Taşan Yapı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:42, S:1-4, s.361.

⁷⁰ **Eren**, s.350; **Esener/Güven**, s.232; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s.861; **Serozan**, s.371.

⁷¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.513; **Özkaya**, s.1733; **Akipek**, s.195.

⁷² **Akman**, s.66-67.

arazi üzerinde geçit hakkı veya ipotek hakkı olması böyle bir inşaat yapma hakkı vermez⁷³. Son olarak belirtilmelidir ki TMK m.783'e göre, "İrtifak hakkı, tescilin terkini veya yüklü ya da yararlanılan taşınmazın yok olmasıyla sona erer." Tapu Sicili Tüzüğü⁷⁴ m.69/4'e göre ise "Bir aynî hakkın veya şerhedilmiş kişisel hakkın diğer sebeplere dayalı olarak sona ermesiyle kayıt hukukî değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki, terkini isteyebilir. Müdürlük, bu istemi yerine getirirse her ilgili, bu işlemin kendisine tebliğ tarihinden başlayarak otuz gün içinde terkine karşı dava açabilir." Bu nedenle taşkın inşaatın mevcut olmaması, hakkın kendiliğinden sona ermesi anlamına gelmez.

b. İrtifak Hakkına Dayanmayan Katlanma Yükümlülüğü

Taraflar arasında kurulan bir irtifak hakkı söz konusu değilse ancak Türk Medeni Kanunu m.725/2 kapsamında sayılan şartların gerçekleşmesi durumunda yapının taşıdığı arazi sahibinin katlanma yükümlülüğü söz konusu olur⁷⁵. Arazi maliki yapının arazisine taşıdığını öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde itiraz etmemiş olup da yapı iyi niyetle yapılmışsa ve durum ve koşullar yapının kalmasını haklı gösteriyorsa arazi maliki taşan yapıya katlanmakla yükümlüdür⁷⁶. Bu şartlardan birinin eksik olması halinde, örneğin zamanında itiraz edilmişse veya yapı iyi niyetle yapılmamışsa ya da durum ve koşullar yapının kalmasını haklı göstermiyorsa, arazi maliki taşan yapının kaldırılmasını talep edebilir. Bu talep zamanaşımı süresine tabi değildir⁷⁷.

Görüldüğü üzere yapının kaldırılmasını talep etmenin ilk şartı taşmanın öğrenildiği günden itibaren 15 gün içinde itiraz etmektir. İtiraz, taşan yapının haksız yapıldığının ve bu taşkınlığın giderilmesinin yapının malikine veya

⁷³ Özkaya, s.1733.

⁷⁴ RG, 17.8.2013, 28738.

⁷⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2021/521, K: 2021/3044, T: 22.11.2021 : "Bu tür davalarda taşkın yapıyı yapan kişinin taşınmazı lehine, taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkı yoksa durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde taşkın yapıyı yapan kimse, taşan kısım için uygun bir bedel karşılığında irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir." (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 17.12.2021).

⁷⁶ Eren, s.352.

⁷⁷ Ayan, s.343; Eren, s.351.

temsilcisine bildirilmesidir⁷⁸. İtiraz tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıdır. İtiraz ile haksız elatmanın kaldırılması istemi saklı tutulmaktadır. İtiraz eden, itirazını, mahkemede elatmanın önlenmesi davası açmak biçiminde yapabileceği gibi bu davadan ayrı olarak da yapabilir. İtiraz, herhangi bir şekle bağlı değildir ve yazılı veya sözlü, açık veya örtülü olarak yapılabilir. Örneğin taşkın yapının ilerlemesine engel olmak ve yıkıma girişmek itiraz yerine geçer⁷⁹. İtirazın yapıldığını kanıtlama yükü itiraz ettiğini öne süren tarafa aittir. Kişi, bu savını yazılı bir bildirimle kanıtlayabileceği gibi tanıkla da kanıtlayabilir. İtiraz süresinin başlangıç anı ise objektif esaslara göre taşkın yapının dıştan anlaşılır olduğu andır⁸⁰. Yargıtay da “*Yapının ilerlemesini zararın büyümesini önlemek için konan bu sürenin başlangıcını objektif olarak saptamak, yapının görünebilir hale gelme tarihinden başlatmak, taşırılan taşınmaz malikinin öğremesine engel olan sübjektif (özel) nedenleri dikkate almamak gerekir. Aksine düşünce bu yöndeki yasa koyucunun amacını ortadan kaldırır.*” diyerek aynı doğrultuda karar vermiştir⁸¹.

Bir diğer şart ise yapı malikinin iyi niyetli olmamasıdır. Yapının haksız olarak başkasının arazisine taşıdığı bilmeyen ya da gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen bilebilecek durumda olmayan yapı maliki iyi niyetlidir. Ayrıca yapı maliki, komşu araziye taşıdığı bilmekle beraber buna hakkı olduğunu farz etmekte kusuru yoksa, yine iyi niyetli kabul edilir⁸². Taşkın yapıyı yapanın iyi niyeti inşaatın başladığı andan tamamlandığı ana kadar devam etmelidir⁸³. Eğer taşkın yapıyı yapan malik iyi niyetli değilse, taşınan arazinin maliki haksız elatmanın önlenmesi davası açabilir. Taşkın yapının sökülmesini veya

⁷⁸ Akman, s.84; Ayan, s.343.

⁷⁹ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2006/98, K: 2006/2177, T: 2.3.2006, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 17.12.2021); Ayan, s. 344; Atlı, s.997.

⁸⁰ Özkaya, s.1739; Akipek, s.196; Akman, s.108; Serozan, s.366.

⁸¹ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2014/14832, K: 2014/1906, T: 13.2.2014, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 17.12.2021).

⁸² Akman, s.192; Özkaya, s.1740; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.865.

⁸³ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2017/1689, K: 2020/8536, T: 16.12.2020, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 17.12.2021). İnşaatın başladığı anda iyi niyetin aranması gerektiği yönünde bkz. Akman, s.150; Özkaya, s.1741.

yıkılmasını isteyebilir. İyi niyetin olup olmadığını hâkim resen araştırır ve iyi niyetin olmadığı durumlarda diğer şartlara bakılmaz⁸⁴.

Son olarak ise durum ve koşullar da yapının kalmasını haklı göstermelidir. Bu durumun belirlenmesi hâkimin takdirindedir. Bu hususta, taşınmazın kısmının yıktırılmasıyla yapıya ve topluma verilecek zarar ile yıktırılmamasının arazi malikine (veya zarar gören sınırlı aynı hak sahiplerine) vereceği zararın karşılaştırılması bir ölçü teşkil eder⁸⁵. Hakim bu karşılaştırma sonucunda yapı maliki lehine bir sonuca varırsa, uygun bir bedel karşılığında irtifak hakkının kurulması veya mülkiyetin devredilmesi yönünde karar verebilir⁸⁶. Çünkü yapı için harcanan emek ve para sadece yapı maliki için değil, aynı zamanda toplumun ekonomik ve sosyal değeri için de önem arz etmektedir. Ancak irtifak hakkının kurulması için bir talep yoksa, bu hakkın tesisine yönelik bir karar verilemez⁸⁷.

Belirtmek gerekir ki, bu şartlardan birinin dahi gerçekleşmemesi durumunda taşınmaz malikinin taşkın yapıya katlanma yükümlülüğü doğmayacaktır⁸⁸. Dolayısıyla bu taşkınlığa karşı her türlü yasal hakka sahip olacaktır.

C. KAZI VE YAPI YAPARKEN KOMŞU TAŞINMAZLARA ZARAR VERMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK DURUMUNDA AÇILACAK DAVALAR

Mülkiyet hakkının içeriğinin düzenlendiği TMK m.683/1'e göre bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip olmaktadır. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı sahibine en geniş yetkiler veren haktır. Malik sahip olduğu bu kadar geniş yetkiler çerçevesinde

⁸⁴ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2021/521, K: 2021/3044, T: 22.11.2021, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 17.12.2021); **Özkaya**, s.1742.

⁸⁵ **Ayan**, s.346 vd.; **Akman**, s.157 vd.; **Özkaya**, s.1743.

⁸⁶ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E: 2015/14613, K: 2015/12858, T: 9.11.2015, (www.sinerjimevzuat.com, s.e.t. 18.12.2021); **Ayan**, s.344; **Akman**, s.179.

⁸⁷ **Ayan**, s.347.

⁸⁸ **Özkaya**, s.1735; **Akman**, s.79; **Ayan**, s.347.

herkesten mülkiyet hakkına saygı gösterilmesini isteme hakkına ve ayrıca dışarıdan gelebilecek haksız müdahalelere karşı da bir takım koruma imkânlarına sahiptir. Gerçekten de TMK m.683/2 hükmü gereğince malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.

Ayrıca yukarıda ayrıntısıyla izah ettiğimiz üzere malikin bu kadar geniş yetkilerle sahip olduğu mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olmayıp gerek kanuni gerekse iradi bir takım kısıtlamalara tabidir. Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı davranması, yani mülkiyetin taşkın kullanılması neticesinde zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kimse TMK m.730'da belirtildiği üzere durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin veya uğradığı zararın giderilmesini dava edebilecektir. Burada taşkın kullanım ile zarar veya zarar tehlikesi arasında nedensellik bağının olması yeterlidir⁸⁹.

Eski hale getirme davası ile yasal kısıtlamalara aykırılık teşkil eden sebebin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır⁹⁰. Bu davaya “*taşkınlık sebebini sona erdirmeye davası*” da denilmektedir⁹¹. Bu dava, taşkınlık sebebinin devam ettiği süre içerisinde her zaman açılabilir. Eski hale getirme davasıyla asıl amaçlanan taşınmaz malikinin söz konusu kullanımını tamamen ortadan kaldırmak değil, taşkınlığa sebep olan kullanımını ortadan kaldırmaktır⁹². Örneğin, fabrika bacasından çıkan duman nedeniyle komşu taşınmazlarda bir taşkınlık söz konusu ise eski hale getirme davası ile fabrikanın kapatılması değil, filtre vb. çözümlerle fabrika bacasından çıkan duman nedeniyle oluşan taşkınlığın giderilmesi talep edilebilir. Ancak yine de taşkınlık son bulmuyorsa fabrikanın kapatılması ile eski hale getirme kararı verilebilir. Eski hale getirme davası taşınmazın mevcut malikine karşı açılır ve zarar veren davranışın önceki malik tarafından meydana getirilmiş olması mevcut malik aleyhine dava açılmasına engel olmaz. Örneğin, önceki malikin taşınmazına su sağlamak amacıyla aşırı gürültü yapan bir makineyi taşınmazına yerleştirmesi ve yeni

⁸⁹ Ayan, s.436; Özkaya, s.1890.

⁹⁰ Sirmen (2019), s.438; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.594.

⁹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.594; Özkaya, s.1891.

⁹² Özkaya, s.1891.

malikin bu makineyi kullanmaya devam etmesi durumunda yeni malike karşı eski hale getirme davası açılabilir⁹³.

Tehlikenin giderilmesi davası, zarar tehlikesinin ortaya çıkması halinde tehlikeye maruz kalacak olan kimsenin henüz zarar meydana gelmeden tehlikenin giderilmesini talep ettiği davadır⁹⁴. Bu davaya önleme davası da denilmektedir⁹⁵. Bu dava ile taşınmaz malikin henüz başlamamış ancak mülkiyetten doğan yükümlülükleri ihlal ederek zarar verme tehlikesi taşıyan davranış veya girişiminin, önlenmesi ve taşkın kullanımdan kaçınılması istenebilir⁹⁶. Burada hâkim, taşkın kullanımın kısıtlanmasına ilişkin önlemler alabileceği gibi malikin gelecekte yapmayı düşündüğü davranışın yasaklanmasına da karar verebilir⁹⁷. Bu karar ile belki de taşınmaz malikin ileride sebep olacağı zararlara karşı ödemek zorunda kalacağı maddi ve manevi tazminatların önüne geçilecektir.

Tazminat davası, mülkiyet hakkının taşkın kullanılması nedeniyle meydana gelen maddi ve manevi zararların tazminini sağlayan bir davadır⁹⁸. Bu davada zarar gören, malikin mülkiyet hakkının sınırlarını aştığını, mülkiyet hakkını taşkın bir şekilde kullandığını, bunlardan bir zarar meydana geldiğini, zararlar taşkın müdahaleler arasında uygun nedensellik bağının bulunduğunu ispat etmekle yükümlüdür⁹⁹. Zararı hangi malik vermişse dava ona karşı açılır¹⁰⁰. Yani zarar veren taşkınlıktan sonra mülkiyet el değiştirmişse yeni malik bu taşkınlıktan sorumlu olmaz.

⁹³ Akıntürk, s.573; Akipek, s.240.

⁹⁴ Çörtoğlu, İ. Sahir (1982) Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etkisi ve Sonuçları (TMK 661), Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, s.218; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.596.

⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.596; Özkaya, s.1892.

⁹⁶ Akipek, s.240; Akıntürk, s.573.

⁹⁷ Çörtoğlu (1982), s.218.

⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.595.

⁹⁹ Çörtoğlu (1982), s.219.

¹⁰⁰ Özkaya, s.1891; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.596.

SONUÇ

Mülkiyet hakkı; kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin yanında kaçınma, katlanma ve yapma gibi yükümlülükleri de içeren aynı bir haktır. Bu hak Anayasa ile güvence altına alınmıştır ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Türk Medeni Kanunu'nda mülkiyet, konu bakımından taşınır mülkiyeti ve taşınmaz mülkiyeti olarak ikiye ayrılmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin konusu m.704'te belirtilen arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler iken, taşınır mülkiyetinin konusu bunlar dışında kalan şeylerdir.

Bilindiği üzere doğası gereği insanların birlikte yaşamaları zorunludur. Bu sebeple de taşınmazlarını kullanırken birbirleri ile sürekli olarak iletişim halindedirler. Gerçekleştirmiş oldukları eylemler ve işlemler nedeni ile birbirlerini etkiledikleri sürece “komşu” olarak kabul edilirler. Bu hususta tarafların taşınmazlarının bitişik olması şart olmayıp, eylemlerin etkilerinin birbirlerinin taşınmazlarında hissedilmesi yeterlidir. Yalnızca arazi malikleri değil, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm malikleri, intifa hakkı sahipleri ve hatta şahsi hakka dayanan kiracıları da komşu kapsamında değerlendirmektediriz. Kanun koyucu, eylemlerin etkileri nedeniyle taşınmaz maliklerine komşuluk gereğince bir takım kısıtlamalar öngörmüştür. Bu kısıtlamalar, komşuların birbirlerine rahatsızlık ve zarar vermemelerinin yanı sıra birbirlerine yardımcı olmaları amacıyla Türk Medeni Kanunu'nun 737 ve devamı maddelerinde kaleme alınmıştır.

Çalışmamızda, TMK m.738'de düzenlenen “kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermeme yükümlülüğü” incelenmiştir. Kazı, toprak yüzeyinin yapay bir şekilde yükseltilmesi veya alçaltılması iken yapı, her türlü bina veya bina benzeri şeylerdir. Kazı ve yapı nedeniyle komşu taşınmazdaki yapılar tehlike altında kalıyorsa veya tesisler etkileniyorsa kazı ve yapılar komşuluk hukukuna aykırı kabul edilir. Bu hükme aykırı olarak mülkiyet hakkını kullanan malikin sorumluluğu doğar. Komşu taşınmaza verilen zararlardan dolayı malikin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur veya kötüniyet aranmaz. Sorumluluk için yalnızca kazı veya yapı ile zarar arasında nedensellik bağının olması yeterlidir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız

elatmanın önlenmesini de dava edebilir (TMK m.683/2). Ayrıca taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı davranması sonucunda yani mülkiyetin taşkın kullanılması neticesinde zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kimse durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin veya uğradığı zararın giderilmesini dava edebilecektir (TMK m.730). Ancak taşkın yapılara ilişkin m.725 hükmünde belirtilen şartlar gerçekleştiğinde, uygun bir bedel karşılığında komşu taşınmaz malikinin yapılan yapılara katlanma yükümlülüğü doğmaktadır. Çünkü, yapı için harcanan emek ve para sadece yapı maliki için değil, aynı zamanda toplumun ekonomik ve sosyal değeri için de önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akça, Kürşat** (2015) “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C:1, Y:2015, s.543-596.
- Akıntürk, Turgut** (2009) Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Akipek, Jale** (1973) Türk Eşya Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Akman, G. Sermet** (1982) Taşkın İnşaat, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Arslan, Kahan Onur** (2017) “Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:131, s.57-86.
- Atlı, Banu** (2017) “Taşkın Yapıya Katlanma Yükümlülüğünün Oluşma Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C:19, Özel Sayı, s.981-1023.
- Ayan, Mehmet** (2016) Eşya Hukuku II - Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Başpınar, Veysel** (2016) “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:3, s.633-658.
- Belge, Ayşe Merve** (2016), Ankara, Yetkin Yayınları.
- Bulut, Nihat** (2006) “Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:3-4, s.15-26.
- Çörtoğlu, İ. Sahir** (1982) Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etkisi ve Sonuçları (TMK 661), Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi.

- Çörtoğlu, İ. Sahir** (1988) Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık.
- Demir, Fahri** (2012) İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, 5. Baskı, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.
- Doğan, İlyas** (2013) İnsan Hakları Hukuku, Ankara, Astana Yayınları.
- Eren, Fikret** (2011) Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ertaş, Şeref** (2017) Eşya Hukuku, İzmir, Barış Yayınları.
- Esener, Turhan/Güven, Kudret** (2015) Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Etgü, Mehmet Akif** (2009) Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel** (2018) İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa, Ekin Kitapevi.
- Günay, Erhan** (2017) Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol** (1984) Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Kalabalık, Halil** (2021) İdare Hukuku Dersleri, Cilt-II, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Karahasan, M. Reşit** (2009) Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Ankara, Arıkan Yayınları.
- Keskin, A. Dilşat/Demircioğlu, H. Reyhan** (2018) Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku), Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kılıç, Halil** (2013) Gayrimenkul Davaları, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan** (2019) Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.

- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2018) Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi.
- Özkaya, Eraslan** (2022) Eşya Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Serozan, Rona** (1976) “Komşunun Arsasına Taşan Yapı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:42, S:1-4, s.359-375.
- Sirmen, A. Lale** (1988) “Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratın Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:40, S:1, s.281-306.
- Sirmen, A. Lale** (2019) Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Şimşek, Suat** (2010) “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:91, s.181-228.
- Tabak, Bahadırhan** (2016) Mülkiyet Hakkı ve Anayasa Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tandoğan, Haluk** (2010) Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tekdoğan, Aydın** (2019) Komşu Taşınmaza Elatmanın Önlenmesi ve Temlikten Tescil Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Galip Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla** (1989) Eşya Hukuku, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi.
- Topuz, Murat** (2020) Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ünal, Şeref** (1994) “Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y:1994, S:11, s.39-60.

Yetik, Nurten (2003) Eşya Hukuku, Ankara, Bilge Kitapevi.

Yılmaz, Ejder (2004) Hukuk Sözlüğü, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yılmaz, Yasemin (2018) “Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:24, S:2, s.1146-1173.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA ÜCRETİN GÜVENCESİ*

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR**

Doç. Dr. İştâr URHANOĞLU***

ÖZET

Ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmaktadır. Ücret iş sözleşmesinin unsurlarından biri olmakla birlikte işverenin en temel borcudur. Ücret hem iş görme ediminin karşılığı hem de kimi zaman işçinin tek geçim kaynağıdır. Ücretin eksik ödenmesi ya da hak edildiği halde hiç ödenmemesi işçiyi ve ailesini güç durumda bırakabilir. Bu nedenle mevzuatımızda işçinin ücretini işverenin, üçüncü kişilerin işlemlerine ve kendi işlemlerine karşı koruyan, güvence altına alan önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda işçi ücretinin güvencesi öğreti görüşleri ve yargı kararları çerçevesinde ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ücret, ücretin güvencesi, ücretin korunması, ücretin saklı kısmı, ücret garanti fonu.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1109347 – Geliş Tarihi: 26.04.2022 – 27.06.2022.

** Hâkim, Ankara, eda_manav@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3183-0325.

*** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, istarurhanoglu@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3769-9260.

GUARANTEE OF WAGES IN TURKISH LABOUR LAW

ABSTRACT

Wage is defined as the amount of money paid by an employer or by a third party to a person in exchange for specific work-related tasks performed by him/her. While wage is one of the elements of the employment contract, it is the employer's fundamental obligation. Wages are not only the reward for the work performed by the worker, but also sometimes the only source of livelihood of him/her. The underpayment or non-payment of the wages, even though it is deserved, may put both the worker and his/her family in a difficult situation. Therefore, there are important regulations in Turkish legislation that protect and secure the wages of the worker against the arbitrary transactions of the employer, third parties and also their own transactions. In this context, this study will address the issue of the protection of worker's wages within the framework of doctrinal views and judicial decisions.

Keywords: Wage, guarantee of the wage, protection of the wage, portion of the wage, wage guarantee fund.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 inci maddesinde iş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Ücret hem iş sözleşmesinin asli unsurudur hem de işçinin ve ailesinin en temel geçim kaynağıdır. Bu bağlamda ücretin ekonomik yönü olduğu gibi sosyal yönü de bulunmaktadır. Anayasanın 55 inci maddesinde ücretin iş karşılığı olarak ödeneceği belirtilmiş ve Devlete ücrette adaletin sağlanması için gerekli tedbirleri alma yükümlölüğu verilmiştir. Ücretin korunmasına ilişkin düzenlemelere başta Anayasa olmak üzere bir çok kanunda yer verilmiştir. Bu bağlamda İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, İcra İflas Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve diğer bazı kanunlarda ücret güvencesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmı işçinin ücretini işverenin işlemlerine, bir kısmı üçüncü kişilerin işlemlerine ve bir kısmı da işçinin kendi işlemlerine karşı koruyucu niteliktedir.

İş Kanunu'nun ücreti koruyucu hükümleri Kanun'un Eşit davranma ilkesini düzenleyen 5, Ücret ve ücretin ödenmesini düzenleyen 32, Ücretin saklı kısmını düzenleyen 35, Kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hakedişlerinden ücreti kesme yükümlölüğünü düzenleyen 36, Ücret kesme cezasını düzenleyen 38, Asgari ücreti düzenleyen 39, Ücretten indirim yapılamayacak halleri düzenleyen 62 nci, Ücret ile ilgili hükümlere aykırılığı düzenleyen 102 nci maddelerde yer almaktadır. Bu bağlamda ücreti güvence altına alan pek çok düzenleme olup çalışmanın bir makale çalışması olması sebebiyle çalışmada bu düzenlemelerin bir kısmı çerçevesinde değerlendirme yapılmıştır. Çalışmamızda bu bağlamda öncelikle genel olarak ücret kavramına yer verildikten sonra ücretin güvencesine ilişkin olarak ücretin para olarak verilme zorunluluğu, ücretin haczedilememesi, ücretin devredilememesi ve rehnedilememesi, ücretin takas edilememesi, ücretin ayrıcalıklı alacak olması, işçinin ücret garanti fonundan yararlanması, ihale makamı tarafından ücretlerin müteahhit ve alt işverenlerin hak edişlerinden kesilerek ödenmesi, işverenler tarafından ücretlerin alt işverenlere yapılacak ödemelerden kesilerek ödenmesi, ücret kesme cezasının sınırlandırılması, ücretin indirilmemesi

konularına yer verilmiştir. Son olarak da ücretin korunmasına ilişkin cezai düzenlemeler anlatılmıştır.

I. ÜCRET KAVRAMI

İş sözleşmesi; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 inci maddesinde “*Bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*” olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin 393 üncü maddesinde ise “*İşçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır.

Tanımlardan hareketle iş sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri “*ücret*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılan iş karşılığı ücret ödenmedikçe örneğin hatır için veya ahlaki bir amaçla ücretsiz yapılan çalışmalarda iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez¹.

Ücret, sözleşmeden doğan herhangi bir alacak hakkı olmayıp, ücretin işçinin ve ailesinin tek geçim kaynağı olması bu hakka “*sosyal*” bir nitelik kazandırmış ve işçinin ücreti, ücrette adaletin sağlanması bakımından anayasal güvence altına alınmıştır². T.C. Anayasası'nın 55 inci maddesine göre; “*Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. (Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/21 md.) Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur*”. Bu anayasal güvence sebebiyle devletin adaletli bir ücret için tedbir alma görevi bulunduğu Anayasa Mahkemesince de ifade edilmiştir³. İş mevzuatında ücreti düzenleyen hükümler bu hakkı sadece işverene karşı değil, aynı zamanda

¹ Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş (2014) İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Turkan Kitabevi, s.621; Süzek, Sarper (2021) İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, Beta, s.234; YHGK, E:2016/(22)9-1489, K:2021/61, T:11.02.2021.

² Süzek, s.375; YHGK, E:2016/(22) 9-1489, K:2021/61, T:11.02.2021.

³ Süzek, s.375. Karar için bkz. AYM, 15.10.2009, 2009/144, RG, 08.01.2010, S. 27456.

üçüncü kişilere hatta işçinin bizzat kendisine karşı koruma amacını gütmektedir⁴.

İş Kanunu'nun 32 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır”. TBK'nın 401 inci maddesine göre, “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür”.

Asıl ücret, işçiye ödenen çıplak (temel) ücrettir. Bu ücret, işçiye sırf çalışmasının karşılığı ödenmesi gereken ücrettir⁵. Çıplak (temel) ücrete işçiye sağlanan ikramiye, prim, sosyal yardımlar ve diğer ücret ekleri gibi yan menfaatler dahil değildir. İşçiye bazı hallerde sadece çıplak (temel) ücrete göre ödeme yapılması gerektiği kararlaştırılmıştır. Örneğin İş Kanunu'nun 50 ve 57/2 nci maddelerine göre hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ve yıllık ücretli izin işçinin temel (çıplak) ücreti üzerinden ödenir⁶. Çıplak (temel, kök, asıl) ücret, işçinin ücretine yol, yemek gibi sosyal yardımlar ve prim ve ikramiye gibi ücret eklerinin eklenmediği ücrettir⁷.

İş Kanunu'nda bazı hallerde ise giydirilmiş ücret kavramına yer verilmiştir. Giydirilmiş ücret, işçinin ücretine sosyal yardımlar gibi para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerin eklenmesiyle bulunan ücrettir⁸. Fakat

⁴ YHGK, E:2016/ (22)9-1489, K:2021/61, T:11.02.2021.

⁵ **Ekonomi, Münir** (1976) İş Hukuku C.I, İstanbul, 113; **Akyiğit, Ercan** (2021) Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara Seçkin Yayınları, s.198; **Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve gözden geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta, s.282-283.

⁶ **Süzek**, s.376; **Ekonomi**, s.113; **Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2021) İş Hukuku Ders Kitabı, C.1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Lykeion, 2021, s.172; **Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2021) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s.271. Örneğ olarak bkz. “...Yıllık izin ücreti, aksine bir işyeri düzenlemesi yok ise işçinin son çıplak brüt ücreti üzerinden hesaplanır...”. (Y22HD(Kapatılan) E:2017/15985, K:2018/22972, T:23.10.2018)

⁷ **Narmanlıoğlu**, s.283; **Urhanooğlu, İştar/Köken, Hilal** (2021) şemalarla Bireysel İş Hukuku, Ankara, Adalet, s.50.

⁸ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, Bireysel İş, s.171-172; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, İş, s.624; **Urhanooğlu/Köken, İş Hukuku**, s.50.

bunun için söz konusu ekonomik menfaat ödemesinin az-çok süreklilik taşıması da gerekmekte olup örneğın fazla çalışma karşılığı alınan ücret giydirilmiş ücrete katılmaz⁹. Kıdem ve ihbar tazminatının hesabında giydirilmiş ücret; varsa, İş Kanunu'nun 32 nci maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler dikkate alınarak belirlenmelidir¹⁰. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 07.07.2020 tarihinde kapatılması ve Başkan ve Üyelerinin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinde görevlendirilmesi üzerine yeniden şekillenen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından alınan ilke kararına göre, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesine göre, *davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıalarını sıra numarası altında açık özetlerini dava dilekçesinde belirtmesi gerekir. İhbar ve kıdem tazminatı hesabına esas giydirilmiş ücret bakımından davacının dava dilekçesinde somutlaştırma yükümünü yerine getirmemesi halinde ücrete ilaveten işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün akdi menfaatlerin, salt davacı tanıklarının beyanları esas alınarak tazminata esas ücrete eklenmesi mümkün değildir. Kanundan doğan menfaatler ile işveren tarafından düzenlenen yazılı delillerden anlaşılan veya davalı tanıkları tarafından da doğrulanan, ücret dışında işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin giydirilmiş ücrete eklenmesi için dava dilekçesinde açık talep şartı aramaz. Dava dilekçesinde ücret dışında başkaca sosyal hak olmadığı yönünden açık kabul halinde taleple bağlılık kuralına göre sadece temel ücrete göre hesaplama yapılır.*"¹¹

Ücretten bahsedebilmek için işçiye yapılan bir kazandırmanın olması gerekir. İşçiye iş görmesi için verilen iş elbisesi, iş aleti, bilgisayar ücret niteliğinde olmadığından giydirilmiş ücrete dâhil edilmez¹².

⁹ Akyiğit, s.198-199.

¹⁰ Süzek, s.376. Y22HD(Kapatılan), E:2015/34242, K:2018/15546, T:21.06.2018. Asgari geçim indiriminin ücretin eki olmadığından giydirilmiş ücrete eklenemeyeceğine dair karar için bkz. YHGK, E:2015/113, K:2017/238, T:08.02.2017. Basın İş Kanunu'nda giydirilmiş ücrete ilişkin bir düzenleme olmadığından kıdem tazminatı hesabında son çıplak aylık ücretin dikkate alınması gerektiği konusunda bkz. Y9HD, E:2016/30300, K:2020/14185, T:02.11.2020.

¹¹ Y9HD, E:2020/3658, K:2021/1062, T:14.01.2021.

¹² Ekmekçi/Yiğit, s.271.

Kural olarak ücret, fiilen çalışma karşılığı ödenir. Çalışma olmaksızın veya çalışılmış sayılan günlerden olmadığı sürece ücrete hak kazanılamaz. Bu sebeple ücret, fiilen çalışılan süreye göre hesaplanmalıdır. Yargıtay'ın yerleşik hale gelen görüşü bu doğrultudadır¹³. Çalışma karşılığı olmaksızın ücret ödenmesi gereken durumlar açıkça Kanunlarda düzenlenmiştir. İşçiye İş Kanunu'nun 46 ncı maddesine göre hafta tatilinde, aynı Kanun'un 47 nci maddesine göre ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ve yine bu Kanun'un 57 nci maddesine göre yıllık ücretli izinlerde bir iş karşılığı olmaksızın ücret ödenmesi gerektiği kararlaştırılmıştır. İş görme karşılığı olmaksızın kanunen ödenen bu tür ücretlere “sosyal ücret” denilmektedir¹⁴.

¹³ “Taraflar arasında işçinin raporlu olduğu dönemde ücrete hak kazanıp kazanmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Ücret, çalışma karşılığı ödenir. Çalışma olmaksızın veya çalışılmış sayılan günlerden olmadığı sürece ücrete hak kazanılamaz. Kısaca ücret, fiilen çalışma karşılığıdır. Bu nedenle davacının ücret alacağı talebi fiilen çalışılan süreye göre hesaplanmalıdır. Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda “davacının raporlu olduğu günler dikkate alınmadan hesaplama yapılmıştır. Mahkemeye davacının raporlu olduğu günler dışlanarak fiilen çalışılan süreye göre ücret alacağı hesaplanması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”. (Y22HD (Kapatılan), E:2015/15041, K:2017/13623, T:08.06.2017). “Davalı Z... U...’ın Banka bünyesinde işçi olarak çalıştığı, iş görme edimini yerine getirdikten sonra ücrete hak kazanacağı, dosya kapsamında bunun aksini gösterir delil ibraz edilmediği, eş deyişle işçinin iş görme edimini yerine getirmeksizin ücrete hak kazanacağına dair Banka tarafından belge sunulmadığı gibi davacının 18.06.2005-14.07.2005 tarihleri arasında çalışmadığı hâlde ücretinin ödendiğinin de Banka tarafından ispat edilemediği anlaşılmıştır. Hâl böyle olunca Banka tarafından ispat edilemeyen 18.06.2005-14.07.2005 tarihleri arasında çalışmadığı hâlde işçiye ücretinin ödendiği iddiası yerinde olmayıp bu alacak talebi yönünden de Mahkemeye verilen direnme kararı isabetlidir.” (YHGK, E:2016/1309, K:2018/1286, T:27.06.2018). Ayrıca bkz. **Akyiğit**, s.198; **Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra** (2020) İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.138.

¹⁴ **Süzek**, s.376; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s.139. 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda askerlik görevi yapan gazetecilerin, gebelik döneminde olan işçilerin, mendup olduğu mevkudedeki bir yayın dolayısıyla hürriyetinin kısıtlanması durumunda veya işverence yayınının tatil edilmesi halinde belli ölçüde ücret ödeneceği öngörülmüştür. **Göktaş, Seracettin/Çil, Şahin** (2003) Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu (4857 Sayılı İş Kanunu ve İlgili Mevzuat), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Turhan, s.200. Yine Basın İş Kanunu'nun 4 üncü maddesinde tarif edilen işin nevi ve hizmeti dışında işveren tarafından verilen işler veya sipariş edilen veya yayımlanan yazılar için gazetecinin Kanununun 15 inci maddesine göre ayrıca ücrete hak kazanacağı konusunda bkz. **Göktaş/Çil**, s.200-201.

Ayrıca, İş Kanunu'nun 66 ncı maddesinde düzenlenen “*çalışma süresinden sayılan haller*”de de işçi ücrete hak kazanır¹⁵. Ancak işçinin İş Kanunu'nun 68 inci maddesine göre günlük çalışma süresine göre belirlenen günlük ara dinlenme süreleri için ücret ödenmesi gerekmez¹⁶.

İş Kanunu'nun 32 nci maddesinin birinci fıkrasına göre ücretin üçüncü kişiler tarafından sağlanması da mümkündür. Örneğin, otel, lokanta gibi işyerlerinde ücret yüzdeler yoluyla müşteriler tarafından ödenebilir¹⁷. Ancak, ücretin üçüncü kişiler tarafından ödenebileceğinin kabul edilmesi işvereni ücret ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz¹⁸.

Ücretle ilgili olarak “net” ve “brüt” ücret ayrımı da yapılmaktadır. Net ücret, işçinin hakedişinden her türlü yasal kesintiler çıktıktan sonra geriye kalan ücrettir. Brüt ücret ise; henüz yasal kesintilerin yapılmamış olduğu ücreti ifade eder¹⁹. Kural olarak işçilik alacakları işçinin brüt ücreti üzerinden hesaplanarak

¹⁵ İş Kanunu md 66: “Aşağıdaki süreler işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır:

a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.

b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.

c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.

e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.

f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler. İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz.”

¹⁶ Y9HD, E:2014/7007, K:2015/20331, T:03.06.2015.

¹⁷ **Ekonomi**, s.116-117; **Süzek**, s.377; **Çelik**, **Nuri/Caniklioğlu**, **Nurşen/Canbolat**, **Talat/Özkaraca**, **Ercüment** (2021) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul, Beta, s.356.

¹⁸ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, s.139.

¹⁹ **Akyiğit**, 198; **Ekmekçi/Yiğit**, s.271.

hüküm altına alınmalıdır. Alacakların net miktar üzerinden talep edilmesi hâlinde ise alacaklar net ücret üzerinden hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Hüküm altına alınan miktarların net ya da brüt olduğunun gerekçede belirtilmesi yeterli değildir. Hüküm fıkrasında da hüküm altına alınan alacakların net ya da brüt olduğu açıkça yazılmalıdır²⁰.

²⁰ YHGK, E:2016/2413, K:2018/52, T:17.01.2018. Karara göre, “193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 1. maddesinde gelir tanımlanmış olup, gerçek kişilerin gelirlerinin gelir vergisine tabi olduğu, gelirin ise bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı olduğu belirtilmiştir. Aynı Kanununun 2. maddesinde ise geliri oluşturan bu kazanç ve iratlar sayılmış, “ücret”in de bu kazanç ve iratlar arasında olduğu açıkça belirtilmiştir. Gelir Vergisi Kanunu’nun 61. maddesine göre ücret, işverene tabi belirli bir iş yerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler olduğu şeklinde tanımlanmış olup, ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği belirtilmiştir. İş hukukundaki ücret tanımı ile vergi hukukundaki ücret tanımı mukayese edildiğinde, vergi hukukundaki tanımın çok daha geniş kapsamlı olduğu görülecektir. Kural olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler, gerçek usulde vergilendirilirler. Bununla birlikte ücretlerin tamamının gerçek usulde vergilendirilmesi her zaman mümkün olmadığından, diğer ücretler olarak vergilendirilecek kişiler, Gelir Vergisi Kanunu’nun 64. maddesinde sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Gerçek usulde matrah saptanırken, işçinin normal gayrisafi aylık ücretinin yanı sıra para veya para ile ifade edilmesi mümkün bulunan kanun, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan menfaatler, hafta tatili ücreti, fazla çalışma ücreti ile ihbar tazminatı, prim ve ikramiyeler de gayrisafi ücret kapsamında değerlendirilir. Gerçek usulde işçi ücreti vergilendirilirken ücretin safi tutarı, kaynakta kesintiye tabi tutulacak olup, kesintiyi de işveren yapacaktır. Bu husus Gelir Vergisi Kanununun 94. maddesinde ifade edilmiştir. Yapılacak vergi kesintisi Gelir Vergisi Kanununun 103. maddesinde belirlenen artan oranlı tarifeye göre belirlenecektir. İşçinin elde ettiği ücret üzerinden gelir vergisi kesintisi dışında ayrıca 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 80. maddesi uyarınca SGK primi yanında İşsizlik Sigortası Primi ve Damga Vergisi kesintisi de yapılmalıdır. Dolayısıyla bu kesintilerden herhangi birinin yapılmaması hâlinde belirlenecek net tutar hatalı olacaktır. İş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçinin, iş görme edimi karşılığı olarak elde ettiği bazı gelirleri Gelir Vergisi Kanunu ya da diğer bazı kanunlar ile istisna kapsamında tutulmuştur. Bu istisnalar ücretten olabileceği gibi tazminat ve yardımlar yönünden de mümkündür. Fazla çalışma, genel tatil, hafta tatili vs gibi işçilik alacakları yönünden gelir ve damga vergisi kesintisi ile SGK primi, işsizlik sigortası kesintilerinin yapılarak hesaplanması gerekmektedir.

Anayasa'nın 55 inci maddesinde yer bulan asgari ücrette, İş Kanunu'nun 39 uncu maddesinde yer verilmiş olup ayrıca 1.8.2004 tarihinde Asgari Ücret Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. İş Kanunu'nun 39 uncu maddesine göre, Asgari Ücret Tespit Komisyonu asgari sınırları en geç iki yılda bir belirler. Kanunda tanımlanmamış olan asgari ücret belirtilen Yönetmeliğin 4 üncü Maddesinin d bendinde, “İşçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kùltür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret” olarak tanımlanmıştır. İşçilere belirlenen asgari ücretten düşük ücret ödenemez. Bu husus mutlak emredicidir, aksi kararlaştırılmaz. Yönetmeliğin 12 nci maddesinde iş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmelerine aksi yönde hükümler konulamayacağı açıkça belirtilmiştir. Asgari ücretin ödenmesinde işverence

Ancak, Yurtdışında çalışan işçinin bilinen net ücretinden bilinmeyen brüt ücreti hesaplanırken eklenecek kesintilerin ne olduğu konusunda işçinin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 86. maddesinde düzenlenen topluluk sigortasından yararlanıp yararlanmadığı ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun geçici 6. madde hükümleri de dikkate alınarak isteğe bağlı sigortalılık durumunun ne olduğu Yargıtay Kararlarında belirleyici kabul edilmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 5/g. maddesinde 5754 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle; “Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ÷lkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götür÷len Türk işçileri 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50. maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz.” hükmü getirilmiştir. Ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ÷lkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götür÷len Türk işçilerinden isteğe bağlı sigortalılık talebinde bulunanlardan Türkiye'de ikamet şartı aranmamaktadır. 5754 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, 5510 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (g) bendi gereğince 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren Ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ÷lkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götür÷len Türk işçileri hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanacaktır. Açıklanan sebeple Yargıtay, işçinin sigortalılık durumu netleştirilerek buna göre de davacının ücretinden kesilmesi gereken primler tespit edildikten sonra brüt ücretin belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir” Bu yönde bir karar için bkz. Y9HD, E:2021/8010, K:2021/12585, T:22.09.2021.

işçiye 3denen ek 3cretler ve sosyal yardımlar dikkate alınmaz. Asgari 3cretten d3ř3k 3deme yapan işveren İş Kanunu'nun 102 nci maddesi gereği idari para cezası 3demekle y3k3ml3d3r. Ancak kısmi s3relili 3alışan işçilere 3cret ve paraya ilişkin b3l3nebilir menfaatler, tam s3relili emsal işçiye g3re 3alıştığı s3reye orantılı olarak 3denebilir, bu sebeple bu işçilere asgari 3cretin tam 3denmesi gerekmemektedir^{21- 22}.

II. 3CRETİN G3VENCESİ

A. GENEL OLARAK

3cret işçi ve ailesinin genelde tek geçim kaynağını oluşturması dolayısıyla 3zel bir korumayı gerektirmekte olup bu bağlamda herhangi bir alacak hakkı değildir. Anayasanın 55 inci maddesine g3re *“3cret emeğin karşılığıdır. Devlet, 3alışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir 3cret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.”*

3cretin g3vencesi 3zellikle işçi ve ailelerinin asgari ihtiyaçlarının karşılanması ve 3cret alacağının 3denmesini tehlikeye d3ř3rebilecek her t3rl3 işlemin 3n3ne geçilmesi olarak tanımlanabilir²³. Hukukumuzda, işverenin, 3ç3nc3 kişilerin veya işçinin bizzat kendi işlemlerine karşı 3cret alacağını belirli bir sınıрын altına indirecek ya da tamamen ortadan kaldıracak işlemlerin, yasal d3zenlemelerle 3n3ne geçilmeye 3alıřılmıřtır²⁴.

²¹ Asgari 3cret konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **S3zek**, s.387-390. Kısmi s3relili 3alışan işçiler bakımından asgari 3cretin tam 3denmesi gerekmediği konusunda bkz. Y22HD (Kapatılan), E:2015/18446, K:2017/22630, T:23.10.2017; Y22HD(Kapatılan), E:2017/17841, K:2018/24950, T:20.11.2018.

²² Deniz iş hukukunda denizcilik 3alışma s3zleşmesine g3re 3cretin g3venceleri, gemi adamlarının barındırılması ve iaşesi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **Kar, Bektaş** (2021) Deniz İş Hukuku (Denizcilik 3alışma S3zleşmesi Ve Emsal Yargıtay Kararları İle), 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s.246 vd.

²³ **Senyen Kaplan, E. Tuncay** (2020) Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 179vd.; **Evren, 3. Kemal** (2007), İş Hukukunda 3cret ve Uygulaması, Ankara, s.91; **Karaç3p, Eda** (2012) T3rk İş Hukukunda 3cretin Korunması, İzmır, Yayınlanmamış Y3ksek Lisans Tezi, s.19.

²⁴ **Çopuroğlu, 3ağlar** (2013) 3cret ve Korunması, Ankara, Turhan Kitabevi, s.146 vd.; **Karaç3p**, s.19 vd.

B. ÜCRETİN PARA OLARAK VERİLME ZORUNLULUĞU

İş Kanunu'nun 32 nci maddesine göre, “*genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.*” Bu bağlamda işçinin asıl ücretinin mutlaka para olarak ödenmesi gerekirken asıl ücreti dışında kalan ücret eklerinin para yerine aynı olarak ödenmesi mümkündür²⁵. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 95 sayılı Ücretin Korunmasına İlişkin Sözleşmesinde de ücret, “*yapılan veya yapılacak olan bir iş veyahut görülen ve görülecek olan bir hizmet için yazılı veya sözlü bir iş akdi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye, her ne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi kabil olup karşılıklı anlaşma veya milli mevzuatla tesbit edilen bedel veya kazançlar*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu sözleşme işveren tarafından yapılan aynı ödemeleri şarta bağlamaktadır. Sözleşmenin 4 üncü maddesine göre, “*İlgili sanayi veya işin mahiyeti dolayısıyla ücretin kısmen ayın olarak ödenmesinin âdet veya arzuya şayan olduğu sanayi veya işlerde, milli mevzuat, kolektif mukaveleler veya hakem kararları, bu ödeme şekline müsaade edebilir.*” Ücretin tamamının aynı olarak ödenmeye kalkışılması halinde yapılan ödeme, borca aykırılık olarak kabul edilecektir²⁶.

C. ÜCRETİN HACZEDİLEMESİ

İşçinin emeğinin karşılığı olarak elde ettiği ücret genellikle işçinin tek gelir kaynağı olduğundan işçinin alacaklıları alacaklarını işçinin ücretinden tahsil etme yoluna gitmek durumunda kalmaktadır. Hukuk düzeni de işçinin menfaatleri ile alacaklıların menfaatleri arasında bir denge kurmak amacıyla ücret haczine izin verirken hacze sınırlandırma getirmektedir²⁷.

İş Kanunu'nun “*ücretin saklı kısmı*” başlıklı 35 inci maddesine göre; “*İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez Ancak, işçinin*

²⁵ **Ekonomi**, s.120; **Dönmez, Kazım Yücel** (2018) İşçi Ücreti ve Ödenmemesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Ankara, Seçkin, s.173.

²⁶ **Centel, Tankut** (1998), İş Hukukunda Ücret, İstanbul, s.325; **Karaçöp**, s.33.

²⁷ **Çopuroğlu**, s.164.

bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır”.

Türk Borçlar Kanunu’nun 410 uncu maddesine göre; “İşçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez...Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar, bu orana dâhil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır”.

Deniz İş Kanunu’nun 32 nci maddesine göre, “Gemiadamının ücretinin ayda 240 lirası haczedilemez. ... Ancak gemiadamının bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Bu kayıtlamalar, nafaka borcu alacaklılarının haklarını kaldırmaz.”

5510 sayılı Kanunun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre de, “Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir.”

İcra ve İflas Kanunu (İİK) kısmen veya tamamen haczedilemezliğe ilişkin bir ayrıma gitmiş ve kısmen haczedilemeyen mal ve hakları 83 üncü maddede; “Maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, ... borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra müdürünce lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir. Ancak haczolunacak miktar bunların dörtte birinden az olamaz. Birden fazla haciz var ise sıraya konur. Sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilemez” şeklinde düzenlemiştir. Kanun’un “Önceden yapılan anlaşmalar” başlıklı 83/a maddesi hükmüne göre ise “82 ve 83. maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir.” Anılan düzenleme sadece icra takibinin kesinleşmesi sonrası bu yönde yapılan sözleşmeleri değil, icra takibi yapılmadığı durumlarda da sözleşmelere borçlunun haczi mümkün olmayan mal veya haklarına bloke konulması ve kesinti yapılması sonucunu doğuran muvafakatlerin de geçersiz olacağına ilişkin emredici bir hüküm niteliğindedir²⁸. İİK’nın 83 üncü madde hükmünün emredici niteliği sadece

²⁸ YHGK, E:2017/ (13)3-1980, K:2021/829, T.24.06.2021.

ücret alacağıının muaccel olmasından öncesi için söz konusudur²⁹. Haciz yasağına ilişkin hükümler kamu düzeni ile ilgili olup, taraflar anlaşarak bu hükümleri bertaraf edemez³⁰. Yargıtay kararlarına göre de haczedilemezlik hakkından önceden feragat geçersizdir³¹.

İş Kanunu ile İİK hükümleri arasında çelişki bulunmakla birlikte öğretide İş Kanunu'nun İİK' a göre özel kanun oluşu sebebiyle İş Kanununa tabi işçiler bakımından uygulanacağı, İİK nun 83 üncü maddesinin ise İş Kanununa tabi olmayan işçiler bakımından uygulanacağı ifade edilmiştir³².

İş Kanununda ücretin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği düzenlenmiş iken, İİK da bu oranın dörtte birden az olamayacağı ifade edilmiştir. Bu düzenleme işçinin aile üyelerinin geçimi için hakim tarafından takdir edilen miktar çıkarıldıktan sonra kalan miktarın dörtte birinden fazla olmamak kaydıyla haciz mümkün olmalıdır³³.

Alacaklının sıfatı ya da borcun niteliği önem arz etmez. Özel hukuk alanındaki borç gibi kamu hukukundan doğan borç da bu sınırlamaya tabidir³⁴.

İhbar ve kıdem tazminatları, kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat haciz yasağı kapsamında değildir³⁵. Yargıtay, ücret nevinden alacakların ancak dörtte birinin, buna karşın ücret niteliği taşımayan kıdem ve ihbar tazminatının tamamının haczedilebileceğini kabul etmiştir³⁶. 6772 sayılı Kanununun 4 üncü

²⁹ Narmanhoğlu, s.314.

³⁰ Narmanhoğlu, s.314.

³¹ Y12 HD, E:2003/217, K:2003/3015, T:20.02.2003. Bkz. Çil, Şahin (2010) İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara, Turhan Kitabevi, s.725.

³² Centel, s.343; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş, s.699. Ayrıca bkz. Çil, Ücret, s.719.

³³ Çil, Ücret, s.718-719.

³⁴ Süzek, s.402.

³⁵ Akın, Levent (1995) Maaş ve Ücret Haczi, AÜHF, S.1-4, s.354; Çil, Ücret, s.718.

³⁶ "... şartlar oluştuğunda toptan veya bir defada ödenmekte olan kıdem tazminatının haczedilemeyeceği yönünde kanunlarda bir açıklık bulunmadığı, bu tazminatın İİK nun 82 ve 83 üncü maddelerinde de sayılmadığı, bu nedenle kıdem tazminatının tüm alacaklar için haczedilebileceği gözetilerek, davanın reddine karar vermek gerekirken, mahkemece nafaka alacakları dışındaki alacak kalemleri için kıdem tazminatı üzerine konulan haczin kaldırılmasına hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." YHGK, E:2004/12-119, K:2004/95, T:25.2.2004. Bkz. Çil, Ücret, s.720-721.

maddesinin ikinci fıkrasına göre “Aylık istihkakların hesabında fazla mesai, evlilik, ocuk zamları veya primleri, ayni yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete munzam tediye nazarı itibara alınmaz. Bu tediyelerden çeşitli işçi sigortalarının icabettirdiği primler kesilmez ve bu paralar borç için haczedilemez.” Yargıtay ise ikramiyenin ücret olarak değerlendirilmesi ve bu suretle dörtte birinin haczedilebileceği grřndedir³⁷.

İşçi ücretinin haciz sınırlamasına aykırı bir şekilde haczedilmesi halinde İİK’ nın 16 ncı maddesi³⁸ uyarınca işçinin icra dairesinin işlemine karşı şikayet yoluna başvurması mümkündür. Kural olarak şikayet bir yıllık süreye tabi tutulmuş olmakla birlikte kamu düzenine aykırı işlemlerde şikayet süresi yoktur³⁹.

D. ÜCRETİN DEVREDİLEMEMESİ VE REHNEDİLEMEMESİ

İş Kanunu’nun “cretin saklı kısmı” başlıklı 35 inci maddesine göre “İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası ... başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile yeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır”. Bu madde ile işçinin mevcut ve ileride hak kazanacağı ücret alacaklarının devrinin engellenmesi ve bu suretle işçi ve ailesinin maddi sıkıntıya düşmesinin önüne geçmek amalanmıřtır⁴⁰. Söz konusu düzenleme ile işçinin henüz ödenmediği için işveren in uhdesinde olan hak edilmiş veya edilmemiş ücret alacağının nc kişilere devrine engel olunmuřtur⁴¹.

Y12 HD, E:2002/17994, K:2002/19301, T:1.10.2002; Y12 HD, E:2002/12357, K:2002/13518, T:24.6.2002; bkz. il, cret, s.725-727. Ayrıca bkz. Süzek, s.402.

³⁷ Y12 HD, E:2002/11243, K:2002/12286, T:10.6.2002. Bkz. il, cret, s.718, dn.436; Y12 HD, E:2002/23431, K:2002/25673, T:2.12.2002; il, cret, s.725-726.

³⁸ “Kanununun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikayet olunabilir. şikayet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır.”

³⁹ opuroğlu, s.168.

⁴⁰ opuroğlu, s.170-171.

⁴¹ Senyen Kaplan, s.141; Narmanlıoğlu, s.315.

Türk Borçlar Kanunu'nun 410 uncu maddesine göre; “İşçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar, bu orana dâhil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır. Gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir”.

Deniz İş Kanunu'nun 32 nci maddesine göre, “Gemiadamının ücretinin ayda 240 lirası ... başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak gemiadamının bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Bu kayıtlamalar, nafaka borcu alacaklılarının haklarını kaldırmaz.”

Ücret niteliği taşımayan alacaklar bu kapsamda değildir. Bu bağlamda ücret kavramı içinde değerlendirilemeyecek olan tazminatlar için devir ve temlik yasağı söz konusu değildir⁴². Yargıtay'a göre de işçinin iş kazasına ilişkin maddi ve manevi tazminat alacağını üçüncü kişiye devretmesine kanunen engel teşkil eden bir durum yoktur⁴³.

İşçi ücretlerinin rehin edilmesine ilişkin olarak İş Kanununda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Rehin yasağı konusunda İş Kanunu'nda boşluk bulunması sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde de uygulanır⁴⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 954 üncü maddesine göre de “Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir.” Ücretin de dörtte birinden fazlası devredilemeyeceğine göre aynı oran üzerinden rehin de edilemeyeceğini kabul etmek gerekmektedir⁴⁵.

E. ÜCRETİN TAKAS EDİLEMESİ

Türk Borçlar Kanununun 144 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel

⁴² Süzek, s.403; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Bireysel İş, s.193; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş, s.699; Çopuroğlu, s.171.

⁴³ Y9HD, E:1971/4781, K:1971/13560, T:08.06.1971; Ekonomi, s.129.

⁴⁴ Süzek, s.403.

⁴⁵ Çopuroğlu, s.174.

niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar” takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:

Türk Borçlar Kanunu’nun 407 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir”.

Türk Borçlar Kanunu’na göre “işverene kasten zarar vermiş olma” ve “işçinin rızası” olmak üzere takas yasağının iki istisnası bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nda, işçinin rızası halinde takasta herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir⁴⁶. Ancak henüz takas hakkı doğmadan verilmiş olan rızanın geçerliliği yoktur⁴⁷. İşçinin işverene kasten zarar vermiş olma ihtimalinde ise, işverenin uğradığı zarara işçinin kasıtlı davranışının yol açtığı yargı kararıyla kesinleşmiş olması gerektiği gibi bu halde dahi işverenin takas olanağı ücretin haczedilebilir kısmı ile (dörtte biri) sınırlıdır. Öğretide bir görüşe göre, işçinin rızası halinde dahi takas imkanının ücretin haczedilebilir kısmı ile sınırlı olduğunu kabul etmek gerektiği ileri sürülmektedir. Ücretin takasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme İş Kanunu’na tabi iş ilişkileri bakımından da geçerlidir⁴⁸. Diğer bir görüşe göre ise işçi ücretleri bakımından devir ve temlik yasağı bağlamında söz konusu olan sınırlama takas için söz konusu olmayıp işçinin rızası ile her miktar için takas mümkündür⁴⁹.

İşçinin takas işlemine ilişkin olumlu iradesi işçinin ücret alacağının doğmasından sonra alınmalıdır. Bu çerçevede takas işleminden önce ya da sonra bu muvafakatın verilmesi mümkündür⁵⁰.

⁴⁶ “...işçinin muvafakati olmadığı sürece işverenin başka alacakları için ücretten mahsup yoluna gidilemeyeceğinden davacının ödenmediği anlaşılan 2009 yılı Eylül-Ekim aylarına ait ücret alacağının belirlenip tahsiline karar verilmesi gerekirken...” (Y9HD, E:2017/11880, K:2019/11867, T:22.05.2019).

⁴⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.368.

⁴⁸ Süzek, s.403.

⁴⁹ Senyen Kaplan, s.180; Çil, Ücret, s.729.

⁵⁰ Çil, Ücret, s.729.

Yargıtay, işçi ücretinden ve tazminatından kanuna aykırı olarak takas ve mahsup yapılmasını kabul etmemektedir⁵¹. Bu bağlamda bir karara göre, “... Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması uyarınca işveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça işçinin ücretinden ve tazminatından kesemez. Nitekim 6098 sayılı TBK’un 407/2 maddesi uyarınca “... İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir.” Somut uyuşmazlıkta, işverenin işçinin ücretinden yargı kararı olmadan kesinti yapması yasal olmadığından, davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi ve davalı lehine kötüniyet tazminatına hükmedilmesi hatalıdır.”⁵².

D. ÜCRETİN AYRICALIKLI ALACAK OLMASI

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 206 ncı maddesine göre işverenin iflası halinde işçinin ücretleri ve diğer hakları ayrıcalıklı alacak sayılır. İflas halinde alacakların sırasını düzenleyen maddeye göre; “İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları” devlet alacakları ve rehinle temin olunan alacaklardan sonra birinci sırada yer alır. Kanun’un 207. Maddesine göre birinci sırada yer alan işçilik alacakları ödenmeden diğer alacaklılara ödeme yapılamaz. Kanun’un 140/2 maddesi gereği, işçi alacakları haciz yolu ile takipte de aynı düzeyde ayrıcalıklıdır⁵³.

İş Kanunu’nun 36 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan

⁵¹ Y9HD, E:2014/30524, K:2016/3461, T:22.02.2016; Y9HD, E:2015/16764, K:2017/18804, T:22.11.2017; Y9HD, E:2014/2121, K:2015/13350, T:06.04.2015.

⁵² Y9HD, E:2014/30524, K:2016/3461, T:22.02.2016.

⁵³ Senyen Kaplan, s.180; Süzek, İş Hukuku, s.404.

sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder”. Buna göre ücret, üçüncü kişiler tarafından uygulanacak hacizlerde de korunmuřtur⁵⁴.

Ayrıca; Türk Borçlar Kanunu'nun 404 üncü maddesine göre; “İşveren in ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir”.

E. İŞİNİN ÜCRET GARANTİ FONUNDAN YARARLANMASI

4447 sayılı İşsizlik Sigorta Kanunu ek madde 1 (Ek: 15/5/2008-5763/17 md);

“Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur. Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır. Bu ödemeler 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 78 inci maddesi uyarınca belirlenen kazanç üst sınırını aşamaz. Ücret Garanti Fonu, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin yıllık toplamının yüzde biridir. Ücret Garanti Fonunun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.” şeklinde olup bu kanun ile kanuna dayalı olarak çıkarılan 28.06.2009 tarihli Ücret Garanti Fonu Yönetmeliğinde, işçinin bu fondan yararlanabilmesinin şartları düzenlenmiştir⁵⁵.

Buna göre, sigortalı sayılan kişileri hizmet sözleşmesine tabi olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası...nedenler ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir

⁵⁴ Süzek, s.404.

⁵⁵ Ayrıca bkz. Ekmekçi/Yiğit, s.294 vd.; Dönmez, s.332 vd.

Ücret Garanti Fonu oluşturulur. İşçinin, bu ödemedenden faydalanması için ödeme gücüne düşen işverende ödeme gücüne düşmesinden geriye doğru bir yıllık süre içinde çalışması gerekir⁵⁶. İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 1 inci maddesi uyarınca Ücret Garanti Fonundan bu kanuna tabi olan ve iş sözleşmesine göre çalışan tüm sigortalılar yararlanır. İşçinin bu fondan faydalanması işverenin konkordato ilan etmesi (İİK md 285) veya işveren için aciz vesikası alınması (İİK md 105,143) ya da işverenin iflası (İİK md 154) halleriyle sınırlıdır⁵⁷.

Düzenlemeye göre sadece üç aylık ödenmeyen ücret alacağı Fon'dan karşılanabilir. Bu bağlamda işçinin fondan elde edebileceği ücret miktarı son üç aylık ödenmeyen ücretle sınırlandırılmıştır. Buradaki ücret dar anlamda brüt ücrettir⁵⁸. Yapılacak ödemenin üst sınırı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 82 nci maddesi uyarınca belirlenen kazanç üst sınırını aşamaz. Ücret alacağının ödenebilmesi için iş sözleşmesinin devam edip etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ancak işçi, maddede belirtilen yerlerden veya kişilerden alacağı işçi alacak belgesi ile Türkiye İş Kurumu birimine başvurmalıdır⁵⁹.

F. İHALE MAKAMI TARAFINDAN ÜCRETLERİN MÜTEAHHİT VE ALT İŞVERENLERİN HAK EDİŞLERİNDEN KESİLEREK ÖDENMESİ

İş Kanunu'nun 36 ncı maddesinde, “Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri

⁵⁶ “Somut olayda ise davacının iş akdinin sona erdiği tarih 11.02.2011, işverinin iflas tarihi ise 23.01.2013 tarihidir. İşçinin ücret garanti fonundan yararlanabilmek için iflas tarihinden önceki bir yıl içinde işyerinde çalışma şartını taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan yasa ve yönetmelikte belirtilen şartlar somut olayda oluşmadığından davanın reddi yerine kabulü hatalıdır.” (Y9HD, E:2016/26998, K:2020/12052, T:15.10.2020).

⁵⁷ Süzek, s.405.

⁵⁸ Narmanlıoğlu, s.320.

⁵⁹ Senyen Kaplan, s.181-183; Süzek, s.405-406; Ekmekçi/Yiğit, s.293 vd.

ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler. Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilân tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilân asılmak suretiyle duyurulur. Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez” şeklinde kurula yer verilmiştir.

İşveren sıfatı taşımayan ve işin tümünü veren ihale makamının müteahhidin ve onun iş verdiği alt işverenlerin işçilerine karşı İş Kanunu’nun 2 nci maddesinin altıncı fıkrası kapsamında müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır⁶⁰.

İş Kanunu’nun 36 ncı maddesindeki düzenlemeye göre ihale makamı, işçi ücretlerinin ödenip ödenmediğini kontrol etmek durumundadır. Yapılacak olan

⁶⁰ “...Yine ihale makamının ihbar ve kıdem tazminatı ile kullandırılmayan izinler sebebiyle herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Anahtar teslimi suretiyle ihale edilen işlerde, kamu makamlarının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatili alacakları yönlerinden sorumluluğu ise bulunmamaktadır.

İhale makamı olan kamu kurumunun, her hak ediş dönemine ilişkin son üç aylık ücretten sorumluluğu, kanundan doğan bir sorumluluktur. İşverenle ihale makamının birlikte dava edilmesi durumunda, müştereken müteselsilen sorumluluğa karar verilmelidir. İhale makamının tek başına dava edildiği durumlarda, işçinin mükerrer yararlanmasını önlemek için işverence sözü edilen ücretlerin ödenip ödenmediği araştırılmalıdır.

Somut olayda davalı ... Balya-İvrindi Devmet yolu km 132+100-151+355 arası eksik kalan toprak işleri, ... Yapıları, Köprü İşleri ve Üstyapı İşleri işini ihale ile diğer davalı ... İnşaat Taahhüt Nakliyat ve Ticaret Limited Şirketine vermiştir. Bu nedenle, davalı ...’nın sorumluluğunun İş Kanunu’nun 36. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Davalı idare, ihale makamı olup somut olay bakımından işveren sıfatına sahip değildir. Bu sebeple davalı idare ile diğer davalılar arasında alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez. Şu halde davalı idarenin ihale makamının sorumluluğu kapsamında yukarıdaki esaslara göre davacının sadece son üç aya ilişkin ücret talebinde sorumlu olduğu, diğer taleplerinden ise sorumlu olmadığı göz ardı edilerek davacının tüm taleplerinden davalıların müteselsil sorumluluğuna karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, E:2018/2839, K:2021/562, T:13.01.2021. Bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Ayrıca bkz. Y9HD, E:2021/11097, K:2021/15282, T:03.11.2021.

kontrol ya da işçinin başvurusu üzerine ödenmeyen ücretlerin bulunduğunun tespit edilmesi halinde, belli şartlarla ihale makamının sorumluluğu söz konusu olur. İhale makamının yapmış olduğu ilan üzerine işçilerin başvuruda bulunmamış olmaları, kamu kurumunun anılan madde kapsamındaki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır⁶¹.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmeyeceği öngörülmüştür. Öğretide bir görüşe göre bu maddede ilgili kamu kuruluşlarınca yüklenici ve taşeronların istihkaklarından kesilecek işçilik alacakları bakımından ücretler ibaresi kullanılmış olup, işçinin güvence altına alınan ücretinin fazla çalışma, hafta ve genel tatil ücretleri, primler, ikramiyeler ve sosyal yardımları da içeren geniş anlamda ücret olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda ücret ekleri de koruma kapsamına girmekte olmasına karşın tazminat niteliğindeki tüm ödemeler bu kapsam dışarısında tutulmaktadır⁶². Yargıtay'a göre ise maddede sözü edilen ücret her hak ediş dönemi için "son üç aylık temel ücret" olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede Yargıtay'a göre 36 ncı maddede ifade edilen ücret temel ücret olup, ihale makamının son üç aylık ücret dışında fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri ile ihbar ve kıdem tazminatından ve yıllık izin ücretinden herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir⁶³. İş Kanunu'nun 36 ncı maddesi gereği ihale makamının sorumluluğu, son üç aylık ücretle değil, her hak ediş dönemine ilişkin son üç aylık ücretle sınırlıdır⁶⁴.

İhale makamı olan kamu kurumunun, her hak ediş dönemine ilişkin son üç aylık ücretten sorumluluğu, Yasadan doğan bir sorumluluktur. İşverenle ihale makamının birlikte dava edilmesi durumunda, müştereken müteselsilen sorumluluğa dair karar verilmelidir. İhale makamının tek başına dava edildiği

⁶¹ Y22HD(Kapatılan), E:2018/4338, K:2018/12920, T:24.05.2018.

⁶² **Karaçöp**, s.45-46.

⁶³ Y22HD(Kapatılan), E:2018/4338, K:2018/12920, T:24.05.2018; Y22HD (Kapatılan), E:2017/16772, K:2017/9343, T:24.04.2017; bkz **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, Bireysel İş, s.195, dn.464. Ayrıca bkz. **Süzek**, s.407.

⁶⁴ Y9 HD, E:2015/24283, K:2018/20860, T:19.11.2018.

durumlarda, işçinin mükerrer yararlanmasını önlemek için işverence sözü edilen ücretlerin ödenip ödenmediği araştırılmalıdır⁶⁵.

Yargıtayın kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, anahtar teslimi suretiyle ihale edilen işlerde, kamu makamlarının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatili alacakları yönlerinden sorumluluğu bulunmamaktadır⁶⁶.

İş Kanunu'nun 36 ncı maddesindeki düzenleme "*Kamu makamlarının ve asıl işverenlerinin hak edişlerinden ücreti kesme yükümlülüğu*"ne ilişkin olup ihale makamı olan özel hukuk tüzel kişilerinin bu madde kapsamında sorumluluğu bulunmamaktadır⁶⁷.

İş Kanunu'nun 36 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre," *Anılan müteahhitlerin bu işverenlerdeki her çeşit teminat ve hakedişleri üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder*".

İş Kanunu'nun 36 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "*Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder*".

G. İşVERENLER TARAFINDAN ÜCRETLERİN ALT İşVERENLERE YAPILACAK ÖDEMELERDEN KESİLEREK ÖDENMESİ

İş Kanunu'nun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre, "*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğu mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı*

⁶⁵ Senyen Kaplan, s.181; Y22HD(Kapatılan), E:2018/4338, K:2018/12920, T:24.05.2018.

⁶⁶ Y9HD, E:2009/12074, K:2010/378, T:19.1.2010.

⁶⁷ Y9HD, E:2020/6518, K:2020/12189, T:15.10.2020.

o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur”.

10/9/2014 tarihinde 6552 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesi ile İş Kanunu’nun 36 ncı maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklik ile gerek kamu gerek özel kesim işverenlerine “*alt işverene iş vermeleri hâlinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmek ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmak*” yükümlülüğu getirilmiştir. Düzenlemede ücret tutarı bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır⁶⁸.

Kontrol yükümlülüğünün yerine getirilmemesi Kanunda idari para cezasına bağlanmamıştır⁶⁹.

H. ÜCRET KESME CEZASININ SINIRLANDIRILMASI

İşverenler işyerlerinde düzeni sağlamak amacıyla işçilere disiplin cezası uygulama yoluna gidebilmektedir. İşçiye uygulanacak ücret kesme cezası da disiplin cezası yöntemlerinden biridir. İşverenin keyfi olarak uygulayacağı ücret kesme cezası işçiyi zor durumda bırakabilir. Bu bağlamda İş Kanunu’nda diğer disiplin cezalarının koşulları ve sınırları belirlenmemişken; ücret kesme cezasının sınırları ve koşulları düzenlenmiştir⁷⁰.

İş Kanunu’nun “*Ücret kesme cezası*” başlığı altındaki 38 nci maddesinde “*İşveren toplu sözleşme veya iş sözleşmelerinde gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesme cezası veremez. İşçi ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin işçiye derhal sebepleriyle beraber bildirilmesi gerekir. İşçi ücretlerinden bu yolda yapılacak kesintiler bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz. Bu paralar işçilerin eğitimi ve sosyal hizmetleri için kullanılıp harcanmak üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hesabına Bakanlıkça belirtilecek*

⁶⁸ Süzek, s.408.

⁶⁹ Süzek, s.408.

⁷⁰ Senyen Kaplan, s.183; Çil, Ücret, s.736. Bu konuda ayrıca bkz. Başbuğ, Aydın (1999) Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara, s.149 vd.

Türkiye'de kurulu bulunan ve mevduat kabul etme yetkisini haiz bankalardan birine, kesildiği tarihten itibaren bir ay içinde yatırılır. Her işveren işyerinde bu paraların ayrı bir hesabını tutmaya mecburdur. Birikmiş bulunan ceza paralarının nerelere ve ne kadar verileceği Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başkanlık edeceği ve işçi temsilcilerinin de katılacağı bir kurul tarafından karara bağlanır. Bu kurulun kimlerden teşekkül edeceği, nasıl ve hangi esaslara göre çalışacağı çıkarılacak bir yönetmelikte gösterilir. " denmektedir. Bu bağlamda 5.3.2004 tarihinde "İşçi Ücretlerinden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Kurulun Teşekkülü ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik" yürürlüğe girmiştir.

İş Kanunu'na bağlı olarak personelin ücretinden kesinti yapılabilecek durum ve tutar bununla sınırlıdır. Yukarıdakiler veya icra niteliğinde kesintiler olmadıkça ücretten başka türlü kesinti yapılamaz. Şu kadar ki Türk Borçlar Kanunu'nun 407 nci maddesine göre "İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. Ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir"⁷¹.

İş Kanunu'nun 133 üncü maddesine göre, 50'den az işçi çalıştıran tarım işyerleri ile üç kişiden az kişinin çalıştığı esnaf ve sanatkar işyerlerinde de ücret kesme cezasına ilişkin 38 nci madde uygulanır⁷².

Ücret kesme cezasına ilişkin olarak Deniz İş Kanunu'nda da düzenlemeye gidilmiştir. Deniz İş Kanunu'nun 38 inci maddesinde işverenin gemi adamının ücretinden yapacağı ceza kesintisi ile ilgili olarak İş Kanununun 38 inci maddesine paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, "İşveren veya işveren vekili toplu iş sözleşmesi ve hizmet akitlerinde gösterilmiş olan sebepler dışında gemiadamına ücret kesintisi cezası uygulayamaz. Gemiadamı ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin gemiadamına hemen sebepleriyle bildirilmesi gerekir. Gemiadamı ücretlerinden bu yolda yapılacak kesintiler bir ayda üç gündelikten

⁷¹ Y7HD(Kapatılan), E:2015/31518, K:2015/16609, T:13.02.2014.

⁷² Süzek, s.410.

fazla olamaz. Gemiadamlarından kesilen ücret kesimi cezaları hakkında İş Kanunu'nun aynı konuya ilişkin diğer hükümleri uygulanır.”

İşçiyeye ücret kesme cezasının verilebilmesi için bu cezanın hangi hallerde verilebileceği iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörölmüş olmalıdır. İş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde ücret kesme cezası düzenlenmemiş olup haklı fesih nedeni düzenlenmişse işveren sözleşmeyi haklı nedenle fesih yerine daha hafif olan ücret kesme cezasını da verebilir⁷³. İşçiyeye uygulanan ücret kesme cezası sebepleri ve yapılacak kesinti miktarıyla derhal işçiyeye bildirilmelidir. Ücret kesme cezasının bir ayda iki gündelikten veya parka başı ya da yapılan iş miktarına göre belirlendiği hallerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamayacağına ilişkin hüküm emredici bir düzenlemedir⁷⁴. İşçinin birden fazla eylemi için birden fazla ücret kesme cezası uygulanacaksa aynı ay içinde olmamak koşuluyla bu cezanın uygulanması yoluna gidilmelidir. Aynı ay içinde birden fazla eylem için bu sınır aşılarak birden fazla ücret kesme cezası uygulanamaz⁷⁵. Kesilecek ücret çıplak ücret olup, işçiyeye ödenen prim, ikramiye, fazla mesai, vb. alacaklar eklenmek suretiyle belirlenecek olan ücretin iki günlük tutarı bu cezanın sınırını oluşturmaz⁷⁶.

Yargıtay kararları uyarınca da ücret kesme cezası olmadan ücretten kesinti yapılamaz. “... Somut olayda davacı banka kanalı ile asgari ücret ödendiğini ertesi gün elden ücretlerinde çeşitli şekilde kesinti yapıldığını ileri sürerek eksik ödenen ücret alacaklarını talep etmiştir. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden özellikle tanık anlatımlarından asgari ücret ile çalışan davacılardan tuvalet kesintisi, hatalı işlem kesintisi, etüt kaybı adı altında 20 TL ile 100 TL arasında ücrette kesinti yapıldığı anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut etüt kaybı adı altında davacılardan yapılan kesintiye ilişkin belge davalıya gösterilerek, gerekirse davalı işyeri defter kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak etüt kaybı adı altında kesinti yapıp yapılmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde

⁷³ Çil, Ücret, s.737.

⁷⁴ Çil, Ücret, s.737.

⁷⁵ Çil, Ücret, s.737.

⁷⁶ Başbuğ, s.151; Çil, Ücret, s.737.

*araştırılarak sonucuna göre ücret alacağı yönünden karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*⁷⁷

İşverenin cret kesme cezasına ilişkin İş Kanunu'nun 38 inci maddesinde öngörülen sınıra aykırı hareket etmesi durumunda İş Kanununun 102/b maddesi uyarınca idari para cezası yaptırımını söz konusu olur. Bununla birlikte ücretinin eksik ödenmesi dolayısıyla işçinin eda davası açma ve ilamsız icra yoluna başvurma hakkı söz konusudur. Ayrıca işçinin İş Kanunu'nun 24/II- e bendi uyarınca iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı bulunmaktadır.⁷⁸

I. ÜCRETTE İNDİRİM YAPILAMAMASI

İşçinin en önemli haklarından biri ücret hakkı olup, işveren keyfi olarak ücrette indirim yoluna gidemez. Tarafların karşılıklı anlaşarak ve ileriye dönük her zaman asgari ücretin altına inmemek koşuluyla ücrette indirim yapabilmesi mümkündür.⁷⁹

İş Kanunu'nun 62 nci maddesinde “cretten indirim yapılamayacak haller” düzenlenmiştir. Buna göre; “Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne Şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz”. Bu indirim yasağının işçinin asıl ücretine mi yoksa geniş anlamda ücretine mi yönelik olduğu hususu tartişmalıdır. Öğretide baskın görüşe göre, indirim yasağı asıl ücrete ek olarak ücret ekleri ve diğer sosyal yardımları da kapsamaktadır⁸⁰. Yargıtay'a göre işçinin ücretinden indirim yapılıp yapılamayacağına ilişkin bu kural sadece

⁷⁷ Y22HD (Kapatılan), E:2013/1781, K:2014/1741, T:07.02.2014.Bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, S.44, <<https://www.calimatoplum.org/yargitay-karari/ucret-kesme-cezasinin-kosullari-olmadan-ucretten-kesinti-yapilamayacagi>>

⁷⁸ Centel, s.365; elik/Caniklioğlu/Canbolat/zkaraca, s.372; Karaçöp, s.40.

⁷⁹ Senyen Kaplan, s.184; Y22HD(Kapatılan), E:2017/7619, K:2017/10712, T:09.05.2017; YHGK, E:2015/22-3255, K: 2019/656, T:13.06.2019.

⁸⁰ Centel, s.368; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Bireysel İş, s.196; Alp, Mustafa (2005) İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, s.121.

işçinin asıl ücreti için geçerli olup, ücret ekleri ve diğer sosyal yardımlar bakımından geçerli deđildir⁸¹.

İş Kanunu'nun 62 nci maddesine göre kanunla çalışma sürelerinin azaltılması veya yasa gereğince işverene düşen bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ya da işverence İş Kanunu hükümlerinin herhangi birinin uygulanması nedeniyle işçinin ücretinde bir indirimle gidilemeyecektir⁸².

Yargıtay'a göre ücretten indirimin dayanağı iş sözleşmesi olduğu takdirde İş Kanunu'nun 62 nci maddesi çerçevesinde ücretten indirim yapılamayacağı kuralına aykırılıktan söz edilemez. Bu bağlamda Yargıtay'ın bir kararına göre "... Taraflar arasında imzalanan 26.3.1997 tarihli hizmet sözleşmesinde işe bařlandđı 2.1.1997 tarihinden itibaren aylık ücreti ... TL. Brüt olarak belirlenmiş, sözleşmenin 8. maddesi gereğince altı ay için ücret artışı yapılacağı açıklanmıştır. Anılan sözleşmenin 8. maddesinde ayrıca, altı ayın sonunda işverence belirlenecek olan ikramiye ödemesine dair planın yürürlüğe gireceği ve bu tarihten itibaren ücretin %80 oranında ödenmeye başlayacağı öngörölmüştür. Davalı işverence hizmet sözleşmesinde yazılı şekilde uygulama yapılmış, ücreti %20 oranında indirilmiştir. Ancak davacı işçiye satış hedeflerinin ulaşılmasına göre yüksek oranda satış primleri ödenmeye başlanmıştır. Davacı işçi yaklaşık iki yıl boyunca bu şekilde çalışmasını sürdürmüştür. İşverenin anılan uygulamasının 1475 sayılı İş Kanunu'nun 60. maddesinde öngörölen ücretten indirim yapılamayacağı kuralına aykırılığından söz edilmesine olanak bulunmamaktadır. Zira tek taraflı irade sonucu ücretten indirim yoktur. Öte yandan hizmet sözleşmesine konulan ve ücretten indirimi öngören düzenlemenin geçerli olduğu Kabul edilmelidir."⁸³

⁸¹ "... Davacı müdür olarak görev yapmakta iken, 29.12.1999 tarihinde müdür yardımcılığı görevine verilmesi nedeni ile fark ücret talebinde bulunmasına ragmen mahkemeye bu hususta herhangi bir karar verilmemiştir. Davacının müdür iken aldığı temel ücret tespit edilerek, daha sonra ödenen ücretin belirlenen bu ücretin altına düşüröldüğünün saptanması halinde, davacı tarafından verilen ibraname de dikkate alınmak suretiyle yapılacak hesaplama sonucuna göre bu istek hakkında bir karar verilmelidir." Y9HD, E:2005/14185, K:2005/40444, T:21.12.2005. Bkz. Çil, Ücret, s.755, dn.456, aynı eser s.790. Y9HD, 25.11.1998, 1998/16695, 1998/16744; Y9HD, 04.11.1998, 1998/12970, 1998/15602; bkz. Aynı eser s.798-799.

⁸² Süzek, s.410; YHGK, E:2016/(22)9-1489, K:2021/61, T:11.02.2021.

⁸³ Y9HD, E:2002/20315, K:2003/4975, T:25.03.2003. Bkz. Çil, Ücret, s.795.

Tarafların anlaşması ile işçinin ücretinde indirimde gidilmesine bir engel bulunmamaktadır⁸⁴. Yargıtay da kararlarında bu hususu açıkça vurgulamaktadır⁸⁵. İş Kanunu'nun 62 nci maddesinde belirtilen durumların dışındaki hallerde işverenin tek taraflı iradesiyle ücrette indirimde gidilmesi İş Kanunu'nun 22 nci maddesine aykırıdır⁸⁶. Nitekim iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından birini oluşturan ücrete ilişkin işçi aleyhine yapılan değişiklikler esaslı değişiklik olup İş Kanunu'nun 22 nci maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir⁸⁷. İş Kanunu'nun 22 nci maddesine göre "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci

⁸⁴ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, Bireysel İş, s.196; **Alp**, s.218; **Çopuroğlu**, s.147; **Karaçöp**, s.41. Ayrıca bkz. **Süzek**, s.410. İşçi ve işverenin anlaşmasının sağlandığı hallerde indirimin yapılabileceğinin kabulünün hükmü dolanma anlamına geleceğinden ve hükmün amacına aykırılık teşkil edeceğinden bu şekilde bir indirim yapılmasının mümkün olmaması gerektiği konusunda bkz. **Karaçöp**, s.98.

⁸⁵ "... Somut olayda, davacı ile 01.01.2010 ve 01.01.2011 tarihlerinde imzalanan iş sözleşmelerinde; önceden ödenen ücretten daha düşük tutarda ücretin kararlaştırıldığı ve sözleşmeyi imzalayan davacının bu yeni şartlarda çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 62. maddesinde düzenlenen ücretlerde indirim yapılamayacağı yasağı, işverenin tek taraflı indirim yapamaması ile ilgilidir. Taraflar karşılıklı olarak anlaşarak ve ileriye dönük her zaman asgari ücretin altına inmemek şartıyla ücrette indirim yapabilirler. Zira işyerinin ekonomik şartları bunu zorunlu kılabilir ve işçi işsiz kalmamak için bunu kabul edebilir. Yeni iş sözleşmesini imzalayarak düşük olan ücret rakamlarını kabul eden davacının bu değişikliği daha sonra esaslı değişiklik olarak ileri sürüp ücret farklarını istemesi kabul edilemeyeceğinden davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi bozma sebebidir..." gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir." Y9HD, E:2016/1489, K:2021/61, T:11.02.2021. Bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>. Ayrıca Y9HD, E:2001/19469, K:2002/4655, T:21.03.2002; bkz. **Çil**, Ücret, s.797.

⁸⁶ Bkz. **Alp**, s.205 vd.

⁸⁷ **Çil**, Ücret, s.755.

madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değışiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz".⁸⁸

İş Kanunu'nun 24 üncü maddesinin ikinci bendinin f alt bendinde ise "... çalışma şartları uygulanmazsa" işçinin haklı fesih imkanı olduğu düzenlenmiştir.

Belirtilen kanun maddeleri kapsamında değerlendirme yapıldığında; işveren tek taraflı olarak işçinin yazılı rızasını almadan ücretinde indirimde gitmiş ise, işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24 üncü maddesinin ikinci bendinin f alt bendi uyarınca haklı sebeple feshetmesi mümkün olacaktır⁸⁹. İşveren ise esaslı değışikliği kabul etmeyen işçi açısından ya bu değışikliği yapmayacak veya iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi durumunda işçi kıdem ve ihbar tazminatları dahil feshe bağlı tüm haklardan yararlanacaktır⁹⁰.

Yargıtay'a göre geçerli bir yazılı rızadan söz edilebilmesi için irade fesada uğramamalıdır. YHGK bir kararında, " ...31.12.2013 tarihli iş sözleşmesinde davacı işçinin de imzası yer almakta ise de, iş sözleşmesinin matbu olarak düzenlendiği, sözleşmedeki ücret miktarına ilişkin kısmın dava dışı alt işverenin insan kaynakları işini yapan şirket yetkilileri tarafından doldurulduğu, iş

⁸⁸ Çalışma koşullarında değışiklik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Alp**, s.56 vd.

⁸⁹ **Göktaş, Seracettin** (2020), Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, 1. Bası, Seçkin Yayınları, s.173.

⁹⁰ "...davacı işçinin, aynı asıl işveren nezdinde ve değışen alt işverenler yanında işyeri devri esaslarına göre çalıştığı, 2009 yılı Aralık ayında aldığı ücretin rızası alınmaksızın işveren tarafından tek taraflı olarak 2010 yılı Ocak ayından itibaren düşürüldüğu iddiasıyla fark ücret talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır....Bu durumda tanık beyanları, İş Teftiş Kuruluna yapılan şikayet ve özellikle davacı tarafından iş sözleşmesine konulan ihtirazi kayıt karşısında davacının ücretinde yapılan aleyhe değışikliğe muvafakatinin bulunmadığı, rıza bulunmadığından ücretin düşürülmesi sonucunu doğuran değışikliğin gerçekleşmediği, bu nedenle fark ücret alacağı'nın hüküm altına alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır." (YHGK, E:2016/ (22)9-1489, K:2021/61, T:11.02.2021). "...Her durumda uygulamanın tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmaz. Prim uygulaması yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değışiklik, 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen primler yönünden değışiklik ise, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değışiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder" (Y22HD(Kapatılan), E:2012/2221, K:2012/16642, T:12.07.2012.)

sözleşmesinin devamı sırasında yapılan ve davacının ücretinin düşürülmesi sonucunu doğuran bu değişikliğin işveren baskısı altında olan işçi tarafından işini kaybetme korkusu ile imzalandığı sonucuna varılmıştır. Bu itibarla...ücretinde indirim öngören esaslı nitelikteki bu değişikliğe ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca davacının açık bir şekilde yazılı rızası alınmadığından bu değişikliğin geçersiz olduğu ve fark ücret alacağına hüküm altına alınması gerektiği..." kabul edilmiştir⁹¹.

Uygulamada özellikle kamu kurum ve kuruluşları ihale ile işyerindeki bazı işleri alt işverenlere vermekte, pek çok durumda işyerlerinde alt işverenlerin örneğın her yıl değişmesine rağmen işçiler yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmektedirler. İşte böyle bir durumda Yargıtay alt işverenler ile yapılan hizmet alımı sözleşmeleri ile yapılan ücretteki indirimin İş Kanunu'nun 62 nci maddesine aykırı olduğu gibi, aynı Kanunun 22 nci maddesi hükmüne uygun biçimde işçinin yazılı rızası alınmadığından işçiyi bağlamayacağını kabul etmiştir⁹².

İşçiyi, ücretinin düşürülmesine uzun süre itiraz etmemesi sebebiyle düşük ücreti zımnen kabul etmiş saymak İş Kanunu'nun açık ve yazılı rıza arayan 22 nci maddesine aykırıdır⁹³.

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin bu sözleşmenin taraflarınca değiştirilmesi yoluyla ücrette ileriye yönelik olarak değişikliğe gidilmesi mümkündür. Ancak toplu iş sözleşmesi düzeninin geçerli olduğu işyerinde toplu iş sözleşmeleri hükümleri aleyhine bireysel iş sözleşmesi yapılarak işçi ücretinde indirimle gidilemez⁹⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 07.07.2020 tarihinde kapatılması ve Başkan ve Üyelerinin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nde görevlendirilmesi üzerine yeniden şekillenen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından alınan ilke kararına

⁹¹ YHGK, E:2017/ (22)9-2344, K:2020/757, T:13.10.2020.

⁹² YHGK, E:2016/22-51, K:2017/1117, T:14.06.2017.

⁹³ YHGK, E:2015/22-3347, K:2017/620, T:05.04.2017.

⁹⁴ Çil, Şahin (2021) İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları(2019-2021 Yılları), 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.1002. Örnek verilen kararlar için bkz. YHGK, E:2013/22-540, K:2013/727, T:15.05.2013; Y9HD, E:2003/15316, K:2004/8953, T:20.04.2004 ; Y9HD, E:2005/21857, K:2005/34569, T:25.10.2005.

göre, “Bireysel iş sözleşmesinde kararlaştırılan temel ücret işçinin üye olması halinde toplu iş sözleşmesinde öngörülen kök ücrete göre azaldığı halde, parasal karşılığı olan haklar bir bütün olarak değerlendirilerek karşılaştırma yapılmalıdır. Bu durumda işçinin temel ücreti sendikaya üye olduğu tarihten itibaren toplu iş sözleşmesine göre daha düşük olsa da, ücret grubu haklar yönünden toplam yararlılık dikkate alındığında işçi lehine ise kanuna aykırılık yoktur.”⁹⁵

J. İşVERENİN ACZİ HALİNDE TEMİNAT TALEBİ

Türk Borçlar Kanunu’nun 436 ncı maddesine göre, işverenin borcunu ödemekten acze düşmesi halinde işçinin uygun bir süre içinde ücreti için teminat verilmesini talep etme hakkı vardır. Söz konusu maddeye göre, “İşverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir.” Bu teminat, belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmede öngörülen süre için, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise fesih bildiriminin yapılabileceği zamana kadar olan ücreti karşılayacak miktarda olmalıdır⁹⁶.

K. KANUNİ İPOTEK

Ücretin güvencesine ilişkin özel bir düzenleme de Türk Medeni Kanunu’nda yer almaktadır. Eski Medeni Kanun’un 807 nci maddesinde, “Bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler” in ücret alacakları için kanuni ipoteğin tescilini talep edebilecekleri düzenleniyordu. Bu düzenleme sadece inşaat işlerinde çalışanlar için uygulama alanı bulmaktadır. Taşınmaz inşaatında çalışan işçilerin ücret alacakları için o taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakları vardır⁹⁷.

⁹⁵ Y9HD, E:2016/27864, K:2021/6169, T:15.03.2021.

⁹⁶ Senyen Kaplan, s.181; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Bireysel İş, s.196; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş, s.703.

⁹⁷ Ekonomi, s.132.

Türk Medeni Kanunu' nun 893 üncü maddesine göre, “Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir.” Yeni Medeni Kanun'da da eski Medeni Kanun'a benzer bir düzenleme olmakla birlikte maddenin lafzına bakıldığında ipoteğin tescilini malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici ile zanaatkarlar talep edebilecektir. Bu çerçevede öğretilerde bir görüşe göre, yeni Medeni Kanun'da eski metinden farklı olarak işçiler yerine zanaatkarlar denilmiş olsa da, eski metindeki işçiler ifadesinden de zanaatkarlar anlaşılmaktadır⁹⁸. Bu bağlamda yeni Medeni Kanun bakımından işçilerin ücret alacakları için kanuni ipotek hakkından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁹⁹.

L. ÜCRETİN KORUNMASINA İLİŞKİN CEZAI DÜZENLEMELER

4857 sayılı İş Kanunu'nda ücret hakkının korunmasına ilişkin hükümlere aykırılık halinde yaptırım olarak idari para cezalarına yer verilmiştir. Bu bağlamda Deniz İş Kanunu'nda da aynı yönde düzenlemeler yer almaktadır. İş Kanunu'nun 102 nci maddesinin birinci fıkrasının b bendine göre “37 nci maddesine aykırı olarak ücrete ilişkin hesap pusulası düzenlemeyen veya işçi ücretlerinden 38 inci maddeye aykırı olarak ücret kesme cezası veren veya yaptığı ücret kesintisinin sebebini ve hesabını bildirmeyen 52 nci maddedeki belgeyi vermeyen işveren veya işveren vekiline dörtyüzelli Türk Lirası idari para cezası” verilir.

Deniz İş Kanunu'nun 53 üncü maddesine göre “a) Gemiadamı ücretlerinden 38 inci maddede gösterilen esaslar dışında para cezası uygulayan, b) 39 uncu maddede sözü edilen zarar karşılığı kesintileri, anılan madde hükümlerine uymuyarak yapan, ... İşveren veya işveren vekili hakkında beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

⁹⁸ Can, Mertol, Yeni Medeni Kanun'un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişlik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi, GÜHFD, Haziran-Aralık 2004, C.VIII, S.1-2, s.53.

⁹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş, s.697-698.

Türk Ceza Kanunu'nda da işçi ücretinin korunmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. TCK'nın 117 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.” Aynı Kanunun 237 nci maddesinin birinci fıkrasına göre de, “İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.”

SONUÇ

İşçinin genellikle tek geçim kaynağı olan ücret pek çok Kanun düzenlemesi ile korunmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda işverenin, üçüncü kişilerin veya işçinin bizzat kendi işlemlerine karşı ücret alacağını belirli bir sınırın altına indirecek ya da tamamen ortadan kaldıracak işlemlerin, yasal düzenlemelerle önüne geçilmeye çalışılmıştır. Mevzuatta yer alan ücreti koruyucu bu düzenlemeler kamu düzenine ilişkindir. İşçinin asıl ücretinin mutlaka para olarak ödenmesi gerekir. Buna karşın ücretin tamamının aynı olarak ödenmeye kalkışılması halinde yapılan ödeme, borca aykırılık olarak kabul edilecektir.

İş Kanununun ücretin korunmasına ilişkin getirmiş olduğu önemli bir düzenleme 35 inci maddede yer alan “Ücretin Saklı Kısmı”dır. Bu çerçevede, işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası hacedilememekte veya başkasına devir ve temlik edilememektedir. Bu hükümde yer alan korumanın geniş anlamda ücreti mi yoksa sadece çıplak ücreti mi kastettiği konusunda tartışmalar olmakla birlikte ücretin tüm ücret eklerini de kapsar nitelikte geniş anlamda ücret olarak kabulü isabetli olacaktır. Ancak ihbar ve kıdem tazminatları, kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat bu yasak kapsamında değildir. Ücreti koruyucu diğer bir düzenleme Kanunun 38 inci maddesinde yer alan ücret kesme cezası olup bu düzenleme ile işverenin keyfi olarak ücret kesme cezası vermesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Yine İş Kanunu'nun 62 nci maddesine göre, işçinin ücretinde indirim gidilememesi konusu düzenlenmiştir. Ayrıca ücret alacağı çeşitli imtiyazlarla korunmuş, bazı durumlarda kanuni ipotek hakkı da tanınmıştır.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent** (1995) Maaş ve Ücret Haczi, AÜHF, S.1-4, s.335-363.
- Akyiğit, Ercan** (2021) Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Alp, Mustafa** (2005) İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara.
- Başbuğ, Aydın** (1999) Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara.
- Can, Mertol** (2004) “Yeni Medeni Kanun’un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, GÜHFD, Haziran-Aralık 2004, C.VIII, S.1-2,
- Centel, Tankut** (1998) İş Hukukunda Ücret, İstanbul.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment** (2021) İş Hukuku, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- Çil, şahin** (2021) İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Çil, şahin** (2010) İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Turhan Kitabevi, Ankara. (Ücret)
- Çopuroğlu, Çağlar** (2013) Ücret ve Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Dönmez, Kazım Yücel** (2018) İşçi Ücreti ve Ödenmemesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Seçkin, Ankara.
- Ekmekçi, Ömer/ Yiğit Esra** (2021) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Ekonomi, Münir** (1976) İş Hukuku C.I, İstanbul.
- Evren, Ö. Kemal** (2007) İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara.
- Eyrenci, Öner/ Taşkent Savaş/ Ulucan Devrim/ Baskan Esra** (2020) İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
- Göktaş, Seracettin** (2020) Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara.

- Göktaş Seracettin/Çil şahin** (2003) Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu (4857 Sayılı İş Kanunu Ve İlgili Mevzuat), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara.
- Kar, Bektaş** (2021) Deniz İş Hukuku (Denizcilik Çalışma Sözleşmesi Ve Emsal Yargıtay Kararları İle), 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Karaçöp, Eda** (2012) Türk İş Hukukunda Ücretin Korunması, İzmir, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Mollamahmutoğlu Hamdi/ Astarlı Muhittin/ Baysal Ulaş** (2021) İş Hukuku Ders Kitabı (Cilt 1: Bireysel İş Hukuku), Güncellenmiş 5. Baskı, LYKEION Yayıncılık, Ankara.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/ Astarlı Muhittin/ Baysal Ulaş** (2014) İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve gözden geçirilmiş 5. Baskı, Beta, İstanbul.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay** (2020) Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara.
- Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta, İstanbul.
- Urhanoglu, İştar/Köken, Hilal** (2021) şemalarla Bireysel İş Hukuku, Adalet, Ankara.

COVID-19 PANDEMİSİNİN TÜRK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU AÇISINDAN GÜNCEL DEĞERLENDİRİLMESİ*

Doç. Dr. Burcu SAVAŞ KUTSAL**

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt GÜMRÜKÇÜOĞLU***

ÖZET

Covid-19 Pandemisinin ortaya çıktığı ilk günlerden beri sigortalının çalışırken veya çalışma koşulları nedeniyle enfekte olması durumunda yararlanacağı sigorta kolunun tespiti gerek öğreti gerekse uygulamada farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Zira bu hastalık niteliği gereği toplumun geneli bakımından risk oluşturmakla birlikte, belirli meslek grupları veya belirli işyerlerinde çalışanlar bakımından daha yüksek risk oluşturabilmektedir. Bununla birlikte, virüsün ne zaman, nerede ve kimden bulaştığının tespiti güçtür. ILO tarafından meslek hastalığı yahut iş kazası olarak tanınması tavsiye edilmiş, farklı sosyal güvenlik sistemlerinde farklı sigorta kolları kapsamında değerlendirilmiştir. Sigortalı bakımından Covid-19'un hastalık, iş kazası veya meslek hastalığı sigorta kollarından hangisi kapsamında değerlendirileceği gerek yararlanma koşulları gerekse sağlanacak yardımlar bakımından önem taşımaktadır.

Ülkemizde konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olup çeşitli idari işlemler ve kararlarla problem çözümlenmeye çalışılmıştır. Ancak, kanaatimizce yeterli bir çözüm sunulmadığı gibi yeni tartışmalar da gündeme gelmiştir. Çalışmamızda öncelikle söz konusu idari işlem ve kararlara yer verilerek güncel durum tespit edilmeye çalışılacak, ardından öğretilerdeki görüşler ve karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılarak, görüş ve tespitlerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, İş Kazası, Meslek Hastalığı, Hastalık, Sosyal Sigorta Ödemeleri, Sağlık Çalışanları.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1103382– Geliş Tarihi: 14.04.2022 – Kabul Tarihi: 24.05.2022.

** Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, burcu.savas@law.bau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9096-8987.

*** İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, yeliz.gumrukcuoglu@ihu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2589-0305.

AN EVALUATION OF THE COVID-19 PANDEMIC IN TERMS OF TURKISH SOCIAL SECURITY LAW

ABSTRACT

Since the beginning of the Covid-19 Pandemic, the qualification of the social insurance branch that the insured person will benefit, in case of being infected while working or due to working conditions, has created various views both in doctrine and practice. Because, due to its nature, Covid-19 Pandemic generates a risk for the society in general, but it may generate a higher risk for certain occupational groups and employees. However, it is difficult to find out when, where and who contaminated the insured person. It has been recommended to be recognized as an occupational disease or occupational accident by the ILO, and it has been evaluated within the scope of different social insurance branches in different social security systems. For the insured person, which of the social insurance branches Covid-19 will be considered within the scope of sickness, occupational accident or occupational disease is important in terms of both the conditions of benefit and the benefits to be provided.

No special regulation has been made on the subject, and the problem has been tried to be solved by several administrative acts and decisions in Turkey. According to our opinion, a satisfying solution has not been provided, and therefore new discussions come to the fore. In our study, first, the current situation will be determined by referencing the mentioned administrative acts and decisions, then our views and evaluations will be presented by referring the views in the doctrine and comparative law.

Keywords: Covid-19, Occupational Accident, Occupational Disease, Sickness, Social Insurance Payments, Healthcare Professionals.

GİRİŞ

Dünyada ilk vakanın tespitinin üzerinden iki yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına rağmen Covid-19 Pandemisinin Sosyal Güvenlik Hukuku açısından etki ve sonuçlarının belirlenmesi hâlâ önemini ve güncelliğini koruyan bir konudur¹. Her ne kadar ülkemiz dahil pek çok ülkede normalleşme sürecinin etkisi ile kısıtlamaların kaldırılması gündemde olsa da salgın hâlâ varlığını sürdürmekte, her geçen gün yeni varyant(lar) ortaya çıkmakta ve yakın bir gelecekte nasıl bir tablo ile karşılaşılacağı ise öngörülememektedir. Diğer yandan, Covid-19 enfeksiyonunu atlatmış olmanın uzun vadede ortaya çıkabilecek olası etkileri hâlâ tam anlamıyla bilinemediği gibi “*long Covid*” ve “*post Covid*” olarak anılan² Covid-19 enfeksiyonu atlatıldıktan sonra yorgunluk, nefes darlığı, bilişsel bozukluk, kas zayıflığı veya eklem ağrısı vb. etkilerin uzaması durumu da pek çok ülkenin gündemini meşgul etmekte³ ve

¹ Güncel istatistiki bilgi için bkz. <<https://covid19.who.int/>> s.e.t. 10.04.2022.

² Covid-19 geçirilmesinden on iki hafta sonra hâlâ buna bağlı etkiler yaşanması “*long Covid*” olarak anılmakta olup on kişiden birinde görülebilmektedir. Dünya Sağlık Örgütü/Avrupa Bölge Ofisi ve Avrupa Sağlık Sistemleri ve Politikaları Gözlemevi (*European Observatory on Health Systems and Policies*) karar vericileri bu hastaları desteklemeye teşvik amaçlı bir politika özeti yayımlamıştır. Bkz. **Rajan, Selina/Khunti, Kamlesh/Alwan, Nisreen/Steves, Claire/Greenhalgh, Trish/MacDermott, Nathalie/Sagan, Anna/McKee, Martin** (2021) Policy Brief 39 In the wake of the pandemic Preparing for Long COVID, <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/339629/Policy-brief-39-1997-8073-eng.pdf>> s.e.t. 10.04.2022. Almanya’da, sağlık ve sosyal yardım/bakım hizmetleri alanında yasal kaza ve hastalık sigortası kuruluşu BWG (*Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege*) enfeksiyon sonrası dört haftadan fazla süren şikâyetleri “*long Covid*”, enfeksiyondan on iki hafta sonra devam eden veya yeniden ortaya çıkanları ise “*post Covid*” olarak nitelendirmektedir. Bkz. <https://www.altenheim.net/artikel/2022/02/18_bgw_long_covid> s.e.t. 10.04.2022; <<https://www.bgw-online.de/covid-reha>> s.e.t. 10.04.2022.

³ *Trades Union Congress* (TUC) tarafından “*long Covid*”in çalışanlar üzerindeki etkilerine yönelik gerçekleştirilen çevrim içi ankete katılan 3500 kişiden 3300’ü “*long Covid*” hastası olduklarını ifade etmiştir. Bunlardan yarısından fazlası işyerinde ayrımcılık ve dezavantajlarla karşı karşıya kaldıklarını, önemli bir kısmı ise sürekli hastalık izni kullanmak zorunda kalmalarının işyerindeki gelecekleri bakımından endişe verici olduğunu bildirmiştir. Bkz. <<https://www.tuc.org.uk/news/tuc-calls-long-covid-be-urgently-recognised-disability-prevent-massive-discrimination>> s.e.t. 10.04.2022. BWG meslek hastalığı olarak kabul edilen 87.000 poliçe sahibinden yaklaşık 2.100’ünün rehabilitasyon yönetimi tarafından

hatta Covid-19'un iş kazası yahut meslek hastalığı sayılmasına ilişkin yeni tartışmalara yol açmış bulunmaktadır. Ayrıca, meseleye ilişkin varılacak hukuki sonuçların gelecekte karşılaşılabilecek olası bulaşıcı hastalıklar bakımından yol gösterici olacağı da belirtilmelidir.

Covid-19'un iş kazası veya meslek hastalığı yahut hastalık olarak nitelendirilmesi; sağlanacak parasal yardımların gerek içeriği gerekse bunlara hak kazanma koşulları açısından önemli farklılıklara yol açmaktadır. Özellikle de iş göremezlik ve ölüm durumlarında sigortalının kendisine veya hak sahiplerine sağlanan parasal yardımlar bakımından bu fark oldukça ciddi boyuttadır. Zira iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlar -hak kazanma koşulları farklı olsa da- aynı olup bu sigorta kolunun özellik arz eden niteliği gereği hastalık sigortasına nazaran sigortalı ve yakınları bakımından çok daha avantajlıdır. Buna karşılık iş kazası veya meslek hastalığı sayılması durumunda aynı koşullarla aynı parasal yardımlar devreye girdiğinden bu husustaki tartışmanın daha teorik olduğu söylenebilir⁴. Şunu da belirtelim ki, Covid-19'un meslek hastalığı olarak kabul edilip edilmeyeceği genellikle başta sağlık sektöründe çalışanlar olmak üzere sınırlı bir grup bakımından değerlendirilmekte, diğer çalışanlar açısından ise Covid-19'un iş kazası teşkil edip edemeyeceği üzerinde durulmaktadır. Sağlık sektöründe çalışan sigortalılar açısından yapılacak değerlendirmelerimizde bunun nedenleri üzerinde ayrıca durulacaktır.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlar ile hastalık sigortasından sağlanan yardımları kısaca karşılaştırmak kanaatimizce Covid-

desteklendiği açıklamıştır. Bkz. <<https://www.bgw-online.de/covid-reha>> s.e.t. 10.04.2022. Avusturya Sağlık Sigortası Fonu (*Österreichischen Gesundheitskasse*) tahminine göre Avusturya'da 110.000 ile 220.000 arasında kişi bu durumdan mustarip olup 15.000 hasta için ise belgelenmiş bulunmaktadır. Bkz. <<https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/ak-oegb-fordern-anerkennung-von-corona-als-berufskrankheit-116441431>> s.e.t. 10.04.2022.

⁴ Buna karşılık Alman Hukukunda aynı olayda hem meslek hastalığı hem de iş kazasına ilişkin koşulların gerçekleşebileceği, bu halde ise meslek hastalığı kapsamında yararlanmanın öncelikli olduğu kabul edilmektedir. Bunun nedeni meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımların daha kapsamlı olmasıdır. **Ricke, Wolfgang** (2021) Kommentar Sozialversicherungsrecht, Körner, Anne/Leitherer, Stephan/ Mutschler, Bernd/ Rofls, Christian (Hrsg.), 117. Auflage, München, C. H. BECK, SGB VII § 9, Rn.3.

19'un Sosyal Güvenlik Hukuku açısından nitelendirilmesinin önemini ortaya koyacaktır. Öncelikle geçici iş göremezlik ödeneği açısından değerlendirecek olursak gerek iş kazası gerekse meslek hastalığı halinde geçici iş göremezlik ödeneği tedavinin ilk gününden itibaren ve herhangi bir prim ödeme gün sayısı gerekmeksizin (5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁵ md. 16/I-a, md. 18/I-a) gündeme gelmektedir. Buna karşılık, hastalık sigortasında belli bir prim bildirmiş/ödememiş olmak koşuluyla ve iş göremezliğin üçüncü gününden itibaren ödenmektedir (5510 sK. md. 18/I-b). Hastalanan sigortalıda sürekli iş göremezliğe yol açan bir sonuç ortaya çıktığı takdirde, sürekli iş göremezlik gelirinin bağlanması sadece iş kazası veya meslek hastalığı durumunda ve yine belirli bir süre prim ödemiş olma koşulu aranmaksızın mümkün olacaktır (5510 sK. md. 19). Bu ihtimalde sigortalıda %60 oranında meslekte kazanma gücü kaybı oluştuğunda ise, sürekli iş göremezlik gelirinin yanı sıra malullük aylığı da bağlanacak (5510 sK. md. 25/I) ve fakat yüksek olanın tamamı, düşük olanın yarısı sigortalıya ödenecektir (5510 sK. md. 54/I-c). Oysaki, hastalık sigortası kapsamında koşulların varlığına bağlı olarak sadece malullük aylığı alınabilecek (5510 sK. md. 26), sürekli iş göremezlik geliri ise hiç gündeme gelmeyecektir. Sigortalının ölümü halinde ise, hak sahipleri iş kazası veya meslek hastalığı sigorta kolları kapsamında sigortalının sağlığında belirli bir süre sigortalı olması veya belirli bir süre prim ödemiş olması aranmaksızın ölüm geliri (5510 sK. md. 20), koşulların varlığına bağlı olarak evlenme ödeneği ve cenaze ödeneği (5510 sK. md. 37) ile ölüm aylığından (5510 sK. md. 32) yararlanabileceklerdir. Buna karşılık, iş kazası veya meslek hastalığının kabul edilmediği hallerde hak sahipleri yalnızca ve koşulları sağladıkları takdirde ölüm aylığı alabileceklerdir⁶.

⁵ RG. 16.06.2006, S: 26200.

⁶ Parasal yardımlar açısından belirttiğimiz ihtimaller; md. 4/I-a ve md. 4/I-b kapsamındaki sigortalılar ile söz konusu sigorta kollarının kapsamında oldukları hüküm altına alınan kısmen sigortalılar açısından gündeme gelebilecektir. Şu kadar ki, md. 4/I-b kapsamındaki sigortalıların prim ve prime ilişkin hiçbir borçlarının bulunmaması da gerekmektedir. Md. 4/I-c kapsamında sigortalı olan kamu görevlileri hakkında 5510 sK.'un kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümlerinin uygulanma alanı bulmayacağı hüküm altına alındığından (md. 4/VI), belirtilen sigortalılar iş kazası ve meslek hastalığı yerine vazife malullüğü (ve harp malullüğü) (md. 47) düzenlemelerinden yararlanmakta, geçici iş göremezlikleri halinde ise

Covid-19'un hangi sigorta kolu kapsamında değerlendirileceği, ülkemizde çeşitli idari işlem ve kararlara konu olmuştur. Çalışmamızda da ilk olarak, konuya ilişkin idari gelişmeler ele alınacaktır. Bu kapsamda, Sosyal Güvenlik Kurumu ("Kurum"), Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulu ile Sağlık Bakanlığı'nın bugüne kadar yayımlamış oldukları genelge, yazı, görüş, karar vb. belgelere yer verilerek, ülkemizde ilk vakanın tespit edildiği tarihten itibaren sigortalıların Covid-19 hastalığına yakalanmalarının nasıl nitelendirildiğinin seyri ve gelinen nokta ortaya konacaktır. Devamında ise, güncel durum çerçevesinde Covid-19'a yakalanan sigortalılar ile ölümleri halinde hak sahiplerinin hangi sigorta kolu kapsamında parasal yardımlara hak kazanabilecekleri çeşitli ihtimaller dahilinde incelenecek, olması gereken açısından görüşlerimize yer verilecektir.

I. COVID-19'UN NİTELENDİRİLMESİNE İLİŞKİN İDARİ İŞLEMLER

11.03.2020 tarihi itibarı ile ilk resmî vakanın tespit edilmesi⁷ ile birlikte, dünya genelinde olduğu gibi, ülkemizde de görülen iş ile ilişkili olarak sigortalının Covid-19'a yakalanmasının iş kazası veya meslek hastalığı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu gündeme gelmiştir. Bu hususta farklı görüşler ortaya atılmış, çeşitli ihtimaller dahilinde değerlendirmeler ve tartışmalar yapılmıştır⁸. Ortaya çıkan belirsiz tablo tek bir düzenleme ile bir seferde giderilememiş, bu anlamda sürecin uzaması belirsizlikleri ve eleştirileri arttırmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (RG. 23.07.1965, S: 12056) uyarınca aylıklarını tam olarak almaktadırlar. Sonuç olarak, söz konusu sigortalılar da belirtilen risklere karşı korumasız bırakılmamışlardır.

⁷ Ülkemizdeki güncel vaka tablosuna ilişkin bkz. <<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66935/genel-koronavirus-tablosu.html>> s.e.t. 10.04.2022.

⁸ Ülkemizde ve karşılaştırmalı hukukta 03.10.2020 tarihine kadar ortaya çıkan görüş ve değerlendirmeler ile tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Savaş Kutsal, F. Burcu/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2021) "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Covid-19 Pandemisinin Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri", Şenocak, Kemal (Editör), COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.249 vd.

A. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU GENELGESİ

Mevcut tartışma ve soru işaretlerini gidermek amacıyla bu hususta yayımlanan ilk resmî belge; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 07.05.2020 tarih ve 2020/12 sayılı "Koronavirüs (COVID-19)" konulu Genelgesidir⁹. Söz konusu Genelgede Covid-19'un bulaşıcı bir hastalık olduğu belirtildikten ve mevzuatımızdaki hastalık haline ilişkin yasal tanıma (5510 sK. md. 15/f. 1) yer verildikten sonra, "COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması" gerektiği ifade edilmiştir.

Ancak Genelge hedefine ulaşamadığı gibi sert eleştirilere maruz kalmış, tartışmaları daha da alevlendirmiştir¹⁰. Yöneltilen eleştirilerde genel hatları ile Covid-19 vakalarının hastalık sigortası kapsamına sokulmasının gerek mevcut içtihatlar gerekse Kurum mevzuatı ile çeliştiği, genelgeyle kanunun önüne geçilmeye çalışıldığı, bu durumun ise normlar hiyerarşisine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. O dönemde biz de tercih edilen düzenlemenin gerek niteliğini gerekse içeriğini isabetli bulmadığımızı ifade etmiştik. Özellikle içeriğin yeterli açıklıkta kaleme alınmamış olduğunu ve genelge ile düzenleme getirmenin isabetli olmadığını belirtmiş, tercihin sigortalı ile hak sahiplerinin menfaatlerine uygun olmayan şekilde hastalık sigortasından yana kullanılmış olmasını eleştirmiştik. Ayrıca düzenlemenin idari niteliği gereği yargı kararları açısından bağlayıcı olmadığını da nazara alarak her somut olayın kendi özellikleri ve koşulları dahilinde incelenip bir sonuca varılması gerektiğini savunmuştuk. Belirtmek gerekir ki, Genelgenin yayımlandığı dönemde hâlihazırda pek çok ülkede ILO tavsiyeleri dikkate alınarak görüşümüz

⁹ Genelge metnine erişim için bkz. <<https://www.aso.org.tr/wp-content/uploads/2020/05/SGK-Genelgesi.pdf>> s.e.t. 10.04.2022.

¹⁰ Genelgeye ilişkin görüş ve eleştiriler için bkz. **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.263-270. Genelge sonrası ancak yargı kararı ile iş kazası/meslek hastalığı olarak kabulün mümkün olabileceği, bu nedenle yeni uyuşmazlık ve sorunların gündeme geleceği yönünde bkz. **Alper, Yusuf** (2020) Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 11. Baskı, Bursa, Dora, s.236-237.

doğrultusunda Covid-19'un iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirilebileceği kabul edilmiştir¹¹.

Benzer yöndeki görüş ve eleştiriler kamuoyunu meşgul eder iken Bağımsız Maden İşçileri Sendikası'nın söz konusu Genelgenin yürütmesinin durdurulması ve iptali talebiyle Danıştay'a başvurması (E. 2020/3420) sonucu konu yargıya taşınmıştır¹². Davacı tarafından Covid-19'un bazı ülkelerde meslek hastalığı kabul edildiği, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği¹³ hükümlerine göre salgın hastalıkların meslek hastalığı olabileceğinin açık olduğu, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararı ile Yönetmeliğe ekli meslek hastalıkları listesine eklenebileceği, pandemi koşullarında çalışanların Covid-19'a yakalanmalarının iş kazası sayılması gerektiği ifade edilerek, Genelgenin mevzuat ve yargı kararlarına aykırılığı iddia edilmiş ve iptali talep edilmiştir. Davacı iddialarına karşılık Kurum, iptali istenen Genelgenin Sosyal Güvenlik Hukuku açısından Covid-19'un iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık sigortası yönünden hukuki statüsünü belirlemediğini, sadece başvuruda alınacak provizyon tipinin tekleştirilmesini amaçlayan genel bir düzenleme olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Covid-19'un tüm dünyanın maruz kaldığı bir risk olduğu, dolayısıyla salgına karşı sadece işyeri ve işverenlerin değil tüm toplumun önlem alması gerektiğinden bahisle iş kazası veya meslek hastalığı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı¹⁴ yönünde savunmada bulunmuştur. Bununla birlikte belirtelim ki, özel durumlarda her bir vakanın ayrı ayrı incelenmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Danıştay 10. Dairesi, Genelgenin yürütmesinin durdurulması talebini 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu¹⁵'nin 27. maddesinde

¹¹ Covid-19'un iş kazası ve meslek hastalığı kabul edildiği ülkeler, bu husustaki uluslararası kurum ve kuruluş görüşleri için bkz. **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.266 vd.

¹² Kişisel arşiv.

¹³ RG. 11.10.2008, S: 27021.

¹⁴ Sosyal Güvenlik Hukuku açısından bir olayın iş kazası veya meslek hastalığı olarak kabul edilmesi ile işverenin sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerin birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiğinden savunmanın bu yönüne katılmamız mümkün değildir. Kaldı ki, işyerlerinde özel önlemlerin de alınması gerekmektedir.

¹⁵ RG. 21.01.1982, S: 17580.

öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği¹⁶ gerekçesi ile 29.09.2020 tarihinde oy birliği ile reddetmiştir. Böylelikle, her ne kadar esasa ilişkin ve nihai nitelikte olmasa da konu ile ilgili ilk yargı kararı verilmiştir¹⁷.

B. SOSYAL SİGORTA YÜKSEK SAĞLIK KURULU KARARLARI

Ülkemizde, meslek hastalıklarında karma sistem benimsenmiş olup kural olarak meslek hastalığının tespiti liste yöntemi ile gerçekleşmektedir¹⁸. Meslek hastalıkları listesinde yer almayan bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabulü ise Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu (“Kurul”) kararı ile mümkün olmaktadır¹⁹. Bu nedenle, Covid-19’un meslek hastalığı olarak kabulü bakımından Kurul kararları önem arz etmektedir.

Covid-19 Pandemisi genel kamu sağlığını tehdit etmekle birlikte, belirli meslek gruplarında çalışanları açısından mesleki faaliyete bağlı artan enfeksiyon riski yarattığı bilinmektedir. Özellikle de sağlık çalışanları açısından yarattığı mesleki risk ve ortaya çıkardığı olumsuz sonuçlar ortadadır. Bu nedenle, sağlık çalışanları bakımından Covid-19’un meslek hastalığı olarak

¹⁶ Belirtilen Kanununun md. 27/2, c.1 hükmüne göre, “*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telifisi 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.*”.

¹⁷ <<https://sgk360.com/2020/12/14/danistay-covid-19un-meslek-hastaligi-sayilmamasina-onay-verdi-mi/>> s.e.t. 10.04.2022. İptal talebi bakımından yargılama devam etmektedir. Aksi yönde bkz. **Alper, Yusuf/Kılıç, İlknur** (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Bursa, Dora, s.279, 22 numaralı dn.

¹⁸ Meslek hastalıkları listesinde, hastalıklar, belirtileri, yükümlülük süresi ve hastalık tehlikesi taşıyan başlıca işler yer almaktadır. Karma sistemin kabul edildiği Fransız ve Alman Hukuklarında meslek hastalığının tespitine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.253-263.

¹⁹ Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG. 02.07.2013, S: 28695) md. 7/1-b hükmüne göre, 5510 sayılı “*Kanununun 14 üncü maddesi kapsamında, 11/10/2008 tarihli ve 27021 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde tespit edilmiş olan hastalıklar dışında herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağına karar vermek*” Yüksek Sağlık Kurulu’nun görevlerindedir.

nitelendirilmesine ilişkin Kurula yapılan başvurular ve neticeleri önem arz etmektedir. Nitekim, hastanede şoför olarak görev yapan ve Covid-19 enfeksiyonu nedeniyle yaşamını yitiren sigortalı adına yakınlarının 'Covid-19 hastalığının mesleki bulaşıcı hastalıklar listesine ilave edilip edilemeyeceğinin tespiti ve meslek hastalığı olarak kabul edildiği takdirde yükümlülük süresinin belirlenmesi' yönünden Kurul tarafından incelenerek karar alınması istenmiştir. Söz konusu bireysel itiraz sonucu Kurul 28.12.2020 tarih ve 2020/17816 sayılı oldukça önemli bir karar almıştır. Müteveffa hakkında düzenlenen ölüm belgesi ve diğer tıbbi belgeleri inceledikten sonra Kurul, sigortalıda gelişmiş olan Covid-19 hastalığının meslek hastalığı olduğu ve Covid-19 hastalığı sonucu meydana gelmiş olan vefatın da meslek hastalığına bağlı olduğuna oy birliği ile karar vermiştir. Kararda Çalışma Gücü ve Meslekten Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği md. 19/f. 2 hükmünde bu listede yer almayan fakat görülen iş ve görev gereği olarak bulaşıcılığı kesin olarak saptanan diğer bulaşıcı hastalıkların da meslek hastalığı sayılacağı belirtildiğinden, Covid-19 hastalığının bir meslek hastalığı olarak söz konusu Yönetmelik Ek-2'de yer alan Meslek Hastalıkları Listesinin 'D-4 Meslek gereği enfeksiyon hastalıklarına özellikle maruz kişilerdeki enfeksiyon hastalıkları' bölümüne eklenmesinin uygun olacağı kabul edilmiştir. Ayrıca, Covid-19 hastalığının yükümlülük süresine ilişkin olarak da her ne kadar etkeni SARS-CoV-2 virüsünün kuluçka süresi olan 2-14 gün kabul edilmekle birlikte içinde bulunulan pandemi döneminin özel koşulları sebebiyle bu sürenin 30 güne kadar uzayabileceği ifade edilmiştir²⁰.

²⁰ <<https://www.a3haber.com/2021/01/02/yuksek-saglik-kurulu-covid-19-meslek-hastaligidir-karari-verdi-pekisi-asil-yetki-sahibi-sgk-ne-yapacak/>> s.e.t. 10.04.2022. Yükümlülük süresi, sigortalının meslek hastalığına sebebiyet veren işten ayrıldığı tarihle hastalığın ortaya çıktığı tarih arasında geçen en uzun süreyi ifade etmektedir. Bu süre meslek hastalığının türüne göre 3 gün ile 25 yıl arasında değişmektedir. Covid-19'un hâlihazırda uzun vadeli etkileri bilinemediği için 30 günlük bir yükümlülük süresi öngörülmüş olması da problem teşkil edebilecektir. Örneğin, "6 ay sonra ortaya çıkacak COVID-19 hastalığına bağlı komplikasyonlarda (kardiyomiopati, akciğer fibrozisi) yükümlülük süresini aştığı için (30 gün) gelişen bu durum meslek hastalığı kapsamında ele alınamayacaktır.", <<https://www.tipdunyasi.dr.tr/2021/05/saglik-calisanlarinda-covid-19-maruziyeti-bir-meslek-hastaligidir/>> s.e.t. 10.04.2022. Bununla birlikte, yükümlülük süresi içerisinde PCR testi ile Covid-19 ile enfekte olduğunun tespit edilmiş olmasına bağlı olarak, ileride ortaya

Benzer şekilde, 02.04.2020 tarihinde Covid-19 nedeniyle hayatını kaybeden bir işyeri hekiminin ölümünün meslek hastalığı sonucu olduğunun kabulü ile yakınlarına ölüm geliri bağlanması talebinin Covid-19'un mesleki bulaşıcı hastalıklar listesinde olmadığı gerekçesi ile Kurumca reddedilmesi üzerine İzmir Tabip Odası tarafından Kurul nezdinde itirazda bulunulmuş ve yapılan değerlendirme sonucunda, 31.03.2021 tarih ve 2021/1672 sayılı karar gereğince ölümün meslek hastalığına bağlı olduğu tespit edilerek ölüm geliri bağlanması gerektiği kabul edilmiştir²¹. Kanaatimizce, Kurulun sağlık çalışanları bakımından Covid-19'u meslek hastalığı olarak nitelendirdiği kararları isabetlidir.

C. SAĞLIK BAKANLIĞI YAZISI²²

Yukarıda belirtilen gelişmeler neticesinde, Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 18.12.2020 tarihinde "Covid-19 Nedeniyle Vazife Malullüğü Hk." konulu bir yazı yayımlanmıştır²³. Bu yazıda meslek hastalığı ile vazife malullüğünün yasal tanımlarına yer verildikten sonra, önce genel sonra da sağlık çalışanları özelinde şu açıklamalarda bulunulmuştur: *"Bu kapsamda çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı ortaya çıkan meslekte kazanma gücü kayıpları ile vefat hallerinde sigortalılar, illiyet bağının bulunması şartıyla, "Meslek Hastalığı" ile "Vazife Malullüğü" kapsamındaki sosyal güvenlik haklarından yararlanabilmektedir. Sağlık çalışanlarından görevlerini yapmakta iken, görevlerinin çeşitli sebep ve tesiri ile Covid-19 tanısı ile tedavi alıp tedavi sonucu Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) Sağlık Kurulunca "malul" olduğuna karar verilenler ile hayatını kaybedenlerin kendilerinin veya yakınlarının başvurularına istinaden 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası*

çıkabilecek olası "post covid" sendromlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi durumunda problem olmayacağı kanaatindeyiz. Ekleyelim ki, yükümlülük süresinin aşıldığı hallerde de Kurulun onayı ile meslek hastalığının kabulü mümkündür.

²¹ <<http://www.izmirtabip.org.tr/news/4997>> s.e.t. 10.04.2022.

²² Belirtmek isteriz ki, söz konusu belge basında "genelge" olarak da adlandırılmışsa da böyle bir nitelendirme hukuken isabetli değildir.

²³ Yazı metnine erişim için bkz. <https://www.saglikaktuel.com/d/file/covid-19-nedeniyle-v_ustyazi_d4d8b9f8-512a-42b6-a433-6347d7984576.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

Kanununun 14 üncü ve 47 nci maddelerine göre “meslek hastalığı” veya “vazife malullüğü” hükümlerinden yararlandırılmaları söz konusu olabilecektir.”. Son kısmında ise, Covid-19 tanısı alıp rahatsızlanan veya hayatını kaybeden sağlık çalışanlarının meslek hastalığı ile vazife malullüğü hükümleri kapsamına alınma ve ilgili mevzuat ile sağlanan haklardan yararlandırılma talebinde bulunmaları durumunda yapılacak iş ve işlemlerden bahsedilmiştir.

İlgili yazının ekinde ‘vazife malullüğünde istenecek belgeler’ bulunmaktadır. Sigortalının kimlik bilgilerinden sonra ‘durum belirtir bilgileri’ olarak; Çalıştığı birimde Covid-19 hasta takip ve tedavisi yapılıyor mu?, İlgilinin çalıştığı birimde görev alan diğer personelde Covid-19 tanısı alan kişi var mı?, Günlük çalışma/nöbet/vardiya listesi var mı?, Covid-19 hastalığına bağlı maluliyet talebi varsa ayrıntılı bulguları içeren sağlık kurulu raporu var mı?, İlgilinin ölüm nedeninin Covid-19 olduğunu belirten ölüm belgesi var mı?, Covid-19 tanısı ile sağlık kuruluşlarında tedavi gördü mü?, İzin/Rapor kullanmış mı?, İlgilinin talep dilekçesi var mı? sorularına ‘evet’ ya da ‘hayır’ cevabı verilmek suretiyle elde edilecek bilgiler ve ‘evet’ cevabının verildiği durumlarda eklenecek belgeler gerekli görülmüştür.

Böylelikle, Covid-19 hastalığına yakalanmanın iş kazası mı meslek hastalığı (vazife malullüğü) mı teşkil ettiği sorusu ve tartışması sağlık çalışanları özelinde kısmen de olsa yanıtlanmış bulunmaktadır²⁴. Ancak, aşağıda detayları ile ele alacağımız üzere, birtakım eksiklik ve belirsizlikler söz konusu olduğundan yeni eleştiriler gündeme gelmiştir.

D. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU GENEL YAZISI

Sağlık Bakanlığı’nın söz konusu yazısından kısa bir süre sonra, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 21.12.2020 tarih ve “Covid-19 Nedeniyle Vefat Edenler Hakkında” konulu bir Genel Yazı ilgili birimlere sevk edilmiştir²⁵. Anılan Genel Yazıda,

²⁴ Baycık, Gaye/Erdoğan, Çağla (2021) “Covid-19 Hastalığının Sosyal Sigortalar Hukuku ve Bireysel İş Hukuku Açısından İş Kazası ve/veya Meslek Hastalığı Niteliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1, s.350.

²⁵ Genel Yazı metnine erişim için bkz. <<https://www.bariserdem.com/pdf/169779.pdf>> s.e.t. 10.04.2022.

Covid-19 salgınından olumsuz etkilenen çalışanların hak sahiplerinin ölüm olayının meslek hastalığı ve vazife malullüğü yönüyle değerlendirilme taleplerinin bulunduğu belirtildikten sonra söz konusu salgından etkilenen sağlık personelinin meslek hastalığı müracaatları ile Covid-19'a yakalanarak vefat eden, 5510 sayılı Kanunun md. 4/1-c bendi kapsamındaki kamu görevlileri hakkında, vazife malullüğü hükümlerinin uygulanması yönünde İl Müdürlüklerine gelen taleplerin karşılanarak işlemlerinin geciktirilmeksizin sonuçlandırılması hususlarına dikkat çekilmiştir. Daha kısa ifade ile, Sağlık Bakanlığı'nın yazısının paralelinde ve o yazıda belirtilen hususların gereğinin yapılması yönünde bir belge niteliğindedir.

Yazının ekinde ise sadece 'sağlık çalışanlarının meslek hastalığına bağlı vefat dosyasına eklenecek belgeler'e yer verilmiştir. Söz konusu belgeler; hak sahiplerinden sigortalının ölümünün meslek hastalığına bağlı olduğunun tespitine ilişkin talep dilekçesi, Covid-19 tanısı aldığına dair belge ve bu tanı ile tedavi gördüğü sağlık kuruluşlarınca düzenlenen epikrizler, işyeri yetkili amirince onaylanmış işyerindeki görev kadro unvanı, çalışmakta olduğu birim, bu birimde yaptığı işin özellikleri ve detayları (Çalıştığı birimde Covid-19 hasta takip ve tedavisi yapıp yapılmadığı, idari değişiklikler sonucu yapmakta olduğu iş ve çalıştığı birimlerde değişiklikler olmuşsa bunlara ait her türlü detaylar) belirten belge, işyeri yetkili amirince onaylanmış bulaşa sebep olabilecek görev ya da görev yerleri ve sürelerini bildirir görev yeri belgesi, işyeri yetkili amirince onaylanmış günlük/aylık çalışma-vardiya nöbet çizelgesi, izin ya da rapor kullanılmışsa buna ilişkin işyeri yetkili amirince onaylanmış belge, çalıştığı birimde görevli diğer personelden Covid-19 tanısı ile rahatsızlanan personelin bulunup bulunmadığı ve varsa ilgili personel listesi, ölüm nedeninin Covid-19 olduğunu belirten ölüm belgesi (defin ruhsatı) şeklindedir.

II. GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDA SİGORTALININ YARARLANACAĞI SİGORTA KOLUNUN TESPİTİ

Yukarıda yer verdiğimiz idari işlem ve kararlar hem sadece Kurumun kendi işlemleri açısından bağlayıcı olmaları hem de çoğunlukla sağlık çalışanları özelinde düzenlemeleri ihtiva etmeleri nedeniyle sorunun çözümü bakımından kanaatimizce yetersiz kalmıştır. Bu nedenle, sigortalının Covid-

19'a yakalanmasının hangi sigorta kolu kapsamında değerlendirileceği ele alınırken çeşitli ihtimaller dahilinde inceleme yapılmasının yanı sıra şu şekilde bir ikili ayırım yapılması da gerekli olmuştur: 'sağlık sektöründe çalışan sigortalılar açısından', 'diğer sigortalılar açısından'. Belirtilmelidir ki, sağlık çalışanlarının yararlanacağı sigorta kolunun ayrıca değerlendirilmesi pek çok ülke uygulamasında karşılaşılan bir durumdur.

Problemin anlaşılabilmesi açısından öncelikle kısaca meslek hastalığı ve iş kazası kavramlarına ve mevzuatımızdaki düzenlemelere kısaca değinmek yararlı olacaktır. 5510 sK. md. 14/I hükmünde yer alan tanıma göre, "*meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.*". Buna göre meslek hastalığının unsurları; sigortalının çalışma şartlarından kaynaklanan ya da işin niteliğinden dolayı tekrarlanan zarar verici sebeplere uzunca bir süre maruz kalması, bedenen veya ruhen bir zarara uğraması ve meslek hastalığının tespitidir. Tespiti bakımından karma sistemin kabul edildiğine ise daha önce değinmiştik. Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre, "*(1) Meslekî bulaşıcı hastalıklar Listesinin "D Grubu"nda yer alan bulaşıcı hastalıkların, görülen işin gereği olarak veya işyerinin özel koşullarının etkisiyle oluşması ve enfeksiyonun laboratuvar bulguları ile de kanıtlanması gereklidir. (2) Bu listede yer almayan fakat görülen iş ve görev gereği olarak bulaştığı kesin olarak saptanan diğer bulaşıcı hastalıklar da meslek hastalığı sayılır. Bu husustaki teşhisin laboratuvar deneyleriyle kanıtlanması gereklidir. Hastalığın en uzun kuluçka süresi yükümlülük süresi olarak alınır.*"²⁶.

²⁶ Meslekî bulaşıcı hastalıklar listesinin "D Grubu"nda yer alan bulaşıcı hastalıklar, 4 alt gruba ayrılmıştır. Bu çerçevede, D-1 Helminthiasis Grubu, D-2 Tropik Meslekî Bulaşıcı Hastalıklar Grubu, D-3 Hayvanlardan İnsana Bulaşan Meslekî Bulaşıcı Hastalıklar Grubu ve D-4 Meslek Gereği Enfeksiyon Hastalıklarına Özellikle Maruz Kişilerdeki Meslekî Bulaşıcı Enfeksiyon Hastalıkları olarak kategorize edilmiştir. ILO 194 sayılı Tavsiye Kararı - Meslek Hastalıkları Listesinde de "1.3. Biyolojik ajanlar ve bulaşıcı veya paraziter hastalıklar" başlığına yer verilmiştir. ILO (2002) R194 List of Occupational Diseases Recommendation Annex, < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/meetingdocument/wcms_116841.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından iş kazası 5510 sK.’un 13. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan hüküm uyarınca iş kazası, “a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.”. Yer verilen düzenlemenin de ortaya koyduğu üzere, kanun koyucu iş kazasının tanımını yapmaktan ziyade meydana gelen zarar verici olayın hangi hallerde iş kazası olarak kabul edileceğine ilişkin karinelere yer vermiş bulunmaktadır. Şu kadar ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.05.2019 tarih ve E. 2019/2017, K. 584/2019 sayılı kararında da aynen ifade edildiği üzere, “(b) bendi dışında kazanın yapılan işle ilgisini aramamaktadır. İş kazası kavramının kanunda bu şekilde geniş düzenlenmesinin sebebi sosyal güvenlik hakkının koruyucu kapsamının mümkün olduğunca genişletilmesinin amaçlanmasıdır.”²⁷. Öğretide iş kazasının kabul edilebilmesi için aranan unsurlar; (md. 4/I-a veya md. 4/I-b ya da md. 5/I-a, md. 5/I-b, md. 5/I-c, md. 5/I-e, md. 5/I-g, ek md. 5, ek md. 9 kapsamında kısmen) sigortalının ani, istenilmeyen ve zarar verici bir olay ile karşılaşması, yani kazaya uğraması, bedenen veya ruhen zarar görmesi, kaza ile uğranılan zarar arasında illiyet bağının bulunması olarak belirtilmektedir.

İş kazası ve meslek hastalığını birbirinden ayırt eden temel husus; çoğunlukla meslek hastalıklarının belli bir süre boyunca tehlike arz eden işte çalışma neticesinde ortaya çıkması, bir diğer deyişle bir sürecin sonucu olması, iş kazasının ise aniden gerçekleşmesidir. Bununla birlikte, söz konusu ayırımın her durumda tek başına yeterli olduğunu söylemenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira Kanunda meslek hastalığı tanımlanırken “sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden” ifadesine yer verilmiş olup tekrarlanan sebeple

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2019/2017, K: 584/2019, T: 21.05.2019 (Legalbank).

ortaya çıkması bir zaruriyet olarak öngörülmemiş, işin yürütüm şartları yüzünden hastalığa yakalanılmış olması gerekli ve yeterli görülmüştür. Dolayısıyla, meslek hastalığı da iş kazası gibi aniden ortaya çıkabilmektedir²⁸. Nitekim, Alman Hukukunda meslek hastalığı ile iş kazası ayırımının her durumda zaman kriteri esas alınarak yapılamayacağı, bulaşıcı ajanlar veya parazitlerin neden olduğu, bir defalık enfeksiyon ile ortaya çıkan hastalıkların bu grupta olduğu ifade edilmektedir²⁹.

A. SAĞLIK SEKTÖRÜNDE ÇALIŞAN SİGORTALILAR AÇISINDAN

Sağlık çalışanları mesleki faaliyetleri nedeniyle yüksek enfeksiyon riski taşımakta olup belki de pandeminin yıkıcı etkilerine en çok maruz kalan grubu teşkil etmektedirler. Covid-19 virüsünün ilk ortaya çıktığı ülke Çin olduğundan, hastalığın toplumun hangi kesimlerinde daha yaygın görüldüğüne ilişkin ilk veriler de bu ülkeye ilişkindir. Her ne kadar virüsün ortaya çıktığı ilk zamanlarda vakaların çoğunu Wuhan'daki deniz ürünleri ve vahşi hayvan satış pazarında çalışan işçiler ve müşterileri oluşturmuş olsalar da süreç ilerledikçe meslek grubu olarak hastaların bakımı ile ilgilenen sağlık çalışanlarında hastalık oranı giderek artış göstermiştir³⁰. Güncel tablo da farklı değildir. Dünya Sağlık Örgütü'nün resmî açıklamalarına göre, 12.04.2022 tarihi itibari ile dünya genelinde 497.960.492 onaylanmış vaka ile 6.181.850 ölüm, ülkemizde ise 14.965.867 onaylanmış vaka ile 98.437 ölüm tespit edilmiştir³¹. Belirtilen rakamlar içerisinde sağlık çalışanlarının oranı dikkate değerdir. Pandeminin ilk

²⁸ Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.257, 294; Başmanav, Yasemin (2013) "İş Kazası ve Meslek Hastalığında Manevi Tazminat", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C: 10, S: 40, s.45; Akdeniz, Ayşe Ledün (2015) Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s.21; Ekmekçi, Ömer/Köme Akpulat, Ayşe/Akdeniz, Ayşe Ledün (2021), İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.239.

²⁹ Schlegel, Rainer/Meßling, Miriam/Bockholdt, Frank (2020) COVID-19- Corona-Gesetzgebung-Gesundheit und Soziales, 1. Auflage, München, C. H. BECK, § Unfallversicherung, Rn.10; Ricke, SGB VII § 9, Rn.3.

³⁰ Koh, David (2020) "Occupational Risks For COVID-19 Infection", Occupational Medicine, V: 70, I: 1, p.3; Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.280.

³¹ <<https://covid19.who.int/>> s.e.t. 13.04.2022.

18 ayında yaklaşık 115.500 sağlık çalışanının Covid-19 nedeniyle yaşamını yitirdiği ifade edilmektedir³². Ülkemizde ise, resmî kayıtlara göre Covid-19 nedeniyle ilk ölen vatandaşımız yine bir sağlık çalışanı olup³³ 13.04.2022 tarihi itibariyle vefat eden sağlık çalışanı sayısı ise resmi olmayan verilere göre 556'yı bulmuştur³⁴. Hasta kişilerin öksürme veya hapşırmasıyla ortaya saçtığı damlacıkların ortamdaki diğer bireylerin ağız, burun ve gözlerine temasıyla, damlacıkların yapıştığı yüzeylere dokunduktan sonra ellerin ağız, burun veya göze götürülmesiyle bulaşabilen bir virüs tipi³⁵ olması nedeniyle bu sonuç oldukça doğaldır. Belirtilen durum Covid-19 nedeniyle ortaya çıkan riskin iş kazası ve özellikle de meslek hastalığı (vazife malullüğü) sayılıp sayılmayacağı hususundaki tartışmaların sağlık çalışanları özelinde yoğunlaşmasını beraberinde getirmiştir.

Öğretide bizim de taraftarı olduğumuz bir görüşe göre sağlık çalışanları açısından özel bir değerlendirmeye gidilerek çalışma ortamında mesleki

³² <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_837406/lang--en/index.htm> s.e.t. 10.04.2022. 24.05.2021 tarihine kadar Amerika Birleşik Devletleri'nde 491.816 sağlık çalışanının Covid-19'a yakalandığı ve bunlardan 1.611'inin hayatını kaybettiği kaydedilmiştir. <<https://www.federalregister.gov/documents/2021/06/21/2021-12428/occupational-exposure-to-covid-19-emergency-temporary-standard>> s.e.t. 10.04.2022. Nisan 2020-Temmuz 2021 tarihleri arasında İtalya'da sağlık çalışanlarında görülen Covid-19 vaka sayıları için bkz. <https://www.statista.com/statistic/s/1110950/coronavirus-covid-19-cases-among-medical-staff-italy-as-of-april/> s.e.t. 10.04.2022. Covid-19'un sağlık ve bakım çalışanlarına etkileri ve ölüm oranlarına ilişkin bilgi için ayrıca bkz. **World Health Organization Health Workforce Department** (2021) The impact of COVID-19 on health and care workers: a closer look at deaths, Working paper 1, <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/345300/WHO-HWF-WorkingPaper-2021.1-eng.pdf>> s.e.t. 10.04.2022. Şunu da belirtmek gerekir ki, sözü geçen belgede çok az sayıda ülke tarafından Covid-19 nedeniyle hayatını kaybeden sağlık çalışanlarının tam sayısının tespit edildiği ve bildirildiğine değinilerek yer verilen rakamların gerçek sayının altında olduğu ifade edilmiştir.

³³ **Bahadır, Alican/Nesanır, Nasır** (2021) "Pandemide Sağlık Çalışanı Ölümleri", Türk Tabipleri Birliği Covid-19 Pandemisi 18 Ay Değerlendirme Raporu, s.79, <https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/ttb_covid_18ay_rapor.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

³⁴ <<https://siyahkurdele.com/>> s.e.t. 13.04.2022.

³⁵ **İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü**, İşyerlerinde Yeni Tip Koronavirüsten Korunma Tedbirleri, s.1, <https://www.csgb.gov.tr/media/43191/covid-19_onlemler_19042020_2318.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

faaliyetlerinin yürütümü esnasında bu virüse yakalanmalarının meslek hastalığı (vazife malullüğü) olarak nitelendirilmesi gerekmektedir³⁶. Bu noktada

³⁶ Buna karşılık bir başka görüş, meslek hastalığının “tekrarlanan bir sebep veya işin yürütüm şartları” ile bağlantılı olması gerektiğini, ani bir maruziyet veya etki ile bulaşan ve kalıcı hasarlara veya ölüme neden olan olayların ise bir hastalık ile bağlantılı olsa dahi iş kazası sayılacağını, bir sağlık çalışanın Covid-19’a yakalanma riskinin yüksek olmasının virüsün bulaşma gücünden çok pozitif vakanın daha yoğun olduğu bir ortam olan hastanede çalışmasından kaynaklandığından işyeri ortamının yarattığı yüksek riskin bugünkü koşullarla Covid-19’u meslek hastalığı haline getirmeye yeterli olmadığını belirtmekte ve kene ısırması sonucu kırım kongo kanamalı ateşi hastalığına yakalananları tedavi ederlerken, hekimlerin ve sağlık personelinin solunum yoluyla enfeksiyon kapmalarının veya tífüslü hastaları tedavi eden hekimlerin ölümlerinin iş kazası olarak değerlendirildiğini örnek vermek suretiyle söz konusu virüsün bulaşmasının sağlık çalışanları açısından da iş kazası olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Öğretide bu hususta savunulan görüşler ve görüşümüz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.277 vd. Ayrıca bkz. **Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21 inci bası, İstanbul, Beta, s.414, 433; **Sözer, Ali Nazım** (2021) Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta, s.353-354; **Centel, Tankut** (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.222; **Subaşı, İbrahim** (2020) “Küresel Covid-19 Salgını’nın Türk Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 9, s.137, 151; **Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz**, s.239-240; **Baycık/Erdoğan**, s.349 vd.; **Arslan Durmuş, Seda** (2020) “COVID-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 78, S: 2, s.367, 386-387, 390; **Gülver, Ender** (2021) “İşçinin Koronavirüse Yakalanması Sebepiyle Uygulanacak Sosyal Sigorta Kolu İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası mı, Hastalık Sigortası mı Muamması”, Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, Sur, Melda/Kasapoğlu Turhan, Mine (Editörler), Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, 10-11 Aralık 2020, Online, s.82, 95; **Çetin, Emrah** (2021) Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi (Covid-19 Pandemisiyle), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s.415-416; **Korkusuz, Ammar Yasir** (2020) “Çalışma Hayatında Covid-19 Pandemisine Maruz Kalanların Sosyal Güvenlik Açısından Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C: 22, S: 2, s.683, 685, 690; **Balcı, Mesut** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.396; **Kol, Emre/Topgöl, Seda** (2021) “COVID-19 Pandemisinin Sağlık Çalışanları Açısından İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi”, Enderun Dergisi, C: 5, S: 2, s.178; **Tugay, Mustafa** (2020) Koronavirüs Pandemisinin Sosyal Sigorta ve Tazminat Haklarına Etkisi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.58-60.

Öğretide bir görüş, bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesinin uygulamada iş kazasına nispeten daha uzun bir süreç gerektirmesinden bahisle ve sağlık çalışanları açısından daha avantajlı bir durum oluşturmak amacı ile sağlık çalışanlarının yakalandığı hastalığın

belirtmek isteriz ki, Covid-19'un SARS ile benzerliği yol gösterici olup SARS salgını sırasında edinilen tecrübelerin dikkate alınması gerektiği açıktır³⁷. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından 2015 yılında hazırlanan Meslek Hastalıkları ve İş ile İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi'nde bazı mesleklerde enfeksiyon riskinin yüksek olduğu, meslek ve enfeksiyon ilişkisinin göz ardı edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, SARS sağlık çalışanları için mesleki enfeksiyon olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, genetik açıdan bir türü olduğu SARS virüsü ile %80 oranında benzerlik göstermekle birlikte farklı özellikler de arz eden, hatta 20 kat daha öldürücü nitelikte olan Covid-19'un sağlık çalışanları açısından 'beklenir' ve 'tesadüfi olmama' nitelikleri meslek hastalığı tanımına uygun düşmektedir³⁸. Kaldı ki, mevcut meslek hastalıkları listesinde benzer enfeksiyon hastalıkları açısından aynı esas zaten kabul edilmiş bulunmaktadır.

Diğer yandan, Dünya Sağlık Örgütü ve ILO tarafından pandeminin ortaya çıktığı ilk dönemden itibaren işyerinde Covid-19'a maruz kalan ve tanı alan sağlık çalışanları bakımından bu hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesi yönünde görüş açıklanmıştır³⁹. Pandeminin ilerleyen dönemlerinde de ILO, Covid-19'un 102 ve 121 sayılı Sözleşmeler çerçevesinde iş kazası veya

kural olarak iş kazası olduğunu, çalışma ve hastalık öyküsüne göre istisnaen meslek hastalığı olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşte bkz. **Narter, Sami/Şimşek, Cebrail** (2020) "Sağlık Çalışanları İçin Covid-19 Hastalığı İş Kazası veya Meslek Hastalığı mıdır?", Karatahta İş Yazıları Dergisi, S: 16, s.163 vd., 167-168. Benzer yönde bkz. **Elbir, Nazlı** (2021) "Çalışanların Covid-19 Hastalığına Yakalanmalarının Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Sonuçları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVIII, S: 1, s.105, 112.

³⁷ Hatta Covid-19 salgınının SARS salgını ile benzerliğinin *déjà vu* duygusu uyandıracak düzeyde olduğu ifade edilmektedir. Zira Covid-19 da SARS gibi kış aylarında Çin'de ortaya çıkmış olup zoonotik yeni bir koronavirüsten kaynaklanmaktadır. **Koh, David/Goh, Hui Poh** (2020) "Occupational health responses to COVID-19: What lessons can we learn from SARS?", Journal of Occupational Health, V: 62, I: 1, p.2, <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/1348-9585.12128>> s.e.t. 10.04.2022.

³⁸ **Korkusuz**, s.679, 680.

³⁹ <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-rights-roles-respon-hw-covid-19.pdf>> s.e.t. 10.04.2022; **ILO** (2020) ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) – Version 2.1, p.17-18, <https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739937/lang-en/index.htm> s.e.t. 10.04.2022.

meslek hastalığı teşkil edebileceğini, iş nedeniyle enfekte olan kişilerin sağlık hizmeti, nakdi yardım ve tazminat hakları olması gerektiğini, ölümleri halinde ise aile üyelerinin nakdi yardım, tazminat ve cenaze yardımı hakkına sahip olmaları gerektiğini ifade etmiştir⁴⁰. Şunu da belirtmek gerekir ki, ILO tarafından da Covid-19'un hem iş kazası hem de meslek hastalığının koşullarını aynı anda sağlayabileceği de böylelikle ifade edilmiştir. ILO verilerine göre Covid-19 pek çok ülkede sağlık çalışanları bakımından meslek hastalığı olarak kabul edilmiş; bu ülkelerin bir kısmında her somut olay bazında değerlendirme yapılmak suretiyle bir kısmında ise doğrudan meslek hastalığı olarak nitelendirileceği öngörülmüştür⁴¹.

Yukarıda değindiğimiz üzere Sağlık Bakanlığı'nın 18.12.2020 tarihli yazısı ile sağlık çalışanlarından görevin ifası sırasında, görevden kaynaklanan sebep ve tesirle Covid-19 tanısı alarak malul olduğuna karar verilen sigortalılar ile hayatını kaybedenlerin yakınlarının meslek hastalığı ve vazife malullüğü hükümlerinden yararlandırılacağı açıklanmıştır. Diğer yandan, öğretilerde Sağlık Bakanlığı'nın ilgili yazısının kimleri sağlık çalışanı kapsamına aldığı ve ekindeki formun illiyet bağı kurulmasını güçleştirebilecek içeriğinin tartışılması gerektiği kanaatimizce de isabetle ifade edilmiştir⁴². Ayrıca belirtmek gerekir ki, maluliyet koşulunun sağlanmadığı durumların nasıl değerlendirileceğine de değinilmemiştir. Belirttiğimiz tespitler 21.12.2020 tarihli Kurum genel yazısı için de geçerlidir. Zira Sağlık Bakanlığı'nın ilgili yazısının gereği olarak söz konusu Kurum genel yazısı kaleme alınmış, benzer esaslar tekrar edilmiştir.

⁴⁰ ILO (2021) ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) – Version 3.0, p.28-29 <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_780445.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

⁴¹ Sağlık çalışanları bakımından otomatik olarak meslek hastalığının kabul edildiği ülkelere Dominik Cumhuriyeti, Fransa, Almanya, Litvanya, Portekiz, Ukrayna; somut olay bazında değerlendirme yapılanlara ise Avustralya, Japonya, Lüksemburg, Yeni Zelanda, İsviçre örnek verilebilir. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_741360.pdf> s.e.t. 10.04.2022. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.282 vd.

⁴² Baycık/Erdoğan, s.351.

Sağlık Bakanlığı yazısında, Bakanlık ile üniversitelere bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile özel sağlık kurum ve kuruluşlarında⁴³ çalışanların yapacakları başvuruda izlenecek yöntem belirlenmiştir. Ancak başvuru sahipleri ‘Bakanlığa bağlı kurum ve kuruluşlarda 657 sK. md. 4/1-A kapsamında görev yapan memurlar’, ‘bu kişiler dışında görev yapan değişik statülerdeki diğer çalışanlar’, ‘üniversiteler bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar’ ve ‘özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık çalışanları’ şeklinde ifade edilmiştir. “Sağlık çalışanı” -çalıştığı kurumun niteliğinden bağımsız bir şekilde-; tıp alanında eğitim almış olan (hekim, hemşire, ebe, diş hekimi, eczacı, diyetisyen, psikolog, fizyoterapist, sağlık teknisyeni vb.) çalışanlar ve bunların dışındaki alanlarda eğitim almış olanlar (hastane müdürü, insan kaynakları personeli gibi idari personel; temizlik görevlisi, yemekhane görevlisi, güvenlik görevlisi, ambulans şoförü gibi yardımcı personel vb.) olarak ikiye ayrılmaktadır. Her iki grupta yer alan çalışanlar, hastalar ve yakınları ile sürekli temas halindedirler⁴⁴. Ancak konuya ilişkin mevzuatımız incelendiğinde; Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik⁴⁵ md. 4/1-b hükmü uyarınca hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, optisyen ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁴⁶ ek md. 13’te tanımlanan diğer meslek mensuplarının ‘sağlık meslek mensubu’, sağlık meslek mensubu olmadığı halde sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışanların ise ‘diğer meslek mensupları’ olarak tanımlandığı (md. 4/1-c) tespit edilmektedir. Yönetmelik ekinde yer alan Ek-1’de ‘sağlık meslek mensupları’, Ek-2’de ise ‘diğer meslek mensupları’ ayrıca sayılmıştır. Ancak, sağlık kurum ve kuruluşlarında benzer risk altında çalışanların tamamına ‘diğer meslek mensupları’ içerisinde yer verilmiş değildir. Oysaki, ambulans şoförü, veznedar, hastanedeki danışma personeli gibi işi gereği hastalarla veya hastane arşiv birimi, teknik servis çalışanı gibi hastalığa yakalanma riski yüksek olan

⁴³ Söz konusu yazının kapsamındaki kurum ile kuruluşların hangileri olduğu hususunda bkz. **Baycık/Erdoğan**, s.351.

⁴⁴ **Narter/Şimşek**, s.143-144.

⁴⁵ RG. 22.05.2014, S: 29007.

⁴⁶ RG. 14.04.1928, S: 863.

sağlık çalışanlarıyla temas eden çalışanlar da mevcuttur⁴⁷. Nitekim, Fransa’da çıkarılan 2020-1131 sayılı Kararname’de sağlık çalışanları sadece Covid-19 servislerinde çalışan hekimler, hemşireler ve hastabakıcılar ile sınırlı tutulmayarak oldukça kapsamlı belirlenmiştir. Bu bağlamda, Covid-19 ile ilgili olsun olmasın her türlü sağlık hizmeti sunucusunda, ambulanslarda, yaşlı bakımevlerinde, evlerde sunulan sağlık hizmetlerinde, eğitim kuruluşlarında sunulan sağlık hizmetlerinde görevli tüm sağlık ve bakım personeli, laboratuvar personeli, idari personel, karşılama personeli, sosyal hizmetler personeli sayılmıştır⁴⁸. Her ne kadar, yukarıda da açıkladığımız üzere, hastanede şoför olarak görevli sigortalının Covid-19 enfeksiyonu nedeniyle ölümünü meslek hastalığına bağlı ölüm olarak nitelendiren Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararı bulunsa da söz konusu kararın Bakanlık ve Kurum yazılarından önce alınmış bireysel nitelikli olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle, herhangi bir hak kaybı ile mağduriyetin yaşanmaması, adil olmayan sonuçların ortaya çıkmaması adına uygulamada bu hususa dikkat edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aslında olması gereken; söz konusu yazıların yaptığı işin ne olduğuna bakılmaksızın, sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan herkesi kapsar şekilde açık ve net bir şekilde kaleme alınmasıdır.

Değirmekte olduğumuz yazıların ekinde yer alan özellikle ‘sağlık çalışanın görev yaptığı birimde Covid-19 hasta takip ve tedavisi yapıp yapılmadığı’ ve ‘ilgilinin çalıştığı birimde görev yapan diğer personelde Covid-19 tanısı alan kişi olup olmadığı’ sorularına verilecek cevapların meslek hastalığı ve vazife malullüğünün tespitinde nasıl bir etkisinin olacağını belirlenmemiş olması da eleştirilen bir diğer husustur. Bu kapsamda, söz konusu sorulara verilecek cevaplara mutlak bir etki tanınmaması ve her iki soruya da kümülatif olarak “evet” cevabının verilmesinin aranmaması gerektiği isabetle belirtilmektedir. Örnek olarak, bir işyeri hekiminin çalıştığı fabrikadaki işçilerin Covid-19’a yakalanması veya Covid-19 tanısı ve tedavisi yapılan bir hastanede tek bir hekimin hastalanması durumunda bir sorunun yanıtı “hayır”, diğerininki “evet” olacağı, özel bir muayenehanede her iki yanıtın da “hayır” olmasına rağmen bir hekimin hastasından Covid-19 kapmasının mümkün

⁴⁷ Baycık/Erdoğan, s.351.

⁴⁸ Elbir, s.74, 21 numaralı dn.

olduğu ifade edilmektedir⁴⁹. Bizce de Covid-19 hastalarının tedavisinde bizzat görev almasa bile hastalığın tedavi edildiği hastanelerde ya da tanı, tedavi, test veya aşı gibi çalışmaların yapıldığı ortamlarda çalışanların da virüse maruziyet riski yüksektir⁵⁰. Bu nedenle her ne kadar söz konusu sorular, virüs ile yapılan iş arasında uygun illiyet bağını kurabilmek ve tespit edebilmek amacı ile öngörülmuş olsa da her iki soruya “evet” cevabının verilmediği hallerde otomatik olarak sigortalı aleyhine değerlendirme yapılmamalıdır.

Öğretide bir görüş sağlık çalışanlarının diğer çalışan grubuna göre riskinin daha fazla olduğunu kabul etmekle birlikte, kargo çalışanları, belediye otobüsü şoförleri, kasiyerler gibi çalışanların da en az sağlık çalışanları kadar risk altında olduğuna dikkat çekmekte, bu nedenle konu salgın hastalık olduğunda kişilerin çalıştıkları yerlere göre ayrılmalı ve virüs ile enfekte olan tüm çalışanların durumunun iş kazası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵¹. Kanımızca, söz konusu görüş çıkış noktası itibari ile isabetlidir. Zira yapılan çalışmalarda, çalışanların virüsle karşılaşma risklerine göre dört maruz kalım düzeyi tanımlanmıştır. Bu sınıflamaya göre sağlık çalışanları en yüksek riskli meslek grubu kabul edilmiş ise de sağlık sektörünün yanı sıra turizm ve taşımacılık gibi sektörlerde çalışanlarda da riskin fazla olduğu gözlemlenmiştir. Bunlar arasında koruyucu hizmet meslekleri (polis memurları, ıslah memurları, itfaiyeciler), ofis ve idari destek meslekleri (kuryeler ve haberciler, hasta servis temsilcileri), eğitim (okul öncesi ve kreşler), toplum ve sosyal hizmet meslekleri (sağlık çalışanları, sosyal hizmet uzmanları, danışmanlar) ve inşaat sektörü (tesisatçılar, foseptik tesisatçıları, asansör onarımı işçileri) mevcuttur⁵². Nitekim, bazı ülkelerde sağlık çalışanlarının yanı sıra süpermarket, kargo çalışanları için de Covid-19, meslek hastalığı olarak kabul edilmiştir. Bu ülkelerden biri de Fransa'dır. 14.09.2020 tarih ve 2020-1131 sayılı Kararname ile sağlık çalışanları açısından meslek

⁴⁹ Baycık/Erdoğan, s.351.

⁵⁰ Korkusuz, s.685.

⁵¹ Balcı, Mesut (2020) “Covid-19’un İş Güvenliği Yönünden Hukuki Niteliendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi Online Eğitim Programları, <Covid-19’un İş Güvenliği Yönünden Hukuki Niteliendirilmesi - YouTube> s.e.t. 10.04.2022.

⁵² Arslan Durmuş, s.387-388.

hastalığı olarak kabul edilmesine yönelik meslek hastalığı listesi oluşturulmuştur. Her ne kadar söz konusu Kararnamenin kişi bakımından kapsamı sınırlı tutulmuş olsa da diğer çalışanlar tamamen korumasız bırakılmamış, işleri nedeniyle bu hastalığa yakalanmaları halinde herhangi bir sürekli iş göremezlik oranı aranmaksızın yeni kurulacak komitenin olumlu değerlendirmesi sonucunda yine meslek hastalığı sigortasından yararlanmaları mümkün kılınmıştır⁵³. Almanya’da da sigortalının SARS-CoV-2 ile enfekte olması, belirli meslek grupları bakımından meslek hastalıkları listesinin 3101 numarası kapsamında meslek hastalığı olarak kabul edilmiştir⁵⁴.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.251-255. Ayrıca bkz. **Bevernaege, Ellen** “Une contamination par le COVID-19 peut-elle être un accident du travail ou une maladie professionnelle?”, <<https://www.attentia.be/fr/blog/une-contamination-par-le-covid-19-peut-elle-etre-un-accident-du-travail-ou-une-maladie>> s.e.t. 10.04.2022. 2021 yılı Eylül ayı sonu itibari ile, ülkede 5018 tane meslek hastalığı dosyası sunulmuş olup bunlardan %82’si sağlık çalışanlarına ilişkindir. <<https://www.ameli.fr/entreprise/actualites/lessentiel-2020-les-chiffres-des-accidents-du-travail-et-maladies-professionnelles>> s.e.t. 10.04.2022.

⁵⁴ Bu kabul DGUV (*Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung Spitzenverband- Alman Yasal Kaza Sigortaları Üst Kuruluşu*) ve DIVI (*Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv-und Notfallmedizin- Almanya Disiplinlerarası Yoğun Bakım ve Acil Tıp Birliği*) tarafından 04.06.2020 tarihli bilgilendirme metninde, sağlık hizmetlerinde mesleki risklerden birinin de patojenlerle enfeksiyon olduğu ve bu açıdan diğer koşulların da gerçekleşmesi ile Covid-19’un meslek hastalığı olarak kabul edilebileceğinin duyurulması ile netliğe kavuşmuştur. Sağlık hizmetleri, sosyal yardım hizmetleri ve laboratuvarlar bu kapsamdadır. Sağlık hizmetlerine örneğin hastaneler, muayenehane, eczaneler, fizyoterapi tesisleri, ambulans hizmetleri, kurtarma hizmetleri ve hemşirelik hizmetleri dahildir. Sosyal yardım kuruluşları; çocuklara, gençlere, ailelere ve yaşlılara, engelli veya akıl hastalığı olan veya özel sosyal durumlardaki insanlara yardım eden kuruluşlardır. Laboratuvarların yanı sıra sigortalı faaliyetleri sırasında benzer ölçüde enfeksiyon riskine maruz kalan çalışan grupları bakımından da meslek hastalığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan enfekte kişilerle temas türünün önemli olduğu kabul edilmektedir. Doğrudan fiziksel temas ve yüze yakın temasa ilişkili değerlendirme yapılmaktadır. Örneğin, doğrudan fiziksel temasa gerçekleşen kuaförlük faaliyetleri, kozmetik tedaviler yine kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. <https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeitsunfall/index.jsp> s.e.t. 10.04.2022. Alman Hukukunda meslek hastalığı kavramı ve Covid-19’un meslek hastalığı olarak tanınmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.255-259.

Kanaatimizce, söz konusu çalışanlar ile sağlık çalışanları açısından şöyle bir fark mevcuttur: sağlık çalışanlarının Covid-19'a yakalanmaları yürüttükleri işin gereği olup enfekte kişiler ile sürekli ve tekrarlanan temasın veya bu kişilerin yer aldığı ortamlarda çalışmalarının kaçınılmaz ve doğal sonucudur⁵⁵. Bu nedenle, sadece sağlık çalışanlarının çalışma ortamında mesleki faaliyetlerinin yürütümü esnasında bu virüse yakalanmalarının meslek hastalığı (vazife malullüğü) sayıldığını öngören bir hukuki düzenleme yapılması uygun olacaktır. Bu tercih; belirtilen sigortalıların 5510 sK.'un 13. maddesinde sayılan haller kapsamında enfekte olduklarını ispatlama zorunluluğunu da ortadan kaldıracaktır⁵⁶. Önerdiğimiz düzenlemenin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği hususunda ise öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre Covid-19, meslek hastalıkları listesinin D-4 grubu dahilinde değerlendirilmeye uygun olup bu gruba gerekli ekleme yapılması yeterli olacaktır⁵⁷. Diğer görüş ise bu hususta yasal bir düzenleme yapılması gerektiği yönündedir. Zira 5510 sK.'un kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümleri, md. 4/I-c kapsamındaki sigortalılar hakkında uygulanma alanı bulmamaktadır (md. 4/VI). Bu nedenle sigortalılık statüleri bakımından herhangi bir ayırım oluşturmayacak şekilde tüm sağlık çalışanlarını sosyal güvenlik koruması altına alan tek bir yasal düzenleme söz konusu olmalıdır⁵⁸. Konuya ilişkin ihtiyaç duyulan düzenleme

Almanya'da salgının başlangıcından Ağustos 2021 tarihine kadar 100.000'den fazla Covid-19 vakası meslek hastalığı olarak kabul edilmiş, 28.02.2022 tarihi itibarıyla bu sayı 132.153'e ulaşmıştır. Bkz. <[https://www.dguv.de/medien/inhalt/mediencenter/hintergrund/covid/dguv_zahlen_covid.pdf](https://www.dguv.de/de/mediencenter/pm/pressemitteilung_447886.jsp#:~:text=Berufsgenossenschaften%20und%20Unfallkassen%20haben%20seit,Unfallversicherung%20(DGUV)%2C%20mit.> s.e.t. 10.04.2022; < s.e.t. 10.04.2022.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Baycık/Erdoğan**, s.349, 350; **Tugay**, s.28-29.

⁵⁶ **Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz**, s.240-241.

⁵⁷ **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.286, 287. Aynı yönde bkz. **Baycık/Erdoğan**, s.351-352, 355, 361; **Narter/Şimşek**, s.168.

⁵⁸ **Gülver**, s.83, 95-96; <<https://www.tipdunyasi.dr.tr/2021/05/saglik-calisanlarinda-covid-19-maruziyeti-bir-meslek-hastaligidir/>> s.e.t. 10.04.2022.

Nitekim, bu yönde bugüne kadar 'Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi' başlıklı birçok kanun teklifi hazırlanmış olsa da (örneğin 14.05.2020, 01.10.2020, 16.11.2020, 18.11.2020, 30.11.2020, 25.01.2022 tarihlerinde TBMM'ye sunulmuş olanlar) hiçbiri kabul görüp yasalasamamıştır.

ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tüm sağlık çalışanlarını kapsar biçimde kaleme alınması gerektiği kanısındayız.

B. DİĞER SİGORTALILAR AÇISINDAN

Sağlık çalışanları dışındaki sigortalıların yararlanacakları sigorta kolunun belirlenmesine ilişkin görüş ve tartışmalar, Covid-19'un iş kazası olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ekseninde yoğunlaşmış bulunmaktadır. Yukarıda sağlık sektöründe çalışan sigortalılara ilişkin açıklamalarımız sırasında da yer verdiğimiz üzere, bu çalışanlar bakımından Covid-19'un bir meslek hastalığı (vazife malullüğü) olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürüldüğü gibi herhangi bir ayırıma gidilmeksizin Covid-19'un iş kazası sayılabileceği de savunulmaktadır⁵⁹. Kanaatimizce Covid-19 açısından yüksek risk altında olan sağlık çalışanları haricindeki sigortalıların bu hastalığa yakalanmaları iş kazası olarak değerlendirilebilecektir. Öğretide de gerek sigortalıların geneli gerekse yaptığımız ayırım paralelinde ileri sürülen baskın görüş bu yöndedir⁶⁰. Söz konusu görüş kapsamında birtakım hukuki gerekçeler ileri sürülmekle beraber Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin artık herkes tarafından bilinir nitelikte olduğunu söylemenin yanlış olmayacağı H1N1 (domuz gribi) ile ilgili olarak

⁵⁹ İtalya ve İspanya gibi bazı ülkelerde de Covid-19 sadece iş kazası bağlamında değerlendirilmektedir. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_741360.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

⁶⁰ Söz konusu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.270 vd. Ayrıca bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, s.412-414, 473; **Sözer**, s.353-354; **Aydın, Ufuk** (2020) "Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 6, S: 2, s.202; **Baycık/Erdoğan**, s.361; **Gülver**, s.80-83, 95; **Arslan Durmuş**, s.367, 377, 389-390; **Elbir**, s.101-103; **Centel**, s.246; **Kol/Topgül**, s.178; **Tugay**, s.48-50. Öğretide isabetle ifade edildiği üzere, iş kazası ile meslek hastalığının çakıştığı durumlarda, iş kazası prosedürü meslek hastalığı prosedürüne göre daha kolay takip edilebilir olduğundan, sağlık çalışanları dışındaki çalışanların Covid-19'a yakalanmalarının iş kazası olarak kabul edilmesi sigortalıların daha lehine olacaktır. **Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz**, s.240-241; **Arslan Durmuş**, s.387; **Elbir**, s.105.

verdiği nispeten yeni tarihli kararının⁶¹ Covid-19 hastalığı bakımından emsal teşkil etmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁶².

Ancak belirtelim ki, bir olayın iş kazası sayılması bakımından aranan unsurlar Covid-19'a yakalanmanın iş kazası olarak nitelendirilebilmesi için de mevcut olmalıdır. Bize göre, Kanunda öngörülen diğer koşulların da gerçekleşmesi durumunda sigortalının Covid-19 olması ve bu nedenle bedenen veya ruhen zarar görmesi, iş kazası olarak nitelendirilebilir. Kaldı ki, Kurumun ve Yargıtay'ın sigortalı lehine iş kazası kavramını genişletici şekildeki görüş ve yorumları da bu bakımdan dikkate alınmalıdır. İş kazasının kabulü için aranan unsurlardan sigortalının dıştan gelen, istenilmeyen ve zarar verici bir olay ile karşılaşması bakımından kanaatimizce virüs penetrasyonu yeterlidir. Kaza tanımının bir unsuru olan aniden gerçekleşme hususu bakımından ise Alman Hukukunda olduğu gibi "belirli bir mesai döneminde gerçekleşme" zamansal açıdan yeterli sayılmalıdır⁶³. Bu hukuk sisteminde de, yukarıda yer verildiği üzere, sağlık çalışanları ve belirli bazı meslek grupları bakımından Covid-19'un meslek hastalığı teşkil edebileceği kabul edilmekte, bu kişiler dışında kalan çalışanlar bakımından ise sigortalı faaliyet sonucunda Covid-19'a yakalanma hali iş kazası olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte ifade edelim ki, bu ülkede de başlangıçta Covid-19'a yakalanma iş kazası olarak kabul edilmemiş, genel bir tehlike durumu olarak nitelendirilmiş, sonrasında öğreti görüşleri doğrultusunda belirttiğimiz sonuca ulaşılmıştır⁶⁴.

İçinde bulunduğumuz pandemi sürecinde hastalığa yakalanmak çalışan veya çalışmayan herkes açısından mümkündür. Toplumda yaygın görülen bu

⁶¹ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2018/5018, K: 2019/2931, T: 15.04.2019, Çalışma ve Toplum, S: 64, 2020/1, s.521-524.

⁶² Arslan Durmuş, s.377, 390; Gülver, s.82; Elbir, s.111. Bunu isabetli bulmayan görüş için bkz. Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s. 236 vd.; Tugay, s.73-78.

⁶³ Alman Hukukunda iş kazası kavramı ve Covid-19'un iş kazası olarak nitelendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.259- 263, 275.

⁶⁴ Bununla birlikte, Alman öğretisinde bu dönemde de meslek hastalığının kabul edilmediği hallerde koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak iş kazasının kabul edilebileceği ileri sürülmekteydi. 22.06.2020 tarihli açıklaması ile DGUV tarafından da öğreti görüşleri doğrultusunda belirli koşulların varlığına bağlı olarak iş kazasının kabul edilebileceği duyurulmuştu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.258- 263.

hastalığa nerede yakalanıldığının ispatı ise oldukça zordur⁶⁵. Bu sorun sadece ülkemize özel olmayıp dünya genelinde dile getirilmekte, hastalığın kuluçka süresi nazara alındığında kişinin virüsü nerede ve ne zaman kapıtığının kesin olarak ispatının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁶⁶. İspat zorluğunu aşabilmek adına öğretide, hastalığın işyerinde veya işle ilgili süreçlerde bulaştığının mutlak bir biçimde ispatının aranmasının kanunun koruyucu çerçevesini daraltacağından bahisle sigortalının hastalığa işyerinde yakalanmasının özel hayatında yakalanmasına nazaran daha olası olduğu hallerde ilgili edimlerden yararlandırılması gerektiği savunulmuştur. Bu kapsamda, salgın sürecinde aktif olarak (evde çalışma, ücretli veya ücretsiz izin gibi uygulamalara gidilmeksizin) işyerlerinde çalışmaya devam eden sigortalıların hastalığı işyerinde veya işle ilgili süreçlerde kapıtığına dair bir kanaatin oluştuğu hallerde Kanunun sosyal güvenlik korumasını genişletmeyi amaçlayan 13. madde düzenlemesine uygun olarak kesin ispatın aranmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁷.

Covid-19'un yayılma hızının yüksek ve farklı yüzeylerde yaşama süresinin uzun olması, sigortalıya nerede ve ne şekilde virüs bulaştığının kesin olarak tespitini oldukça zorlaştırmakta, ispat bakımından ise çeşitli güçlüklerle karşılaşılmasını muhtemel kılmaktadır⁶⁸. Bununla birlikte ispat; Usul Hukukuna ilişkin bir husustur. İspat güçlüğü'nün tek başına sigortalının yararlanacağı sigorta kolunun belirlenmesi bakımından bir gerekçe teşkil edebileceğini düşünmediğimiz gibi maddi hukuka ilişkin bir vakayı tanımamayı gerektirdiğini de söyleyemeyiz. Nasıl ki, her Covid-19 hastalığını iş kazası olarak nitelendirmek isabetli değil ise sadece ispat noktasında karşılaşılması muhtemel zorluklar nedeniyle her Covid-19 hastalığını alelade bir hastalık olarak nitelendirmek de doğru olmayacaktır⁶⁹. Şunu da belirtmek gerekir ki, ispat güçlüğü yaşanabilecek haller karşısında karine olarak iş

⁶⁵ Korkusuz, s.690.

⁶⁶ Bevernaege, dn. 58.

⁶⁷ Baycık/Erdoğan, s.355, 361.

⁶⁸ Nitekim, Almanya'da Covid-19 kaynaklı 43.864 başvurudan 13.594'ü sigortalı faaliyet kapsamında değerlendirilmiştir. <https://www.dguv.de/medien/inhalt/mediencenter/hintergrund/covid/dguv_zahlen_covid.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

⁶⁹ Krş. Ekmekçi/Köme Akpulat/Akdeniz, s.243-244.

kazasının kabul edilebileceği durumlar da söz konusu olabilir. Hastalanan sigortalının endeks kişi kabul edilerek, temaslı diğer çalışanların karine olarak işyerinde enfekte olduğu kabul edilebilir. Çalışanların iş dışında da aynı ortamda kaldıkları, dışarıyla temaslarının bulunmadığı işyerleri bakımından işyerinde enfekte olunduğunun kabulü mümkündür. İşyerlerinin karantinaya alındığı, üretimin durdurulduğu haller bu kapsamda değerlendirilebilir. Filyasyon çalışmaları da tespit bakımından yardımcı olabilir⁷⁰. İliyet bağının kesilmesine yol açan hallerde ise iş kazasının bulunmadığı ve sigortalının koşulların varlığına bağlı olarak hastalık sigortasından yararlanabileceği kabul edilmelidir. Örneğin, sigortalının tatil amaçlı yurt içinde veya yurt dışında bulunduğu sırada ya da aile üyelerinden birinden bulaşması sonucu Covid-19'a yakalanması iş kazası değil, hastalık olarak nitelendirilecektir⁷¹.

Sonuç olarak kanaatimizce, söz konusu virüs ile enfekte olmanın ne iş kazası ne de meslek hastalığının unsurlarını taşıdığı hallerde ve bu gibi

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.275, 276.

Örneğin Almanya'da iş kazasının kabulü için bulaşıcı bir kişiyle ("endeks kişi") yoğun temasın kanıtlanabilir şekilde gerçekleşmiş olması ile bu temastan itibaren en geç iki hafta içinde hastalığın ortaya çıkması veya enfeksiyonun kanıtlanması aranmaktadır. Bununla birlikte, belirli bir endeks kişiyle yoğun bir temas olduğu tespit edilmediği ve fakat sigortalının yakın çalışma ortamında (örneğin bir şirket veya okul içinde) bariz şekilde çok sayıda bulaşıcı kişi bulunması vb. hallerde münferit durumlar da yeterli kabul edilmektedir. Bu bakımdan da yakın çalışma ortamındaki enfekte kişi sayısı, olağan kişisel temas sayısı, sigortalı ortam dışındaki enfekte kişi sayısının azlığı, ortamın havalandırma ve sıcaklığı vb. mekânsal koşullar belirleyici rol oynamaktadır. <https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeitsunfall/index.jsp> s.e.t. 10.04.2022.

⁷¹ **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.274-276.

durumlarla sınırlı olacak şekilde hastalık sigortasının⁷² devreye gireceği kabul edilmelidir⁷³. Sosyal devlet ilkesinin de gereği budur.

SONUÇ

Sigortalının Covid-19'a yakalanması, değişik sigorta kolları kapsamında değerlendirilebilecek bir husustur. Zira görülen işle bağlantısı olmaksızın bu hastalığa yakalanılması hastalık sigortası kapsamında değerlendirebilecekken, işin veya işyerinin yarattığı yüksek riskle birlikte ortaya çıktığı hallerde iş kazası veya meslek hastalığı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bunlardan iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolları, sosyal sigorta kolları içerisinde sigorta yardımlarına en kolay hak kazanılanları niteliğindedir⁷⁴. Ayrıca bu sigorta kolları kapsamında gündeme gelebilecek parasal yardımlar hastalık sigortası ile kıyas kabul etmeyecek düzeydedir⁷⁵.

Çalışmamızda değinilen özellikleri dikkate alındığında kanaatimizce, Covid-19 gerek iş kazası gerekse meslek hastalığı sigortasından yararlanma koşullarını sağlayabilecek niteliktedir. Genellikle iş kazası ile meslek hastalığını birbirinden ayırt etmekte kullanılan, meslek hastalıklarının

⁷² 5510 sK. md. 15/I hükmü gereğince hastalık; iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğe neden olan rahatsızlıklardır. Her ne kadar söz konusu tanım işçiler, işçi konumundaki kişilerden çirak, aday çirak, meslek ve yüksek öğretim öğrencileri (5510 sK. m. 5/I-b) ve yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileridir (5510 sK. m. 5/I-g) ile bağımsız çalışanlar için geçerli olacak biçimde yapılmış olsa da 5510 sK. md. 18'de hastalık halinde geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanacaklar arasında md. 4/I-b'lilere yer verilmemiştir. Hastalık sigortası dahilinde sağlanan tek parasal edim geçici iş göremezlik ödeneği olduğundan, bağımsız çalışanlar fiilen bu sigorta kolunun kapsamı dışında kalmışlardır.

⁷³ Sağlık çalışanları dışında diğer tüm çalışanların Covid-19 hastalığına yakalanmalarının iş kazası veya meslek hastalığı olarak tanımlanmasının mümkün olmadığı, hastalık olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşünde bkz. **Korkusuz**, s.683, 689, 690. Covid-19'un 5510 sK. md. 13 hükmünde sayılan hallerde bulaştığının ispat edilemediği tüm durumlarda hastalık sigortası hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünde bkz. **Centel**, s.246.

⁷⁴ **Gülver**, s.87.

⁷⁵ **Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s.288-290. Aynı yönde bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, s.413-414; **Baycık/Erdoğan**, s.353.

belirli bir süre maruz kalma ve daha uzun bir sürede ortaya çıkma nitelikleri her durumda mutlak sonuç vermemektedir. Covid-19 ve benzeri bulaşıcı hastalıklar bakımından bu iki sigorta kolu arasında mutlak bir ayırım yapmanın güçlüğü de ortadadır. Zira bulaşıcı hastalıklar tekrarlanan nedenlere bağlı olmaksızın veya uzun süreli maruziyet gerçekleşmeksizin ortaya çıkabilmektedir. ILO tarafından da görülen işle bağlantılı olarak ortaya çıkan Covid-19 hallerinin iş kazası veya meslek hastalığı olarak kabul edilmesi tavsiye edilmektedir. Farklı ülke uygulamalarında Covid-19'un meslek hastalığı veya iş kazası olarak nitelendirildiği yahut her ikisi kapsamında değerlendirildiği örnekler mevcuttur. Bize göre bu gibi birden fazla sigorta kolundan yararlanmanın mümkün olabileceği hallerde tercih sigortalı lehine yapılmalıdır.

5510 sK.'un 14. maddesinde meslek hastalığının tanımında yer verilen unsurlar Covid-19'un bir meslek hastalığı olarak tanınmasına uygundur. Bununla birlikte meslek hastalıklarında hastalıkla görülen iş arasında bir nedensellik aranmaktadır. Bu da tüm çalışanlar bakımından mümkün olmayacaktır. Ancak sağlık çalışanları bakımından meslek nedeniyle yüksek maruziyet riski de ortadadır. Bu nedenle bize göre, sağlık çalışanları bakımından meslek hastalığı (vazife malullüğü) olarak kabul edilmeli ve buna ilişkin gerekli hukuki düzenleme gerçekleştirilmelidir. Böylece sağlık çalışanları bakımından 5510 sK.'un 13. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı gerekmeyeceğinden, sigortalı lehine tercihte bulunmuş olacaktır. Bu bakımından tüm sağlık çalışanlarını ve işyerlerini kapsar bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Belirttiğimiz üzere, meslek hastalıkları doğası gereği belirli mesleklerde çalışan sigortalılar bakımından kabul edilmektedir. Bununla birlikte, işyerinde veya işle bağlantılı olarak Covid-19'a yakalanmanın sadece hastalık sigortası kapsamında değerlendirilmesi de isabetli olmayacaktır. Covid-19'un meslek hastalığının yanı sıra iş kazasına ilişkin koşulları da sağlayabileceği dikkate alınarak, sağlık çalışanları dışında kalan sigortalılar bakımından iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bununla birlikte belirtelim ki, her ne

kadar ispat güçlükleri söz konusu olacaksa da kanun koyucunun iş kazası bakımından aradığı koşulların Covid-19 bakımından da aranması gerektiği görüşündeyiz. Ancak iş kazası veya meslek hastalığına ilişkin koşulların gerçekleşmediği haller ile sınırlı olarak hastalık sigortasından yararlanılabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akdeniz, Ayşe Ledün** (2015) Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine, 1. Baskı, İstanbul, Beta.
- Alper, Yusuf** (2020) Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 11. Baskı, Bursa, Dora.
- Alper, Yusuf/Kılıç, İlknur** (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 6. Baskı, Bursa, Dora.
- Arslan Durmuş, Seda** (2020) “COVID-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 78, S: 2, s.363-393.
- Aydın, Ufuk** (2020) “Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 6, S: 2, s.181-214.
- Bahadır, Alican/Nesanır, Nasır** (2021) “Pandemide Sağlık Çalışanı Ölümleri”, Türk Tabipleri Birliği Covid-19 Pandemisi 18 Ay Değerlendirme Raporu, <https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/ttb_covid_18ay_rapor.pdf> s.e.t. 10.04.2022.
- Balcı, Mesut** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Balcı, Mesut** (2020) “Covid-19’un İş Güvenliği Yönünden Hukuki Nitelendirmesi”, Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi Online Eğitim Programları, <Covid-19’un İş Güvenliği Yönünden Hukuki Nitelendirmesi - YouTube> s.e.t. 10.04.2022.
- Başmanay, Yasemin** (2013) “İş Kazası ve Meslek Hastalığında Manevi Tazminat”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C: 10, S: 40, s.37-65.
- Baycık, Gaye/Erdoğan, Çağla** (2021) “Covid-19 Hastalığının Sosyal Sigortalar Hukuku ve Bireysel İş Hukuku Açısından İş Kazası ve/veya Meslek Hastalığı Niteliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 1, s.346-362.

- Bevernaege, Ellen** “Une contamination par le COVID-19 peut-elle être un accident du travail ou une maladie professionnelle?”, <<https://www.attentia.be/fr/blog/une-contamination-par-le-covid-19-peut-elle-etre-un-accident-du-travail-ou-une-maladie>> s.e.t. 10.04.2022.
- Centel, Tankut** (2021) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Çetin, Emrah** (2021) Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi (Covid-19 Pandemisiyle), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Ekmekçi, Ömer/Köme Akpulat, Ayşe/Akdeniz, Ayşe Ledün** (2021) İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Elbir, Nazlı** (2021) “Çalışanların Covid-19 Hastalığına Yakalanmalarının Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Sonuçları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVIII, S: 1, s.67-116.
- Gülver, Ender** (2021) “İşçinin Koronavirüse Yakalanması Sebebiyle Uygulanacak Sosyal Sigorta Kolu İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası mı, Hastalık Sigortası mı Muamması”: Sur, Melda/Kasapoğlu Turhan, Mine (Editörler), Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, 10-11 Aralık 2020, Online.
- ILO** (2002) R194 List of Occupational Diseases Recommendation Annex, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--safework/documents/meetingdocument/wcms_116841.pdf> s.e.t. 10.04.2022.
- ILO** (2020) ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) – Version 2.1, <https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739937/lang--en/index.htm> s.e.t. 10.04.2022.
- ILO** (2021) ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) – Version 3.0, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_780445.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

- İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü**, İşyerlerinde Yeni Tip Koronavirüsten Korunma Tedbirleri, <https://www.csgeb.gov.tr/media/43191/covid-19_onlemler_19042020_2318.pdf> s.e.t. 10.04.2022.
- Koh, David** (2020) "Occupational Risks For COVID-19 Infection", *Occupational Medicine*, V: 70, I: 1, p.3-5.
- Koh, David/Goh, Hui Poh** (2020) "Occupational health responses to COVID-19: What lessons can we learn from SARS?", *Journal of Occupational Health*, V: 62, I: 1, <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/1348-9585.12128>> s.e.t. 10.04.2022.
- Kol, Emre/Topgöl, Seda** (2021) "COVID-19 Pandemisinin Sağlık Çalışanları Açısından İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi", *Enderun Dergisi*, C: 5, S: 2, s.165-195.
- Korkusuz, Ammar Yasir** (2020) "Çalışma Hayatında Covid-19 Pandemisine Maruz Kalanların Sosyal Güvenlik Açısından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C: 22, S: 2, s.673-693.
- Narter, Sami/Şimşek, Cebrail** (2020) "Sağlık Çalışanları İçin Covid-19 Hastalığı İş Kazası veya Meslek Hastalığı mıdır?", *Karatahta İş Yazıları Dergisi*, S: 16, s.139-170.
- Rajan, Selina/Khunti, Kamlesh/Alwan, Nisreen/Steves, Claire/Greenhalgh, Trish/MacDermott, Nathalie/Sagan, Anna/McKee, Martin** (2021) *Policy Brief 39 In the wake of the pandemic Preparing for Long COVID*, <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/339629/Policy-brief-39-1997-8073-eng.pdf>> s.e.t. 10.04.2022.
- Ricke, Wolfgang** (2021) *Kommentar Sozialversicherungsrecht*, Körner, Anne/Leitherer, Stephan/ Mutschler, Bernd/ Rolfs, Christian (Hrsg.), 117. Auflage, München, C. H. BECK.
- Savaş Kutsal, F. Burcu/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2021) "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Covid-19 Pandemisinin Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri", Şenocak, Kemal (Editör), *COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.

- Schlegel, Rainer/Mießling, Miriam/Bockholdt, Frank** (2020) COVID-19-Corona-Gesetzgebung-Gesundheit und Soziales, 1. Auflage, München, C. H. BECK.
- Sözer, Ali Nazım** (2021) Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta.
- Subaşı, İbrahim** (2020) “Küresel Covid-19 Salgını’nın Türk Bireysel İş Hukukuna Etkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 9, s.127-194.
- Tugay, Mustafa** (2020) Koronavirüs Pandemisinin Sosyal Sigorta ve Tazminat Haklarına Etkisi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21 inci bası, İstanbul, Beta.
- Türk Tabipleri Birliği Halk Sağlığı Kolu** (2021) “Temaslı Takibi, Filyasyon ve Evde Hasta İzlemi”, Türk Tabipleri Birliği Covid-19 Pandemisi 18 Ay Değerlendirme Raporu, <https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/ttb_covid_18ay_rapor.pdf> s.e.t. 10.04.2022.
- Uludüz, Derya**, “Sonunda Covid-19 meslek hastalığı olarak kabul edildi”, <<https://www.cnnturk.com/yazarlar/guncel/prof-dr-derya-uluduz/sonunda-covid-19-meslek-hastaligi-olarak-kabul-edildi>> s.e.t. 10.04.2022.
- World Health Organization Health Workforce Department** (2021) The impact of COVID-19 on health and care workers: a closer look at deaths, Working paper 1, <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/345300/WHO-HWF-WorkingPaper-2021.1-eng.pdf>> s.e.t. 10.04.2022.

İnternet Sayfaları

<<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66935/genel-koronavirus-tablosu.html>> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://covid19.who.int/>> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://sgk360.com/2020/12/14/danistay-covid-19un-meslek-hastaligi-sayilmamasina-onay-verdi-mi/>> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://siyahkurdele.com/>> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://www.a3haber.com/2021/01/02/yuksek-saglik-kurulu-covid-19-meslek-hastaligidir-karari-verdi-peki-asil-yetki-sahibi-sgk-ne-yapacak/>> s.e.t. 10.04.2022.

<https://www.altenheim.net/artikel/2022/02/18_bgw_long_covid> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://www.ameli.fr/entreprise/actualites/lessentiel-2020-les-chiffres-des-accidents-du-travail-et-maladies-professionnelles>> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://www.aso.org.tr/wp-content/uploads/2020/05/SGK-Genelgesi.pdf>> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://www.bariserdem.com/pdf/169779.pdf>> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://www.bgw-online.de/covid-reha>> s.e.t. 10.04.2022.

<https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeitsunfall/index.jsp> s.e.t. 10.04.2022.

<[https://www.dguv.de/de/mediencenter/pm/pressemitteilung_447886.jsp#:~:text=Berufsgenossenschaften%20und%20Unfallkassen%20haben%20s eit, Unfallversicherung%20\(DGUV\)%2C%20mit](https://www.dguv.de/de/mediencenter/pm/pressemitteilung_447886.jsp#:~:text=Berufsgenossenschaften%20und%20Unfallkassen%20haben%20s eit, Unfallversicherung%20(DGUV)%2C%20mit)> s.e.t. 10.04.2022.

<https://www.dguv.de/medien/inhalt/mediencenter/hintergrund/covid/dguv_zahlen_covid.pdf> s.e.t. 10.04.2022.

<<https://www.federalregister.gov/documents/2021/06/21/2021-12428/occupational-exposure-to-covid-19-emergency-temporary-standard>> s.e.t. 10.04.2022.

- <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_837406/lang--en/index.htm> s.e.t. 10.04.2022.
- <https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_739937/lang--en/index.htm> s.e.t. 10.04.2022.
- <https://www.ilo.org/wcm5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_741360.pdf> s.e.t. 10.04.2022.
- <<http://www.izmirtabip.org.tr/news/4997>> s.e.t. 10.04.2022.
- <https://www.saglikaktuel.com/d/file/covid-19-nedeniyle-v_ustyazi_d4d8b9f8-512a-42b6-a433-6347d7984576.pdf> s.e.t. 10.04.2022.
- <<https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/ak-oegb-fordern-anerkennung-von-corona-als-berufskrankheit-116441431>> s.e.t. 10.04.2022.
- <<https://www.statista.com/statistics/1110950/coronavirus-covid-19-cases-among-medical-staff-italy-as-of-april/>> s.e.t. 10.04.2022.
- <<https://www.tipdunyasi.dr.tr/2021/05/saglik-calisanlarinda-covid-19-maruziyeti-bir-meslek-hastaligidir/>> s.e.t. 10.04.2022.
- <<https://www.tuc.org.uk/news/tuc-calls-long-covid-be-urgently-recognised-disability-prevent-massive-discrimination>> s.e.t. 10.04.2022.
- <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-rights-roles-respon-hw-covid-19.pdf>> s.e.t. 10.04.2022.

PAYLARI BORSADA İŞLEM GÖREN ORTAKLIKLARIN SERMAYE PİYASASI KURULUNUN BASIN DUYURULARI KAPSAMINDA KENDİ PAYLARINI EDİNMELERİ*

Dr. Damla Gül TARHAN**

ÖZET

Payları borsada işlem gören ortaklıkların kendi paylarını edinmelerine ilişkin kurallar sermaye piyasası mevzuatında belirlenmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinde tanınan yetkiyi kullanarak II-22.1 Geri Alınan Paylar Tebliği'ni yayımlamıştır. Ayrıca Kurul, 2016 yılında kurumsal internet sayfasında yaptığı iki adet basın duyurusu ile payları borsada işlem gören ortaklıkların tercih edebileceği, ikincil mevzuat hükümlerindeki düzenlemelerden bir kısmının uygulanmadığı, daha fazla serbesti içeren bir kendi payını edinme sistemini benimsemiştir. 2020 yılında pandemi nedeniyle alınan tedbirler kapsamında, 2016 yılındaki basın duyuruları ile şekillendirilen kendi payını edinme sisteminin yürürlükte olduğu da ortaklıklara hatırlatılmıştır.

Sermaye Piyasası Kurulunun ikincil mevzuat hükümlerindeki kendi payını edinme sistemine alternatif ve daha fazla serbesti içeren bir sistemi basın duyuruları ile getirmesi, düzenleme yetkisinin kullanıldığı düzenleme türüne ilişkin tercihin uygunluğu ve kendi payını edinmenin serbestleştirilmesinin konuya ilişkin sistemin bütünü içerisindeki yeri açılarından eleştiriye açıktır. Bu makalede payları borsada işlem gören ortaklıkların kendi paylarını edinmelerine ilişkin güncel sistemin ortaya konulması amaçlanmış olup öncelikle konuya ilişkin pozitif hukuk kuralları belirlendikten sonra basın duyurularının içeriği ortaya konulacaktır. Daha sonra, Kurulun basın duyuruları ile payları borsada işlem gören ortaklıklar için kendi payını edinme kuralları açısından getirdiği alternatif ve daha fazla serbesti içeren sistem, Kurulun düzenleme yapma yetkileri ve duyurunun içeriğinin kendi payını edinme uygulamasına etkileri açılarından değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: payları borsada işlem gören ortaklıklar, kendi payını edinme, Sermaye Piyasası Kurulu, basın duyurusu, genişletilmiş serbesti.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1103979 – Geliş Tarihi: 15.04.2022 – Kabul Tarihi: 22.06.2022.

** Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Bütçe ve Finansal Raporlama Genel Müdürlüğü Vergi Uygulamaları Müdürlüğü Uzman Yardımcısı, damlagul@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1905-6392.

**ACQUISITION OF OWN SHARES BY CORPORATIONS WHOSE
SHARES ARE TRADED ON THE STOCK EXCHANGE WITHIN THE
FRAMEWORK SHAPED BY PRESS ANNOUNCEMENTS OF CAPITAL
MARKETS BOARD**

ABSTRACT

The rules for acquisition of own shares by corporations whose shares traded on the stock exchange are specified in capital markets law. Capital Markets Board has enacted II-22.1 Communiqué On Buy-Backed Shares by exercising the power recognised in the Article 22 of Capital Markets Law with the code number 6362. Besides, the Board has adopted two public announcements which render buy-backs applicable in a wider scope for corporations whose shares traded on the stock exchange as an alternative way to buy-backs programs. In 2020, within the measures with respect to capital markets in response to the Covid-19 Outbreak, it is remembered that Board's public announcements made in 2016 are still in force.

Specifying an alternative system for existing legal framework for buy-backs by rendering particular provisions non-applicable in secondary legislation via public announcements is controversial in terms of the preference regarding the type of regulation and the place of liberalization of buy-backs of corporations whose shares traded on the stock exchange within the system as a whole. In this article, it is aimed to examine the current system regarding the acquisition of own shares by corporations whose shares traded on the stock exchange. The content of the press announcements will be revealed after the positive legal rules on the subject are determined first. After that, the alternative and more liberal system brought by the Board via press announcements and the rules for acquisition of own shares for corporations whose shares are traded on the stock exchange will be evaluated in terms of the Board's regulatory powers and effects of the content of the announcements on the practice of buy-backs.

Keywords: corporations whose shares traded on the stock exchange, acquisition of own shares, Capital Markets Board, public announcements, expanded freedom.

GİRİŞ

Anonim ortaklıkların kendi paylarını geri almaları, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK) ile sermayenin yüzde onu ile sınırlı olması, ayrıca yetki ile edinimin karşılanacağı malvarlığı değerlerine ilişkin koşullara uyulması şartıyla olanaklı hale getirilmiştir. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından ise, bu ortaklıkların kendi paylarını Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) tarafından belirlenen şartlar dâhilinde satın alabilecekleri 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu² (SPK) 22 hükmünde belirlenmiştir. Halka açık anonim ortaklıkların kendi paylarını geri almalarına ilişkin uygulamanın detayları, II-22.1 sayılı Geri Alınan Paylar Tebliği'nde³ (GAP Tebliği) düzenlenmiştir.

Kendi payını edinmeye ilişkin ikincil mevzuat hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemde, payları borsada işlem gören ortaklıkların kendi paylarını edinmelerine ilişkin uygulamanın, Kurulun yayımladığı duyurular ile de yönlendirildiği tespit edilmektedir. Kurul tarafından piyasaların sağlıklı şekilde işlemlerini temin etme amacı kapsamında 21 Temmuz 2016 ve 25 Temmuz 2016 tarihlerinde iki adet basın duyurusu gerçekleştirilmiştir. Daha sonra, 2020 yılında yaşanan Codiv-19 pandemisi nedeniyle piyasaların sağlıklı şekilde işlemlerini temin etme ihtiyacının tekrar doğması nedeniyle gerçekleştirilen 19 Mart 2020 tarihli Kurul toplantısı sonrasında yapılan duyuruda da payları borsada işlem gören ortaklıkların paylarını geri almalarına ilişkin 2016 yılındaki iki duyurunun yürürlükte olduğu kamuoyuna hatırlatılmıştır. Dolayısıyla payları borsada işlem gören ortaklıklar kendi paylarını GAP Tebliği'ni uygulamak suretiyle satın alabilecekleri gibi, 2016 yılındaki duyurularda yapılandırılan daha serbest sisteme uygun şekilde bu metinlerdeki koşullara uymak suretiyle de alım yapabileceklerdir.

Sermaye piyasası açısından düzenleme ve denetleme yetkisi ile donatılmış olan Kurulun yetkileri SPK 128.1 hükmünde sayılmış, Kurulun bu yetkilerini düzenleyici işlemler tesis ederek veya özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı SPK 128.2 hükmünde ifade edilmiştir. Yine SPK'nın farklı hükümlerinde Kurulun konuya ilişkin yetkileri ile belirleyeceği usul ve esaslara

¹ RG, 14.02.2014, S. 28846.

² RG, 30.12.2012, S. 28513.

³ RG, 03.01.2014, S. 28871.

yer verilmiştir. Payları borsada işlem gören ortaklıkların kendi paylarını edinmelerine ilişkin olarak Kurul tarafından yayımlanan “basın duyurusu”, idarenin düzenleme yetkisinin kullanılması niteliğindedir.

Kurulun sermaye piyasası mevzuatında kendi payını edinmenin düzenlenmediği ve ayrıca TTK'nın yayımlanmakla birlikte ilgili hükümlerin henüz yürürlüğe girmediği, dolayısıyla kendi payını edinmenin bazı istisnai durumlar dışında yasak olduğu 6762 sayılı mülga TTK⁴daki sistemin yürürlükte olduğu dönemde verdiği ilke kararları⁵ ile öncelikle yatırım ortaklıkları ve aracı kurumlar için kendi payını edinmeye ilişkin kuralları belirlediği ve ardından payları borsada işlem gören ortaklıkların tümü için usul ve esasları düzenlediği tespit edilmektedir.

Sermaye piyasası mevzuatı açısından kendi payını edinme, kanuni düzeyde hükme bağlanan ve ikincil mevzuat hükümleriyle usul ve esasları belirlenen bir kurum olmakla beraber, günümüzde konuya ilişkin uygulama detaylarının ikincil mevzuatın yanı sıra Kurul tarafından yapılan basın duyurularıyla yönlendirilmesi, konunun uygulamasının gelişimine geniş çerçeveden bakıldığında dikkat çekmektedir. Bu makalede, Kurulun payları borsada işlem ortaklıkların kendi paylarını edinmelerine ilişkin 2016 yılında gerçekleştirdiği duyurular ile şekillendirdiği sistem incelenecektir. Bu kapsamda kendi payını edinmeye ilişkin kuralların SPK ve TTK temelinde kısaca incelenmesinin ardından, konuya ilişkin basın duyuruları ile benimsenen sistem ele alınacak ve duyurularda benimsenen serbestinin, sermaye piyasası mevzuatındaki kendi payını edinme kuralları içerisindeki konumu değerlendirilecektir.

⁴ RG, 09.07.1956, S. 9353.

⁵ **Sermaye Piyasası Kurulu**, 1 Eylül 2009 Tarih ve 27/748 Sayılı İlke Kararı, 2009/29 sayılı Kurul Bülteni, <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2009&no=39>> s.e.t. 13.04.2022; **Sermaye Piyasası Kurulu**, 10 Ağustos 2011 Tarih ve 26/767 Sayılı İlke Kararı, 2011/32 sayılı Kurul Bülteni, <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2011&no=3210>> s.e.t. 13.04.2022.

I. POZİTİF HUKUK KURALLARI

A. GENEL OLARAK

Payları borsada işlem gören ortaklıkların kendi paylarını edinmeleri açısından SPK ve SPK'ya dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuat hükümleri uygulama alanı bulmakta; bunlarda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanmaktadır (SPK 2.2). Dolayısıyla bu ortaklıklar açısından, anonim ortaklıkların kendi payını edinmelerine ilişkin TTK hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilmektedir.

TTK 397.5 hükmünde Kurulun yetkileri şeffaflık ilkeleri ile fiyata ilişkin kurallar yönünden gerekli düzenlemelerin yapılması olarak belirlenmekle birlikte SPK 22.1 hükmünde Kurula halka açık ortaklıkların kendi paylarını satın ve rehin almasına ilişkin şartlara, işlem sınırlarına, geri alınan payların elden çıkarılması veya itfası ve bu hususların kamuya açıklanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi verilmiştir⁶. Kurul bu yetki çerçevesinde GAP Tebliği'ni yayımlanmıştır.

B. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDAKİ HÜKÜMLER VE GERİ ALINAN PAYLAR TEBLİĞİ

SPK 22'de halka açık ortaklıkların, kendi paylarını Kurul tarafından belirlenen şartlar çerçevesinde satın alabileceği belirlenmiştir. Bu kapsamda GAP Tebliği'nde, halka açıklık ve payların borsada işlem görmesi ile bağlantılı olarak TTK'da öngörülen kendi payını iktisaba ilişkin sistemden belirli noktalarda farklılaşan ancak geneli itibarıyla paralel bir sistem kabul edilmiştir.

Halka açık anonim ortaklıklarda geri alım programı kapsamında genel kurul tarafından yetkilendirilen yönetim kurulu, daha önceki alımlar dâhil ödenmiş veya çıkarılmış sermayenin yüzde onunu⁷ aşmayacak şekilde ortaklığın kendi payını satın alabilmektedir. Ayrıca payların edinileceği

⁶ TTK 397.5 hükmünde Kurula dar çerçevede verilen yetkinin SPK 22 hükmüyle değiştirildiği yönünde bkz. **Karacan, Ali İhsan/ Erişir Karacan, Esra** (2015) Halka Açık Şirketlerin Kendi Paylarını Geri Alımı, İstanbul, Legal, s. 104.

⁷ Sabit sermayeli menkul kıymet yatırım ortaklıkları için oransal sınırlandırma farklı belirlenmiştir. Bkz. GAP Tebliği 15.2.

malvarlığı değerleri de belirlenmiştir. GAP Tebliği 9.3 hükmü uyarınca geri alınan payların toplam bedeli, Kurul düzenlemeleri çerçevesinde kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynakların toplam tutarını aşamaz. Böylece TTK 379.3 hükmüne benzer şekilde dolaylı olarak edinimin gerçekleştirileceği ortaklık kaynakları işaret edilmektedir⁸. Ayrıca, ortaklık tarafından Tebliğ'de payları borsada işlem gören (GAP Tebliği 12) ve görmeyen ortaklıklar (GAP Tebliği 13) için ayrı ayrı belirlenen kamuyu aydınlatma yükümlülüklerine de uyulmalıdır.

Payları borsada işlem gören ortaklıkların sadece borsada işlem gören payları geri alınabilmekte (GAP Tebliği 9.2) ve bu ortaklıklar yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak amacıyla genel kurulun yetkilendirmeye ilişkin kararı olmadan yönetim kurulu kararıyla da kamuyu aydınlatmaya ilişkin yükümlülükler uymak şartıyla geri alım yapabilmektedir (GAP Tebliği 5.4). GAP Tebliği 5.5 hükmü uyarınca ortaklık paylarının günlük ağırlıklı ortalama fiyatının yönetim kurulu karar tarihinden önceki son bir ayda, payın itibari değerinin altında seyretmesi veya yüzde yirmi oranının üzerinde değer kaybetmesi halinde veya GAP Tebliği 5.6 hükmü kapsamında Kurulun onayının alındığı diğer hallerde yakın ve ciddi kayıptan kaçınmak amacıyla yönetim kurulunun yetkilendirilmesi gerekliliğine ilişkin istisna uygulanabilmektedir.

Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklarda payların geri alımı, ortaklık genel kurulu tarafından onaylanmış geri alım programı çerçevesinde ortaklığın kendisi veya paylarını satın alacak bağlı ortaklığı tarafından yönetim kurulu kararıyla ortaklara yapılacak gönüllü pay alım teklifi suretiyle gerçekleştirilmektedir (GAP Tebliği 6.2). Sürecin tüm pay sahipleri için adil ve şeffaf şekilde yürütülmesini temin etme amacı kapsamında değerlendirme ve ilana ilişkin gereklilikler, GAP Tebliği 6 hükmünde belirlenmiştir.

Tebliğ'de payları borsada işlem gören ortaklıklar bakımından belirlenen koşullara uyulması halinde (GAP Tebliği 14.1) gerçekleştirilen alımların bilgi

⁸ Ortaklığın pay sahiplerine dağıtmasının mümkün olmadığı kaynakları kullanmak suretiyle paylarını iktisap etmesi önlenmektedir, **Manavgat, Çağlar** (2016) Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 529.

suistimali veya piyasa dolandırıcılığı olarak değerlendirilmeyeceği hüküm altına alınmaktadır. GAP Tebliği 15 hükmünde pay geri alımları açısından işlem esasları belirlenmekte; 16 hükmünde, TTK 382 hükmüne benzer şekilde kendi payını edinmeye ilişkin kuralların istisnaları düzenlenmektedir.

Geri alınan paylara ilişkin pay sahipliği haklarının durumu ise GAP Tebliği 18 hükmünde belirlenmiştir. Buna göre, ortaklıkların geri alınan paylardan kaynaklanan bedelsiz paylara ilişkin hakları saklı olup geri alınan paylar ortaklık genel kurullarında toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz ve kâr payı ve yeni pay alma hakkı hariç hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Geri alınan paylara ilişkin yeni pay alma hakları, pazar açılması koşuluyla süresi içinde ortaklık tarafından ilgili pazarda satılır. Ayrı tutulan haklar dışındaki pay sahipliği hakları örneğin oy hakkı ortaklığın kendi payını elde tuttuğu sürece donmaktadır. Hakların donması sonucu, bağlı ortaklıkların satın aldığı ana ortaklığın paylarına ait oy hakları ile buna bağlı diğer haklar için de uygulanmaktadır. İlgili payların üçüncü kişilere devri ile birlikte donma sonucu sona ermekte, pay sahipliği hakları kendiliğinden aktif olmaktadır.

Geri alınan payların elden çıkarılması veya itfasına ilişkin gereklilikler, GAP Tebliği 19 hükmünde belirlenmiştir. Bu kapsamda Tebliğ'de öngörülen kurallara uygun olarak satın alınan paylar süresiz olarak elde tutulabilir. Tebliğ hükümlerine aykırı olarak alınan paylar ise, geri alım tarihinden itibaren en geç bir yıl (GAP Tebliği 19.2); GAP Tebliği 16 hükmünde sayılan, istisnalardan a bendi hariç olmak üzere geri alınan paylardan ortaklığın ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşan kısmı, herhangi bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her halde elde edilmelerinden itibaren üç yıl içinde (GAP Tebliği 19.3) elden çıkarılmalıdır. Bu payların elden çıkarılmaması halinde sermayenin azaltılması suretiyle itfa edilmesi gerekmektedir.

2499 sayılı mülga SPK'da⁹, halka açık anonim ortaklıkların kendi paylarını geri almaları veya rehin olarak kabul etmelerine olanak veren hükümler bulunmamaktaydı. Dolayısıyla mülga SPK yürürlükteyken genel hüküm olarak TTK hükümleri uygulama alanı bulmaktaydı. Bu dönemde

⁹ RG, 30.07.1981, S.17416.

yürürlükte olan mülga TTK 329 hükmünde anonim ortaklığın kendi payını edinmesi kural olarak yasaklanmış ve sayılan istisnai hallerde anonim ortaklıkların kendi payını edinmesine izin verilmişti. Yasağın emredici olduğu ve hükümde öngörülen istisnaların kapsamının genişletilemeyeceği öğretide ifade edilmektedir¹⁰. Yasaklayıcı yaklaşım kapsamında, ortaklıkların kendi paylarını elde etmek suretiyle borsada tehlikeli oyunlara girmesinin önlenmesi, pay sahiplerinin borsadaki kayıplardan korunması, yönetim kurulunun gerekli çoğunluğa sahip olmadan ortaklığın paylarını yavru ortaklığa aldırarak hâkimiyet kurmasına izin verilmemesinin amaçlandığı kabul edilmektedir¹¹. Ortaklığın kendi paylarını edinmesini yasaklayan sistemde benimsenen istisnalardan biri olan TTK 329.1.4 hükmüne göre, payların edinilmesi esas sözleşmeye göre ortaklık konusuna giren işlemlerden ise ortaklıklar kendi payını edinebilmektedirler. Bu kapsamda aracı kurum ve yatırım ortaklıkları tarafından, faaliyet konuları kapsamında yer alması nedeniyle kendi paylarına ilişkin alım satım işlemleri¹² gerçekleştirilebilmektedir.

C. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ HÜKÜMLER

TTK'da kendi payını edinmeye ilişkin 379-389 hükümlerinde anonim ortaklıklara sermayesinin yüzde onunu aşmamak kaydıyla kendi payını ivazlı olarak iktisap etme olanağı tanınmaktadır¹³. İlgili hükümlerle, 6762 sayılı mülga

¹⁰ **Özdamar, Mehmet** (2005) Anonim Ortaklıkların Kendi Payını İktisap Etmesi, Ankara, Yetkin, s. 148; **Karacan/ Erişir Karacan**, s. 101.

¹¹ **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin** (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul, Vedat, Nr. 833 s. 652.

¹² Mülga TTK 329.1.4 hükmündeki istisnanın uygulanabilmesi için, ortaklığın hisse senedi alım satımı yapmasının faaliyet konusuna girmesinin yeterli olmayıp, ortaklığın kendi paylarını devralmasının, faaliyet konusuna girmesi gerektiği yönünde bkz. **Manavgat, Çağlar** (2013) "Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesinde 'Menkul Kıymetler Şirketi'nin Anlamı ve İstisnanın Değerlendirilmesi", Erdal ONAR'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 1138- 1139.

¹³ Payların iktisabı veya rehin alınmasının kabulü, AB mevzuatı kapsamındaki 77/91/EEC sayılı 2. Direktif'te benimsenmiş ve daha sonra bu Direktif'i yürürlükten kaldıran 2012/30/EU Direktifi'nde de sürdürülmüştür. Sistemin AB içerisindeki gelişimine ilişkin olarak bkz. **Karacan/ Erişir Karacan**, s. 52- 57; **Türk, Ahmet** (2016) Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını

TTK'ya kıyasen iktisap yasağı yumuşatılmakta¹⁴; Avrupa Birliği'ndeki (AB) anlayış değişimine paralel ve eski düzenleme ile karşılaştırılmayacak kadar esnek bir sistem benimsenmektedir¹⁵.

Anonim ortaklıkların kendi payını iktisabı, yönetim kurulunun yetkilendirilmesi şartına bağlanmış (TTK 379.2) ve edinimin gerçekleştirileceği ortaklık kaynakları (TTK 379.3) sınırlandırılmıştır¹⁶. Yakın ve ciddi kaybın bulunması halinde yönetim kurulunun yetkilendirilmesi şartına TTK 381 hükmünde istisna getirilmiştir. TTK 382 hükmünde de ortaklığın TTK 379 hükmü ile bağlı olmaksızın, bir başka deyişle kendi payını edinmeye ilişkin oransal sınırlama, yönetim kurulunun yetkilendirilmesi ve edinimin gerçekleştirileceği ortaklık kaynaklarına ilişkin koşullara uymaksızın kendi payını iktisap edebileceği haller "İstisnalar" başlığı ile düzenlenmiştir.

Anonim ortaklığın TTK 379 ve 381 hükmündeki ilgili koşullara uygun şekilde iktisap ettiği paylarının sermayesinin yüzde onuna kadar olan kısmının elden çıkarılması gerekmemekle birlikte; oransal sınırlama, yetkilendirme ve kaynaklara ilişkin koşullara aykırı şekilde edinilen paylar, TTK 385.1 hükmü kapsamında iktisap tarihinden itibaren en geç altı ay içinde elden çıkarılmalıdır. Ayrıca, TTK 382.1 hükmündeki istisnalardan b, c ve d bentleri uyarınca edinilen paylardan ortaklığın esas veya ödenmiş sermayesinin yüzde onunu aşanlar ise, TTK 384 hükmü uyarınca, ortaklık için bir kayba yol açmadan devirleri mümkün olur olmaz ve her halde iktisap tarihinden itibaren en geç üç

Edinmesi, Ankara, Adalet, s. 46- 54. AB mevzuatındaki güncel hüküm, 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku'nun Çeşitli Yönlerine İlişkin Direktif'in 60 hükmüdür.

¹⁴ **Kendigelen, Abuzer** (2016) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha, s. 271.

¹⁵ TBMM, Yasama Dönemi:23, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Nr. 123 s. 43. AB Yönergesi kapsamında üye ülkelerin asgari yüzde on olmak üzere daha yüksek oranda iktisaba izin vermesi olanaklı olmakla birlikte bu derece serbest bir rejimin TTK'da benimsenmediği yönünde bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Nr. 838a p. 656. Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. **Kendigelen**, s. 275.

¹⁶ İktisap edilecek payların bedelleri düştükten sonra, kalan şirket net aktif, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamı kadar olmalıdır. Ayrıca TTK 520.1 hükmü uyarınca iktisap edilen pay tutarında yedek akçe ayrılması gerekmektedir. Payların devredilmeleri veya itfa edilmeleri halinde iktisap değerlerini karşılayan tutarda serbest akçe çözülmektedir.

yıl içinde elden çıkarılmalıdır. TTK 384 ve TTK 385 hükümleri kapsamında elden çıkarılmayan paylar, TTK 386.1 hükmü uyarınca, sermaye azaltılması yoluna gidilerek itfa edilmelidir. TTK 389.1 hükmü uyarınca, ortaklığın edindiği kendi payları, bedelsiz payların iktisabı dışında pay sahipliği hakkı vermemekte ve bu paylar ile yavru ortaklığın edindiği ana ortaklık payları, genel kurul yeter sayılarının hesabında dikkate alınmamaktadır.

II. PAYLARIN GERİ ALINMASINA İLİŞKİN BASIN DUYURULARI

A. GENEL OLARAK

Halka açık anonim ortaklıkların kendi paylarını geri almalarına ilişkin kurallar sermaye piyasası mevzuatında, SPK 22 hükmünde ve bu hükme dayanılarak çıkarılan Geri Alınan Paylar Tebliği'nde hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan Kurulun sermaye piyasalarında yaşanan olumsuz gelişmelerin etkilerinin minimuma indirilmesi ve piyasaların sağlıklı işlemesinin temin edilmesi amaçlarıyla duyurular yapmak suretiyle payları borsada işlem gören ortaklıklar açısından kendi payını edinmeye ilişkin kural belirlediği görülmektedir. Duyuruların ilk kez gerçekleştirildiği 2016 yılının üçüncü çeyreği, ülkemizde yaşanan darbe girişimi nedeniyle ekonomik göstergelerin olumsuz yönde seyrettiği bir dönemdir. Bu süreçteki iki duyurunun kamuoyuna hatırlatıldığı 2020 yılının mart ayında ise, Covid-19 virüsü kaynaklı hastalığın bir pandemi olduğu Dünya Sağlık Örgütü tarafından ilan edilmiştir¹⁷.

Daha önce kendi payını edinmeye ilişkin düzenlemeleri ilke kararları ile gerçekleştiren Kurulun, yaptığı duyurular ile uygulamayı yönlendirmesi, piyasadaki anlık değişimlere cevaben yönlendirme yapılması ve tecrübe edilen krizlerin olumsuz etkilerinin minimuma indirilmesi amaçlarına dayanmaktadır. Diğer taraftan bu yöntem, gerek düzenleyici işlemin türüne ilişkin tercihin yerindeliği gerek ise duyuru ile benimsenen kuralların sermaye piyasası mevzuatında benimsenen kendi payını edinme sistemine etkileri

¹⁷ **Ghebreyesus, Tedros Adhanom**, World Health Organization, "Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020", <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>> s.e.t. 20.06.2022.

boyutlarıyla incelenmelidir. Bu noktada Kurulun 2016 yılındaki yaptığı iki duyurudan sonraki bir tarihte GAP Tebliği'nde yer verilen bir hükmün açıklanması amacıyla bir ilke kararı alması da dikkat çekicidir¹⁸.

Kurul, kendi payını edinme kurumunun sermaye piyasası mevzuatında düzenlenmediği ve genel hüküm niteliğindeki mülga TTK hükmünde de istisnalar dışında ortaklıkların kendi payını edinmesinin yasaklandığı dönemde ilke kararları ile konuyu düzenlemeye çalışmıştır. 1 Eylül 2009 Tarih ve 27/748 Sayılı İlke Kararı¹⁹ ile payları borsada işlem gören aracı kurumlar ve yatırım ortaklıklarının kendi paylarını karardaki usul ve esaslar çerçevesinde alabileceği belirlenmiştir. İlke kararındaki düzenlemenin kaynağının, mülga TTK 329.1.4 hükmünde yer verilen “*Hisse senetlerinin devir veya rehin alınması keyfiyeti esas mukaveleye göre şirket konusuna giren muamelelerden ise*” şeklinde ifade edilen kendi payını edinme yasağının istisnası olduğu belirtilmelidir. Ardından Kurul, 10 Ağustos 2011 Tarih ve 26/767 Sayılı İlke Kararı²⁰ ile daha önce aracı kurum ve yatırım ortaklıkları için benimsenen kendi payını edinme kurumu uygulamasının kapsamını payları borsada işlem gören ortaklıkların paylarını geri almalarına imkân tanıyacak şekilde genişletmeye çalışmıştır. Karara ilişkin duyuruda²¹ hisse geri alımlarının, yabancı ülkelerde halka açık ortaklıklar tarafından finansman politikası aracı olarak yoğun bir şekilde kullanıldığı, 6102 sayılı yeni TTK ile hisse geri alımına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği, pay geri alımlarının TTK'da yer alan hükümlere paralel olarak yeni bir ilke kararı ile düzenlendiği ifade edilmiştir. Ancak kararın yayımlandığı tarihte, yürürlükte bulunan 2499 sayılı SPK'da kendi payını edinmeye ilişkin düzenleme bulunmadığı için genel hüküm niteliğindeki TTK hükümlerine

¹⁸ **Sermaye Piyasası Kurulu**, 11 Kasım 2016 tarih 31/108 sayılı İlke Kararı, 2016/30 sayılı Kurul Bülteni, <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2016&no=30>> s.e.t. 13.04.2022. Kararda, GAP Tebliği'nin 15.1.b hükmünün “Geri alım için verilen fiyat emri, emir sisteminde bekleyen mevcut en yüksek alış fiyat teklifinden veya en son gerçekleşen işlem fiyatının yüksek olanından daha yüksek olamaz.” şeklinde uygulanmasına karar verildiği ifade edilmiştir.

¹⁹ Bkz. dipnot 5.

²⁰ Bkz. dipnot 5.

²¹ **Sermaye Piyasası Kurulu**, Hisse Geri Alımlarına İlişkin Basın Duyurusu, <<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/2011811/0>> s.e.t. 13.04.2022.

başvurulması gerekmekte; 6102 sayılı TTK yayımlanmakla birlikte yürürlüğe girmediğinden 6762 sayılı mülga TTK 329 hükmü uygulanmaktaydı. Bu hükümde dar kapsamlı istisnalar dışında ortaklıkların kendi paylarını edinmeleri yasak olduğundan, basın duyurusunda ifade edildiği üzere “*payları İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda işlem gören tüm şirketlerin*” karara dayanarak kendi paylarını edinmesi mümkün değildi²². Dolayısıyla bu dönem için, payları borsada işlem gören ortaklıkların, mülga TTK 329.1.4 hükmündeki istisna kapsamına giren haller dışında Kurulun ilke kararına dayanarak kendi paylarını edinmeleri hukuka aykırılık teşkil etmekteydi²³.

B. 21 TEMMUZ 2016 TARİHLİ BASIN DUYURUSU

Kurul 21 Temmuz 2016 tarihli duyurusunda²⁴ sermaye piyasalarında son günlerde yaşanan gelişmelerin yakından izlendiğini ifade ederek piyasaların sağlıklı bir şekilde işlemesine yönelik olarak ikinci bir duyuruya kadar uygulanmak üzere benimsenen hususları sıralamıştır. Bu kapsamda,

- Genel kurullarınca alınmış bir karara bağlı olarak yürürlükte bir geri alım programı olmayan halka açık şirketlerin, özel durum açıklaması

²² **Özkorkut, Korkut** (2011) “Sermaye Piyasası Kurulu’nun 10.08.2011 Tarih ve 27/767 Sayılı İlke Kararı ile Tüm Borsa Şirketlerinin Kendi Paylarını İktisap Edebilmeleri Mümkün Hale Gelmiş Midir?”, *BATİDER*, C: XXVII, S: 3, s. 33; **Yanlı, Veliye/ Okutan Nilsson, Gül** (2012) “Şirketin Kendi Paylarını İktisabına İlişkin 10.08.2011 Tarih ve 26/767 Sayılı SPK İlke Kararının 6762 Sayılı TTK Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Arslanlı Bilim Arşivi*, <<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/VeliyeYanlıGulOkutan.pdf>> s.e.t. 13.04.2022, s. 3.

²³ Bu kapsamdaki işlemler açısından gerek borçlandırıcı gerek ise tasarruf işlemlerinin geçersiz olduğu (**Yanlı/Okutan Nilsson**, s. 6-7), ilke kararındaki usul ve esaslar kapsamında ortaklıkların pay edinmelerinin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açacağı (**Yanlı/Okutan Nilsson**, s. 13-14) ve ayrıca karara dayanarak pay edinilmesi ile ilişkili şekilde sermaye yapısındaki değişikliğin özel durum açıklaması yapılarak duyurulması halinde hem Kurulun hem de yönetim kurulu üyelerinin idare hukuku kapsamında sorumlu olacakları (**Özkorkut**, s. 35) öğretilde ifade edilmiştir. Mülga SPK 22 hükmünde payların geri alınmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin Kurul yetkileri arasında yer almadığı da **Özkorkut** tarafından ifade edilmiştir (**Özkorkut**, s. 33).

²⁴ **Sermaye Piyasası Kurulu**, Basın Duyurusu, <<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20160721/0>> s.e.t. 13.04.2022.

yapmak kaydıyla herhangi bir limit söz konusu olmaksızın borsada kendi paylarının geri alımını gerçekleştirebileceği,

- Genel kurullarınca alınmış bir karara bağlı olarak geri alım programı yürüten halka açık şirketlerin, özel durum açıklaması yapmak ve yetkili organlarını bilgilendirmek suretiyle herhangi bir limit söz konusu olmaksızın borsada kendi paylarının geri alımını gerçekleştirebileceği duyurulmuştur.

Görülebileceği üzere duyuru ile payları borsada işlem gören ortaklıkların yürürlükte bir geri alım programlarının bulunup bulunmadığına bağlı olmaksızın “herhangi bir limit söz konusu olmaksızın” kendi paylarını edinebilecekleri oldukça serbest bir sistem benimsenmektedir. Diğer taraftan “herhangi bir limit söz konusu olmaksızın” ifadesi ile hangi kuralların kastedildiği uygulamacılar tarafından tam olarak anlaşılammıştır. Bu nedenle de Kurul tarafından ikinci bir duyuru gerçekleştirilmiştir. Ayrıca duyurunun muhatabı metinde “halka açık şirketlerimiz” şeklinde ifade edilmekteyse de duyuruda ortaklıkların paylarının borsada alınmasından söz edildiğinden duyurunun payları borsada işlem gören ortaklıklara yöneldiği belirtilmelidir. Dolayısıyla payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların duyurularla belirlenen daha geniş serbesti içeren, alternatif kendi payını edinme sistemini uygulaması mümkün olmayıp GAP Tebliği’ndeki ilgili hükümleri uygulaması gerekecektir. Duyurunun muhatabı payları borsada işlem gören ortaklıklar açısından ise, yürürlükte pay geri alımı programlarının olmasına bakılmaksızın duyurudaki sistemin uygulanması mümkündür. Pay geri alım programı bulunmayan payları borsada işlem gören ortaklıklar duyurularla benimsenen sistemi uygulayarak bulunanlar ise tercihlerine göre program kapsamında veya duyurularla şekillendirilen sistemi uygulayarak kendi paylarını alabileceklerdir.

C. 25 TEMMUZ 2016 TARİHLİ BASIN DUYURUSU

25 Temmuz 2016 tarihli duyuruda²⁵ ise 21 Temmuz 2016 tarihli duyuruya ek bir açıklama yapılarak payları borsada işlem gören ortaklıkların

²⁵ Sermaye Piyasası Kurulu, Geri Alınan Paylara İlişkin Basın Duyurusu Hakkında Ek Açıklama, <<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20160725/0>> s.e.t. 13.04.2022.

kendi paylarını geri almalarına ilişkin uygulama koşulları açıklanmıştır. Duyuruda otuz beşi aşkın şirketin kendi payını edinmeye ilişkin özel durum açıklaması yaptıkları belirtilmiştir. Ek açıklamanın amacı, uygulama birliğini sağlamak ve şirketler ile yatırımcıları bilgilendirmek olarak ifade edilmiştir. Duyuruda GAP Tebliği'nde belirlenen kuralların bir kısmının uygulanmayacağı belirlenerek bu hallerde kendi payını edinmenin uygulanmasına ilişkin sistem düzenlenmiştir. Duyurular çerçevesindeki GAP Tebliği'ndeki sisteme kıyasen geniş serbesti içeren kendi payını edinme sistemi, SPK 22 ve GAP Tebliği'nde belirlenen kurallara alternatif bir olanak olarak şekillendirilmiştir.

Duyurunun 1. maddesinde sermaye piyasası mevzuatında kendi payını edinmeye ilişkin sürecin çerçevesini çizen çeşitli kuralların ve sınırlandırmaların uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda, GAP Tebliği 5.1 hükmünde düzenlenen yönetim kurulunun genel kurul tarafından bir geri alım programı kapsamında yetkilendirilmesi gerekliliği, GAP Tebliği 9.1 hükmünde düzenlenen geri alınan payların nominal değerinin, daha önceki alımlar dâhil ortaklıkların ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşamayacağına ilişkin sınır ile GAP Tebliği 15.1.c hükmündeki ortaklık tarafından bir günde geri alımı yapılabilecek toplam pay miktarının, payların işlem gününden önceki yirmi günlük işlem miktarı ortalamasının yüzde yirmi beşini aşamayacağına ilişkin işlem esası ikinci bir duyuruya kadar uygulanmayacaktır.

Duyurunun 2. maddesi kapsamında, mevcut durumda sermayesinin yüzde onunu aşan miktarda kendi payını edinmiş bulunan ortaklıklar da duyuru çerçevesinde alım yapabileceklerdir. Ayrıca, GAP Tebliği 10.2 hükmündeki sermaye artırımı kararının alınmasından işlemlerin tamamlanmasına kadar kendi payını edineme kuralı sadece nakit sermaye artırımında bulunan ortaklıklar için uygulanacaktır.

Duyurunun 3. maddesinde duyuru çerçevesindeki pay geri alımları, GAP Tebliği'ndeki yakın ve ciddi kaybın tespitine ilişkin şartlarına tabi olmaksızın, halka açık ortaklıkların kendileri tarafından gerçekleştirilecek alımlar olarak

belirlenmiştir. Bu belirlemede dikkat çeken iki husus bulunmaktadır. Birincisi duyuru kapsamında yakın ve ciddi kaybın tespitine ilişkin şartlara tabi olunmaksızın alım yapılacak olması; ikincisi ise, duyurudaki sistemin ortaklıkların kendilerinin yaptığı alımlara ilişkin uygulanabilmesidir.

Yakın ve ciddi kaybın varlığının tespiti, GAP Tebliği'nde düzenlenen sistemde, payları borsada işlem gören ortaklıklar bakımından genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirdiği bir karar ve dolayısıyla geri alım programı olmadan yönetim kurulu kararı ile pay geri alınabilmesini mümkün kılmaktadır (GAP Tebliği 5.4). Bu halde kamuyu aydınlatma gerekliliklerinin yerine getirilmesi gerekmektedir. Pay geri alım programları bulunmayan bu ortaklıklarda yönetim kurullarınca yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak amacıyla alınan geri alım kararı ilk genel kurula kadar geçerlidir. Yakın ve ciddi kayıp, GAP Tebliği 5.5 hükmünde ortaklık paylarının günlük ağırlıklı ortalama fiyatının yönetim kurulu karar tarihinden önceki son bir ayda, nominal değerinde seyretmesi veya yüzde yirminin üzerinde değer kaybetmesi olarak belirlenmiştir. Bu haller dışında yönetim kurulu kararı ile geri alım yapılabilmesi için, GAP Tebliği 5.6 hükmü kapsamında, ortaklık tarafından işlem öncesinde Kurulun onayının alınması gerekmektedir. Duyurularda benimsenen kendi payını alma sisteminde ise, GAP Tebliği 5.5 hükmündeki koşulların varlığı aranmaksızın pay geri alımı olanaklı kılınmıştır²⁶.

3. maddenin uygulaması açısından maddedeki “*kendileri tarafından gerçekleştirilecek alımlar*” ifadesi ise bağlı ortaklıkların, payları borsada işlem gören hâkim ortaklıklarının paylarını almalarının duyuruda benimsenen sistem kapsamı dışında bırakıldığını göstermektedir. GAP Tebliği hükümleri bağlı ortaklığın hâkim ortaklık paylarını edinmesi bakımından da uygulama

²⁶ Diğer taraftan duyurunun 1. maddesinde kendi payını geri almaya ilişkin kurallardan uygulaması devre dışı bırakılan kurallar, GAP Tebliği'ndeki yakın ve ciddi kaybın tespitine ilişkin hükümlerden daha geniştir. GAP Tebliği 9.1 hükmünde düzenlenen geri alınan payların nominal değerinin, daha önceki alımlar dâhil ortaklıkların ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşamayacağına ilişkin sınır ile GAP Tebliği 15.1.c hükmündeki ortaklık tarafından bir günde geri alımı yapılabilecek toplam pay miktarının, payların işlem gününden önceki yirmi günlük işlem miktarı ortalamasının yüzde yirmi beşini aşamayacağına ilişkin işlem esası da duyurularda belirlenen sistemde uygulanmaz.

alanı bulmakta; bu hallerde GAP Tebliği 5.2 hükmü uyarınca geri alım programının hâkim ortaklık tarafından onaylanmasının yanı sıra bağlı ortaklığın yönetim kurulunun da söz konusu program çerçevesinde geri alım yapacağına ilişkin bir karar alması gerekmektedir. Duyuru kapsamına bağlı ortaklıkların hâkim ortaklıkların paylarını edinmeleri dâhil edilmemiştir. Dolayısıyla bu işlemler açısından GAP Tebliği hükümleri uygulanacaktır. Yine duyurunun 3. maddesinde, ortak, yönetici ve içsel/sürekli bilgilere sahip diğer kişiler tarafından yapılacak alımların ilgili düzenlemelere tabi olduğu ifade edilmiştir.

Duyurunun 4. maddesinde kamunun aydınlatılmasına ilişkin kurallar belirlenmiştir. Alımlar öncesinde asgari olarak söz konusu geri alımın amacını, geri alıma konu edilebilecek azami pay sayısını ve bu iş için ayrılacak azami fon tutarını içeren bir yönetim kurulu kararının alınarak kamuya açıklanması gerekir. 5. maddeye göre bu duyuruya kadar yapılan kamu açıklamalarında 4. maddede sayılan hususların yer almaması halinde ilave yönetim kurulu kararı alınarak duyuru yapılmalıdır.

6. maddede mevcut durumda yürürlükte olan bir geri alım programı bulunan halka açık anonim ortaklıkların söz konusu geri alım programını Tebliğ hükümleri çerçevesinde yürütebilecekleri gibi bu ortaklıklarca duyurularda benimsen sistemdeki imkânlardan faydalanılmak istenmesi durumunda konuya ilişkin yönetim kurulu kararı alınması gerektiği belirtilmiştir. Duyurunun yöneldiği ortaklıklar payları borsada işlem gören ortaklıklar olduğundan bu hükümdeki “*halka açık anonim ortaklıklar*” ifadesi, payları borsada işlem gören ortaklıklar olarak anlaşılmalıdır.

7. madde uyarınca geri alım programına ilişkin kamuya açıklanacak bilgiler ve payları borsada işlem gören ortaklıkların yönetim kurulları tarafından yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak amacıyla yapılacak alımlara ilişkin kamuya açıklanacak bilgileri düzenleyen hükümlerin (GAP Tebliği 12.1,2,3,4,8.a) uygulanmayacağı belirtilmiştir. Nitekim duyuru kapsamında yapılacak geri alımlara ilişkin kamuya açıklanacak bilgiler, duyurunun 4. maddesinde belirlenmiştir.

8. maddede duyuru çerçevesindeki pay geri alımlarının borsanın ortaklık paylarının işlem gördüğü pazarında gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

9. maddede duyuru çerçevesinde geri alınan payların alımın kamuya duyurulduğu tarihten itibaren otuz günlük süre boyunca satılamayacağı, otuz günlük sürenin hesaplanmasında “ilk giren ilk çıkar” yönteminin uygulanacağı ifade edilmiştir. Söz konusu süre sona erdikten sonra ilgili paylar GAP Tebliği'nin 19 hükmündeki esaslar çerçevesinde azami üç yıl içinde elden çıkarılır veya GAP Tebliği'ndeki sınırlamalara uymak kaydıyla süresiz olarak elde tutulabilir. Duyurunun atıfta bulunduğu GAP Tebliği 19 hükmü incelendiğinde, Tebliğ hükümlerine aykırı olarak alınan payların elden çıkarılmaları için bir yıllık sürenin ve GAP Tebliği 16 hükmünde sayılan, istisnalardan a bendi hariç olmak üzere geri alınan paylardan ortaklığın ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşan kısmının elden çıkarılmaları için üç yıllık sürenin benimsendiği tespit edilmektedir. Geri alınan paylar ile bu paylar nedeniyle edinilmiş bedelsiz paylar, GAP Tebliği'nin 9.1 ve 9.3 koşullarına uyulması, yani ödenmiş veya çıkarılmış sermayenin yüzde onunun aşılmaması ve alım bedelinin Kurul düzenlemeleri çerçevesinde kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynakların toplam tutarını aşmaması halinde süresiz olarak elde tutulabilmektedir. Duyurudaki geri alım sisteminde GAP Tebliği'nin belirli hükümlerinin uygulanmayacağı esası benimsenmekle birlikte payların elden çıkarılmaları açısından GAP Tebliği yaklaşımı esas alınmıştır. Örnek olarak, duyuru sisteminde geri alınan payların ödenmiş veya çıkarılmış sermayenin yüzde onunu aşmamasına ilişkin sınır uygulanmamakla birlikte bu sınırın aşılması halinde ilgili payların elden çıkarılmasına ilişkin bir yıllık süre sınırı uygulanacaktır.

10. madde kapsamında alınan payların elden çıkarılması halinde de GAP Tebliği 12.6 hükmü kapsamında açıklama yapılması gerekmektedir. 11. maddede duyuru çerçevesinde gerçekleştirilecek alımların, bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı kapsamında değerlendirilmeyeceği de ifade edilmiştir²⁷.

²⁷ Bu düzenleme GAP Tebliği 14.1.c hükmü ile birlikte yorumlanmalıdır. Payları borsada işlem gören ortaklıklar ve bağlı ortaklıklarının GAP Tebliği kapsamında gerçekleştirecekleri geri alım işlemleri hükmünde sayılan şartların karşılanması halinde bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığına ilişkin SPK 108.1.b hükmündeki istisnadan yararlanmaktadır. Koşulların mevcut olmaması halinde işlem SPK 101, 106 ve 107 hükümleri kapsamında incelemelere tabidir. GAP Tebliği 14.1.c hükmündeki koşul geri alım programı süresi boyunca paylara ilişkin herhangi bir satış işlemi gerçekleştirilmemesidir. Duyuru kapsamında gerçekleştirilen

Duyuru hükümleri ile GAP Tebliği'nin kendi payını edinmeye ilişkin sınırlamaları düzenleyen 9, 10 ve 11 hükümlerindeki sınırlandırmalar birlikte değerlendirildiğinde duyuru kapsamında alım yapacak ortaklıkların tabi olacağı sınırlamaların, geri alınan payların toplam bedelinin Kurul düzenlemeleri çerçevesinde kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynakların toplam tutarını aşmaması (GAP Tebliği 9.3), payları borsada işlem gören ortaklıkların sadece paylarının işlem gördüğü pazarda ve borsada işlem gören paylarını alabilmeleri (GAP Tebliği 9.2), ertelenmiş içsel bilginin mevcut olması halinde alım satım yapılamaması (GAP Tebliği 10.1) olduğu ifade edilmelidir. Payların satın alınması açısından GAP Tebliği 15 hükmünde yer alan esaslardan c bendindeki bir günde geri alımı yapılabilecek pay miktarının, payların işlem gününden önceki yirmi günlük işlem miktarı ortalamasının yüzde yirmi beşini geçmemesi dışındaki esaslar da uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca duyuru kapsamında geri alınan paylar GAP Tebliği 19 hükmündeki elden çıkarma gerekliliklerine tabi olduğundan, payların elden çıkarılmasına ilişkin kuralların payları borsada işlem gören ortaklıklar tarafından uygulanması gerekecektir.

D. 19 MART 2020 TARİHLİ BASIN AÇIKLAMASI

2020 yılında başlayan Covid-19 pandemisinin piyasalar üzerindeki etkileri, piyasaların sağlıklı şekilde işlemlerini temin etmeye yönelik tedbirler alınmasını gerektirmiş; Kurul bu amaca yönelik tedbirleri 19 Mart 2020 tarihli Kurul toplantısında belirlemiştir. Tedbirler, 23 Mart 2020 tarihli 2020/19 sayılı Bülten'de²⁸ “Duyurular” başlığı altında yer almış ve aynı tarihte basın açıklaması²⁹ ile kamuoyunun dikkatine sunulmuştur. Basın açıklamasının 4.

alımlarda ise bir geri alım programının uygulanmasından söz edilemeyeceğinden ve ayrıca duyuru kapsamında yapılan işlemlerin bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığına ilişkin istisna kapsamında olduğu 11. maddede açıkça belirlendiğinden alınan payların satılması ile bilgi suistimali/ piyasa dolandırıcılığına ilişkin istisna uygulaması arasında bir ilişki bulunmayacaktır.

²⁸ **Sermaye Piyasası Kurulu**, 2020/19 sayılı Kurul Bülteni, <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=19>> s.e.t. 13.04.2022.

²⁹ **Sermaye Piyasası Kurulu**, Basın Açıklaması, <<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20200323/0>> s.e.t. 13.04.2022.

maddesinde, ortaklıkların paylarını geri almalarına ilişkin 2016 yılındaki iki duyurunun yürürlükte olduğu hatırlatılmıştır.

Açıklamada payları borsada işlem gören ortaklıkların paylarını GAP Tebliği'ni uygulamak suretiyle satın alabilecekleri gibi, 2016 yılındaki basın duyurularında yapılandırılan daha serbest sisteme uygun şekilde bu metinlerdeki koşulları yerine getirerek de alabilecekleri ifade edilmiştir. Dolayısıyla açıklama, kendi payını edinme kurallarına ilişkin olarak Kurul duyuruları ile getirilen alternatif sistemin devam ettirilmesine ilişkin iradenin yansımaları olarak değerlendirilebilmektedir.

III. BASIN DUYURULARI KAPSAMINDAKİ KENDİ PAYINI EDİNME SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

2016 yılında yapılan basın duyuruları ile, GAP Tebliği'ndeki sisteme kıyasen geniş serbesti içeren kendi payını edinme sistemi, payları borsada işlem gören ortaklıklar için GAP Tebliği'nde belirlenen kurallara alternatif bir olanak olarak kabul edilmiştir. “*Genişletilmiş serbesti*” olarak adlandırılabilir bu yaklaşım bakımından, düzenleme getirme yönteminin hukuka uygunluğunun tartışmalı olmasının yanı sıra sermaye piyasası mevzuatında ikincil mevzuat hükümleri ile düzenlenen sistemin esnetilmesi, bir diğer deyişle kendi payını edinme serbestisinin genişletilmesi yaklaşımının gerekçeleri de incelenmelidir.

2016 yılında payları borsada işlem gören ortaklıklar için duyurular ile benimsenen kendi payını edinmeye ilişkin alternatif “*genişletilmiş serbesti*” sistemi, 2020 yılının mart ayında pandemi olduğu ilan edilen Covid-19 kaynaklı salgın hastalık sürecinde yapılan basın açıklaması ile önceki basın duyurularının hatırlatılması suretiyle sürdürülmüştür. Bu kapsamda payları borsada işlem gören ortaklıklar, ikincil mevzuatta belirlenen sınırlar ve koşullar dâhilinde kendi paylarını geri alabilecekleri gibi bu mevzuattaki bazı sınırların ve kuralların uygulanmayacağı belirlenmesi suretiyle inşa edilen, duyurularda benimsenen sistem kapsamında da geri alım yapabileceklerdir. 2016 yılındaki duyurularla şekillendirilen sistemin geçici bir süre için

benimsenmediği, 2020 yılında duyuruların halen yürürlükte olduğunun hatırlatılmış olmasından da tespit edilebilmektedir.

B. BASIN DUYURUSUNUN DÜZENLEYİCİ İŞLEM NİTELİĞİ

Sermaye piyasası bakımından bağımsız idari otorite konumundaki Kurul, düzenleme, denetleme ve yaptırım yetkilerini³⁰, düzenleyici işlemler tesis ederek veya özel nitelikli kararlar alarak kullanmaktadır (SPK 128.2). İdarenin düzenleyici işlemleri, genel, objektif, bireysel nitelikte olmayan kural işlemler³¹ olup bunlardan hukuki rejimleri Anayasa'da düzenlenmiş bulunanlar dışında düzenleyici işlem yapıp yapılamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır³². İdarenin farklı adlar altında yaptığı bu işlemler bakımından önemli olan ayırım bunların düzenleyici işlem niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesidir. İdarenin iç düzen işlemleri haricindekiler düzenleyici işlem olarak yargı kararlarında ve uygulamada tanınmaktadır³³. Aynı kimlikleri tanınan bu işlemlerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarıldıkları düzenleyici işlemler çerçevesinde kural koyabilecekleri ve üst normlara uygun olmaları gerektiği yargı kararlarında kabul edilmiştir³⁴.

Çerçeve kanun niteliğini taşıyan SPK, hükümlerinde Kurulun düzenleme yapabileceği konuları belirtmekte; bazı hükümlerinde konunun düzenleneceği ikincil mevzuat türünü de -yönetmelik gibi- belirlemektedir. Bu bağlamda,

³⁰ Sermaye piyasalarının işleyişinde egemen olan kamunun aydınlatılması/şeffaflık ilkesi yatırımcının korunması açısından önemli olmakla birlikte yeterli olmadığından kanun koyucu Kurula geniş yetkiler tanıyarak Kurul'u sermaye piyasasını düzenleme, denetleme ve piyasaya müdahale yetkileriyle donatmıştır, **Memiş, Tekin/Turan, Gökçen** (2020) Sermaye Piyasası Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, s. 40.

³¹ **Tan, Turgut/Bayazıt, Bahar** (2021) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 57.

³² **Tan/Bayazıt**, s. 75. 2017 Anayasa değişikliği öncesindeki dönem bakımından idarenin sadece hukuki rejimleri Anayasa'da belirlenen tüzük ve yönetmelik çıkarabileceği yönünde görüşün yanı sıra idarenin bu türlerden başka düzenleyici işlemler de yapabileceği ancak işlemin tüzük ve yönetmelikten hangisinin öğelerini taşıyorsa ona ilişkin rejime tabi olacağı görüşü ve son olarak idarenin genel düzenleme yetkisine sahip olduğu, bunun sonucunda düzenleme yetkisinin türünü takdir edeceği görüşü savunulmaktaydı (**Tan/Bayazıt**, s. 75).

³³ **Tan/Bayazıt**, s. 77.

³⁴ İlgili kararlar için bkz. **Tan/Bayazıt**, s. 78-79.

konunun yönetmelikle düzenleneceğinin açıkça ifade edildiği hallerde Kurul yönetmelik çıkarmakta; kendisine usul ve esasları belirleme yetkisi verilen diğer hallerde ise düzenlemenin türünü takdir etmektedir. Kurul esas itibarıyla düzenleme yetkisini tebliğler çıkarmak suretiyle kullanmaktadır³⁵. Yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe gireceği SPK 128.2 hükmünde belirlenmiştir.

Sermaye piyasası mevzuatında hızla değişen dinamiklere kısa sürede uyum sağlanması gerektiğinden, Kurulun hızla yürürlüğe konulabilecek ve gerektiğinde değişiklik yapılabilecek düzenleyici işlemler tesis ettiği görülmektedir. Kurulun düzenleme yetkisini kullanarak getirdiği ikincil düzenlemelerin, normlar hiyerarşisi kapsamında uygulama esaslarını detaylandığı üst normlara uygun olması, ayrıca sermaye piyasasının işleyişine ilişkin kurallar bütününe ve birbirlerine uyumlu olması gerektiği açıktır.

Kurul, yönetmelik ve tebliğ dışında ilke kararları da yayımlamaktadır. SPK 128.2 hükmü kapsamında Kurul, kararlarının Resmî Gazete’de veya internet ortamı dâhil uygun vasıtalarla yayımlanmasına karar verebilmektedir. Kurul ilke kararları, ileriye dönük olarak süreklilik arz eden konularda, üst normlara uygun olarak tesis edilmekte olup genellikle Kurul internet sitesinde Haftalık Bülten’de yayımlanmaktadır³⁶. Ayrıca, “rehber” başlıklı belgelerin de Kurul ilke kararı olarak Haftalık Bülten’de yayımlandığı tespit edilmektedir³⁷. Rehberlerin Haftalık Bülten’de yayımlanması, benimsenen usul ve esasların ilgililere duyurulmasını temin etmektedir.

³⁵ **Tok, Ahmet** (2021) Sermaye Piyasası Kurulunun Halka Açık Şirketleri Denetlemesi, <<https://iksadyayinevi.com/wp-content/uploads/2021/07/SERMAYE-PIYASASI-KURULUNUN-HALKA-ACIK-SIRKETLERI-DENETLEMESI.pdf>> s.e.t. 13.04.2022, s. 4; **Tuğ, Mehmet Arif** (2021) “Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nu Düzenleyen Normlar Arasındaki İlişki”, Toraman Çolgar, Emek/Kayıklık, Abdurrahman, Ticaret Hukuku Genç Akademisyenler Sempozyumu, 15 Ekim 2020, İstanbul, s. 302.

³⁶ **Tok**, s. 42.

³⁷ Örneğin, 2014/19 sayılı Kurul Haftalık Bülteni’nde “Özel Durum Açıklamalarına İlişkin Rehber” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir, **Sermaye Piyasası Kurulu**, <<https://spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2014&no=19>> s.e.t. 13.04.2022.

Çalışmanın konusunu oluşturan kendi payını edinmeye ilişkin kurallar getiren 2016 yılındaki basın duyurularının getirilen bir başka düzenleyici işlemin duyurusu olmadığı, örneğin alınan bir ilke kararının açıklanması şeklinde olmadığı, sadece Kurulun internet sitesinde yapılan elektronik duyurular olduğu belirtilmelidir. 2016 yılındaki Kurul duyurularının yürürlükte olduğuna ilişkin 2020 yılında yapılan hatırlatma ise, pandemi sürecinde alınan tedbirler içerisinde yer aldığından bu tedbirlerin duyurulduğu Haftalık Bülten’de yayımlanmıştır.

2016 yılındaki basın duyurularının payları borsada işlem gören ortaklıkların kendi payını edinmeleri açısından yürürlükteki ikincil mevzuat hükümlerinin yanı sıra tercih edilebilecek bir alternatif sistem getirdiği, bu sistemin ise GAP Tebliği hükümlerinin bazılarının uygulanmaması suretiyle oluşturulduğu tespit edilmektedir. Basın duyurusunun içeriğinde payları borsada işlem gören ortaklıklar bakımından genel, objektif, bireysel nitelikte olmayan kurallar getirilmesi, basın duyurularının düzenleyici işlem olduğu sonucuna varmamızı gerektirmektedir. Diğer taraftan gerek düzenleme türüne ilişkin tercih gerek ise ilgililerin bilgisine sunma yöntemi, getirilen kuralların niteliği karşısında eleştiriye açıktır.

Mevcut ikincil mevzuat hükümlerinin bir kısmının uygulanmaması, usulde paralellik ilkesi uyarınca ancak ilgili ikincil mevzuat hükümlerinde değişiklik yapılması suretiyle olanaklı kılınabilir. Dolayısıyla kendi payını edinme kurallarının bazılarının uygulanmadığı, daha serbest bir kendi payını edinme sisteminin getirilmesi, ancak tebliğde değişiklik yapılması ile mümkündür. Sistemin tebliğ ile düzenlenmesi halinde, SPK 128.2 hükmü uyarınca Resmî Gazete’de yayımlanacağından basın duyurularının ilgili kişilere ulaşıp ulaşmadığına ilişkin şüpheler de ortadan kalkacaktır.

Getirilen alternatif sistemin piyasadaki hızlı değişimlere cevap verilmesi amacına yöneldiği ve düzenlemenin kolaylık getirmesi nedeniyle ortaklıklar tarafından uygulamasının tercih edildiği anlaşılmakla birlikte, Kurulun düzenleme yetkisini basın duyurularıyla kullanması yerinde değildir.

C. BASIN DUYURULARIYLA ALTERNATİF KENDİ PAYINI EDİNME SİSTEMİ GETİRİLMESİ

Anonim ortaklıkların farklı ekonomik gerekçelerle³⁸ yönelebildikleri kendi paylarını edinme işlemleri, malvarlığının korunması ilkesi kapsamında alacaklılara etkileri ve eşit işlem ilkesine uygun olmayan uygulamalarla bazı ortaklara zarar verebilmeleri nedeniyle sınırlandırılmaktadır. Bu yaklaşımda, kendi payını edinme kurumuna yöneltilen eleştirilerin de etkisi bulunmaktadır³⁹. Türk Hukuku'nda mülga TTK 329 hükmünde istisnai haller haricinde yasaklanan kendi payını edinme, anonim ortaklıklar tarafından, TTK 379 vd. hükümleri kapsamında bedelleri tamamen ödenmiş paylar için, esas veya çıkarılmış sermayenin onda birini aşmayacak şekilde ve hükümlerdeki koşullara uyulması suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. Her ne kadar konuya ilişkin AB mevzuatı incelendiğinde, üye ülkelerin daha da fazla serbesti tanımlarına olanak tanıyan bir sistemin zaman içerisinde getirildiği tespit

³⁸ Kendi payını edinme, ortaklıktaki fazla nakdin pay sahiplerine aktarılması, ortaklığın ele geçirilmesine yönelik işlemlerin önlenmesi, yatırımcının paya ilgisinin artırılması, ortaklıktan ayrılmak isteyen pay sahibine ayrılma olanağının tanınması, payın işlem gördüğü fiyatın gerçek değerinden az olması halinde payın olması gerekenden az fiyatlandığı bilgisinin piyasaya verilmesi, pay sahipliği yapısının şekillendirilmesi, borsa değerinin yükseltilmesi, borsa değerinde istikrar sağlanması amaçlarıyla kullanılabilen; ayrıca, çalışanlara yönelik pay edindirme programı kapsamında ya da paya dönüştürülebilir borçlanma senedi sahiplerine pay verilebilmesi için gerekli hale gelebilmektedir, **Dittmar, Amy K.** (2000) "Why Do Firms Repurchase Stock", *The Journal of Business*, V: 73, I: 3, s. 333; **Ferran, Eilis** (2008) *Principles of Corporate Finance Law*, New York, Oxford University, s. 203-208; **Manavgat** (2016), s. 516-517; **Aydın, Alihan** (2008) *Anonim Ortaklığın Kendi Payını Edinmesi*, İstanbul, Arıkan, s. 68- 79; **Çakır Çelebi, Fatma Betül** (2019) "Payları Borsada İşlem Gören Şirketlerin Kendi Paylarını Edinmesinin Koşulları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C: 21, Özel Sayı, s. 2549- 2551; **Ayan, Özge** (2013) "Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XVII, S: 1-2, s. 190.

³⁹ Kendi payını edinme, varlıkların ortaklığın alacaklıları aleyhine pay sahiplerine aktarılması, ortaklık nezdinde likiditenin azaltılması, özellikle payları borsada işlem gören ortaklıklar açısından yapay fiyat oluşturularak piyasa mekanizmasının kötüye kullanılması amaçlarıyla kullanılabilen; uygulaması sırasında eşit işlem ilkesine aykırılıklar doğabilmektedir, **Oechsler, Jürgen** (2016) *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, 4. Aufl., Beck, AktG § 71 Rn. 1-12; **Aydın**, s. 82-113; **Ayan**, s. 191; **Özdamar**, s. 73- 94.

edilebilirse de⁴⁰ kurumun uygulanması açısından öncü konumdaki Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) dahi kendi payını edinmenin yaygınlaşmasının belirli çevrelerde kaygı oluşturduğu, bu nedenle kendi payını edinme olanaklarının sınırlandırılması yönünde görüşlerin taraftar bulduğu görülmektedir⁴¹.

Kurulun 2016 yılındaki duyuruları ile benimsediği sistem dâhilinde yakın ve ciddi kayba ilişkin koşullar aranmaksızın yönetim kurulununun pay alımı açısından yetkili olması ve sermayenin belirli orandaki kısmı ile sınırlı olmadan payların edinilebilmesi, payları borsada işlem gören ortaklıkların sıklıkla kendi paylarını edinme yoluna gitmelerini olanaklı kılmaktadır. Ayrıca duyuru kapsamında ortaklık tarafından bir günde geri alımı yapılabilecek toplam pay miktarının, payların işlem gününden önceki yirmi günlük işlem miktarı ortalamasının yüzde yirmi beşini aşamayacağına ilişkin işlem esasının uygulanmaması da ortaklığın gün bazında yapabileceği işlemlerin hacminin artmasına sebep olabilecektir.

Diğer taraftan, payları borsada işlem gören ortaklıklarda kendi paylarını edinme veya elde tutulan ortaklık paylarının satılması suretiyle payın işlem gördüğü fiyattaki dalgalanmaların düzenlenmesinde ortaklığın meşru menfaati bulunduğu öğretide kabul edilmektedir⁴². Ayrıca bu ortaklıklarda pay geri alımlarının malvarlığını azaltan bir işlem olarak değerlendirilmesinin ekonomik temeli olmadığı, özellikle borsada işlem gören payların alınması halinde bunların paraya çevrilebilirlik özellikleri yüksek olduğundan salt geri alım işlemi nedeniyle malvarlığının azalmadığı görüşü ileri sürülmektedir⁴³.

⁴⁰ 77/91/EEC Yönergesi'nde 2006/68/EC Yönergesi'yle yapılan değişiklikle ortaklıkların kendi paylarını geri almalarına ilişkin oransal sınır, zorunlu olmaktan çıkarılarak sermayenin yüzde onundan az olmamak üzere üye ülkelerce tercih edilebilecek bir sınırlama haline getirilmiştir, **Manavgat** (2016), s. 527.

⁴¹ Kendi payını edinmenin politikacılar ve politika belirleyicilerde, yöneticiler tarafından kendi menfaatleri için kullanılmaları ve yatırıma yönlendirilebilecek kaynakların pay alımına ayrılmaları nedenleriyle endişe uyandırdığı yönünde bkz. **Hemel, Daniel J./ Polsky, Gregg D.** (2021) "Taxing Buybacks", *Yale Journal on Regulation*, V: 38, I: 1, s. 248.

⁴² **Forstmoser, Peter / Meier- Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter** (1996) *Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli*, § 50 Nr. 134 s. 662; **Ayan**, s. 190.

⁴³ **Manavgat** (2016), s. 527.

2016 duyuruları ile benimsenen kendi payını edinme sistemi, payları borsada işlem gören ortaklıkların kendi paylarını edinme serbestisini genişletmektedir. Öte yandan, pay alım bedelinin karşılanacağı malvarlığı değerlerine ve payların elden çıkarılması gerekliliğine ilişkin GAP Tebliği hükümlerinin uygulamasının devre dışı bırakılmamasından hareketle⁴⁴ ve kendi payını edinmenin bu ortaklıklardaki işlevleri dikkate alındığında getirilen sistemin gerekçelendirilebilir bir konumda olduğu belirtilmelidir. Ayrıca duyuru kapsamındaki alımların piyasaya etkileri de dikkate alınmıştır⁴⁵. Dolayısıyla kurumun tarihsel gelişimi açısından önceki dönemde yasaklayıcı yaklaşımların bulunması, sermaye piyasası mevzuatındaki kendi payını edinmeyi serbestleştiren yaklaşımı doğrudan kabul edilemez kılmamakla birlikte izlenen yöntem -duyuru ile ikincil mevzuat hükümlerinde kuralları belirlenen bir kurumun uygulama kapsamının genişletilmesi- Kurulun düzenleme yetkilerinin kullanımı açısından uygun bir yöntem olarak değerlendirilememektedir.

Diğer taraftan, genişletilmiş serbestî sisteminin, pandemi nedeniyle ortaklıkların kâr payı dağıtımlarına ilişkin pozitif hukuk kurallarında getirilen sınırlara paralel olmadığı tespit edilmektedir. ABD’de pandemi nedeniyle ortaklıklara destek verilmesi için kabul edilen *Coronavirus Aid, Relief and Economy Security Act (CARES Act)*’in 4003.3.D.VII kısmında orta büyüklükteki işletmelerin destek aldıkları süre ve desteğe ilişkin geri ödemeler sırasında kâr payı dağıtamayacakları ve kendilerinin veya bağlı olduğu ortaklıkların borsada işlem gören paylarını alamayacakları belirlenmiştir⁴⁶. AB açısından bakıldığında, Avrupa Merkez Bankası tarafından yayımlanan 27 Mart 2020

⁴⁴ Duyuru sisteminde de geri alınan payların toplam bedelinin Kurul düzenlemeleri çerçevesinde kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynakların toplam tutarını aşmaması (GAP Tebliği 9.3) kuralı uygulanacak ve bu paylar GAP Tebliği 19 hükmündeki elden çıkarma gerekliliklerine tabi olacaktır.

⁴⁵ Duyurunun 9. maddesinde duyuru çerçevesinde geri alınan payların alımın duyurulmasından itibaren otuz günlük süre boyunca satılmayacağına ilişkin kural getirilmiştir.

⁴⁶ **Congress of the United States of America**, An Act to amend the Internal Revenue Code of 1986 to repeal the excise tax on high cost employer-sponsored health coverage, <<https://www.congress.gov/116/bills/hr748/BILLS-116hr748enr.pdf>> s.e.t. 13.04.2022.

tarihli “*Recommendation on dividend distributions during the COVID-19 pandemic and repealing Recommendation ECB/2020/1*”⁴⁷ ile kredi kuruluşlarının kişileri, küçük ve orta büyüklükte işletmeleri ve ortaklıkları fonlamalarının pandemi döneminin yarattığı belirsizlik ortamı karşısında kritik önemi haiz olduğu vurgulanarak en azından 1 Ekim 2020 tarihine kadar bu kuruluşların kâr payı dağıtmamaları ve kendi paylarını edinmemeleri önerilmiştir. Bankacılık sektöründe kâr dağıtımı ve ortaklara malvarlığı dağıtılması amacıyla bankanın kendi paylarını edinmesinin sınırlandırılması yönündeki yaklaşım sadece AB ile sınırlı kalmamış, ülkeler farklı içeriklerde tedbirler öngörmüşlerdir⁴⁸. Türk Hukuku açısından bakıldığında, TTK’ya eklenen Geçici 13 hükmüyle⁴⁹ ortaklıkların özkaynaklarının korunması gerekçesiyle kâr payı dağıtımını sınırlandıran kurallar getirilmiş⁵⁰; benzer

⁴⁷ **European Central Bank**, Official Journal of the European Union, 30 March 2020, C 102 I/1, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020HB0019&from=EN>> s.e.t. 13.04.2022.

⁴⁸ **Awad, Rachid/ Ferreira, Caio/ Jociene, Aldona/ Riedweg, Luc, International Monetary Fund** (2020) International Monetary Fund, “Restriction of Banks’ Capital Distribution during the COVID-19 Pandemic (Dividends, Share Buybacks, and Bonuses)”, IMF Special Series on Covid-19, <<https://www.imf.org/~media/Files/Publications/covid19-special-notes/en-special-series-on-covid-19-restriction-of-banks-capital-distribution-during-the-covid-19-pandemic.ashx>> s.e.t. 13.04.2022.

⁴⁹ 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (17.04.2020 tarih ve 31102 sayılı RG).

⁵⁰ Sınırlandırıcı anlayış ile sermaye ortaklıklarında 30 Eylül 2020 tarihine kadar 2019 yılı net dönem kârının yalnızca yüzde yirmi beşine kadarının dağıtımına karar verilebileceği, geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçelerin dağıtımına konu edilemeyeceği, genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemeyeceği hükme bağlanmış; ayrıca 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararının alındığı ancak henüz dağıtımın yapılmadığı ortaklıklarda net dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısma ilişkin ödemelerin 30 Eylül 2020 tarihine kadar ertelenmesi esası benimsenmiştir. Hükümdeki sürenin üç aya kadar uzatılabileceği ve kısaltılabileceği yönünde Cumhurbaşkanı’na tanınan yetki kullanılmış; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Geçici 13’üncü Maddesinin Birinci Fıkrasında Belirtilen Sürenin Üç Ay Uzatılması Hakkında Karar (Karar Sayısı: 2948) (18.09.2020 tarih ve 31248 sayılı RG) ile ilgili süre 30 Aralık 2020 tarihine uzatılmıştır. Hükümün uygulanmasına ilişkin detaylar, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Geçici 13 üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’de (17.05.2020 tarihli ve 31130 sayılı RG) belirlenmiştir.

yaklaşım kendi payını edinme açısından izlenmemiş, aksi yönde 2016 yılındaki kendi payını edinme serbestisinin kapsamını genişleten duyuruların yürürlükte olduğunu belirten bir hatırlatmada bulunulmuştur. Öğretide Aytuğar, kendi payını edinmeye ilişkin benimsenen özgürlükçü sistemin, TTK Geçici 13 hükmünde kâr payı dağıtılmasına ilişkin getirilen sınırlandırmalar dikkate alındığında tutarlı olmadığını ifade etmektedir⁵¹. Yine Gürel, pandemi sürecindeki kâr dağıtım yasağının gözden geçirilmesi gerektiğini; Türkiye koşullarında kâr dağıtım yasağının amaca uygun görülmesi halinde, ekonomik olarak kâr dağıtım ile benzer sonuçlar doğuran şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda da bir sınırlama öngörülmesinin en azından yasağın dolanılmasını engellemek bakımından yararlı olacağını belirtmiştir⁵².

Sonuç olarak, Kurulun 2016 yılında yaptığı duyurular ile payları borsada işlem gören ortaklıklar bakımından kendi payını edinmeye ilişkin serbestiyi genişlettiği tespit edilmektedir. Kendi payını edinmenin bu ortaklıklardaki işlevi ve malvarlığı üzerindeki etkileri dikkate alındığında, GAP Tebliği'nde düzenlenen mevcut sistemdeki serbestinin genişletilmesi bir düzenleme tercihi olarak yorumlanmalıdır. Düzenleme tercihinin basın duyuruları yoluyla kurallara yansıtılması yöntemi ise eleştiriye açıktır. Getirilen sistemin yürürlükte olduğunun, 2020 yılında pandemi nedeniyle alınan tedbirler kapsamında hatırlatılması da pandemi sürecinde ülkemizde ve diğer ülkelerde benimsenen ortaklara aktarım amacıyla kullanılacak mekanizmaların⁵³ sınırlandırılması anlayışı ile paralel değildir.

⁵¹ **Aytuğar, Bilge** (2020) “Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında 7244 Sayılı Kanun İle Öngörülen Tedbirler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD, C: 11, S: 2, s. 408.

⁵² **Gürel, Murat** (2020) “Covid- 19 Salgınının Şirketler Hukukunda Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Yaşar Hukuk Dergisi, C:2, S:2, Özel Sayı, s.9.

⁵³ Kâr payı dağıtılması, ortaklığın kendi payını edinmesi ve yine ortaklığın pay sahiplerine borçlanması işlemleri anonim ortaklıkların malvarlığı değerlerinin pay sahiplerine aktarılması sonucunu doğurmaktadır. “Dağıtım” başlığı altında toplanan bu işlemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelikboya, Kerem** (2021) Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı, İstanbul, On İki Levha, s. 115- 118.

Kendi payını edinmeye ilişkin alternatif sistemin duyuru ile getirilmesinin eleştiriye açık olması sorunu, kendi payını edinme serbestisinin genişletilmesine dair yaklaşımın GAP Tebliği'nde gerçekleştirilecek değişikliklerle mevzuata yansıtılması suretiyle çözülebilecektir. Böylece GAP Tebliği ve duyuru sistemi şeklindeki iki farklı sistemin mevcudiyetinin neden olduğu belirsizlik sona erecektir. Kurul, SPK 22.1 hükmünde yer alan, ortaklıkların kendi paylarını satın almasına ilişkin şartların ve işlem sınırlarının belirlenmesine dair yetkisini kullanarak daha serbest bir kendi payını edinme sistemini düzenleyebilir. Bu bakımdan örnek olarak GAP Tebliği 9 hükmündeki oransal sınırlandırmanın mevcut oranın üzerinde yüzde yirmi olarak belirlenmesi düşünülebilir. Böylece Kurul tarafından olağanüstü zamanlarda benimsenen serbesti genişletme yaklaşımının kendi payını edinme kurumunun uygulaması açısından sürekli bir alternatif sistem haline getirilmesi olgusu sona erecektir.

SONUÇ

Payları borsada işlem gören ortaklıklar açısından kendi payını edinme kuralları, Kurulun SPK 22 hükmünde yer alan yetkiye dayanarak yayımladığı GAP Tebliği'nde belirlenmiştir. Bu kurullarla getirilen sınırlandırmaların bazılarının uygulanmadığı daha geniş serbesti içeren bir sistem ise Kurulun 2016 yılındaki basın duyuruları ile benimsenmiştir. Payları borsada işlem gören ortaklıklar yürürlükte bir pay geri alım programları bulunmamaları halinde veya bulunmakla birlikte tercihleri bu yönde olduğu için duyurulardaki sistem kapsamında kendi paylarını edinebileceklerdir. Duyuru sisteminde GAP Tebliği 5.1 hükmünde düzenlenen yönetim kurulunun genel kurul tarafından bir geri alım programı kapsamında yetkilendirilmesi gerekliliği uygulanmayacaktır. Ayrıca, geri alınan payların nominal değerinin, daha önceki alımlar dâhil ortaklıkların ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu aşamayacağına ilişkin kural (GAP Tebliği 9.1) ile ortaklık tarafından bir günde geri alımı yapılabilecek toplam pay miktarının, payların işlem gününden önceki yirmi günlük işlem miktarı ortalamasının yüzde yirmi beşini aşamaması kuralı (GAP Tebliği 15.1.c) duyuru kapsamındaki alımlarda uygulanmaz.

Duyurular kapsamında pay edinilmesi halinde özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin gereklilikler uygulama alanı bulacaktır.

Sermaye piyasasında düzenleyici ve denetleyici otorite konumundaki Kurul, SPK'da kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde yayımladığı-yönetmelik, tebliğ gibi- ikincil mevzuat hükümleriyle sermaye piyasasının işleyişini yönlendirmektedir. Ayrıca, Kurul düzenleme yetkilerini ilke kararı, rehber gibi metinler yayımlayarak da kullanılabilir. Kurul, 2016 yılında yaptığı iki basın duyurusu ile payları borsada işlem gören anonim ortaklıkların GAP Tebliği'nde belirlenen kuralların bazılarında tabi olmaksızın kendi paylarını edinebileceği, GAP Tebliği hükümlerinin yanı sıra uygulanabilecek alternatif bir sistem benimsemiştir. Düzenleme türüne ilişkin tercihin uygunluğu tartışılabilir konumdadır. Basın duyuruları ile getirilen sistemin içeriği incelendiğinde ise önceki dönemlerde istisnalar dışında yasaklanan, daha sonra belirli sınırlar ve şartlar dahilinde olanak tanınan kendi payını edinmenin payları borsada işlem gören ortaklıklar için uygulama alanının oldukça geniş olduğu tespit edilmektedir. Payları borsada işlem gören ortaklıklarda kendi payını edinmenin piyasa düzenleyici fonksiyonu ve bu ortaklıklarda pay geri alımının gerekçeleri dikkate alındığında, bir düzenleme tercihi olarak serbestilerin geniş olduğu bir sistemin getirilmesi olanaklı iken Türk Hukuku'nda "*genişletilmiş serbesti*" sisteminin Kurul tarafından benimsenmesine ilişkin yöntemin hukuka uygun olmadığı belirtilmelidir.

2020 yılında pandemi koşulları dikkate alınarak duyurular ile benimsenen sistemin yürürlükte olduğu kamuoyuna hatırlatılmıştır. Pandemi sürecinde, kendi payını edinme kurumuna benzer şekilde ortaklık kaynaklarının ortaklara aktarım mekanizması olarak kullanılabilen kâr payı açısından sınırlandırma yaklaşımı benimsenmekle birlikte Türk Hukuku'nda kendi payını edinme açısından serbestleştirme yaklaşımının benimsendiği dikkat çekmektedir.

2016 yılında ülke ekonomisinin içinde bulunduğu dinamikler nedeniyle benimsendiği ifade edilen sistem, kısa olarak nitelendirilemeyecek bir süredir uygulanmaktadır. Türk Hukuku'nda öncelikli olarak yasaklama yaklaşımının benimsendiği, daha sonra sınırlar ve koşullar dahilinde kendi payını edinmenin benimsendiği dikkate alındığında payları borsada işlem gören ortaklıklar için

basın duyuruları ile getirilen sistemin radikal bir adım olduğu, diğer taraftan payları borsada işlem gören ortaklıklar açısından, kendi payını edinmenin işlevleri nedeniyle serbestleştirme yaklaşımı benimsenebilecek olmakla birlikte Kurulun mevcut düzenleme yönteminin hukuka uygunluk açısından sorgulanabilir konumda olduğu belirtilmelidir. Kurulun mevcut sistemden daha fazla serbestî içeren bir sistemi ikincil mevzuat hükümlerinde benimsemesi, kendi payını edinmeye ilişkin serbestînin genişletilmesi anlayışının doğru düzenleme araçları ile kurallara yansıtılması açısından yerinde olacak ve uygulanacak mevzuat hükümleri bakımından hukuki belirliliğin sağlanmasına katkı sunacaktır.

KAYNAKÇA

- Awad, Rachid/ Ferreira, Caio/ Jociene, Aldona/ Riedweg, Luc, International Monetary Fund** (2020) International Monetary Fund, “Restriction of Banks’ Capital Distribution during the COVID-19 Pandemic (Dividends, Share Buybacks, and Bonuses)”, IMF Special Series on Covid-19, <<https://www.imf.org/~media/Files/Publications/covid19-special-notes/en-special-series-on-covid-19-restriction-of-banks-capital-distribution-during-the-covid-19-pandemic.ashx>> s.e.t. 13.04.2022, s.1-8.
- Ayan, Özge** (2013) “Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, S: 1-2, s. 185-228.
- Aydın, Alihan** (2008) Anonim Ortaklığın Kendi Payını Edinmesi, İstanbul, Arıkan.
- Aytuğar, Bilge** (2020) “Anonim Şirketlerde Kâr Payı Ve Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında 7244 Sayılı Kanun İle Öngörülen Tedbirler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD, C: 11, S: 2, s. 396-410.
- Congress of the United States of America**, An Act to amend the Internal Revenue Code of 1986 to repeal the excise tax on high cost employer-sponsored health coverage, <<https://www.congress.gov/116/bills/hr748/BILLS-116hr748enr.pdf>> s.e.t. 13.04.2022.
- Çakır Çelebi, Fatma Betül** (2019) “Payları Borsada İşlem Gören Şirketlerin Kendi Paylarını Edinmesinin Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C: 21, Özel Sayı, s. 2545- 2581.
- Çelikboya, Kerem** (2021) Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı, İstanbul, On İki Levha.
- Dittmar, Amy K.** (2000) “Why Do Firms Repurchase Stock”, The Journal of Business, V: 73, I: 3, s. 331-355.

- European Central Bank**, Official Journal of the European Union, 30 March 2020, C: 102 I/1, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020HB0019&from=EN>> s.e.t. 13.04.2022.
- Ferran, Eilis** (2008) Principles of Corporate Finance Law, New York, Oxford University.
- Forstmoser, Peter / Meier- Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter** (1996) Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli.
- Ghebreyesus, Tedros Adhanom**, World Health Organization, “Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19- 11 March 2020”, <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>> s.e.t. 20.06.2022
- Gürel, Murat** (2020) “Covid- 19 Salgınının Şirketler Hukukunda Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Yaşar Hukuk Dergisi, C:2, S:2, Özel Sayı, s. 1-9.
- Hemel, Daniel J./ Polsky, Gregg D.** (2021), “Taxing Buybacks”, Yale Journal on Regulation, V: 38, I: 1, s. 246-310.
- Karacan, Ali İhsan/ Erişir Karacan, Esra** (2015) Halka Açık Şirketlerin Kendi Paylarını Geri Alımı, İstanbul, Legal.
- Kendigelen, Abuzer** (2016) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Manavgat, Çağlar** (2013) “Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesinde ‘Menkul Kıymetler Şirketi’nin Anlamı ve İstisnanın Değerlendirilmesi”, Erdal ONAR’a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 1137-1151.
- Manavgat, Çağlar** (2016) Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Memiş, Tekin/Turan, Gökçen** (2020) Sermaye Piyasası Hukuku, Güncellenmiş, 5. Baskı, Ankara.

- Oechsler, Jürgen:** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (2016), 4. Aufl., Beck.
- Özdamar, Mehmet** (2005) Anonim Ortaklıkların Kendi Payını İktisap Etmesi, Ankara, Yetkin.
- Özkorkut, Korkut** (2011) “Sermaye Piyasası Kurulu’nun 10.08.2011 Tarih ve 27/767 Sayılı İlke Kararı ile Tüm Borsa Şirketlerinin Kendi Paylarını İktisap Edebilmeleri Mümkün Hale Gelmiş Midir?”, BATİDER, C: XXVII, S: 3, s. 17-42.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin** (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul, Vedat.
- Sermaye Piyasası Kurulu**, 1 Eylül 2009 tarih 27/748 sayılı İlke Kararı, 2009/29 sayılı Kurul Bülteni, <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2009&no=39>> s.e.t. 13.04.2022.
- Sermaye Piyasası Kurulu**, 10 Ağustos 2011 Tarih ve 26/767 Sayılı İlke Kararı, 2011/32 sayılı Kurul Bülteni, <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2011&no=3210>> s.e.t. 13.04.2022.
- Sermaye Piyasası Kurulu**, Hisse Geri Alımlarına İlişkin Basın Duyurusu, <<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/2011811/0>> s.e.t. 13.04.2022.
- Sermaye Piyasası Kurulu**, 11 Kasım 2016 tarih 31/108 sayılı İlke Kararı, 2016/30 sayılı Kurul Bülteni, <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2016&no=30>> s.e.t. 13.04.2022.
- Sermaye Piyasası Kurulu**, Basın Duyurusu, <<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20160721/0>> s.e.t. 13.04.2022.
- Sermaye Piyasası Kurulu**, Geri Alınan Paylara İlişkin Basın Duyurusu Hakkında Ek Açıklama, <<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20160725/0>> s.e.t. 13.04.2022.
- Sermaye Piyasası Kurulu**, 2020/19 sayılı Kurul Bülteni, <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=19>> s.e.t. 13.04.2022.
- Sermaye Piyasası Kurulu**, Basın Açıklaması, <<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20200323/0>> s.e.t. 13.04.2022.

- Sermaye Piyasası Kurulu**, 2014/19 sayılı Kurul Bülteni, <<https://spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2014&no=19>> s.e.t. 13.04.2022.
- Tan, Turgut/Bayazıt, Bahar** (2021) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Tok, Ahmet** (2021) Sermaye Piyasası Kurulunun Halka Açık Şirketleri Denetlemesi, <<https://iksadyayinevi.com/wp-content/uploads/2021/07/SERMAYE-PIYASASI-KURULUNUN-HALKA-ACIK-SIRKETLERI-DENETLEMESI.pdf>> s.e.t. 13.04.2022.
- Tuğ, Mehmet Arif** (2021) “Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nu Düzenleyen Normlar Arasındaki İlişki”, Toraman Çolgar, Emek/Kayıklık, Abdurrahman, Ticaret Hukuku Genç Akademisyenler Sempozyumu, 15 Ekim 2020, İstanbul, s. 297- 315.
- Türk, Ahmet** (2016) Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Ankara, Adalet.
- Yanlı, Veliye/ Okutan Nilsson, Gül** (2012) “Şirketin Kendi Paylarını İktisabına İlişkin 10.08.2011 Tarih ve 26/767 Sayılı SPK İlke Kararının 6762 Sayılı TTK Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Arslanlı Bilim Arşivi, <<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/VeliyeYanlıGulOkutan.pdf>> s.e.t. 13.04.2022, s. 1-15.

TÜRKİYE'DE EV HİZMETLERİNDE ÇALIŞANLARIN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ*

Arş. Gör. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY**

ÖZET

Ev hizmetlerine yönelik gün geçtikçe artan bir talep olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, ev hizmetleri çoğunlukla ulusal ya da özel düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılmaktadır. Ev hizmetlerine ilişkin çalışma koşulları, değersiz görülme, yetersiz düzenlenme özellikleriyle insana yakışır çalışma koşullarından uzaktır. Ev hizmeti sektöründe yüksek bir tehlike potansiyeli olmasına rağmen, ev hizmetlerinde çalışanlar çoğunlukla diğer işçilerle aynı kapsamda korunmamaktadırlar. Anılan işçiler, kayıt dışı istihdamda küresel iş gücünün önemli bir bölümünü meydana getirmekte ve en savunmasız işçi grupları arasında yer almaktadırlar. Ülkemizde, ev hizmetlerinde çalışanların, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik haklarının hem yasal mevzuat açısından hem de uygulama boyutuyla yeterince korunmadığı göze çarpmaktadır. Bu çalışmanın amacı, ev hizmetlerinde çalışanlara yönelik mesleki sağlık ve güvenlik risklerini ortaya koyarak anılan işçilerin iş sağlığı ve güvenliği alanındaki korunmasızlığına dikkat çekmektir. Çalışmamızda, öncelikle ayrıntılı olarak ev hizmeti kavramına yer verilmiş, akabinde ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ev Hizmetleri, Ev Hizmetlerinde Çalışanlar, İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Kazası, Meslek Hastalığı.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104451 – Geliş Tarihi: 1.04.2022 – Kabul Tarihi: 31.07.2022. Bu makale, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Özel Hukuk Bölümü) bünyesinde yazılan “İş ve Sosyal güvenlik Hukukunda Ev Hizmetlerinde Çalışanlar” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, hilaltiritoglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3429-9210.

OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY OF DOMESTIC WORKERS IN TURKEY

ABSTRACT

It is seen that there is an increasing demand for domestic work. However, domestic work is often excluded from the scope of national or special regulations. The working conditions related to domestic work is far from decent work conditions since these workers are deemed as worthless and there is a lack of regulations in this field. Despite the high potential for dangers in the domestic work sector, domestic workers are mostly not protected to the same extent as other workers. Domestic workers comprise a significant part of the global workforce in informal economy, and they are among the most vulnerable groups of workers. In Turkey, it is remarkable that the rights of domestic workers in relation with occupational health and safety are not sufficiently protected in terms of both legal legislation and implementation. The purpose of this study is to draw attention to the vulnerability of these workers in the field of occupational health and safety by demonstrating the occupational health and safety risks regarding domestic workers. In our study, first, the term 'domestic work' is defined in detail, and then the occupational health and safety issue of domestic workers is examined.

Keywords: Domestic Work, Domestic Workers, Occupational Health and Safety, Occupational Accident, Occupational Illness.

GİRİŞ

Dünyadaki en eski işler arasında yer alan ev hizmetlerine yönelik talep gün geçtikçe artmaktadır¹. Ev hizmetleri geleneksel olarak kadın işi olarak kabul edilmekte ve sıklıkla gerçekleştirilen hizmetin maddi bir karşılığı bulunmamaktadır². Bununla birlikte, kadınların ücretli işlerde çalışmaya başlamaları ile, birinin en azından bazı ev yahut bakım işlerini onlar için yapması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Kadınların işgücüne katılımıyla beraber ev işleri az da olsa eşler tarafından paylaşılmaya başlanmıştır. Ancak, zaman darlığı, evin düzenli olması isteği ve bakıma ihtiyacı olan bireylerle yeterince ilgilenilememesi gibi etkenler ev hizmetlerinde çalışanlara yönelik talebi arttırmıştır³. Bu doğrultuda, temizlik, yemek, ütü yapımı gibi ev işlerinin yahut çocuk, yaşlı, engelli aile üyelerinin bakımı gibi bakım işlerinin yerine getirilmesi için birinin istihdam edilmesi hem kadının hem de erkeğin çalıştığı birçok ailede mecburi hal almıştır⁴.

-
- ¹ **International Labor Office** (2018) The Definition of Domestic Work and Domestic Workers For Statistical Purposes, 20th International Conference, Room Document 8, Geneva, s.4; **Nederveen Meerkerk, Elisa Van/Neunsinger, Silke/Hoerder, Dirk** (2015) “Domestic Workers of the World: Histories of Domestic Work as Global Labor History”: **Nederveen Meerkerk, Elisa Van/Neunsinger, Silke/Hoerder, Dirk** (Editors), Towards a Global History of Domestic and Caregiving Workers, Leiden, Brill, s.1; **Sedacca, Natalie** (2019) “Migrant Domestic Workers and the Right to a Private and Family Life”, UCL Working Paper Series, No.7, s.2; **Smith, Peggie R.** (2012) “Work Like Any Other, Work Like No Other: Establishing Decent Work For Domestic Workers”, Legal Studies Research Paper Series, Paper No.12-05-30, s.158; **Walter, Sebastian** (2016) Die Vereinbarkeit Des Deutschen Arbeits – Und Sozialrechts Mit Der Domestic Workers Convention, 2011 (ILO – Konvention Nr. 189), Kassel, Kassel University Press GmbH, s.1-2.
- ² **Novitz, Tonia/Phil Sypris** (2015) “The Place of Domestic Work in Europe”, European Labour Law Journal, C:6, S:2, s.105-106; **Çavuş, Ö. Hakan** (2016) “Sosyal Koruma Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanlar”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Özel Sayı, s.546; **Karaman, Mehmet Halis** (2020) “İş Hukukunda Ev Hizmetleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:43, İstanbul, s.214.
- ³ **Nederveen Meerkerk /Neunsinger /Hoerder**, s.12; **Sedacca**, s.2; **Yıldırım, Sinem** (2014) “Türkiye’de Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sorunları”, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:4, S:1, s.49.
- ⁴ **Savaş Kutsal, F. Burcu** (2016) “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Özel Sayı, C:15, S:1, s.651-652; **Çavuş**, s.545; **Karaman**, s.214.

Ücretli ev hizmetlerine yönelik artan talebe rağmen, ev hizmetleri çoğunlukla ulusal ya da özel düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılmaktadır. Ev hizmetlerine ilişkin çalışma koşulları, az değer biçilmiş, yetersiz düzenlenmiş olma özellikleriyle insana yakışır çalışma koşullarından yoksundur⁵. Ayrıca, ev hizmetleri sıklıkla kayıt dışı ekonomi kapsamında yer almaktadır⁶. Ev hizmetlerinin, düşük sosyal statüye sahip olduğu ve özel beceri veya eğitim gerektirmediği düşünülmektedir⁷. Bu doğrultuda, esasen, ev hizmeti sektöründe yüksek bir tehlike potansiyeli olmasına rağmen, ev hizmetlerinde çalışanlar çoğunlukla diğer işçilerle aynı kapsamda korunmamaktadırlar⁸. Ev hizmetlerinde çalışanlara yapılan hukuki özel muamelenin arka planında, anılan kimselerin geçmişte olduğu gibi günümüzde de işçi olarak değil de ev halkının bir üyesi olarak varsayılmaları bulunmaktadır⁹.

-
- ⁵ **International Labour Office** (2012) *Effective Protection For Domestic Workers: A Guide To Designing Labour Laws*, Geneva, s.2; **International Labor Office** (2018), s.4; **Sedacca**, s.26-27; **Kocher, Eva** (2012) *Hausarbeit als Erwerbsarbeit: Der Rechtsrahmen in Deutschland: Voraussetzungen einer Ratifikation der ILO-Domestic Workers Convention durch die Bundesrepublik Deutschland*, Düsseldorf, Hans-Böckler-Stiftung, s.3; **Savaş Kutsal**, s.652; **Çavuş**, s.545.
- ⁶ **International Labour Office** (2002) *Decent Work and The Informal Economy*, Report VI, International Labour Conference, 90th Session, Geneva, s.2-3; **International Labour Organization** (2019) *World of Work, The Magazine of The ILO*, The ILO at 100, s.22; **Office Of The Special Representative And Co-Ordinator For Combating Trafficking In Human Beings** (2010) *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, Organization for Security and Co-operation in Europe, Occasional Paper Series No. 4, Vienna, s.10; **McBride, Meredith** (2018) “Cleaning up the Industry: Improving Protections for Precarious and Child Domestic Workers”, *Fordham International Law Journal*, C:41, s.1341; **Savaş Kutsal**, s.652; **Çavuş**, s.545.
- ⁷ **D’Souza, Asha** (2010) *Moving Towards Decent Work For Domestic Workers: An Overview Of The ILO’s Work*, ILO Bureau For Gender Equality, Working Paper 2, s.28.
- ⁸ **International Labor Office** (2018), s.4; **International Labour Office** (2002), s.3; **Mantouvalou, Virginia** (2012) “Human Rights for The Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labor”, *Comparative Labor Law&Policy Journal*, C:34, S:133, s.133; **Walter**, s.1-2.
- ⁹ **D’Souza**, s.27; **Sedacca**, s.12; **Albin, Einat/Mantouvalou, Virginia** (2012) “The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light”, *Industrial Law Journal*, C:41, S:1, s.68; **Cox, Rosie** (2012) “Gendered Work And Migration Regimes”, **Aslaug**

İş sağlığı ve güvenliği, genel ifade ile, çalışanların iş görülmesi esnasında karşılaştıkları yaşamlarına ve beden bütünlüklerine yönelik tehlikelerin, sağlıklarına zarar verebilecek koşulların bertaraf edilmesi yahut en aza indirgenmesi amacıyla tesis edilecek hukuki, teknik ve tıbbi kurallar bütünüdür¹⁰. İş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemeye ilişkin tüm etkinlikler iş sağlığı ve güvenliğinin konusunu meydana getirir¹¹. Bir türlü önüne geçilemeyen ve sayıları gün geçtikçe artmaya devam eden iş kazaları, ülkemizin en büyük sorunlarından biridir¹². İş kazasına ilişkin istatistik veriler, ülkemizin dünyada iş kazaları hususunda ön sıralarda bulunduğunu göstermektedir¹³.

Ev hizmetlerinde çalışanlar, tüm dünyada sağlık ve güvenlik önlemleri bakımından en az korunan gruplar arasında yer almaktadırlar. Anılan işçilerin iş sağlığı ve güvenliği hususunda yasal düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılmalarına ve tamamen korumasız koşullarda çalıştırılmalarına sık

Sollund, R./Leonard, L. (Editors), *Transnational Migration, Gender and Rights*, s.46; **Walter**, s.2.

¹⁰ **Süzek, Sarper** (2021) *İş Hukuku*, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.899; **Özdemir, Erdem** (2020) *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.5.

¹¹ **Sümer, Haluk Hadi** (2021a) *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.6-7.

¹² **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2021) *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.366-367; **Caniklioğlu, Nurşen** (2012)“6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, 26-30 Eylül 2012, Antalya, s.27; **Arslan, Seda** (2014) “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, S:1, s.768.

¹³ **Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 21nci Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.401; **Süzek**, s.899; **Korkmaz, Adem/Avsallı, Hüseyin** (2012) “Çalışma Hayatında Yeni Bir Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası”, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:26, s.154. Uluslararası Çalışma Örgütü verilerine göre, Türkiye iş kazalarının en çok görüldüğü ülkeler arasında yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<http://laborsta.ilo.org>> (s.e.t. 13.04.2022).

rastlanmaktadır¹⁴. Ülkemizde de ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine yönelik haklarının hem yasal mevzuat hem de uygulama boyutuyla yeterince korunmadığı göze çarpmaktadır. Hâlbuki iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi ile sosyal ve ekonomik açıdan ortaya çıkacak birçok sorunun önüne geçilmiş olacağı aşikardır¹⁵. Bu bakımdan konuya gereken hassasiyet gösterilmeli, özellikle işverenlerin gerekli önlemleri almaları sağlanmalıdır¹⁶.

Çalışmamızda, Türkiye’de ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusu ele alınmıştır. Bu bağlamda önce ev hizmeti kavramı üzerinde durulmuş, ardından ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusu incelenmiştir.

I. EV HİZMETİ KAVRAMI

A. KENDİNE ÖZGÜ YAPISI

Ev hizmetlerinin, diğer işlerle kıyaslandığında ayırt edici bir niteliğinin olduğu öne sürülmektedir. Ev hizmetlerinin kendine özgü yapısının değerlendirilmesi bakımından işin yapıldığı yer ve işin niteliği önem arz etmektedir. Başka bir ifade ile, ev hizmetleri, hem temizlik, bakım gibi işlerin doğası gereği hem de yapıldığı yerin ev halkının günlük hayatlarını sürdürdükleri özel alanları olması dolayısıyla inceleme alanı dışına itilmekte ve çoğunlukla iş mevzuatı kapsamı dışında bırakılmaktadır¹⁷.

¹⁴ **European Agency for Safety and Health at Work** (2013) *New Risks and Trends in the Safety and Health of Women at Work*, European Risk Observatory, A Summary of an Agency Report, s.15; **International Labour Office** (2004) *Women Workers and Gender Issues on Occupational Safety and Health*, Information Note, Geneva, s.3; **Korkmaz/Avsallı**, s.157; **Kılış, İlknur** (2018) *İş Sağlığı ve Güvenliği*, Bursa, Dora Yayınları, s.43-44.

¹⁵ **Süzek**, s.900; **Korkmaz/Avsallı**, s.157; **Civan, Orhan Ersun** (2017) “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, *Ankara Barosu Dergisi*, C:75, S:4, s.206; **Manav, A. Eda** (2015) “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim, S:120, s.516.

¹⁶ **Güler, Ceyhan** (2021) *Ev İşçiliğinin Türkiye’deki Görünümü, Kapsam, Boyut ve Sorunlar*, Uluslararası Çalışma Örgütü, Ankara, s.54-55.

¹⁷ **International Labour Office** (2012), s.2; **Nederveen Meerkerk/Neunsinger/Hoerder**, s.6; **D’Souza**, s.18; **Oelz, Martin** (2014) “The ILO’s Domestic Workers Convention and

Ev hizmetleri, işin yapıldığı yer itibarıyla aile bireylerinin özel hayatlarını sürdürdükleri “ev” lerinde gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle, ev hizmetleri, anayasal konut dokunulmazlığı güvencesi altında bulunan ve dışarıya kapalı bir ortamda yerine getirilmektedir. Bununla birlikte, ev, ev halkı için hayatlarını sürdürdükleri özel alanları olma özelliğine sahipse de ev hizmetlerinde çalışanlar bakımından işyeri niteliği taşımaktadır. Ancak, ev hizmetlerinin yapıldığı yer klasik anlamda bir işyerine benzememektedir. Çünkü, evin mal ve hizmet üretmek gibi bir amacı bulunmamaktadır¹⁸. Ayrıca, ev hizmetlerinde birini istihdam eden kimselerin büyük çoğunluğu esasında bağımlı çalışan statüsünü haizdir ve işveren sıfatını yalnızca evlerinde birini çalıştırmak suretiyle kazanmaktadırlar¹⁹.

Ev hizmetleri, genel ifade ile, evin gündelik işleyişine yönelik olarak yapılan işleri kapsamına alır. Bu da eve ve ev halkına yönelik gündelik işlerin görülmesi anlamına gelir. Yapılan işin niteliği itibarıyla, burada iktisadi bir faaliyet icra edildiğinden söz edilemez. Bu alan, aile ekonomisi sınırları içerisinde kalmaktadır. Bu doğrultuda, ev hizmetleri, üretken iş piyasasının faaliyet alanı dışında kabul edilir²⁰.

Ayrıca hem ev hizmetlerinin yapıldığı yer hem de işin niteliği itibarıyla, ev hizmetlerinde çalışanların işverenleriyle ilişkileri oldukça yakındır ve güven unsuru burada büyük önem arz eder. Anılan iş ilişkisinde, tarafların kişiliği ön plana çıkmaktadır. Ev hizmetleri kapsamında, ev hizmetlerinde çalışan ile

Recommendation: A window of opportunity for social justice”, *International Labour Review*, C:153, S:1, s.145; **Sedacca**, 12; **McBride**, s.1347; **Walter**, s.28; **Caniklioğlu, Nurşen/Özkaraca, Ercüment** (2016) “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C: II, s.1129; **Karaman, Mehmet Halis** (2020) “İş Hukukunda Ev Hizmetleri”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.43, İstanbul, s.215.

¹⁸ **Oelz**, s.145; **Sedacca**, s.12; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1129; **Arslan Ertürk, Arzu** (2015) “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 9’uncu Maddesi Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C:12, S:46, s.90; **Karaman**, s.215, 229.

¹⁹ **International Labour Office** (2012), s.4; **Oelz**, s.145; **Tuncay/Ekmekçi**, s.328; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1129; **Arslan Ertürk** (2015), s.90; **Karaman**, s.215.

²⁰ **International Labour Office** (2012), s.2; **D’Souza**, s.19; **Sedacca**, s.12; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1129; **Karaman**, s.215.

işveren çoğunlukla günün oldukça büyük bir bölümünü aynı ortamda geçirirler. Bu bakımdan, ev hizmetlerinin aynı evde yaşayan kimselerin özel yaşamlarına yönelik gündelik işleri kapsadığı ifade edilebilir. Bu doğrultuda, işverenlerin özel hayatlarının bir kısmını ev hizmetlerinde çalıştırdıkları işçilerle paylaştıkları belirtilebilir²¹.

B. KAPSAMI

1. Öğreti Görüşleri

Öğretide ev hizmetlerinin temizlik, yemek yapma, çamaşır yıkama gibi evin gündelik işleyişine yönelik çalışmaları ifade ettiği savunulmaktadır²². Bu doğrultuda, evde yapılan her iş ev hizmetleri kapsamında yer almaz²³. Bununla

²¹ **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1129; **Karaman**, s.215, 228.

²² **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment** (2021) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.171; **Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut/Kaplan, Hasan Ali** (2021) İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.60; **Süzek**, s.224; **Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap** (2021) İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.115; **Okur, Ali Rıza** (2004) “Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı”, Kamu İş, C:7, S:3, s.9-10; **Şakar, Müjdat** (2021) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.36; **Senyen-Kaplan, E.Tuncay** (2018) Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.78-79; **Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.34; **Akyiğit, Ercan** (2021) İş Hukuku, Güncellenmiş 13. Basım, Ankara, Seçkin Yayınları, s.93; **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2021) İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları, s.71-72; **Uşan, M. Fatih** (2009a) İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.42; **Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan** (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.78; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1132; **Baycık, Gaye** (2018) “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.57; **Manav**, s.511; **Dulay, Dilek** (2016) Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Ankara, Turhan Kitabevi, s.30; **Karaman**, s.217, 223.

²³ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.71; **Gülver, Ender** (2014) “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:72, S:2, s.107; **Civan, Orhan Ersun** (2010) “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)”, LISGHD, S:4, s.529. **Karaman**, s.217.

birlikte, başka bir görüş²⁴, ev hizmetlerinin sayılanlarla sınırlı olmadığını, ev hizmetleri arasında özel sekreterlik, özel ders verme, hasta bakma, çocuk bakma gibi daha yüksek nitelikli hizmetlerin de bulunduğunu belirtmektedir. Bu gibi ev hizmetlerinde ağır basan yan; düşünsel çalışma, yönetim veya denetimdir. Diğer bir görüş ise²⁵, “Tüm Ekonomik Faaliyetlerin Uluslararası Sanayi Sınıflaması²⁶”nı (ISIC Rev.3.1) esas alarak ev hizmetlerinin kapsamını belirlemektedir. Buna göre, evlerde yaptırılan hizmet işleri, hizmetçi, aşçı, garson, uşak, baş uşak, çamaşırcı, bahçıvan, seyis, şoför, kâhya, mürebbiye, bebek bakıcısı, özel öğretmen, sekreter vb. tarafından evlerde yapılan faaliyetler bu kapsamda kabul edilir. Burada, bir işin ev hizmeti sayılması için işin evde yapılması ölçütü ön plana alınmaktadır. Bu doğrultuda, ev hizmetlerinin birbirinden farklı istihdam ilişkilerini kapsayabilmesi mümkün kılınmaktadır²⁷.

2. Mevzuat Hükümleri ve Yargı Kararları

a. İş Hukukunda

İş Kanunu'nun “İstisnalar” başlıklı 4. maddesinin I. fıkrasının e bendi uyarınca, ev hizmetlerinde İş Kanunu hükümleri uygulanmaz²⁸. İş Kanunu'nun kapsam dışı bıraktığı ev hizmetleri hakkında Türk Borçlar Kanunu²⁹ hükümleri

²⁴ **Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.41-42; **Çavuş**, s.546; **Gülver**, s.107; **Civan** (2010), s.529.

²⁵ **Ünlütürk Ulutaş, Çağla/Durusoy Öztepe, Nagihan** (2013) Ev Hizmetlerinde Mesleki Sağlık ve Güvenlik Sorunu, Çalışma İlişkileri Dergisi, C:4, S:2, s.45-46.

²⁶ <<https://biruni.tuik.gov.tr/DIESS/SiniflamaSatirListeAction.do?surumId=128&seviye=1&detay=H&turId=1&turAdi=%201.%20Faaliyet%20S%C4%B1n%C4%B1flamalar%C4%B1>> (s.e.t. 21.03.2022).

²⁷ **Caniklioğlu /Özkaraca**, s.1132; **Ünlütürk Ulutaş/ Durusoy Öztepe**, s.45-46.

²⁸ **Tunçomağ/Centel**, s.41; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.171; **Demircioğlu/Centel/Kaplan** (2021), s.60; **Süzek**, s.224; **Başbuğ/Yücel Bodur**, s.115; **Okur**, s.8; **Şakar**, s.36; **Sümer** (2020), s.34; **Akyiğit**, s.93; **Mollamahmutuoğlu/Astarlı/Baysal**, s.71; **Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2021) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Kitapları Dizisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.9; **Uşan** (2009a), s.42; **Uşan/Erdoğan**, s.78; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1129; **Baycık** (2018), s.57; **Savaş Kutsal**, s.653; **Dulay**, s.30; **Karaman**, s.215.

²⁹ 04.02.2011 t., 27836 S.lı RG.

uygulama alanı bulur³⁰. Ancak ne İş Kanunu'nda ne de Türk Borçlar Kanunu'nda ev hizmeti kavramının tanımına yer verilmemiştir.

Yargıtay, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklara yönelik kararlarında, “ev hizmeti” kavramını mümkün olduğu ölçüde dar yorumlamaktadır. Ev hizmeti kavramının işçiyi koruma düşüncesi ile dar yorumlanması, iş hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan “işçi lehine yorum” ilkesi ile uyum arz etmektedir³¹. Bu sayede, işçilerin, İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Yargıtay'a göre³², “Ev hizmetleri temizlik, yemek, bulaşık, ütü, bahçe düzenlemesi, misafirlerle ilgilenilmesi, elektrik, su ve telefon gibi faturaların ödenmesi ile ev ihtiyaçları için alışveriş yapılması gibi evde gündelik yaşamın gerektirdiği işlerdir. Mesleki beceriyi gerektirmeyen ve evde yaşayan bireyler tarafından yapılabilen küçük çaplı bakım, onarım, boya ve tamirat işlerini de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür.” Bu halde, ev hizmetleri, evin gündelik işlerinden olup mesleki beceri gerektirmemektedir.

³⁰ **Tunçomağ/Centel**, s.42; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.172; **Güzel, Ali/Heper, Hande** (2017) “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama! Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:52, C:1, s.32; **Süzek**, s.224; **Başbuğ/Yücel Bodur**, s.115; **Şakar**, s.36; **Sümer** (2020), s.34; **Akyiğit**, s.106; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.72; **Ekmekçi/Yiğit**, s.10; **Uşan** (2009a), s.42; **Uşan/Erdoğan**, s.78; **Baycık** (2018), s.57; **Savaş Kutsal**, s.653; **Karaman**, s.215.

³¹ “Diğer taraftan İş Kanunu kapsamında kalmayan işler, işveren veya işçi ile ilgili hükümler, istisnai hükümlerdir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 23.05.1960 gün, 11-10 sayılı ve 10.05.1974 gün, 3-44 sayılı kararları uyarınca, özellikle iş hukukunda istisnai hükmün genişletilerek değil, dar yorumlanması gerekir. İşçiler yararına düzenlenen hükümlerin, işçiler yararına yorumlanması asıldır.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 24263/33093, T:06.11.2014, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

³² Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2014/13579, K: 2015/18430, T:26.05.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (s.e.t. 23.03.2022).

Yargıtay İş Kanunu'nun kapsamına ilişkin kararlarında, hemşirelik³³, çocuk³⁴, hasta³⁵ ya da yaşlı bakıcılığı gibi belirli bir uzmanlığı gerektiren işlerin ev hizmetlerinden olmadığına ve İş Kanunu kapsamında yer aldıklarına hükmetmektedir. Burada, işçinin bir vasfı dolayısıyla istihdam edilip edilmemesi önem taşır. Yargıtay'ın bir kararında³⁶ bu husus şu şekilde belirtilmiştir. "... işçi vasıflı olup, salt bu vasfından dolayı evde bir hizmette çalıştırılıyor, bu hizmet dışında çalıştırılmıyorsa İş Kanunu kapsamında kabul

³³ "4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca, "ev hizmetlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca, ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi, gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren arasındaki uyumsuzluğun iş mahkemesinde değil, genel mahkemelerde çözümlenmesi gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukuki ilişkilerde Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır. Buna karşın evde hastaya bakan hemşire ve çocuk eğiticiyi İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir." Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/28575, K: 2014/37115, T: 25.12.2014, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

³⁴ "Somut olayda, tanık beyanlarından ve tüm dosya kapsamından davalının davacıyı devamlı olarak çocuklarına bakması için işe aldığı, davacının bu çocukların bakımı ile uğraştığı, bunun yanında ise arızı olarak ev işlerinde ev sahibine yardım ettiği bu nedenle davacı ile davalı arasındaki ilişkinin İş Kanunu'nun düzenlediği anlamda hizmet ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu anlamda her ne kadar iş ilişkisinin resmi belgeler üzerinde dava dışı şirket ile kurulduğu görülmeğe de davacının fiilen davalıların ev hizmeti ve çocuk bakımında görevli olması iş ilişkisinden doğan sorumluluğun davalılara ait oluşunu etkilemeyecektir. Mahkemece işin esasına girilerek dava hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde husumetten red kararı verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/35095, K: 2015/9308, T: 09.03.2015, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

³⁵ "Tarafların ve tanıkların beyanları ile tüm dosya kapsamı uyarınca davacının 1998 yılında davalıların annelerine bakmak üzere işe başladığı ve bu bakımın davalıların annesi vefat edene kadar 2 yıl süresince sürdüğü sabittir. Davacının belirtilen bu iki yıllık süre zarfındaki çalışması hasta bakımı olmakla İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir. Davacının, davalıların annelerinin vefatı sonrasında iş akdinin fesih tarihi 13.04.2012 tarihine kadar davalılar yanında ev hizmetlerinde çalıştığı hususunda taraflar arasında ihtilaf bulunmamakta olup davacının bu dönem çalışması Borçlar Kanunu'na tabidir ve Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümleri uygulanacaktır." Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2016/6816, K: 2019/5648, T: 11.03.2019, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

³⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30168/20156, T: 15.11.2016, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

edilmelidir. Örneğin hemşire, çocuk bakıcısı, eğitim elemanı ve özel aşçı gibi çalışan kişiler bu kapsamdadır.”

Yargıtay’a göre³⁷, “Ev sahibine ait ev ve bahçesinde ev hizmeti yanında bekçilik yapan ve ağırlıklı hizmeti bekçilik olan işçi, İş Kanunu kapsamında sayılmalıdır.” Bunun gibi, her ne kadar Yargıtay’ın bahçe işlerini ev hizmetlerinden saydığı ve İş Kanunu kapsamından hariç tuttuğu kararları³⁸ bulunsa da “bahçıvanlık” da çoğunlukla ev hizmeti olarak değerlendirilmemekte ve İş Kanunu kapsamında kabul edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında³⁹ bu hususu, “Hayvan bakımı ve bahçıvanlığın aşçı, uşak, temizlikçi gibi ev içinde görülen işlerden olmadığı açıktır.” şeklinde ifade etmiştir. Özellikle, bahçıvanlık kapsamında bir takım bahçe işleri görülürken bunun yanı sıra güvenlik ve bekçilik işlerinin de yerine getirildiği durumda, Yargıtay, yapılan işin ev hizmetlerinden olmadığı ve İş Kanunu kapsamında yer aldığı kanaatinde⁴⁰. Buna karşılık Yüksek Mahkeme tarafından, “Aile bireylerini evden alarak, alışverişe şehir içinde gezmeye

³⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2007/27814, K:2008/25988, T: 09.10.2008, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

³⁸ “Somut olayda, davacının asıl görevinin davalıya ait evin bahçesindeki ağaçların bakımı, bahçe bakımı ve temizliği ve köpeklerin bakımı olduğu dosya kapsamı itibarıyla sabit olmuştur...Yapılan tüm bu işlerin 4857 sayılı Kanun'un 4/e maddesi kapsamında kaldığı ve ev hizmetlerine ilişkin olduğu açıktır.” Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, E: 2014/36234, K: 2015/35068, T: 21.12.2015, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

³⁹ “Gerçekten de davacının davalılara ait evin bahçesinde bahçe işi ile uğraştığı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Davacı asil de 14.04.2015 tarihli duruşmadaki beyanında, davalıların villasında bahçe işlerinde çalışıp, davalıların tavuklarına baktığını, bu şekilde her gün sabahtan akşama kadar 17 sene çalıştığını beyan etmiştir. Diğer taraftan davacı tanıdığı davacının dini ve milli bayram günlerinde dahi hayvanların bakımını yaptığını açıklamıştır. Buna göre de mahkemenin kabulünün aksine davacının yaptığı işlerin ev hizmeti olarak kabul edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Hayvan bakımı ve bahçıvanlığın aşçı, uşak, temizlikçi gibi ev içinde görülen işlerden olmadığı açıktır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2015/3384, K: 2018/1281, T: 27.06.2018, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

⁴⁰ “Somut olarak davalı M.’e ait yazlık evde davacı tarafından bahçıvanlık kapsamında bir kısım bahçe işlerinin yürütüldüğü anlaşılmakta ise de ... yapılan işin güvenlik ve bekçilik ağırlıklı olduğu, davacının yaz kış sürekli yazlıkta kaldığı, ücret ve bağımlılık unsurları itibarıyla işçi statüsünde bulunduğu kabulü ile işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15697/18318, T: 05.06.2014, <www.legalbank.net> (s.e.t. 23.03.2022).

götüren, boş zamanlarında ev ve eklentilerinde zamanını geçiren şoförün ev hizmeti yaptığı ve İş Kanunu kapsamında olmadığı” kabul edilmektedir⁴¹.

b. Sosyal Güvenlik Hukukunda

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun⁴² “Sigortalı Sayılmayanlar” başlıklı 6. maddesinin I. fıkrasının c bendi uyarınca, “Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında ev hizmetlerinde çalışanlar (Kanunun ek 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç), 4’üncü ve 5 inci maddelere göre sigortalı sayılmaz.”. Ev hizmetlerinde çalışanların sosyal sigortalılığına yönelik düzenlemelere ek madde 9’da yer verilmiştir⁴³. Bununla birlikte, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda ev hizmeti kavramı tanımlanmamıştır.

Ev hizmetleri ile doğrudan bağlantılı bir tanıma “Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanun’un Ek 9 uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ⁴⁴”de yer verilmiştir⁴⁵. Tebliğ uyarınca, ev hizmeti, “Ev içerisinde yaşayan aile bireyleri tarafından yapılabilecek temizlik, yemek yapma, çamaşır, ütü, alışveriş, bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işlerinin aile bireyleri dışındaki kişiler tarafından yapılmasını” ifade etmektedir. Bu doğrultuda, sosyal güvenlik hukuku bakımından ev hizmetlerinin sadece evin günlük faaliyetlerine yönelik

⁴¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 2501/4192, T: 09.02.2015, <www.legalbank.net> (s.e.t 23.03.2022).

⁴² 16.06.2006 t. 26200 S.lı RG.

⁴³ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.115-116; **Sözer, Ali Nazım** (2021) İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.106-107; **Sümer, Haluk Hadi** (2021b) Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.44; **Uşan/Erdoğan**, s.364; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1136; **Savaş Kutsal**, s.657-658; **Çavuş**, s.559; **Arslan Ertürk** (2015), s.93; **Manav**, s.517.

⁴⁴ 01.04.2015 t. 29313 S.lı RG.

⁴⁵ Bahsi geçen Tebliğ, ev hizmetlerinde çalışanların sosyal sigorta hakları yönünden 5510 sayılı Kanun’daki düzenlemeler ve bu düzenlemelerden kaynaklanan pratik ihtiyaçlar gözetilerek hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaman**, s.216-217.

işleri değil, aynı zamanda evde görülen ve ev halkının ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla yönelik işleri kapsamına aldığı belirtilmektedir⁴⁶. Ayrıca, Tebliğ’de yer alan tanım ile uyumlu olarak, ev hizmetlerinin aile fertleri dışında kalan kişiler tarafından yapılması yani dışarıdan sağlanan işgücü ile karşılanması gerekliliğine dikkat çekilmektedir⁴⁷.

Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2020/20 sayılı Genelgesi’nde⁴⁸ ise ev hizmetleri, “5510 sayılı Kanunun ek 9. maddesi uygulamasında; ev içerisinde yaşayanlar tarafından yapılabilecek temizlik, ütü, yemek yapma, çamaşır, bulaşık yıkama, alışveriş ve bahçe işleri ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işlerinin ev halkı dışındaki bireyler tarafından yapılması” olarak ifade edilmiştir.

Sosyal Güvenlik Hukuku uyuşmazlıklarına yönelik Yargıtay kararlarında “ev hizmeti” kavramı mümkün olduğu ölçüde geniş yorumlanmaktadır⁴⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na göre⁵⁰; “Evde yapılan işle, ev hizmetleri arasında bazı farklılıkların da tanımlanması gerekir. Ev hizmeti evde yapılmakla birlikte, herhangi bir iş olmayıp doğrudan yaşanan mekâna yönelik bir iştir. Yaşanan konutla doğrudan bağlantı içerisindedir. Doğrudan eve ve ev yaşamına yöneliktir. Dolaylı olarak ev yaşamına katkıda bulunan, onu kolaylaştıran hizmetlerdir. Ev hizmetinin doğrudan eve veya ev yaşamına yönelik olması gerekir. Ev hizmeti evden soyutlanamaz. Bir işin ev hizmeti sayılabilmesi için yapılan işin evde gündelik yaşamın gerektirdiği faaliyetler kapsamında ev yaşamının gündelik, olağan gereksinmelerini karşılayan işlerdir. Öğretide ev hizmetleri, evde gündelik yaşamın gerektirdiği; temizlik, yemek, çamaşır, ütü, çocuk bakımı, mürebbiyelik gibi işler olarak kabul görmektedir.”

⁴⁶ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s.98; Caniklioğlu/ Özkaraca, s.1136; Karaman, s.217.

⁴⁷ Sözer, s.105-106; Manav, s.512.

⁴⁸ 18.06.2020 t. ve 2020/20 S.lı SGK Genelgesi.

⁴⁹ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s.98-99; Caniklioğlu/ Özkaraca, s.1135-1136; Karaman, s.217.

⁵⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2013/10-228, K: 2014/65, T: 05.02.2014; Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2016/11270, K: 2017/1115, T:20.02.2017; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2015/19990, K: 2016/12796, T: 18.10.2016; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 15879/18735, T: 05.11.2015; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2013/7776, K: 2014/8613, T: 22.04.2014, <www.legalbank.net> (s.e.t. 24.03.2022).

3. Görüşümüz

Mevcut düzenlemeler ışığında, ev hizmetlerinin kapsamı belirlenirken İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku bağlamında bir ayırım yapılması yerinde olur. Bununla birlikte, ev hizmetlerinde çalışanların İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda belirtilen istisnalar arasından çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira ev hizmetlerinde çalışanların kapsam dışında bırakılması anılan işçilerin korunmasızlığına katkı sağlamakta ve onların insana yakışır çalışma koşullarından mahrum kalmalarına neden olmaktadır. Bunun için, ülkemiz tarafından henüz onaylanmasa⁵¹ da Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 2011 tarihinde kabul edilen 189 No.lu Ev Hizmetlerinde Çalışanlara Dair Sözleşme'nin⁵² yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz. 189 No.lu Sözleşme ile ev hizmetlerinde çalışanlara insana yakışır çalışma koşulları sağlanması için gerekli uluslararası asgari normlar belirlenmektedir. Bu bakımından, ülkemiz tarafından anılan Sözleşmenin

⁵¹ 5 Eylül 2013 tarihinde yürürlüğe giren Ev Hizmetlerinde Çalışanlara Dair Sözleşmeyi onaylayan 35 UÇÖ üyesi devlet bulunmaktadır. Ancak, maalesef 189 No.lu Sözleşme ülkemiz tarafından henüz onaylanmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **International Labour Organization**, Ratifications of C189 – Domestic Workers Convention, 2011 (No.189), <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:2551460> (s.e.t. 18.03.2022).

⁵² Uluslararası Çalışma Örgütü, 2011 yılında ev hizmetlerinde çalışanlar bakımından bir dönüm noktası niteliğini taşıyan “Ev Hizmetinde Çalışanlara Dair Sözleşme” yi (2011-No.189) ve eki niteliğindeki Tavsiye Kararını (No.201) kabul etmiştir. Ev Hizmetinde Çalışanlara Dair Sözleşme ve eki niteliğindeki Tavsiye Kararı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ev hizmetlerinde çalışanlara yönelik uluslararası çalışma standartlarını belirleme yönünde yaptığı ilk bağlayıcı düzeyde çalışmadır. Bahsi geçen belgeler, ev hizmetlerinde çalışanlara insana yakışır iş olanakları sağlayabilmek adına gerekli uluslararası asgari normları belirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **International Labour Office**, Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189; **International Labour Office**, Domestic Workers Recommendation, 2011 (No. 201), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R201, (s.e.t. 18.03.2022); **International Labour Office** (2012), preface, 6; **International Labour Organization**, Magazin, s.22; **Nederveen Meerkerk/Neunsinger /Hoerder**, s.16-17; **Sedacca**, s.2; **Walter**, s.2.

onaylanması ev hizmetlerinde çalışanların haklarının korunması, elverişsiz çalışma koşullarının önlenmesi ve kayıt dışı çalışma ile mücadele gibi birçok açıdan oldukça gereklidir.

İş Hukuku bakımından ev hizmetlerinin temizlik, yemek yapma, çamaşır yıkama gibi evin gündelik işleyişine yönelik çalışmaları ifade ettiği yönündeki görüşe katılmaktayız. Zira burada “ev hizmeti” kavramının dar yorumlanmasında ev hizmetlerinde çalışanların menfaati bulunmaktadır. Böylece, anılan işçilerin İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmalarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Belirli bir uzmanlığı gerektiren hemşirelik, çocuk, hasta ya da yaşlı bakıcılığı gibi işler ev hizmetlerinden sayılmaz. Bununla birlikte, öğretide öne sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁵³, evde ev halkına yardım ve refakat işi bünyesinde yer alan, geleneksel ve yaygın olarak uygulanan klasik ev hizmetleri kapsamında yer alan basit çocuk, yaşlı yahut hasta bakıcılığı, ev hizmetlerinden sayılır. Burada, kişilerin özel vasıfları dolayısıyla istihdam edilip edilmemelerine göre bir ayırım yapmak gerekir.

Sosyal güvenlik hukuku bakımından ev hizmetleri ise, temizlik, yemek yapma, çamaşır yıkama, alışveriş ve bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işleridir. Ev hizmetlerinde çalışanların sosyal sigorta kapsamına alınmaları için “ev hizmeti” kavramı mümkün olduğunca geniş yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda, ev hizmetleri, evin gündelik faaliyetlerine ve ev halkının ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik işleri kapsamına alan ve dışarıdan sağlanan işgücü ile karşılanan işleri ifade eder.

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ

A. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI RİSKLERİ

Ev hizmetlerinin, kapsamına aldığı faaliyetlerin niteliği ve çeşitliliği dolayısıyla tehlikeli işlerden olduğu varsayılabilir. Ev hizmetlerinde çalışanlar, çoğunlukla zor ve yorucu çalışma koşulları altında ve bazen gece saatleri de dahil olmak üzere uzun saatler boyunca iş görmektedirler. Anılan işçilerin yaptıkları işin niteliği, ağır yükler taşımalarını, tehlikeli kimyasallar içeren temizlik maddeleri veya bıçak gibi kesici aletleri kullanmalarını, yüksek yerlere

⁵³ Sur, s.17-18; Baycık (2018), s.57-58.

çıkıp cam silmelerini, perde asmalarını yahut ocak, fırın, soba gibi yüksek ısı gerektiren araçları ya da elektrikli aletleri kullanmalarını ve bunları temizlemelerini gerektirebilir. Bu doğrultuda, ev hizmetlerinde çalışanların yaralanma, düşme, yanma, elektrik çarpması gibi iş kazalarına yahut bel kayması, sırt kaslarının zedelenmesi, boyun tutulması, bilek burkulması, deri ve solunum yolu hastalıkları gibi meslek hastalıklarına yakalanmaları ile sık karşılaşmaktadır⁵⁴.

Ayrıca, ev hizmetlerinin yapıldığı yer itibarıyla, ev hizmetlerinde çalışanların günün büyük bir bölümünü ev halkı ile aynı ortamda geçirdiklerini belirtmiştik. Burada kamu denetimi eksikliği de söz konusudur. Bu durumun olumsuz bir sonucu olarak, anılan işçilerin tacize uğrama ve şiddet görme riskleri de söz konusu olabilmektedir. Özellikle, çalıştığı yerde ikamet eden ev hizmetlerinde çalışanlar bakımından bu risk daha fazladır⁵⁵.

Belirtilen hususlar doğrultusunda, ev hizmetlerinde çalışanların, iş kazası ve meslek hastalığına yakalanma ihtimalleri oldukça yüksektir⁵⁶. Ev hizmetlerinin temizlik, yemek yapma, çamaşır yıkama, çocuk ya da hasta bakma gibi birden çok faaliyeti bünyesinde barındırması başka bir ifade ile çok yönlü doğası farklı mesleki risklerin bir arada bulunmasına yol açmaktadır. Ev hizmetlerinin yerine getirildiği yerin “ev” olması, yüksekten düşme, elektrik çarpması, yanıklar gibi bazı ev kazalarını iş kazası haline dönüştürmektedir. Bununla birlikte, işyerlerinde alınması öngörülen önlemlerin, ev hizmetlerinde çalışanlar bakımından işyeri niteliğine sahip “evler” için söz konusu olmadığı göze çarpmaktadır. Şüphesiz burada, anılan işçilerinin işyerlerinin özel konutlar olması dolayısıyla “evin” işyeri olarak görülmemesinin ve teftiş

⁵⁴ **International Labour Office** (2012), s.34; **International Labour Office** (2011) Children in Hazardous Work, What We Know And What We Need to Do, International Programme on the Elimination of Child Labour, Geneva, s.28; **Karadeniz, Oğuz** (2011) “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S:29, s.111; **Ünlütürk Ulusoy/ Durusoy Öztepe**, s.51-53; **Manav**, s.516.

⁵⁵ **International Labour Office** (2012), s.41; **McBride**, s.1346; **Oelz**, s.145-146; **Walter**, s.124; **Ünlütürk Ulusoy/ Durusoy Öztepe**, s.54.

⁵⁶ **Korkmaz/Avsallı**, s.157; **Erdoğan, Seyhan/Toksöz, Gülay** (2013) Türkiye’de Ev İşçileri, Uluslararası Çalışma Ofisi, Ankara, s.28; **Ünlütürk Ulutaş/ Durusoy Öztepe**, s.45; **Yıldırım, s.50; Manav**, s.516; **Güler**, s.54.

kapsamında düşünülmemesinin payı büyüktür. Belirttiğimiz üzere, ev hizmetlerinde çalışanlar sıklıkla kayıt dışı olarak çalıştırılmaktadırlar. Kayıt dışılık da anılan işçilerin maruz kaldıkları mesleki sağlık ve güvenlik risklerinin artmasına katkıda bulunmaktadır. Ayrıca, ev hizmetlerinde çalışanların ve onları istihdam edenlerin bu alandaki hak ve yükümlülüklerle dair bilgi eksikliği ve mevcut yasal düzenlemelerin yetersiz olması da anılan işçilerin iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunmasını güç hale getirmektedir. Bu doğrultuda, ev hizmetlerinin meslek olarak kabulü ve sosyal koruma kapsamına alınması oldukça gereklidir. Bunun için, ev hizmetleri bakımından mesleki sağlık ve güvenlik risklerine yönelik koruyucu yasal düzenlemelerin mevcudiyeti büyük önem arz etmektedir⁵⁷.

B. YASAL DÜZENLEMELER

1. Genel Olarak

Hukukumuzda, iş sağlığı ve güvenliği sağlama ödevi yasal dayanağını Anayasa'dan almaktadır. Her ne kadar Anayasa'da, çalışanların "iş sağlığı ve güvenliği hakkına" sahip oldukları açıkça ifade edilmese de bu hakkın korunmasını gerektiren birçok hüküm bulunmaktadır. Bu doğrultuda, Anayasa ile öngörülen sosyal devlet ilkesi (m.2, 5), yaşama (m.17), sağlık (m.56), yaş, cinsiyet ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılmama, dinlenme (m.50), sosyal güvenlik (m.60) hakları iş sağlığı ve güvenliği hakkının korunmasını gerektirir⁵⁸. Bunun için, ülkemizde geniş bir iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı yürürlüğe konmuştur. Başta İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu olmak üzere, Türk Borçlar Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, değişik bakanlıkların teşkilat kanunları, Belediye Kanunu gibi birçok kanunda iş sağlığı ve güvenliğine yönelik hükümlere yer verilmiştir⁵⁹.

⁵⁷ Erdoğan/Toksöz, s.28; Yıldırım, s.55; Ünlütürk Ulutaş/ Durusoy Öztepe, s.45, 47; Manav, s.516; Güler, s.54.

⁵⁸ Süzek, s.901; Sümer (2021a), s.25-26; Erdoğan/Toksöz, s.28.

⁵⁹ Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali (2020) Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, s.3; Süzek, s.901; Sümer (2021a), s.26-27.

İş sağlığı ve güvenliğine yönelik ülkemizin taraf olduğu bazı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri de mevcuttur. Bunlar arasında özellikle 155 No.lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme⁶⁰, 161 No.lu İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme⁶¹ ve 187 No.lu İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Sözleşmesi⁶² konumuz açısından önem arz etmektedir⁶³.

Ayrıca, 189 No.lu Ev Hizmetlerinde Çalışanlara Dair Sözleşme ve 201 No.lu Ev Hizmetlerinde Çalışanlara Dair Tavsiye Kararında da ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir⁶⁴. 189 No.lu Sözleşme m.13'te, ev hizmetlerinde çalışanların sağlıklı ve güvenli koşullarda çalışma hakkına sahip oldukları öngörülmektedir. Taraf devletler, ev hizmetlerinin kendine özgü yapısını gözeterek, ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik önlemler almakla yükümlü kılınmışlardır. Yine 201 No.lu Tavsiye Kararı m.19'a göre de, ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunması teşvik edilmeli, uygun ve yeterli bir teftiş sistemi getirilmeli, iş sağlığı ve güvenliğinin ihlali halinde caydırıcı yaptırımlar uygulanmalı, ev hizmetleri ile ilgili kaza ve hastalıklar hususunda istatistiki verilere ulaşılmalı, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik tavsiyelerde bulunulmalı ve ev hizmetlerinin kendine özgü yapısının

⁶⁰ **International Labour Office**, Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No.155), <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:C155> (s.e.t. 01.04.2022). 155 No.lu Sözleşme, Türkiye'de 13.01.2004 tarihli ve 25345 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 22.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶¹ **International Labour Office**, Occupational Health Services Convention, 1985 (No.161), <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:C161> (s.e.t. 01.04.2022). 161 No.lu Sözleşme, Türkiye'de 13.01.2004 tarihli ve 25345 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 22.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶² **International Labour Office**, Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006 (No.187), <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:C187> (s.e.t. 01.04.2022). 187 No.lu Sözleşme, 08.10.2013 tarihli ve 28789 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 16.01.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶³ **Süzek**, s.901-902; **Sümer** (2021a), s.20-21; **Özdemir**, s.23; **Aydınlı, İbrahim** (2021) İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat), Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.48; **Güler**, s.54.

⁶⁴ **Güler**, s.54; **İncirlioğlu, Lütfi** (2017) "Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği, s.1, <<https://www.inciroludanismanlik.com/>> (s.e.t. 04.04.2022).

gerektirdiği iş sağlığı ve güvenliği gerekliliklerine ilişkin eğitim ve rehberlik hizmetleri sağlanmalıdır. Ancak, belirttiğimiz gibi, Türkiye henüz 189 No.lu Sözleşmeye taraf değildir. Ülkemiz tarafından 189 No.lu Sözleşmenin onaylanmasının ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği yönünden korunmalarına katkıda bulunacağı açıktır.

2. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun⁶⁵ amacı, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve var olan sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi amacıyla işveren ve çalışanların hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi şeklinde belirtilebilir⁶⁶. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, iş sağlığı ve güvenliğini kamu düzenine ilişkin mutlak emredici kurallar çerçevesinde düzenlemiştir⁶⁷. Kanun'da, önleme ve koruma politikası benimsenmiştir. Bu sebeple, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik önlemleri sürekli olarak takip etmesini – iyileştirmesini amaçlayan bir sistem meydana getirilmiştir⁶⁸.

İşverenin yükümlülükleri, genel ifade ile, önlem alma yükümlülüğü, önlemlerin işlerliğini denetleme yükümlülüğü, önlemleri yeniliklere uyarlama yükümlülüğü şeklinde ifade edilebilir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. ve

⁶⁵ 30.06.2012 t. 28339 S.lı RG.

⁶⁶ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun hazırlanmasında 1989 tarihli ve 89/391/EEC Sayılı Avrupa Konseyi Direktifi ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 155 No.lu ve 161 No.lu Sözleşmeleri dikkate alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sümer** (2021a), s.27; **Süzek**, s.910; **Erdoğan/Toksöz**, s.28.

⁶⁷ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.413; **Sümer** (2021a), s.117; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.197.

⁶⁸ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.416; **Süzek**, s.910-911; **Sümer** (2021a), s.118; **Özdemir**, s.32. “Diğer taraftan, işçilerin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, iş güvenliği tedbirlerinin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenlerden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve teknolojinin, tedbirlerin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır. Bu itibarla işverenler, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçilerin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı taktirde gerekemeyeceği gibi düşünceler ile almaktan çekinemeyeceklerdir. Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı da işverenlerin önlem alma ödevini etkilemez. İşverenler, çalıştırdığı sigortalıların bedeni ve ruh bütünlüğünü korumak için yararlı her önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdürler.” Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 1282/8662, T: 22.04.2014, <www.legalbank.net> (s.e.t. 08.04.2022).

5. maddelerinde işverenin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik genel yükümlülükleri hüküm altına alınmıştır. İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. İSGK m.4/1 uyarınca, işveren, “mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar; işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar; risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır; çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır; yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.” İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken ilkeler İSGK m.5’te düzenlenmiştir. Bahsi geçen ilkeler, “risklerden kaçınmak, kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek, risklerle kaynağında mücadele etmek, işin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek, teknik gelişmelere uyum sağlamak, tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek, teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek, toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek, çalışanlara uygun talimatlar vermek” şeklinde belirtilmiştir⁶⁹.

⁶⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.415; Süzek, s.910-911; Sümer (2021a), s.117-120; Özdemir, s.29-30, 40; Sarıbay Öztürk, s.16, 20. “Görüldüğü üzere, işverenin çalışanlarla ilgili sağlık ve güvenliği sağlama yükümünün genel çerçevesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 4. maddesinde çizilmiştir. Bu çerçevede işverenin, “çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü” olduğu belirtildikten sonra işverenin yapacağı ve uymakla yükümlü bulunacağı birtakım esaslara yer verilmiştir. Bunun gibi aynı yasanın 5. maddesinde işverenin risklerden korunma sırasında uyacağı ilkeler, 10. maddede de iş yerinde sağlık ve güvenlik sağlanırken, işverenin yapacağı risk değerlendirmesi çalışmasında dikkate almakla yükümlü bulunduğu hususlar belirlenmiştir. Anılan bu düzenlemeler uyarınca inceleme konusu davanın yasal dayanağı 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu oluşturmaktadır. Anılan bu yasa uyarınca, işverenler iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle⁷⁰, iş sağlığı ve güvenliği korunmasına alınan kesim oldukça genişlemiştir. Bazı istisnalar haricinde tüm çalışanlar 6331 sayılı Kanunun kapsamına alınmışlardır. İSGK m.2/1 uyarınca, “Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.” Çalışan kavramından ne anlaşılması gerektiği, anılan Kanun m.3/I, b’de “Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi” şeklinde ifade edilmiştir⁷¹. Bu

gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçilerini karşılayabilecekleri mesleki riskler ile buna karşı alınması gerekli tedbirler ve yasal hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek için gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek zorundadırlar. Buna karşılık işçiler ise iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverenin aldığı her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.” Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2015/17839, K: 2016/4837, T: 21.03.2016, <www.legalbank.net> (s.e.t. 08.04.2022).

⁷⁰ 6331 sayılı Kanun öncesinde işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri, kural olarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77-89 maddeleri arasında düzenlenmekteydi⁷⁰. Bu halde, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik hükümler yalnızca İş Kanunu'nun kapsamına giren işçiler ve İş Kanunu'na eklenen hükümler (İŞK. m.4, m.77/son) dolayısıyla çırak ve stajyerler bakımından uygulama alanı bulmaktaydı. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.37 ile, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.414; **Centel**, s.80; **Sarıbay Öztürk, Gizem** (2015) İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, s.7. “Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 maddesinde; “Her İşveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür.” hükmü yer almaktadır. Anılan madde, 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı R.G.de yayımlanan 6331 sayılı Kanununun 37. maddesiyle, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmek üzere yürürlükten kaldırılmış olup, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini alma yükümünü daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir.” Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2012/24352, K: 2013/14697, T: 28.06.2013, <www.legalbank.net> (s.e.t. 08.04.2022).

⁷¹ 6331 sayılı Kanun m.3/I, b’de “kamu ve özel işyerlerinde” istihdam edilen kişilerden söz edilmektedir. Öğretide bir görüş, “kamu işyeri” ibaresinin genel olarak işçi çalıştıran kamu kurum ve kuruluşlarını ifade ettiğinden bu hususu eleştirmektedir. Bunun için, “kamu işyerleri” yerine “kamu idareleri” ifadesine yer verilmesinin daha doğru olacağını öne sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Caniklioğlu**, s.30.

doğrultuda, İş Kanunu'na, Deniz İş Kanunu'na, Basın İş Kanunu'na, Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler ile çıraklar, stajyerler, memurlar, sözleşmeli personel ve diğer kamu görevlileri İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kapsamında bulunurlar. Bunun gibi, tüm kamu veya özel sektör işverenleri 6331 sayılı Kanunun öngördüğü görevleri ve yükümlülükleri yerine getirmek mecburiyetindedir⁷². Bununla birlikte, bazı faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür⁷³.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinde getirilen istisnalara ilişkin düzenleme ile “ev hizmetleri” kapsam dışında bırakılmıştır (m.2/2, c)⁷⁴. Bunun neticesinde, evler 6331 sayılı Kanun anlamında işyeri sayılmaz, ev hizmetlerinde çalışanlar hakkında 6331 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz. Böylece anılan işçileri istihdam edenler Kanunda işverenlere getirilen yükümlülüklerden sorumlu değildir⁷⁵. Başka bir ifade ile, 6331 sayılı Kanunun risk değerlendirmesi, sağlık gözetimi, iş güvenliği hizmetleri, iş sağlığı

⁷² Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan (2020), s.7-8; Süzek, s.902-903; Centel, Tankut (2013) “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, s.81-82; Sümer (2021a), s.77; Ekmekçi/Yiğit, s.324; Ertürk, Şükran (2012) “İş Sağlığı ve güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:27, s.13-14; Caniklioğlu, s.30-31; Korkmaz/Avsallı, s.157; Özdemir, s.43-47; Erdoğan/Toksöz, s.28; Aydın, s.104-105; Baycık, Gaye (2013) “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, S:3, s.107-108; Savaş Kutsal, s.653; Baysal, Ulaş (2019) Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul, Beta Yayınları, s.18; Arslan, s.772; Sarıbay Öztürk, s.7.

⁷³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.414; Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan (2020), s.8; Süzek, s.903; Centel, s.82; Sümer (2021a), s.78; Ekmekçi/Yiğit, s.324; Ertürk, s.14; Caniklioğlu, s.32; Korkmaz/Avsallı, s.157; Özdemir, s.47; Erdoğan/Toksöz, s.28; Aydın, s.105; Kılış, s.91; Baycık (2013), s.108; Savaş Kutsal, s.653; Baysal, s.20; Arslan, s.773; Sarıbay Öztürk, s.8.

⁷⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.414; Süzek, s.904; Centel, s.82; Sümer (2021a), s.79; Ekmekçi/Yiğit, s.324; Ertürk, s.14; Caniklioğlu, s.33; Korkmaz/Avsallı, s.157; Özdemir, s.48; Erdoğan/Toksöz, s.28; Aydın, s.107; Kılış, s.91-92; Yıldırım, s.54; Baycık (2013), s.110; Savaş Kutsal, s.653-654; Çavuş, s.557; Manav, s.516; Baysal, s.28; Ünlütürk Ulusoy/ Durusoy Öztepe, s.50; Karaman, s.215; Arslan, s.773; Sarıbay Öztürk, s.8; İncirlioğlu, s.2.

⁷⁵ Caniklioğlu, s.33-34; Aydın, s.107; İncirlioğlu, s.2.

ve güvenliği eğitimi gibi hükümleri ev hizmetlerinde çalışanlar hakkında uygulama alanı bulmaz⁷⁶.

Öğretide bir görüş⁷⁷, ev hizmetlerinin 6331 sayılı Kanun'un kapsamı dışında bırakılmasını isabetli bulmaktadır. Buna gerekçe olarak, 6331 sayılı Kanunu'nun getirdiği kapsamlı yükümlülüklerin ev hizmetleri bakımından uygulanmasının zorluğu gösterilmektedir. Bununla birlikte, bu durumun ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hususunda tamamen korumasız kalmalarına yol açmadığının altı çizilmektedir. Öğretide başka bir görüş ise⁷⁸, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer verilen istisnalar içinde, ev hizmetlerinin de bulunmasını doğru ve yerinde bulmamaktadır. Bu görüşü savunan bir yazar⁷⁹, ev hizmetlerinin kapsam dışında bırakılmasının 6331 sayılı Kanun'un amacı ile çeliştiğini öne sürmektedir. Buna göre, İş ve Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yapılan işin niteliği gerektirmedikçe, tek bir çalışan bulursa dahi, tüm işyerleri ve çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine dair hükümlerden faydalanmaları amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, ev hizmetlerinde çalışanlar gibi en çok korunması gerekli kesimlerden birinin koruma dışı bırakılması bu amaca hizmet etmemektedir. Bu görüşü savunan diğer bir yazara göre ise⁸⁰, ev hizmetlerinde çalışanların işçi veya sigortalı sayılmamaları, anılan işçilerin çalıştırıldıkları yerde iş sağlığı ve güvenliğine yönelik önlemlerin alınması ve korunmanın sağlanması yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Bu görüşü savunan başka bir yazar da⁸¹, ev hizmetlerine yönelik talebin gün geçtikçe artmasına rağmen bu sektörde çalışan işçilerin büyük çoğunluğunun sosyal güvenceden ve iş hukuku korumasından yararlanamaması hususunu eleştirmekte ve iş kazaları bakımından önemsiz sayılmayacak bu risk grubunun, kapsam dışında bırakılmasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. Yine öğretide öne sürülen bizim de

⁷⁶ Sümer (2021a), s.79; Caniklioğlu, s.33-34; Özdemir, s.48; Baycık (2013), s.110; İncirlioğlu, s.2.

⁷⁷ Caniklioğlu, s.34; Özdemir, s.48; Arslan, s.774.

⁷⁸ Centel, s.82; Ertürk, s.14; Korkmaz/Avsallı, s.157; Kılış, s.92; Ünlütürk Ulusoy/ Durusoy Öztepe, s.50.

⁷⁹ Centel, s.82.

⁸⁰ Ertürk, s.14.

⁸¹ Korkmaz/Avsallı, s.157; Kılış, s.92; Ünlütürk Ulusoy/ Durusoy Öztepe, s.50.

katıldığımız başka bir görüş uyarınca ise⁸², ev hizmetlerinin tamamen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun'un kapsamı dışında bırakması doğru değildir. Bunun yerine, anılan işin kendine özgü yapısı gözetilerek ev hizmetlerine yönelik olarak 6331 sayılı Kanun'un hangi maddelerin uygulanıp uygulanmayacağını düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

3. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

Ev hizmetlerinin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun'u gibi, İş Kanun'unun da kapsamı dışında bırakıldığını, bu sebeple ev hizmetleri hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş⁸³. Bu doğrultuda, ev hizmetlerinde çalışanlar hakkında Türk Borçlar Kanun'unun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri ile genel hükümleri uygulama alanı bulur⁸⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun "işçinin kişiliğinin korunması" başlıklı 417. maddesi, işverenin işçiyi koruma borcunun yasal dayanağını oluşturur. İşçinin kişiliğinin korunması, işçinin hayatı, sağlığı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, ahlaki değerleri, kişisel ve mesleki şerefi, özel yaşam alanı gibi kişilik değerleri kapsamında yer alan her türlü hakkının korunmasını gerektirir. Bu halde, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması mecburiyeti, işverenin işçiyi koruma borcu kapsamında bulunan yükümlülüklerdendir⁸⁵. İşverenin

⁸² Aydınli, s.108.

⁸³ Tunçomağ/Centel, s.42; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.172; Güzel/ Heper, s.32; Süzek, s.224, 904; Başbuğ/Yücel Bodur, s.115; Şakar, s.36; Sümer (2020), s.34; Akyiğit, s.93; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.72; Ekmekçi/Yiğit, s.10; Uşan (2009a), s.42; Uşan/Erdoğan, s.78; Özdemir, s.48; Aydınli, s.107; Yıldırım alp s.,53; Baycık (2018), s.57; Savaş Kutsal, s.653; Çavuş, s.556; Manav, s.515; Ünlütürk Ulutaş/ Durusoy Öztepe, s.47; Karaman, s.215; İncirlioğlu, s.2.

⁸⁴ "4857 sayılı İş Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, "Ev hizmetlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı, ..., ev hizmetlerinde aşçı, uşak ve temizlikçi gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren arasındaki uyumsuzluklarda, Borçlar Kanununun hizmet aktine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği kuşkusuzdur." Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 6449/8874, T: 08.10.2015,<www.legalbank.net> (s.e.t. 05.04.2022).

⁸⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.384-385; Eren, Fikret (2020) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.563-564; Süzek, s.412-414, 425; Sümer (2021a), s.117; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.197; Ekmekçi/Yiğit, s.300; Uşan/Erdoğan, s.139.

işçinin sağlığını hem fiziksel tehlikelere karşı hem de psikososyal tehlikelere ve risklere karşı koruma borcu bulunmaktadır⁸⁶.

TBK.m.417/2 uyarınca, “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” Bu doğrultuda, işverenlerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi alma mecburiyetinde oldukları öngörülmüştür. Hükümde, hiçbir sınırlamaya yer verilmemesi önem arz etmektedir. İşverenlerin almakla yükümlü oldukları önlemlerin neler olduğu bilim, teknik ve tecrübenin o anda eriştiği seviyeye göre belirlenir. Başka bir ifade ile, işveren, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini takip etmek ve mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bunları işyerinde uygulamak yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte, alınacak önlemlerin çatısı belirlenirken, işin ve işçinin niteliği, işyeri şartları, ekonomik durum, teknik imkanlar gibi hususlar da göz önünde bulundurulur⁸⁷.

Türk Borçlar Kanunu m.417 hükmü doğrultusunda, ev hizmetleri ile ilgili olarak işverenin önlem alma zorunluluğu bulunmaktadır. İşverenler, ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hususunda “her türlü önlemi almak” yükümlülüğü altındadırlar⁸⁸. Bununla birlikte, öğretide bizim de katıldığımız bir görüş⁸⁹ Türk Borçlar Kanunu m.417 hükmünün ev hizmetlerinde çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği sağlanması bakımından yetersiz kaldığını öne sürmektedir. Buna gerekçe olarak da ev hizmetlerine yönelik sağlık ve güvenlik risklerinin neler olduğun belirlenmesi, bunlara karşı alınması gerekli önlemlerin tespiti, denetim, sağlık kontrolü, ev hizmetlerinde çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitim verilmesi gibi hususların

⁸⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.384; Sümer (2021a), s.118; Özdemir, s.35; Arslan Ertürk, Arzu (2014) “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünya’dan Örnekler”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, S:1, s.302-303.

⁸⁷ Süzek, s.426-427; Sümer (2021a), s.117-118; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.197-198; Uşan/Erdoğan, s.139.

⁸⁸ Sümer (2021a), s.79; Caniklioğlu, s.34; Özdemir, s.48; Baycık (2018), s.110; Çavuş, s.557; Erdoğan/Toksöz, s.29; İncirlioğlu, s.3.

⁸⁹ Erdoğan/Toksöz, s.29.

ihmal edilmesi gösterilmektedir. Bu halde, ev hizmetlerinde çalışanların sağlıklı ve güvenli bir ortamda iş görme ihtimalleri oldukça düşüktür. Ayrıca, TBK m.417/2’de yer verilen “her türlü önlem” kavramının içeriğinin doldurulması gerekmektedir. Bu sebeple, “her türlü önlem” kavramı ile ne kastedildiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Öğretide bir görüş⁹⁰, 6331 sayılı Kanunun işverenlerin genel yükümlülüklerini düzenleyen 4. ve 5. maddelerinin bu konuda yol gösterici olduğunu ve ev hizmetlerinde çalışanlar açısından kıyasen dikkate alınması gerektiğini öne sürmektedir. Yine aynı yönde başka bir görüş⁹¹, alınması gerekli önlemlerin kapsamının belirlenmesinde 6331 sayılı Kanun hükümlerinin ev hizmetlerinin kendine özgü yapısına uygun olduğu ölçüde referans alınabileceğini belirtmektedir. Bizde, mevcut düzenleme doğrultusunda, ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunmasına katkı bulunacağı düşüncesi ile, ev hizmetlerinin kendine özgü yapısına uygun olduğu ölçüde 6331 sayılı Kanun hükümlerinin yol gösterici olabileceğini öne süren görüşe katılmaktayız.

4. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

Ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı, uzun süredir üzerinde tartışma bulunan konulardan biridir. Kanun koyucu, ev hizmetlerinin kendine özgü yapısını göz önüne alarak, işverenlik hususunda yeterli bilgi sahibi olmayan ve sorumluluk altına girmek istemeyen aileyi formalitelerle uğraştırmama adına ev hizmetlerinde çalışanları sosyal güvenlik mevzuatı kapsamından dışlama eğilimi göstermiştir. Böylece, uygulamada ortaya çıkacak çeşitli zorlukların önüne geçileceği kanısı hâkimdir⁹². Bununla birlikte, sosyal güvenlik temel bir insan hakkıdır⁹³. Anayasa m.60 uyarınca, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” Bu doğrultuda, çalışma hayatında dezavantajlı gruplar

⁹⁰ Caniklioğlu, s.34; Baycık (2018), s.111; Manav, s.516-517; İncirlioğlu, s.3.

⁹¹ Özdemir, s.48; Çavuş, s.557.

⁹² Tuncay /Ekmekçi, s.316; Okur, s.2; Caniklioğlu/Özkaraca, s.1129; Arslan Ertürk (2015), s.90.

⁹³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.32; Tuncay/Ekmekçi, s.104; Arıcı, Kadir (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi, s.93; Korkusuz, Refik/Uğur, Suat (2020) Sosyal Güvenlik Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s.26.

arasında yer alan ve kayıt dışı istihdamda küresel iş gücünün önemli bir bölümünü oluşturan ev hizmetlerinde çalışanları zorunlu sigortalılık ilişkisi dışında bırakmak kanımızca hukuka ve hakkaniyete aykırıdır.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Sigortalı Sayılmayanlar" başlıklı 6. maddesinin c fıkrası uyarınca, "Bu Kanununun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulamasında ev hizmetlerinde çalışanlar (Kanunun ek 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç) 4'üncü ve 5 inci maddelere göre sigortalı sayılmaz". Anılan hüküm ile, sigortalılık ilişkisi kapsamı dışında bırakılan ev hizmetlerinde çalışan kesimi oldukça daraltılmıştır⁹⁴.

5510 sayılı Kanun'a eklenen "Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı ve Konut Kapıcılığı" başlıklı ek madde 9 ile⁹⁵, sigortalı sayılmak bakımından ayda 10 gün ve daha fazla ya da 10 günden az çalışma ölçütü getirilmiştir. Buna göre, ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan sigortalılar hakkında Kanun m.4/I, a kapsamındaki sigortalılara ilişkin hükümler uygulanırken, çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar için yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi

⁹⁴ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.115-116; **Tuncay/Ekmekçi**, s.328-329; **Sözer**, s.106-107; **Arıcı**, s.227-228; **Sümer** (2021b), 44; **Uşan/Erdoğan**, s.364; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1136; **Savaş Kutsal**, s.657-658; **Çavuş**, s.559; **Arslan Ertürk** (2015), s.93; **Manav**, s.517. Öğretide bir görüş, ev hizmetlerinde çalışanlardan sigorta kapsamı dışında bulunan kimsenin kalmadığını, bu sebeple anılan işçilerin sigortalı sayılmayacaklarına dair düzenlemenin yanıtıcı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.115-116; **Sözer**, s.106-107; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1136; **Manav**, s.519. Diğer bir görüş ise, arada sırada ev işlerinde çalışan, çalışması sürekli olmayan ve hatır için çalışma durumunda olanlar ile besleme gibi evde yaşayan ve çalışan kimselerin kapsam dışında tutulmasının amaçlandığını belirtmektedir. Bkz. **Arıcı**, s.252.

⁹⁵ Ek m.9/5 hükmünün verdiği yetki uyarınca, konuya ilişkin uygulama esasları "Ev Hizmetlerinde 5510 sayılı Kanunun Ek 9'uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ" ile belirlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, s.329; **Savaş Kutsal**, s.659; **Çavuş**, s.559-560; **Arslan Ertürk** (2015), s.92; **Manav**, s.517.

ödenir⁹⁶. Başka bir ifade ile, ev hizmetlerinde ay içerisinde çalışma süresi 10 gün ve daha fazla olan kimseler tam sigortalı olarak tüm sigorta dalları bakımından, 10 günden az olan kimseler ise kısmi sigortalı olarak iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından zorunlu sigorta kapsamına alınmışlardır⁹⁷.

Ev hizmetlerinde çalışanların, ay içerisindeki çalışma süreleri 10 gün ve daha fazla olsa da 10 günden az olsa da iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından zorunlu sigorta kapsamına alındıkları göze çarpmaktadır. 5510

⁹⁶ Ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süreyle çalışanlar yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında sayıldıklarından, anılan kimseler hakkında uzun vadeli sigorta kollarına (malullük, yaşlılık, ölüm sigortası) ilişkin hükümler, genel sağlık sigortası hükümleri ve diğer kısa vadeli sigorta kolları (analık ve hastalık sigortası) hükümleri uygulanmaz. Bununla birlikte, anılan işçilerin uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortasına tabi olmalarına da imkân tanınmıştır. Ek m.9/II uyarınca, "... Bu fıkra kapsamına girenler, adlarına ödenen primin ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar aynı kazancın otuz katının %32,5 oranında prim ödeyebilir. Bunun %20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, %12,5'i genel sağlık sigortası primidir. Bu süre içinde ödenmeyen primin ödenme hakkı düşer. Ödenen primler 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır." Ayrıntılı bilgi için bkz. **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1151-1152; **Manav**, s.529-531; **Arslan Ertürk** (2015), s.100; **Savaş Kutsal**, s.662; **Çavuş**, s.567.

⁹⁷ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.116; **Tuncay/Ekmekçi**, s.330; **Sözer**, s.106-107; **Alper, Yusuf** (2020) Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 11. Baskı, Bursa, Dora Yayınları, s.85-86; **Arıcı**, s.228; **Sümer** (2021b), s.44; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1136-1137, 1147; **Korkusuz /Uğur**, s.217; **Savaş Kutsal**, s.657-658; **Çavuş**, s.560; **Arslan Ertürk** (2015), s.96, 108; **Manav**, s.518-519; **Ünlütürk Ulutaş/ Durusoy Öztepe**, s.49.

sayılı Kanun'a göre iş kazası⁹⁸ ya da meslek hastalığı⁹⁹ olduğu kabul edilen hallerde kişi, sigortalı olması dolayısıyla iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yardım almaya hak kazanır. Başka bir ifade ile, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yardım alabilmek için sosyal sigorta ilişkisi kurulmuş durumda bulunmak yani sigortalı olmak koşulu aranmaktadır. İş kazası ve meslek hastalığı halinde anılan sigorta dalından yardım alabilmek için belirli bir sigortalılık süresi ya da prim ödeme gün sayısı gibi başka bir koşul aranmamaktadır. Bu halde, iş kazası ya da meslek hastalığına yakalanan ve sigortalı olan bir kimseye, talepte bulunması halinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlar yapılır¹⁰⁰.

⁹⁸ 5510 sayılı Kanun m.13/I uyarınca, "İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır." Madde de iş kazası kavramının tanımına yer verilmemekte, kazanın hangi koşullarda iş kazası olarak kabul edileceği hüküm altına alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.375-392; **Tuncay/Emekçi**, s.390-392; **Sözer**, s.323-350; **Alper**, s.228-241; **Arıcı**, s.316-317; **Uşan, M. Fatih** (2009b) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.173-179; **Korkusuz/Uğur**, s.270-276.

⁹⁹ 5510 sayılı Kanun m.14/I uyarınca, "Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir." Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.399-406; **Sözer**, s.351-357; **Alper**, s.241-245; **Arıcı**, s.318-319; **Uşan** (2009b), s.179-181; **Korkusuz/Uğur**, s.276-279.

¹⁰⁰ **Tuncay/Ekmekçi**, s.405-406; **Arıcı**, s.322-323; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1150; **Uşan** (2009b), s.182; **Korkusuz/Uğur**, s.271; **Arslan Ertürk** (2015), s.102; **Savaş Kutsal**, s.667; **Çavuş**, s.568. İş kazası veya meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlar 5510 sayılı Kanun m.16'da hüküm altına alınmıştır. Bunlar; "sigortalıya, geçici iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi; sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması; iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine, gelir bağlanması; gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi; iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesi" şeklinde belirtilebilir. Ayrıntılı bilgi için

Ev hizmetlerinde aynı gerçek kişi işveren yanında ay içinde 10 gün ya da daha fazla süre ile çalışan kimseler, 5510 sayılı Kanun m.4/I, a uyarınca sigortalı olan herhangi bir kişiden farksızdır¹⁰¹. Bu halde, hak kazanma koşullarını yerine getirdiklerinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlardan ayrımsız şekilde faydalanırlar. Bunun yanı sıra, ev hizmetlerinde çalışan sigortalının iş kazası ve meslek hastalığına uğraması halinde işverenin bildirim yükümlülüğüne ilişkin kolaylık sağlanması da öngörülmüştür¹⁰².

Ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süreyle çalışan kimseler ise, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamına alınmalarına rağmen anılan sigorta dalından sağlanan yardımlardan Kanunda öngörülen bazı özel koşullar çerçevesinde faydalanabilirler. 5510 sayılı Kanun ek m.9/III uyarınca, "... Sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olması ve sigortalılığının sona ermemiş olması, bu Kanuna göre iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır." Bu doğrultuda, ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süre ile çalışan sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlardan faydalanabilmeleri; iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olmaları ve sigortalılıklarının sona ermemiş olmasına bağlıdır. Bunun yanı sıra, iş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik

bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.407-408; **Tuncay/Ekmekçi**, s.442; **Alper**, s.248; **Uşan** (2009b), s.182-189; **Korkusuz/Uğur**, s.280.

¹⁰¹ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.97, 381; **Tuncay/Ekmekçi**, s.330; **Sözer**, s.106-107; **Alper**, s.85-86; **Arıcı**, s.228; **Caniklioğlu/Özkaraca**, s.1145; **Manav**, s.525; **Arslan Ertürk** (2015), s.110; **Savaş Kutsal**, s.678; **Çavuş**, s.562-563.

¹⁰² Ev Hizmetlerinde 5510 sayılı Kanunun Ek 9'uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ m.3.4.8 uyarınca, "Ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile çalıştırılacak sigortalılara ilişkin iş kazası ve meslek hastalığı bildirim, Kanunun 13'üncü maddesinde belirtilen sürede Kuruma doğrudan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yer alan İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirim Formunu düzenleyerek ya da www.turkiye.gov.tr adresinin "e-hizmetler" menüsünün altında bulunan "Ev Hizmetleri" kısmını seçerek "İş kazası bildirim" menüsünden yapılacaktır."

geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması gerekmektedir¹⁰³. Bu halde, anılan işçilerin iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yardım alabilmelerinin ağır koşullar altında mümkün olduğu söylenebilir.

Ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süreyle çalışanlar, hâlihazırda yalnızca iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası bakımından zorunlu kapsama alınmışlardır. Bir de anılan sigorta dalından sağlanan yardımlardan faydalanma koşullarının ağırlaştırılması isabetli olmamıştır. Bu durum, korunmaya en çok ihtiyaç duyan gruplar arasında yer aldıkları halde anılan işçilerin mağduriyetlerinin artmasına ve anılan sektörde kayıt dışılığın yaygınlaşmasına katkıda bulunmaktadır. Ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süreyle çalışanlar adına çalıştırandan iş kazası ve meslek hastalığı sigortası için prime esas günlük kazanç alt sınırının %2'si tutarında prim tahsil edilmektedir¹⁰⁴. Belirtilen tutar, sigortalı adına iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortalarını kapsamına alan tüm kısa vadeli sigorta kolları için Kurum tarafından işverenenden tahsil edilen prim oranı ile aynıdır. Bu halde, anılan sigortalılar adına çalıştırandan hem yüksek prim tahsil edilmesini öngören hem de diğer kısa vadeli sigorta dallarından sağlanan yardımlardan faydalanmalarına imkân tanınmayan bu düzenlemeyi isabetli bulmamaktayız¹⁰⁵. Ayrıca, öğretilde, bu düzenleme doğrultusunda işverenlerin ay içerisinde 10 gün ve daha fazla süreyle iş gören ev hizmetlerinde çalışanların çalışma sürelerinin 10 günden az çalışıyormuş gibi bildirilerek anılan işçilerin

¹⁰³ Caniklioğlu/Özkaraca, s.1150; Manav, s.530; Arslan Ertürk (2015), s.102; Savaş Kutsal, s.667; Çavuş, s.567; Güler, s.54.

¹⁰⁴ 5510 sayılı Kanun ek m.9/II uyarınca, “Ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar için ise, çalıştırıldıkları süreyle orantılı olarak çalıştırılanlarca 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının %2'si oranında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir.”

¹⁰⁵ Caniklioğlu/Özkaraca, s.1151; Arslan Ertürk (2015), s.100-101; Savaş Kutsal, s.665. Ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süreyle çalışanlar için ödenmesi gereken %2 oranındaki primin, prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanmasının öngörülmesi eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.143; Caniklioğlu/Özkaraca, s.1150; Arslan Ertürk (2015), s.99-100, Savaş Kutsal, s.665.

sosyal koruma dışına itilebileceğini öne süren görüşe¹⁰⁶ katılmaktayız. Yine haklı bulduğumuz başka bir görüş de¹⁰⁷, ev hizmetlerinde 10 günden az süreyle çalışanların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmeleri için en az on gün önceden tescil edilmeleri zorunluluğuna yönelik olarak muvazaalı işlem gerçekleştirilebileceğine dikkat çekmektedir. Belirtilen hususlar doğrultusunda, bize göre, ev hizmetlerinde çalışanların sosyal sigortalıkları bakımından ay içerisinde çalıştıkları gün sayısına göre bir ayırım yapılması hakkaniyetten uzaktır. Ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süreyle çalışanlar da m.4/I, a kapsamında tüm sigorta dalları bakımından kapsama alınmalıdır. Bunun için, ev hizmetlerinde çalışanların Kuruma bildirilmeleri, primlerinin ödenmesi hususlarında şimdi olduğu gibi kolaylıklar sağlanması yerinde olur. Bu yönde yapılacak bir düzenleme bakımından, her ne kadar henüz taraf olmasak da 189 No.lu Sözleşme m.14¹⁰⁸ hükmünün dikkate alınmasında fayda bulunduğu kanısındayız.

SONUÇ

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de özellikle son yıllarda ev hizmetlerine yönelik talep artmıştır. Artan talebe rağmen, ev hizmetlerinin, düşük sosyal statüye sahip olduğu ve hiçbir özel beceri yahut eğitim gerektirmediği düşünülmektedir. Ev hizmetlerinde çalışanlar da işçi olarak değil de ev halkının birer üyesi olarak varsayılmaktadırlar. Buna gerekçe olarak, ev hizmetlerinin kendine özgü yapısı gösterilmektedir. Ev hizmetleri hem yapılan işin niteliği gereği hem de işin yapıldığı yerin kişilerin günlük hayatlarını sürdürdükleri özel alanları olması dolayısıyla inceleme alanı dışında

¹⁰⁶ Çavuş, s.568.

¹⁰⁷ Manav, s.532-533; Savaş Kutsal, s.667; Çavuş, s.568.

¹⁰⁸ 189 No.lu Sözleşme m.14 uyarınca, “Her Üye, ev hizmetlerinin kendine özgü niteliklerini dikkate alarak ve ulusal kanunlara ve düzenlemelere uygun şekilde, analıkla ilgili şartlar dâhil olmak üzere ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenlikle ilgili olarak diğer işçilere sunulan koşullardan daha azına sahip olmamalarına imkân verecek tedbirleri almalıdır. Belirtilen tedbirler, işverenlerin ve işçilerin temsil kabiliyeti en fazla olan örgütleriyle ve ayrıca, mevcut olması durumunda, ev hizmetlerinde çalışanları ve onların işverenlerini temsil eden örgütlerle istişare içerisinde, dereceli olarak uygulanabilir.”

birakılmaktadır. Bu doğrultuda, ev hizmetleri çoğunlukla ulusal ya da özel düzenlemelerin kapsamına alınmamaktadır.

Ev hizmeti kavramının kapsamının belirlenmesi, ev hizmetlerinin hangi faaliyetlerden meydana geldiğinin tespiti açısından önem arz eder. Bununla birlikte, mevzuatımızda, ev hizmeti kavramına yönelik bir tanıma yalnızca Sosyal Sigortalar Hukukuna ilişkin bir Tebliğ'de yer verilmiştir. Bunun haricinde, mevzuatımızda ev hizmeti kavramı tanımlanmamıştır. Mevcut düzenlemeler doğrultusunda, ev hizmeti kavramının kapsamı belirlenirken İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından bir ayırım yapılması uygun olur. İş Hukuku bağlamında ev hizmetlerinin temizlik, yemek yapma, çamaşır yıkama gibi evin gündelik işleyişine yönelik çalışmaları ifade ettiğini düşünmekteyiz. Belirli bir uzmanlığı gerektiren hemşirelik, çocuk, hasta ya da yaşlı bakıcılığı gibi işler ise bu kapsamda yer almaz. Sosyal Güvenlik Hukuku bağlamında ise, ev hizmetleri, evin gündelik faaliyetlerine yönelik işlerin yanı sıra ev halkının ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik işleri de kapsamına alır ve bu işlerin dışarıdan sağlanan iş gücü ile karşılanmasını ifade eder. Bu doğrultuda, temizlik, yemek yapma, çamaşır yıkama, alışveriş ve bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işleri bu kapsamda yer alır.

Ev hizmetlerinde çalışanlar, dünyada ve ülkemizde sağlık ve güvenlik önlemleri bakımından en az korunan gruptandırlar. Hâlbuki ev hizmetleri, kapsamına aldığı faaliyetlerin niteliği ve çeşitliliği dolayısıyla tehlikeli işlerdendir. Ev hizmetlerinin niteliği, ev hizmetlerinde çalışanların ağır yükler taşımalarını, tehlikeli kimyasallar içeren temizlik maddeleri veya kesici aletler kullanmalarını, yüksek yerlere çıkmalarını, yüksek ısı gerektiren araçları ya da elektrikli aletleri kullanmalarını gerektirebilir. Bu halde, eğer zamanında gerekli önlemler alınmazsa anılan işçilerin iş kazalarına ya da meslek hastalıklarına yakalanmaları kaçınılmaz olur. Bununla birlikte, işin yapıldığı yer olan “evin” işyeri olarak görülmemesi, denetim zorluğu, kayıt dışılığın yaygınlığı, bilgi ve farkındalık eksikliği ve yasal düzenlemelerin yetersiz olması gibi faktörler ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği bakımından korunmalarını zorlaştırmaktadır.

Ev hizmetleri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu bağlamda, 6331 sayılı Kanun'un risk değerlendirmesi, sağlık gözetimi, iş güvenliği hizmetleri, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi gibi hükümleri ev hizmetlerinde çalışanlar bakımından uygulama alanı bulmaz. Hâlbuki ev hizmetlerine dair sağlık ve güvenlik risklerinin belirlenmesi, anılan risklere karşı alınacak tedbirlerin tespiti, alınan önlemlerin denetimi ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliklerinin korunması bakımından gereklidir. Ev hizmetlerinde çalışanlar ve onları istihdam edenler, iş sağlığı ve güvenliği hususunda eğitilmelidir. Ev hizmetlerinde çalışanların işe başlamadan önce ve belirli aralıklarla sağlık kontrolünden geçmesi de oldukça gereklidir. Bunun için bize göre, ev hizmetlerinin tamamen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamı dışında bırakılması doğru değildir. Bunun yerine, anılan işin kendine özgü yapısı gözetilerek, 6331 sayılı Kanunun hangi maddelerinin ev hizmetleri bakımından uygulanıp uygulanmayacağıının düzenlenmesi daha doğru olur.

Ev hizmetleri, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gibi, İş Kanunu'nda kapsamı dışında bırakılmıştır. İş Kanunu'nun kapsam dışı bıraktığı ev hizmetleri hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. İşyerinde iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğü, işverenin işçiyi koruma borcu kapsamında bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m.417 hükmü doğrultusunda, işverenler, ev hizmetlerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hususunda “her türlü önlemi almak” yükümlülüğü altındadırlar. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun ev hizmetlerinde çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği sağlanması bakımından yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu sebeple, TBK m.417/2'de yer verilen “her türlü önlem” kavramı doğrultusunda, alınacak önlemlerin kapsamının belirlenmesinde, ev hizmetlerinin kendine özgü yapısına uygun düştüğü ölçüde, 6331 sayılı Kanun hükümleri yol gösterici olabilir.

Ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı uzun süredir üzerinde tartışma bulunan konulardan biridir. 5510 sayılı Kanuna eklenen ek madde 9 ile, ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı bakımından ayda 10 gün ve daha fazla ya da 10 günden az çalışma ölçütü getirilmiştir. Buna göre, ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay

içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan sigortalılar hakkında Kanun m.4/I, a kapsamındaki sigortalılara ilişkin hükümler uygulanırken, çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar için yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir. Bu doğrultuda, ev hizmetlerinde çalışanlar, ay içerisindeki çalışma süreleri 10 gün ve daha fazla olsa da 10 günden az olsa da iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından zorunlu sigorta kapsamına alınmışlardır. Bununla birlikte, ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süreyle çalışan kimselerin, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlardan faydalanma koşulları ağırlaştırılmıştır. Ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süre ile çalışan sigortalılar iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlardan ancak, iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olmaları ve sigortalılıklarının sona ermemiş olması halinde faydalanabilirler. Ayrıca, geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için de prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması gerekmektedir. Kanaatimizce, ev hizmetlerinde çalışanların sosyal sigortalıkları bakımından ay içerisinde çalıştıkları gün sayısına göre bir ayrıma tabi tutulmaları isabetli değildir. Ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 günden az süreyle çalışanlar da m.4/I, a kapsamında tüm sigorta dalları bakımından kapsama alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan** (2021) İş Hukuku, Güncellenmiş 13. Basım, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Albin, Einat/Mantouvalou, Virginia** (2012) “The ILO Convention on Domestic Workers: From the Shadows to the Light”, *Industrial Law Journal*, C:41, S:1, s.67-78.
- Alper, Yusuf** (2020) Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 11. Baskı, Bursa, Dora Yayınları.
- Arıcı, Kadir** (2015) Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Arslan Ertürk, Arzu** (2015) “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 9’uncu Maddesi Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C:12, S:46, s.89-125.
- Arslan Ertürk, Arzu** (2014) “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünya’dan Örnekler”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, S:1, s.285-339.
- Arslan, Seda** (2014) “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C:20, S:1, s.767-807.
- Aydınlı, İbrahim** (2021) İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat), Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Başbuğ, Aydın/ Yücel Bodur, Mehtap** (2021) İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Baycık, Gaye** (2013) “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:3, s.103-170.
- Baycık, Gaye** (2018) “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

- Baysal, Ulaş** (2019) *Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*, İstanbul, Beta Yayınları.
- Caniklioğlu, Nurşen** (2012) “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, 26-30 Eylül 2012, Antalya, s.27-84.
- Caniklioğlu, Nurşen/Özkaraca, Ercüment** (2016) “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C: II, s.1129-1157.
- Centel, Tankut** (2013) “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, Sa:2, s.79-84.
- Civan, Orhan Ersun** (2010) “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)”, LISGHD, S:4, s.525-573.
- Civan, Orhan Ersun** (2017) “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, Ankara Barosu Dergisi, C:75, S:4, s.203-290.
- Cox, Rosie** (2012) “Gendered Work And Migration Regimes”, **Aslaug Sollund, R./Leonard, L.** (Editors), *Transnational Migration, Gender and Rights*, s.33-52.
- Çavuş, Ö. Hakan** (2016) “Sosyal Koruma Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanlar”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Özel Sayı, s.543-582.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment** (2021) *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- D’Souza, Asha** (2019) *Moving Towards Decent Work For Domestic Workers: An Overview Of The ILO’s Work*, ILO Bureau For Gender Equality, Working Paper 2.
- Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali** (2020) *Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları.
- Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut/ Kaplan, Hasan Ali** (2021) *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.
- Dulay, Dilek** (2016) *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma*, Ankara, Turhan Kitabevi.

- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2021) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ders Kitapları Dizisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Erdoğan, Seyhan/ Toksöz, Gülay** (2013) Türkiye’de Ev İşçileri, Uluslararası Çalışma Ofisi, Ankara.
- Eren, Fikret** (2020) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ertürk, Şükran** (2012) “İş Sağlığı ve güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:27, s.13-24.
- European Agency for Safety and Health at Work** (2013) New Risks and Trends in the Safety and Health of Women at Work, European Risk Observatory, A Summary of an Agency Report.
- Güler, Ceyhan** (2021) Ev İşçiliğinin Türkiye’deki Görünümü, Kapsam, Boyut ve Sorunlar, Uluslararası Çalışma Örgütü, Ankara.
- Gülver, Ender** (2014) “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:72, S:2, s.103-122.
- Güzel, Ali/Heper, Hande** (2017) “Sürelİ İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama! Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:52, C:1, s.11-58.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.
- International Labour Office** (2011) Children in Hazardous Work, What We Know And What We Need to Do, International Programme on the Elimination of Child Labour, Geneva.
- International Labour Office** (2002) Decent Work and The Informal Economy, Report VI, International Labour Conference, 90th Session, Geneva.
- International Labour Office** (2012) Effective Protection For Domestic Workers: A Guide To Desining Labour Laws, Geneva.
- International Labour Office** (2018) The Definition Of Domestic Work And Domestic Workers For Statistical Purposes, 20th International Conference, Room Document 8, Geneva.

- International Labour Office** (2004) Women Workers and Gender Issues on Occupational Safety and Health, Information Note, Geneva.
- International Labour Organization** (2019) World of Work, The Magazine of The ILO, The ILO at 100, Geneva.
- İncirlioğlu, Lütfi** (2017) “Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği, s.1-4, <<https://www.incirolgludanismanlik.com/>> (s.e.t. 04.04.2022).
- Karadeniz, Oğuz** (2011) “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:29, s.83-127.
- Karaman, Mehmet Halis** (2020) “İş Hukukunda Ev Hizmetleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:43, İstanbul, s.213-233.
- Kılış, İlknur** (2018) İş Sağlığı ve Güvenliği, Bursa, Dora Yayınları.
- Kocher, Eva** (2012) Hausarbeit als Erwerbsarbeit: Der Rechtsrahmen in Deutschland: Voraussetzungen einer Ratifikation der ILO-Domestic Workers Convention durch die Bundesrepublik Deutschland, Düsseldorf, Hans-Böckler-Stiftung.
- Korkmaz, Adem/Avsallı, Hüseyin** (2012) “Çalışma Hayatında Yeni Bir Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası”, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:26, s.153-167.
- Korkusuz, Refik/Uğur, Suat** (2020) Sosyal Güvenlik Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.
- Manav, A. Eda** (2015) “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim, S:120, s.509-538.
- Mantouvalou, Virginia** (2012) “Human Rights for The Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labor”, Comparative Labor Law&Policy Journal, C:34, S:133, s.133-166.
- McBride, Meredith** (2018) “Cleaning up the Industry: Improving Protections for Precarious and Child Domestic Workers”, Fordham International Law Journal, C:41, s.1335-1400.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2021) İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları.

- Nederveen Meerkerk, Elisa Van/Neunsinger, Silke/Hoerder, Dirk** (2015) "Domestic Workers of the World: Histories of Domestic Work as Global Labor History": **Nederveen Meerkerk, Elisa Van/Neunsinger, Silke/Hoerder, Dirk** (Editors), Towards a Global History of Domestic and Caregiving Workers, Leiden, Brill.
- Novitz, Tonia/Phil Sypris** (2015) "The Place of Domestic Work in Europe", *European Labour Law Journal*, C:6, S:2, s.104-127.
- Oelz, Martin** (2014) "The ILO's Domestic Workers Convention and Recommendation: A window of opportunity for social justice", *International Labour Review*, C:153, S:1, s.143-172.
- Office Of The Special Representative And Co-Ordinator For Combating Trafficking In Human Beings** (2010) *Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude*, Organization for Security and Co-operation in Europe, Occasional Paper Series No. 4, Vienna.
- Okur, Ali Rıza** (2004) "Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı", *Kamu İş*, C:7, S:3, s.1-22.
- Özdemir, Erdem** (2020) *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Sarıbay Öztürk, Gizem** (2015) *İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, İstanbul, Beta Yayınları.
- Savaş Kutsal, F. Burcu** (2016) "Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, *Özel Sayı*, C:15, S:1, s.652-685.
- Sedacca, Natalie** (2019) "Migrant Domestic Workers and the Right to a Private and Family Life", *UCL Working Paper Series*, No.7, s.1-29.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay** (2018) *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Smith, Peggie R.** (2012) "Work Like Any Other, Work Like No Other: Establishing Decent Work For Domestic Workers", *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No.12-05-30, s.157-198.
- Sözer, Ali Nazım** (2021) *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

- Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 25 Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Sümer, Haluk Hadi** (2021a) İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Sümer, Haluk Hadi** (2021b) Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Şakar, Müjdat** (2021) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21nci Bası, İstanbul, Beta Yayınları.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Uşan, M. Fatih** (2009a) İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Uşan, M. Fatih** (2009b) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan** (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Ünlütürk Ulutaş, Çağla/Durusoy Öztepe, Nagihan** (2013) “Ev Hizmetlerinde Mesleki Sağlık ve Güvenlik Sorunu”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C:4, S:2, s.44-57.
- Walter, Sebastian** (2016) Die Vereinbarkeit Des Deutschen Arbeits – Und Sozialrechts Mit Der Domestic Workers Convention, 2011 (ILO – Konvention Nr. 189), Kassel, Kassel University Press GmbH.
- Yıldırımalp, Sinem** (2014) “Türkiye’de Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sorunları”, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:4, S:1, s.45-59.

TAKIM SÖZLEŞMESİ*

Arş. Gör. Bilâl TOPRAK**

ÖZET

Takım sözleşmesi Türk hukukunda grup ilişkisi kurulmasına imkân veren ve kanun ile düzenlenmiş tek sözleşme türüdür. Takım sözleşmesine ilişkin düzenleme İş Kanunu'nun 16'ncı maddesinde yer almıştır. Uygulamada çoğu zaman inşaat işleri, limanlarda yapılan yük taşıma işleri, orkestra şeklinde ifa edilen işler, mevsimlik işler ve tarım işlerinde takım sözleşmesi tercih edilmektedir.

Takım sözleşmesi, birden fazla işçiden oluşan bir takımı temsilen aralarından bir işçi ile işverenin yapmış olduğu sözleşmedir. Bu sözleşme ile yapılacak işe ilişkin detaylar netleştirilir. Grupta yer alan işçiler işe başladıklarında bu sözleşmede yazan şartlarda çalışmaya başlarlar. Alman Hukuku'nda düzenlenen grup çalışma ilişkileriyle takım sözleşmesi arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır.

Takımı oluşturan işçilerden işe başlamayanlar olursa bu sebeple doğacak zarardan ötürü Türk Borçlar Kanunu'nun 128'inci maddesi (üçüncü kişinin fiilini taahhüt) hükmü uygulanır. Takım kılavuzu işverene karşı sorumlu olur. Takım sözleşmesinin hukuki niteliği öğretilmelidir. Bu görüşler üçüncü kişinin fiilini taahhüt, vekalet sözleşmesi, temsil, yetkisiz temsil, adi ortaklık sözleşmesi şeklinde özetlenebilir.

Takım sözleşmesi imzalandıktan sonra işveren takımdaki işçileri sözleşmede yazan şartlarda işe başlatmalıdır. Takım sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Takım sözleşmesi neticesinde imzalanan iş sözleşmelerinden doğan ücret, her bir işçiye ayrı ayrı ödenmelidir. Takım kılavuzuna yapılacak ödemeler işverenin ücret ödeme borcunu ortadan kaldırmaz. Ayrıca takım sözleşmesi imzalandığı için işçi ücretlerinden bir kesinti yapıp bu ücretin takım kılavuzuna ödenmesi de mümkün değildir. Takım sözleşmesinin amacı takımı oluşturan işçilerin çalışma şartlarını belirlemektir. Takımda yer alan işçilerin tümünün işe başlaması ile bu sözleşme amacına ulaşmış olur ve nihayete erer.

Anahtar Kelimeler: Takım Sözleşmesi, Takım Kılavuzu, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, Temsil, Grup Çalışması.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.952442 – Geliş Tarihi: 14.06.2021 – Kabul Tarihi: 02.09.2021.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, bilaltoprak@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8539-9959.

TEAM CONTRACT

ABSTRACT

A team contract is the only type of contract that allows the establishment of a group relationship in Turkish law and is regulated by law. The regulation on the team contract is contained in Article 16 of the Labor Code. In practice, most of the time, construction work, cargo transport work in ports, work performed in the form of an orchestra, seasonal work and agricultural work, team contracts are preferred.

The contract concluded between an employer and a team guide who represented the team of employees is called a team contract. The details on the work to be done with this contract are clarified. Workers generate the team start working on the terms written in this contract when they start working. There are a number of differences between the team contract and the group working relationship which is regulated in German law.

If the workers who is in the team do not start work, the provision of Article 128 of the Turkish Code of Obligation (guarantee of performance by third party) shall be applied for the damage caused by this reason. The team guide is responsible to the employer. The legal characteristic of the team contract is controversial in the doctrine. These opinions can be summarized as guarantee of performance by third party, simple agency contract, agency, unauthorized agency, simple partnership contract.

After the team contract has been signed, the employer should start the workers in the team to work under the terms written in the contract. The team contract must be made in a written form. Wages arising from employment contracts signed as a result of the team contract must be paid to each employee separately. Payments to the team guide do not eliminate the employer's wage payment debt. In addition, since the team contract has been signed, it is not possible to deduct employee wages and pay this fee to the team guide. The purpose of the team contract is to determine the working conditions of the workers who generate the team. By the time all the workers in the team start working, this contract has achieved its purpose and ends.

Keywords: Team Contract, Team Guide, Guarantee of Performance by Third Party, Agency, Teamwork.

GİRİŞ

İş hayatında işe alım süreçlerinde kural olarak işçiler ile işverenler bizzat iletişime geçip sözleşme yapmaktadırlar. Bu ilişki işveren tarafının iş ilanı vermesi ve bunu gören işçinin başvuru yapmasıyla ortaya çıkabileceği gibi, kariyer siteleri vb. oluşumlara özgeçmiş dosyasını yükleyen işçinin işveren tarafından görüşmeye çağırılması ile de gerçekleşebilir. Ancak bu durum her zaman tarafların direkt olarak birbirilerini bulmaları ile gerçekleşmez. Örneğin Türkiye İş Kurumu iş arayan işçi ile işçi arayan işverenleri bir araya getiren resmi bir kurumdur. İş hukuku ilişkilerini düzenleyen mevzuatımızda tarafların direkt iletişime geçmeden önce bir temsilci vasıtasıyla çalışma şartlarını belirleyip daha sonra bu şartlara dayalı bir iş sözleşmesi yapmaları da mümkündür. Kanun koyucu buna takım sözleşmesi ismini vermiştir.

Takım sözleşmesi ilk olarak 3008 sayılı İş Kanunu¹ döneminde düzenlenmiştir. Sonrasında yapılan mevzuat değişikliklerinde ise neredeyse hiç değişikliğe uğramadan yürürlükteki İş Kanunu'nda da yerini almış bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmeyle bir grup işçi aralarından seçtikleri bir diğer işçinin kendileri adına sözleşme yapmasına imkân vermektedir. Türk hukuk sisteminde bu şekilde grup çalışması yapılmasına sadece takım sözleşmeleri ile izin verilmiştir. Bu anlamda takım sözleşmesi Alman hukuk sistemindeki benzer düzenlemeden birçok noktada ayrılmaktadır.

Takım sözleşmesi düzenleme amacını 3008 sayılı İş Kanunu ile göstermektedir. Zira o dönemde henüz resmi bir iş aracılığı kurumu bulunmadığından, iş arayan işçiler ve işçi arayan işverenleri kanuni bir düzenleme ile bir araya getirme amacı güdülmüştür. Ayrıca o yıllarda kendileri bizzat çalışmayıp işçi gruplarına iş bulan ve nihayetinde bu işçilerin ücretlerinden kendileri için kesintiler yapan kişiler de bulunmaktaydı. Bu kişilerin sayısının artması, kanun koyucuyu işçiler lehine bir düzenleme yapmaya yöneltmiştir.

Takım sözleşmesiyle işçi grubunu temsilen bir kişi görevlendirilmektedir. Bu kişi, kanundaki ifadesiyle takım kılavuzudur. Takım kılavuzu işverenle, yapılacak işin şartlarının, takımı oluşturan işçilerin kimlik

¹ RG. 15.06.1936, S. 3330.

bilgilerinin ve ücretlerinin vs. yazıldığı bir sözleşme imzalar. Ancak takım kılavuzuna bu amaçla herhangi bir ödeme yapılmaz. Böylelikle kanun koyucu işçi ücretlerinden kesinti yapılmasının ve herhangi bir çalışması olmaksızın işçi ücretleri üzerinden para kazanma faaliyetinin önüne geçmeyi amaçlamıştır.

Takım sözleşmesinde takım kılavuzu, işverene bir grup işçinin söz konusu işe başlayacağını, onunla bir sözleşme ilişkisi içine gireceğini taahhüt etmektedir. İşveren ise kendi işinin görüleceği düşüncesiyle hazırlık yapmaktadır. İşçilerden herhangi birinin işe başlamaması halinde ise işverenin zarar görmemesi için, kanun koyucu TBK m.128 hükmüne atıfta bulunarak bir önlem almaktadır. Buna göre, takım kılavuzu, sözleşmede adı yazılı işçilerden birinin işe başlamaması halinde Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt müessesesi gereği, işverenin doğacak zararını gidermekle sorumlu tutulmuştur.

İşçi ve işverenlerin yeni iş ilişkileri kurmalarına olanak sağlayan takım sözleşmesinin hukuki niteliği kanunda açık bir şekilde yer almamaktadır. Öğretide ise oldukça farklı değerlendirmelere tabi olmuştur. Ancak hukuki niteliğin belirlenmesi, hukuki ilişkinin tam olarak tanımlanabilmesi uygulanacak hükümlerin tespiti için önemli bir husustur.

Bu çalışma bağlamında takım sözleşmesinin; tanımına, alman hukuk sistemindeki çalışma biçimi ile karşılaştırılmasına, tarafları ve tarafların yükümlülüklerine, hukuki niteliğe ilişkin görüşlere yer verilmektedir. Yine sözleşmenin şekli ve sona ermesine ilişkin hususlar da çalışma kapsamında ele alınmaktadır.

I. TAKIM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, DOGMATİK TEMELİ VE ALMAN HUKUK SİSTEMİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. SÖZLEŞMENİN TANIMI

4857 sayılı İş Kanunu²'nin 16'ncı maddesinde takım sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre; *“Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bunlardan birinin takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı*

² RG. 22.05.2003, S. 25134.

sözleşmeye takım sözleşmesi denir.” Gerçekten de bu sözleşme kapsamında, daha sonra yapılması planlanan iş sözleşmesinden doğacak iş görme edimini yerine getirecek işçilerden oluşan bir ekibi³, kanun koyucunun deyimiyile takımı temsilen bir işçinin işveren ile bir sözleşme yapmasına takım sözleşmesi denir.

Takım sözleşmesinin kurulabilmesi için her şeyden önce bir grup işçinin bir araya gelmesi gerekmektedir. Bu grup nitelikli bir işin yapılması için her biri alanında uzman kişilerin hep birlikte çalışmasını gerektiren bir grup olabileceği gibi, gruptaki üyelerin değişmesinin yapılacak takım sözleşmesi açısından öneminin olmadığı bir biçimde de ortaya çıkabilir⁴. Takımı oluşturan bütün işçilerin iş sözleşmeleri aynı şartlarda yapılmalıdır. Takım kılavuzuna bu anlamda farklı bir muamelede bulunulamaz. Ayrıca takım kılavuzunun kendisi de bu takımda yer alan bir işçi olduğu için çalışmaması ve sadece aracılık yapması düşünülemez.

Grup bir araya geldikten sonra oluşan takımdan bir işçi yapılması planlanan iş için diğer işçilerle görüşüp onları temsilen işveren ile görüşmeye başlar. Bu kişiye kanun koyucu takım kılavuzu demiştir. Takım kılavuzunun takımı temsilen sözleşme yapmasına ilişkin düzenlemede bu ikili ilişki için temsil ifadesi kanun koyucu tarafından kullanılmıştır. Takımı temsilen işveren ile görüşme yapan takım kılavuzunun yaptığı bu faaliyet esasen bir temsil ilişkisi doğurmamaktadır. Çünkü kanun koyucu İş Kanunu’nda takım sözleşmesine

³ Takım sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için bu işçilerin İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler olması gerektiğine dair Yargıtay kararı için bkz.; “İşçilerin tarla işinde çalıştığı tartışmasıdır. Dosya içeriğine göre 50 işçiden az sayıda işçi çalışmıştır. İş Kanunu’nun 4.maddesine göre tarım işinde çalışan işçilikte İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Öte yandan kabule göre de dava dilekçesinde “elçi” tabiri İş Kanunu’nun 16. maddesinde yer alan takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmelerinde yer alan takım kılavuzunu karşılamaktadır. Anılan düzenlemenin hüküm doğurabilmesi için çalışan işçiler İş Kanunu’na göre çalışmalıdır. Yazılı bir takım sözleşmesi yapılmalıdır. Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilmelidir.” Yargıtay 9. HD, E:2007/16864, K:2008/11046, T:02.05.2008, <<http://www.kazanci.com>>, s.e.t.01.06.2021. Aynı yönde bir başka karar için bkz.; “Takım sözleşmesini düzenleyen kişinin 1475 sayılı kanunu hükümlerine tabi işçi statüsünde olması zorunludur.” Yargıtay HGK, 13-77/63, T:09.02.2000, <<http://www.kazanci.com>>, s.e.t.01.06.2021.

⁴ **Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (1964) “Takım Sözleşmesinin ve Takım Kılavuzunun Hukuki Mahiyetleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 30, S: 3-4, s. 928.

ilişkin düzenlemeyi yaparken, işveren ile takım kılavuzu arasındaki ilişkide üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin hükmün uygulanmasının önünü açmıştır. Bu düzenleme karşısında işçiler ile takım kılavuzu arasında gerçek bir temsil ilişkisinden bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Takım sözleşmesi yapılması neticesinde; takımı oluşturan işçiler ve işveren arasında bir hukuki ilişki, takım kılavuzu ile işveren arasında bir hukuki ilişki ve nihayet takımı oluşturan işçiler ile takım kılavuzu arasında da bir hukuki ilişki ortaya çıkmaktadır. Tüm bunlardan hareketle bir tanım yapıldığında takım sözleşmesi; takım kılavuzunun bir takımı temsilen işveren ile belirli bir işin yapılması adına görüşmelere başladığı, bu görüşmeler de yapılacak işe ilişkin detayların netleştirildiği, nihayetinde ise takımdaki işçilerin işe başlamalarıyla işveren ile aralarında bağımsız iş sözleşmelerinin kurulduğu ve işe başlamayan işçiler açısından takım kılavuzunun üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümleri ile sorumlu tutulduğu sözleşme türüdür. Takım sözleşmesi Türk hukuk sisteminde grup iş ilişkisi kurulmasına müsaade eden tek sözleşme türü olup, her ne kadar öğretilerde bazı yazarlarca iş sözleşmesi türleri arasında zikredilse de bizim de katıldığımız bir görüşe göre bu sözleşme bir iş sözleşmesi çeşidi değildir⁵.

B. SÖZLEŞMENİN DOGMATİK TEMELİ

Takım sözleşmesi ilk olarak 3008 sayılı İş Kanunu⁶ döneminde hukuk düzeninde kendine yer bulabilmiştir. O dönemden bugüne İş Kanunları birçok kez değişmekle beraber; Takım Sözleşmesi madde numarasının değişmesi dışında neredeyse ilk düzenlemedeki haliyle günümüze ulaşmıştır.

⁵ Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim (2016) Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta, s. 88; Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş (2020) İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara, Lykeion Yayınları, s. 147. Takım sözleşmesinin bir iş sözleşmesi türü olduğuna dair görüş için bkz.; Demircioğlu, A. Murat / Centel, Tankut (2016) İş Hukuku, İstanbul, Beta, s. 79; Aydın, Ufuk (2016) “4857 Sayılı İş Kanununda Çağrı Üzerine Çalışma, Takım Sözleşmesi, Deneme Süreli İş Sözleşmesi ve Mevsimlik İş Sözleşmesi”, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu Kitabı Ankara, AYBÜ Hukuk Fakültesi, s. 220.

⁶ RG. 15.06.1936, S.3330.

Takım sözleşmesi; tarım işleri, limanda yükleme boşaltma, inşaat işleri, mevsimlik işler, yapı işleri, müzik grupları vb. iş ilişkilerinde karşımıza çıkmaktadır⁷. Bu ilişkinin ortaya çıkış biçimi henüz resmi iş aracılığı ilişkilerinin bulunmadığı dönemde işverenlerin işçi bulma işçilerin ise iş bulma ihtiyaçlarının giderilmesi gayesine dayanmaktadır. Eski dönemlerde *elci*, *dragoma*, *çavuş*, *takım* veya *bölük başı* gibi isimlerle⁸ anılan bazı iş araçları işverenlere karşı toplu işçi getirmeyi vadetmekle birlikte kendileri çalışmadan işçilerin ücretlerinden yapılan kesintiler ile geçimlerini sağlamaktaydılar⁹. Bu şekilde işçiler sömürüldüğü ve hakları yendiği için kanun koyucu tarafında bu durumu engelleyici bir düzenleme yapılma gereği duyulmuştur. Kanun koyucu

⁷ **Tunçomağ, Kenan** (1970) “Takım Sözleşmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 36, S:1-4, s. 314; **Ekonomi, Münir** (1987) İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İ.T.Ü Makina Fakültesi Ofset Atölyesi, s. 89; **Elbir, Halid Kemal** (1987) İş Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 64; **Akyiğit, Ercan** (2005) “Türk Hukukunda Grup/Takım İş İlişkisi”, Yargı Dünyası Dergisi, S:114, s. 13; **Akyiğit, Ercan** (2008) İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara, Seçkin, s. 600; **Aydın, İbrahim** (2008) “Borç İlişkisinin Nisbik Özeğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, S:1, s. 55; **Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut** (2008) İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta, s. 76; **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal** (2020), s. 147; **Demircioğlu / Centel**, s. 79; **Akyiğit, Ercan** (2021) İş Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 161; **Şakar, Müjdat** (2016) İş Hukuku Uygulaması, İstanbul, Beta, s. 89; **Senyen Kaplan, Emine Tuncay** (2019) Bireysel İş Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 112; **Uşan, M. Fatih / Erdoğan, Canan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 92; **Aydın**, s. 221.

⁸ **Aydın**, s. 221.; Ustabaşı ismiyle anılan kişinin yaptığı sözleşmenin takım sözleşmesi olduğuna dair Yargıtay kararı için bkz.; “*davacı dava dilekçesinde taşeron olduğundan söz ederek eser sözleşmesine dayanmış ise de duruşmadaki beyanında taşeron olmayıp ustabaşı olduğunu beyan etmiş olup, mahkemece de bu beyan esas alınarak, taşeron olmadığı ve eser sözleşmesi ilişkisi bulunmadığı sonucu kabul edilerek davanın ispatlanmadığından reddine karar verilmiştir. Mahkemece de kurulan hükme gerekçe yapılan davalının taşeron olmayıp ustabaşı olduğu yönündeki beyanı karşısında, dayanılan ve hükme dayanak yapılan mahkemece esas alınan sözleşme, eser sözleşmesi olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenen takım sözleşmesi niteliğindedir.*” Yargıtay 15. HD, E:2016/3780, K:2018/567, T:14.02.2018, <https://legalbank.net> s.e.t. 01.06.2021. Ayrıca ‘dayıbaşı’ ile yapılan sözleşme için de bkz.; “*Davacı ile Dayıbaşı ve çalışanlar arasındaki hukuki ilişki, mevcut özelliklerine göre 1475 Sayılı İş Kanununun 10 ncu maddesinde öngörülen “takım sözleşmesi”ne dayanmaktadır.*” Yargıtay HGK, E:1986/10433, K:1987/15, T:14.01.1987, <https://legalbank.net> s.e.t. 01.06.2021.

⁹ **Çenberci, Mustafa** (1968) İş Kanunu Şerhi, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, s. 98.

bu çekinceyi bertaraf edebilmek için takım sözleşmesini takımı oluşturan işçilerden birisinin imzalamasını şart koşturmuştur.

C. ALMAN HUKUK SİSTEMİNDE GRUP ÇALIŞMA İLİŞKİLERİ VE TAKIM SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Türk hukuk sisteminde ‘Takım Sözleşmesi’ adıyla yapılan düzenlemenin bir benzeri Alman Hukuk sisteminde ‘grup çalışma ilişkileri’ (Gruppenarbeitsverhältnis) adıyla anılmaktadır. Bu ilişki türlerine verilen isimler birbirine yakın anlamları çağrışırsa da temel bazı farklılıklar bulunmaktadır.

Grup çalışma ilişkilerinde tıpkı takım sözleşmesinde olduğu gibi birden fazla işçi bir iş grubunda toplanırlar. Alman hukuk sisteminde İşletme Grubu, Özel Grup ve Job Sharing adıyla üç farklı grup çalışma ilişkisi türü karşımıza çıkar.

İşletme grubunda işverenin öncülüğünde edim birliğinin oluşturulabilmesi amacıyla bir işçi grubu meydana getirilmektedir¹⁰. Bu ilişki türünde her bir işçinin bağımsız bir iş sözleşmesi olmakla birlikte işveren, iş organizasyonu ve yüksek başarı hedefiyle bu işçileri bir araya getirmektedir¹¹. Gruba üye işçilerin iş ilişkileri geniş ölçüde birbirinden bağımsızdır¹². Ancak sözleşme ilişkilerinin feshi söz konusu olduğunda grubu oluşturan işçilerin edimlerinin birlikte değerlendirilmesi ve tümünün sözleşmesinin feshedilebilmesi imkân dahilindedir¹³. Grubu oluşturan işçilerin her birisi kendi ücretlerini isteme hakkına sahiptirler¹⁴. İşveren, grup üyelerinden birisinin edimini zamanında yerine getirmemesinden ötürü bir zarara uğrarsa, bu zararı kötü ifayı yapan işçiden talep eder. Ancak grup ücretinin ortak

¹⁰ Zöllner, Wolfgang / Loritz, Karl-Georg / Hergenröder, Curt Wolfgang (2015) Arbeitsrecht, 7. Neu Bearbeitete Auflage, C.H.BECK. Rn. 4.; MüKoBGB/Hergenröder (2020) 8. Aufl., KSchG § 1, Rn.14.

¹¹ Günter, Schaub / Koch, Ulrich (2019) Arbeitsrecht, 23. Überarbeitete Auflage, München, C.H.Beck. Rn. 1.

¹² Zöllner / Loritz / Hergenröder, Rn.4.

¹³ Zöllner / Loritz / Hergenröder, Rn.4.

¹⁴ Günter / Koch, Rn.1.

ödeneceği kararlaştırılmışsa bu defa gruptaki her bir işçinin diğerlerinin düzgün çalışması noktasında sorumluluğu doğar¹⁵. Türk hukuk sisteminde işverenin bizzat kendisinin bir grup kurabilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Her bir işçinin iş sözleşmesi kendi içinde değerlendirilir. İşçi ücretleri mutlaka o işçinin kendisine ödenir. Gruptaki bir işçinin diğer işçiden sorumlu olması düşünülemez.

Özel grup türünde ise, işçiler kendileri inisiyatif alarak işverenle çalışmaya başlamadan önce bir edimi gerçekleştirme hedefiyle bir araya gelip grubu oluştururlar¹⁶. İşçiler burada yalnızca ortaklaşa ifa edebilecekleri bağlantılı iş sözleşmeleri için bir araya gelirler¹⁷. Buna örnek olarak bir müzik grubunun düzenli olarak sahneye çıkması verilebilir. Grup üyelerinin birine karşı yapılacak bir fesih diğer grup üyelerinin başarısını etkileyeceğinden ancak grubun tümüne karşı fesih imkânı kullanılabilir¹⁸. Grup üyeleri arasında, onların birbiriyle veya dış ilişkilerinde adi ortaklık, tüzel kişiliğe sahip olan veya olmayan dernek, limited şirket veya kooperatif ilişkisi bulunabilir¹⁹. Tarafların kararlaştırmasına bağlı olarak grup ücreti veya grup üyelerine bireysel ücret ödenmesi şeklinde bir anlaşma yapılabilir²⁰. Takım sözleşmesi ile özel grup ilişkisi, bu birlikteliklerin işçiler tarafından kurulması noktasında birbirine benzemektedir. Ancak takım sözleşmesi yalnızca ortaklaşa ifa edilebilecek bağlantılı işlerde değil her bir işçinin bağımsız çalışabileceği iş ilişkilerinde de kurulabilir. Takım sözleşmesinde fesih her bir işçiye karşı yapılmaktadır. Ücret konusunda da benzerlik bulunmakta birlikte takım sözleşmesinde grubun tamamına yapılacak bir ödeme şekli kabul edilmez.

Job sharing türünde işçiler bir işyerinde görevleri paylaşmaktadır²¹. Bu ilişki de grubu oluşturan işçiler iş görme edimlerini sırayla, art arda yerine

¹⁵ **Günter / Koch**, Rn.1.

¹⁶ **Zöllner / Loritz / Hergenröder**, Rn.6; **MüKoBGB/Hergenröder**, Rn.14; **Schaub Günter / Koch**, Rn.2.

¹⁷ **Zöllner / Loritz / Hergenröder**, Rn.6; **MüKoBGB/Hergenröder**, Rn.14.

¹⁸ **MüKoBGB/Hergenröder**, Rn.14.

¹⁹ **Zöllner / Loritz / Hergenröder**, Rn.7; **Schaub Günter / Koch**, Rn.2.

²⁰ **Schaub Günter / Koch**, Rn.2.

²¹ **Zöllner / Loritz / Hergenröder**, Rn.14; **MüKoBGB/Hergenröder**, Rn.14.

getirmektedirler²². Kısmi zamanlı çalışma ilişkisinin özel bir türü olarak job sharing modelinde işçiler çalışma zamanına ilişkin paylaşımı kendileri yapmaktadır²³. Bu çalışma biçimiyle takım sözleşmesinin doğrudan bir benzerliği bulunmamaktadır. Türk hukukundaki kısmi süreli çalışma ilişkisiyle job sharing modeli birbirine benzemektedir.

II. TAKIM SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. GENEL OLARAK

Takım sözleşmesinin taraflarını belirleyen kanun koyucu, İş Kanunu'nda birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle sözleşme yapmasından bahsetmektedir. Kanun koyucunun, hükümde geçen “temsil” ifadesini teknik/hukukî anlamda kullanıp kullanmadığı öğretide tartışma konusudur. İlgili tartışmalara aşağıda²⁴ detaylı bir şekilde değinildiğinden tekrara düşmemek adına burada değinilmeyecektir.

İş Kanunu m.16/1 takım kılavuzunun, takımı temsilen²⁵ işveren ile sözleşme yaptığını açıkça yazmaktadır. İş Kanunu m.16/3 ile de üçüncü kişinin filini taahhüt hükmüne atıfta bulunmaktadır. Bu bağlamda, kanun koyucunun İş Kanunu m.16/1 ile temsil ilişkisinden bahsettikten sonra neden m.16/3 hükmüne atıfta bulunduğu sorusu akla gelmektedir. Zira birinci fıkra ile zaten takım kılavuzu ile takım arasındaki ilişki temsil ile açıklanmaktadır. Temsil, bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukukî işlem yapma yetkisini ifade eder²⁶. Bu bağlamda

²² Zöllner / Loritz / Hergenröder, Rn.14.

²³ Zöllner / Loritz / Hergenröder, Rn.14

²⁴ Bkz. aşa. III. D, E.

²⁵ Takımın adı şirket hükmünde olduğu ve bu sebeple temsiline mümkün olmadığı, bu ifadenin ise takımı oluşturan işçilerin temsili şeklinde anlaşılması gerektiği konusundaki görüş için bkz.; Mollamahmutoglu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş (2014) İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 468.

²⁶ Eren, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin, s. 441; Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Birinci Cilt), İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 622; Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre (2015) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 107;

takım kılavuzunun temsilci olarak yapmış olduğu hukukî işlemlerin sonuçları temsil olunan işçilerin hukuk alanında doğurmaktadır. Ancak bu sonucun doğabilmesi için İş Kanunu, ek bir şart öngörmektedir. Buna göre takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla, o işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde belirlenen şartlarla bir iş sözleşmesi yapılmış sayılır. Temsilci olarak takım kılavuzunun, yetkisi olmaksızın veya yetkisini aşmak suretiyle bir sözleşme yapması halinde yetkisiz temsilden bahsedilir. Bu durumda takım kılavuzunun yapmış olduğu sözleşme TBK m. 46 gereğince onanmalıdır. Aksi halde yani işçilerin işi kabul etmemeleri ve işe başlamamaları halinde, takım kılavuzunun yetkisiz bir şekilde yapmış olduğu bu işlem için işverene karşı bir tazminat ödemelidir (TBK m. 47). Ancak kanun koyucu, İş Kanunu m. 16/3 ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükmüne atıfta bulunmuş, temsil hükümlerine atıfta bulunmamıştır. Kanaatimizce İş Kanunu'nun söz konusu hükmü ile kanun koyucunun amacı, ilk fıkrada bahsettiği temsil ilişkisi ile çelişmek veya söz konusu hukukî ilişkinin hukukî niteliğini belirlemek değildir. Aksine burada kanun koyucu, üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükmüne atıfta bulunarak, takım kılavuzunun takımı oluşturan işçiler adına yapmış olduğu beyanına karşı işvereni korumak amacıyla, ayrı, temsilden tamamen bağımsız, bir nitelik bahsetmiştir. Böylelikle takım kılavuzunun söz konusu beyanı, temsilden bağımsız, ayrı bir hukukî nitelik arz etmekte, işverene karşı, işçilerin işe başlayacağını, temsil yetkisi bulunmaksızın adeta garanti etmektedir.

Temsil yetkisi, temel bir ilişkiye dayansa, örneğin bir sözleşme ile verilse bile temel ilişkiden ayrı, ondan bağımsız bir hukukî işlemdir. Temsilci, temsili açıklayan görüşlerden temsil teorisine göre hukukî işlemi yapan kişidir²⁷. Söz konusu işlem her ne kadar, sonuçlarını, temsil olunanın hukuk alanında doğuracaksa da temsilci olan takım kılavuzunun irade beyanına dayanır. Temsil teorisi, Türk-Alman hukukunda hâkim olan teoridir²⁸. Bu bakımdan biz çalışmamızda temsil teorisini esas alarak sözleşmenin taraflarını işveren ve

Antalya, Gökhan (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 501.

²⁷ Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz.; **Eren** (2017), s. 443; **Antalya**, s. 507.

²⁸ **Eren** (2017), s. 444.

takım kılavuzu olarak belirlemekteyiz. Ancak takım sözleşmesinden doğan hüküm ve sonuçlar, takıma dahil işçilerin işe başlamaları şartıyla, bu işçilerin hukuk alanında doğmaktadır.

B. İŞVEREN

İş Kanunu'nun 2'nci maddesine göre bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denilmektedir²⁹. Takım sözleşmesi, takım kılavuzunun işveren ile yaptığı sözleşme olarak tanımlanmıştır. Burada da kanun koyucu işveren kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

İş Kanunu'nda işçi çalıştıran kişiler işveren olarak tanımlanmıştır. Takım sözleşmesi işçi çalıştırma gayesi olan bir kişi tarafından imzalandığından, bu kişinin daha önce hali hazırda çalıştırdığı bir işçisi olmasa bile takım sözleşmesi neticesinde bir grup işçi ile iş sözleşmesi imzalamış sayılacağından, kanun koyucunun bu sözleşmeye taraf olan kişiye de işveren olarak adlandırmayı uygun gördüğünü düşünmekteyiz.

C. TAKIM KILAVUZU

Takım kılavuzu kavramı İş Kanunu'nun 16'ncı maddesinde düzenlenen "Takım Sözleşmesi" başlığında kendine yer bulabilmiştir. Buna göre Takım Kılavuzu; birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen işverenle takım sözleşmesi yapan ve bu işçilerden birisi olan gerçek kişidir³⁰. Takım

²⁹ **Engin, E. Murat** (1993) Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları: 25, s. 31 vd; **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal**, (2020), s. 39; **Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat** (2020) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, İstanbul, Beta, s. 100; **Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta, s. 142; **Narmanhoğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Beta, s. 107; **Süzek, Sarper** (2010) "Türk İş Hukukunda İşveren", Sicil İş Hukuku Dergisi, S:17, s. 17; **Senyen Kaplan**, s. 54; **Şakar**, s. 39; **Korkmaz, Fahrettin / Alp, Nihat Seyhun** (2019) Bireysel İş Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 73; **Eyrenci / Taşkent / Ulucan**, s. 29; **Akyiğit**, (2021), s. 63; **Demircioğlu / Centel**, s. 38; **Uşan / Erdoğan**, s. 52.

³⁰ **Saymen, Ferit H.** (1954) Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 383; **Tunçomağ**, s. 315; **Akyiğit** (2005), s. 16; **Akyiğit** (2008), s. 603. Takım kılavuzunun takımı

kılavuzu, takımın başındaki kişi olarak da nitelendirilebilir³¹. Takım kılavuzu kavramını oluşturan her iki kelimenin de ayrı ayrı incelenmesinde fayda vardır.

Takım kelimesi, “*Meslek, davranış, durum vb. yönlerden birbirine uyan kimselerin oluşturduğu topluluk*”u ifade eder³². Gerçekten de takım sözleşmesinde bir işçi grubu mesleki açıdan birbirine uygun bir topluluktan oluşmaktadır ve bu anlamda sözlük anlamıyla kanun metninde kullanılan anlamı arasında bir uyum bulunmaktadır.

Kılavuz kelimesi ise, “*Yol gösteren, tarihî ve turistik yerleri gezerken bilgi aktaran kimse, rehber*” anlamında kullanılmaktadır³³. Takım kılavuzu, takım sözleşmesi bakımından bir grup işçiyi(takımı) temsilen bir sözleşme imzalamakla birlikte onlara yol gösterme ya da rehberlik yapmamaktadır. Bu anlamda kılavuz kelimesinin kanun metnindeki kullanımının sözlük anlamıyla tam anlamıyla uyuştüğundan bahsetmek güç olur. Kaldı ki takım sözleşmesi 3008 sayılı İş Kanunu ile ilk defa düzenlendiğinde bu Kanun’un taslak metnin 11’inci maddesinde ‘*Takım Başı*’ ifadesi tercih edilmiştir. Ancak Meclis’te yapılan görüşmeler sırasında bazı milletvekillerinin eleştirileri neticesinde bu tabir değişime uğramış ve nihayetinde ‘*Takım Kılavuzu*’³⁴ kavramı tercih edilmiştir.

oluşturan işçilerden birisi olmaması durumunda işçi sınırlılığı tehdidinin ortaya çıkma ihtimaline ilişkin görüş için bkz.; **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal** (2014), s. 468.

³¹ **Malkoç, Ömer** (1957) İş Kanunu Şerhi, İstanbul, Ercan Matbaası, s. 15.

³² Takım kelimesinin çeşitli tanımları için bkz.; TDK Güncel Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>> s.e.t. 01.06.2021.

³³ Kılavuz kelimesinin çeşitli tanımları için bkz.; TDK Güncel Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>> s.e.t. 01.06.2021.

³⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin 5’nci Dönem 73’üncü Birleşim tutanaklarına yansıyan kayıtlara göre;

- Diyarbakır Milletvekili Kazım Sevüktekin takım başı tabirinin askeri bir dereceyi ifade ettiğini ve değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

- Niğde Milletvekili Rasim Ferid Talay takım kılavuzu denilmesini önermiştir. O sırada kalabalıktan ‘postabaşı’ tabirinin kullanımına ilişkin de öneriler gelmiştir.

- Son olarak Konya milletvekili Ali Rıza Türel bu madde ile (takım sözleşmesi düzenlemesi ve ilk düzenlendiği haliyle takım başı ifadesi) fabrikalarda işçiler çalışırken onların başlarında duran kişilerin kastedilmediğini, takım başı tabirinin bir iktisadi ve sınai teşebbüse iş bulan kılavuzları kastettiğini, bu kişilerin hariçten adam bularak işverenle sözleşme imzalayıp

Takım kılavuzu da İş Kanunu anlamında bir işçidir ve takım sözleşmesini imzalayan işçi grubunun (takımın) bir parçasıdır³⁵. Kanun koyucu her ne kadar işe başlamayanlar işçiler bakımından takım kılavuzunun üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümleri ile sorumlu tutulacağını düzenlemiş olsa da takım kılavuzunun takımda yer alan diğer işçilerin sorumlusu olduğu söylenemez³⁶. Takım kılavuzunun işçiler adına işveren ile sözleşme imzalaması artık kendisinin iş görme edimini ayrıca yerine getirmeyeceği anlamına gelmez.

III. TAKIM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Takım sözleşmesinin hukukî niteliği, kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirlenmemiştir. İş Kanunu m. 16/1’de temsilden bahsedilmektedir. İş Kanunu’nun takım sözleşmesini düzenleyen 16’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasında ise bu sözleşme hakkında Borçlar Kanunu³⁷nun 110’uncu maddesinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Takım sözleşmesine ilişkin düzenlemenin BK m.110’a yaptığı yollama ve temsilden bahsedilmesi sebebiyle bazı yazarlar bu sözleşme hakkında üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünün uygulanmasını savunuyor olsalar da bu sözleşme ilişkisine vekalet ilişkisinin, yetkisiz temsile ilişkin hususların,

işçileri mağdur ettiğini, takım başı ifadesinin adam getiren kimse anlamına geldiğini söyleyip, kılavuz kelimesinin kullanımını önermiştir.

Böylelikle takım başı tabiri terkedilmiş ve takım kılavuzu ifadesi Kanun’daki yerini almıştır. Her ne kadar kılavuz kelimesinin sözlük anlamıyla Kanun’da kullanılan anlamı bire bir uyuşmasa da, işçilerin mağduriyetlerinin önlenmesi ve başka kullanımlar ile karışmaması adına bilinçli bir kullanım teşkil ettiği açıktır. İlgili tutanak kayıtlarına ulaşmak için bkz.; <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=23&sayfa_no_son=46&sayfa_no=34&v_mecelis=1&v_donem=5&v_yasama_yili=&v_cilt=12&v_birlesim=073> s.e.t. 01.06.2021.

³⁵ **Eyrenci / Taşkent / Ulucan**, s. 88.

³⁶ **Malkoç**, s. 15. Ayrıca Yargıtay’ın bir kararına göre de “*Takım kılavuzu, takıma dahil işçilere karşı, işveren vekili sıfatına sahip değildir.*” Yargıtay 7. HD, E:2013/23740, K:2014/3910, T:13.02.2014, <<https://legalbank.net>> s.e.t. 01.06.2021. Takım kılavuzunun istenildiği takdirde vekil sıfatını haiz olabileceğine dair görüş için bkz.; **Akyiğit** (2005), s. 18.

³⁷ RG. 29.04.1926, S.359.

doğrudan doğruya temsile ilişkin hususların, adi şirket ilişkisinin de uygulanabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Aşağıda bu hususlar ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

B. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ TAAHHÜT GÖRÜŞÜ

İş Kanunu’nu m.16/3’e göre; “*takım sözleşmesi hakkında Borçlar Kanununun 110 uncu maddesi hükmü de uygulanır.*”³⁸ 2012 yılında Türk Borçlar Kanunu³⁹ yürürlüğe girmiştir ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁴⁰’un 8’nci maddesine göre mevzuatta Borçlar Kanuna yapılan yollamalar, ilgili maddelerin Türk Borçlar Kanunu’ndaki karşılıklarına yapılmış sayılmıştır. Buradan hareketle yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nun 110’uncu maddesinin yerini Türk Borçlar Kanunu’nun 128’inci maddesi almıştır. Bu maddede üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme başlığını taşıyan TBK m.128/1’e göre; “*Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*” Üçüncü kişinin fiilinin taahhüdü ile bir kişi başka bir kişinin diğerine karşı olan borcunu ifa etmemesi halinde uğrayacağı zararı telafi etmeyi taahhüt etmektedir⁴¹. Bir kişinin temsil ilişkisi dışında üçüncü bir kişiyi borç altına sokması mümkün değildir. Kaldı ki, üçüncü kişinin fiilinin taahhüdü ile bir başka kişi borç altına girmemekte; taahhüt fiilini yapan kişinin kendisi, üçüncü kişinin bir edimi yerine getireceğine dair bir garanti verip böylelikle kendisi bir borç altına girmektedir⁴².

³⁸ Kanun düzenlemesinde takım sözleşmesi ibaresi yerine takım kılavuzu ibaresinin kullanılması gerektiği ve bu haliyle düzenlemenin yanlış olduğu hususunda bkz.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 931.

³⁹ RG. 04.02.2011, S.27836.

⁴⁰ RG. 12.01.2011, S.27836.

⁴¹ **Günay, Cevdet İlhan** (2015) Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, s. 464; **Hatemi / Gökyayla**, s. 301; **Eren** (2017), s. 1177; **Yüce, Melek Bilgin** (2007) Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 20.

⁴² **Eren** (2017), s. 1177; **Hatemi / Gökyayla**, s. 303.

Üçüncü kişinin fiilinin taahhüdü niteliği itibariyle bir sözleşme olmakla birlikte bu sözleşmeyle; vaat eden, vaat edilenin üçüncü bir kişi ile yaptığı sözleşmede sözleşmenin konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi halinde doğacak olan zararın karşılanması sağlamakla yükümlü olur⁴³.

Üçüncü kişinin fiilinin taahhüdünde üç taraf bulunmaktadır. Bunlar vaat eden, vaat edilen ve üçüncü kişi olarak sınıflandırılabilir⁴⁴. Sözleşmenin taraflarını vaat eden ve vaat edilen oluşturmakta ve vaat edilene taahhüt edilen edim üçüncü kişi tarafından yerine getirilmediğinde vaat edilen uğradığı zarara ilişkin tazminat davasını doğrudan doğruya vaat eden aleyhine açmaktadır⁴⁵.

Takım sözleşmesinde iki taraf bulunmaktadır. Bunlar işveren ve takım kılavuzudur. İş Kanunu'nun TBK'ya yaptığı yollama ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünü takım sözleşmesine uygulayabileceğimiz varsayımında; işveren vaat edilen, takım kılavuzu vaat eden, işçiler ise üçüncü kişi konumundadır. Buna göre takım kılavuzu (vaat eden) işverene karşı (vaat edilen) işçilerin (üçüncü kişilerin) iş görme edimini yerine getireceklerini taahhüt etmekte ve buna ilişkin bir sözleşme kurulmaktadır. İşçilerin işe başlamamaları halinde işveren uğradığı zarara ilişkin olarak doğrudan doğruya takım kılavuzuna gidebilir⁴⁶.

Üçüncü kişinin fiilinin taahhüdü konusunun tam anlamıyla anlaşılabilmesi için TBK m.128'de geçen fiil ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de netleştirilmelidir. Vaat edilen fiil herhangi bir fiil olabilir⁴⁷ ve burada vaat eden, üçüncü kişinin fiilini kendisinin yerine getireceğini taahhüt etmemekte⁴⁸, kendisiyle doğrudan bir ilişkisi olmayan bir fiilin üçüncü kişi tarafından yapıp yapılmaması neticesinde taahhüt altına girmektedir⁴⁹. Bunun sonucunda vaat edenin borcu tazminat borcunu oluşturur. Takım sözleşmesi ilişkisi

⁴³ Eren (2017), s. 1177; Hatemi / Gökyayla, s. 303; Yüce, s. 92.

⁴⁴ Bu kişiler hakkında detaylı bilgi için bkz.; Yüce, s. 23 vd.

⁴⁵ Eren (2017), s. 1178; Hatemi / Gökyayla, s. 306.

⁴⁶ Günay, s. 465.

⁴⁷ Eren (2017), s. 1181; Hatemi / Gökyayla, s. 305; Yüce, s. 34 vd.

⁴⁸ Günay, s. 465.

⁴⁹ Eren (2017), s. 1183; Yüce, s. 35; Hatemi / Gökyayla, s. 306; Yüce, s. 88-89.

bakımından bu borcun işçi işe başlamadığı için işverenin uğradığı maddi zarar olduğu söylenebilir.

Takım sözleşmesine üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretide bir görüş birliği yoktur. Bu hükümlerin uygulanması savunan yazarlar olduğu gibi karşı görüşte olan yazarlarda bulunmaktadır⁵⁰.

Tolga'ya göre⁵¹; takım sözleşmesi takım kılavuzu ile işveren arasında yapılan bir sözleşme olmakla birlikte, kendisi de aynı işe başlayacak bir kişi olan takım kılavuzunun, arkadaşları hesabına yaptığı bu sözleşmenin, takıma dahil her işçinin işe başlamasıyla beraber bu kişilerden her biri ile işveren arasında doğrudan doğruya meydana gelmiş sayılacaktır. Bu durum yine takıma dahil bir işçiye aracılık etmekten yani başkasının fiilini taahhüt etmekten ibaret bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Esasen İş Kanunu'nun yapmış olduğu yollama da bu görüşü destekler niteliktedir.

Malkoç'a göre⁵²; takım kılavuzu işverenle olan ilişkilerinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden kişi durumundadır. Bu sebeple takım sözleşmesinde adı geçen işçilerden herhangi birisi tarafından işverene gelecek zarar ziyandan takım kılavuzu şahsen sorumludur.

Tolga ve Malkoç'un görüşlerini destekler nitelikte bir görüş birliği olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu görüşler çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.

⁵⁰ Üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünü destekleyen yönde bir Yargıtay kararı için bkz.; *“Takım sözleşmesinin hukuki niteliği ise, iki ayrı sözleşme tipinin birleşmesinden meydana gelmiş ve birleşik sözleşmedir ki, bunlar hizmet sözleşmesi ve başkasının fiilini taahhüttür ve bu iki sözleşme konusunda kendilerine has hükümler uygulanır.”* Yargıtay HGK, E:1986/10433, K:1987/15, T:14.01.1987, <<https://legalbank.net>> s.e.t. 01.06.2021.

⁵¹ **Tolga, Muammer Vassaf** (1952) İş Hukuku, İstanbul, Şaka Matbaası, s. 124-125.

⁵² **Malkoç**, s. 15.

Elbir⁵³ ve Tunçomağ⁵⁴, takım sözleşmesinde kılavuzun işçiler adına hareket ettiğini belirtmiş ve başkasının fiilini taahhütte, taahhüt ettirenin sözleşmeyi kendi adına yaptığını belirterek bu görüşü tenkit etmiştir.

Aydın⁵⁵, Tunçomağ'ın görüşüne katıldığını belirttikten sonra kanun koyucunun Borçlar Kanunu'nun 110'uncu maddesine (TBK m.128) yaptığı atıf ile takım sözleşmesinin niteliğinin belirlenmeye çalışılmadığını, ortaya çıkacak sonuca ilişkin hüküm bağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

Saymen'e göre⁵⁶; iş kanununun lafzı üçüncü kişinin fiilini taahhüt sorumluluğunu doğurmamaktadır. Çünkü üçüncü kişinin fiilini taahhütte vaat eden, üçüncü şahsın fiilini ifa edeceğini kendi nam ve hesabında yani şahsi mesuliyet altında taahhüt etmekte iken; takım sözleşmesinde ise kılavuz bu sözleşmeyi işçiler adına yapmaktadır. Burada işçiler bir araya gelmiş, mutabık kalınmış ve takım kılavuzu bundan sonra harekete geçmiştir.

Reisoğlu'na göre⁵⁷; takım sözleşmesi ile takım kılavuzu kendisi ve temsil ettiği takımda yer alan işçiler adına iş sözleşmeleri yapmaktadır. Kanun koyucunun takım kılavuzunun BK m. 110'a (TBK m.128) göre üçüncü kişinin fiilini taahhütten sorumlu tutulması özel bir düzenleme tarzının benimsenmesinden ibarettir. Burada kanun koyucunun BK m.110 ile bir koruma getirmesi işçileri koruyucu bir düşünce tarzının ürünüdür. Takım kılavuzu işçiler adına hareket edip onları ikna etmiş olsa bile işçi işe başlama fiilini yapana kadar düşünmeye devam edebilir ve işe başlamamayı tercih ederek takım kılavuzunun yapmış olduğu bu sözleşmeyi kendisi açısından etkisiz hale getirebilir.

⁵³ **Elbir, Halid Kemal** (1949) "Takım Mukavelesi ve Takım Kılavuzunun Hukuki Durumu", Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası, S:14, s. 71.

⁵⁴ **Tunçomağ**, s. 316-317.

⁵⁵ **Aydın**, s. 56.

⁵⁶ **Saymen**, s. 386.

⁵⁷ **Resioğlu, Seza** (1968) Hizmet Akdi Mahiyeti - Unsurları - Hükümleri, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 61-62.

Kocayusufpaşaoğlu'na göre⁵⁸; bu ilişkinin üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile açıklanması, takıma dahil olan işçilerin işe başlamaları ile kendileriyle işveren arasında oluşacak bireysel iş sözleşmelerini açıklamaya yetmemektedir.

C. VEKALET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Türk Borçlar Kanunu m.502/1'e göre; "*Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*" Vekalet sözleşmesi ile vekil kendisine verilen işin ya da işlemin vekalet veren kişinin iradesine uygun bir şekilde ve onun yararına olacak şekilde yapılmasını üstlenmektedir⁵⁹. Vekalet sözleşmesi niteliği itibarıyla iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve TBK m.502'de istisnai nitelik taşıyan ücret unsurunun artık kural haline geldiği söylenebilir⁶⁰.

Vekalet sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları neticesinde, bir işin yapılması maksadıyla ve vekalet veren yararına olmak üzere yapılır. Her ne kadar vekil yapacağı işi vekalet verenin yararına görmek durumunda ise de özellikle ücretli vekalet sözleşmelerinde vekalet sözleşmesine konu olan işin görülmesinde vekilin menfaati de söz konusu olabilir⁶¹.

Vekalet sözleşmesinde vekilin; iş görme ve bunu şahsen yerine getirme, vekalet verenin talimatlarına uyma, vekaleti özenle ifa etme, sadakat, hesap verme, aldığı şeyleri vekalet verene geri verme borçları bulunmaktadır⁶². Vekalet verenin ise; ücret ödeme, vekil tarafından yapılan giderleri ödeme,

⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 923.

⁵⁹ Eren, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin, s. 715; Gümüş, M. Alper (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 122; Tandoğan, Haluk (2010) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 355.

⁶⁰ Eren (2019), s. 717; Gümüş (2013b), s. 130; Tandoğan, s. 364.

⁶¹ Eren (2019), s. 721; Gümüş (2013b), s. 126.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz.; Eren (2019), s. 732 vd; Gümüş (2013b), s. 147 vd; Tandoğan, s. 406 vd.

vekili vekalet veren hesabına yüklendiği borçlardan kurtarma, vekaletin ifası sebebiyle vekilin uğradığı zararın giderilmesi borçları bulunmaktadır⁶³.

Takım sözleşmesine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği varsayımında takıma dahil işçilerden her biri vekalet veren, takım kılavuzu ise vekil konumunda olacaktır.

Malkoç'a⁶⁴ göre; takım kılavuzu takımı oluşturan işçilerin vekili konumunda olup bu sözleşmede adı geçen işçilere karşı vekalet hükümleri kapsamında sorumluluğu bulunmaktadır.

Saymen'e⁶⁵ göre; takımı oluşturan işçiler ile takım kılavuzunun aralarındaki iç ilişkide bir vekalet ilişkisi söz konusudur. Takım kılavuzu takımı oluşturan işçiler için bir iş bulduktan sonra işverenle işe ilişkin şartları belirleyecek, bunun sonucunda ise bu borcunu ifa ettiğinin bir göstergesi olarak takım sözleşmesini imzalaması neticesinde arkadaşları adına hareket etmiş olacaktır. Saymen, işçiler ile kılavuz arasında bir temsilsiz vekalet münasebeti olduğunu, temsil bulunmadığı için de işverenin bu vekalet sözleşmesinden haberinin bulunmadığını, bunun neticesinde takım kılavuzunun işverene karşı üçüncü kişinin fiilini taahhüt ilişkisi altında kaldığını belirtmektedir⁶⁶.

Kocayusufpaşaoğlu Saymen'in iç ilişkide vekalet ilişkisi bulunduğu dair değerlendirmesinin bu meselenin çözümü noktasında yardımcı olmayacağı savunmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu'na⁶⁷ göre; temsilsiz yani doğrudan doğruya temsil yetkisini içermeyen bir vekalet ilişkisi vekile vekalet veren adına hareket etme imkanını vermeyeceğinden, takım kılavuzunun arkadaşları adına hareket edeceği iddiası dinlenemez. Doğrudan doğruya bir temsil yetkisi bulunmayan takım kılavuzu ise işverenle bir sözleşme imzaladığı zaman bu durum yetkisiz temsilin sonuçlarını doğurur. Kocayusufpaşaoğlu'na göre İş Kanunu'nun BK'ya yapmış olduğu yollama sadece takım kılavuzu ile işveren arasındaki ilişki de bir anlam taşır. Bu sebeple Saymen'in iddia ettiği

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz.; Eren (2019), s. 751 vd; Gümüş (2013b), s. 178 vd; Tandoğan, s. 574 vd.

⁶⁴ Malkoç, s. 15.

⁶⁵ Saymen, s. 386.

⁶⁶ Saymen, s. 386-387.

⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 925.

üzere, işverenin takım kılavuzu ile diğer işçiler arasındaki vekalet ilişkisinden haberinin olmaması değerlendirmesi neticesinde doğrudan bu sonuca ulaşmak mümkün olmaz.

D. YETKİSİZ TEMSİL GÖRÜŞÜ

Yetkisiz temsil TBK m.46'da düzenlenmiştir. Buna göre; *“(1) Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar. (2) Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemlle bağlı olmaktan kurtulur.”* Gerçekten de bir kişi temsil yetkisini haiz olmadığı halde bir başka kişinin adına bir hukuki işlem ya da sözleşme yapacak olursa burada bir yetkisiz temsil söz konusu olur⁶⁸. Yapılan bu işlemin hüküm ve sonuçları temsil olunan açısından doğrudan doğruya bir anlam ifade etmez.

Yetkisiz temsilin mevcudiyeti için üç şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartlar; (1) yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında bir sözleşmenin yapılması, (2) yetkisiz temsilcinin bu sözleşmeyi temsil olunan adına yapmış olması, (3) temsilcinin ise temsil yetkisine sahip olmaması gerekmektedir⁶⁹.

Yetkisiz temsilci ile üçüncü kişinin yapmış olduğu sözleşme neticesinde temsil olunan bu sözleşmeye ya sonradan icazet vererek bunu kendisine bağlayan bir hukuki işlem haline getirir ya da icazet vermeyerek kendisi açısından bir sonuç doğmasını engellemiş olur⁷⁰. Temsil olunanın icazet vermesi halinde artık bu sözleşme temsil olunanı bağlar.

Üçüncü kişi açısından durum, temsil olunanın sözleşmeye icazet verip vermemesine göre değişmektedir. Yetkisiz temsil ilişkisinde sözleşme için icazet verilene kadar bu sözleşme eksik bir sözleşme olup askıdadır ve üçüncü

⁶⁸ Esener, Turhan (1963) Yetkisiz Temsil, Ankara, Ajanstürk Matbaası, s. 115; Antalya, s. 558.

⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri, s. 722; Eren (2017), s. 471.

⁷⁰ Esener, s. 121; Antalya, s. 561 vd.

kişinin sözleşmeye bağlılığı devam eder⁷¹. TBK m.46/2'ye göre temsil olunana sözleşmeye icazet verip vermeyeceğine ilişkin soru sorulabilir. Bu süre içinde temsil olunan sözleşmeye icazet verebileceği gibi icazet vermemesi halinde artık sözleşme tarafları bağlamaz hale gelir.

Yetkisiz temsil ilişkisinde, temsil olunan yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu sözleşmeye icazet vermediği takdirde bu sözleşme artık kesin hükümsüzdür. Yetkisiz temsilci bir başka kişi adına hareket ettiği için hiçbir durumda bu sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte; temsil olunanın sözleşmeye icazet vermediği durumlarda üçüncü kişinin zarara uğraması halinde bu zararın giderilmesi yetkisiz temsilciden istenebilir⁷².

Yetkisiz temsilde temsil olunanın bu sözleşmeye icazet vermemesi ihtimaline ilişkin TBK'da bir düzenleme yapılmıştır. TBK m.47/1'e göre; *“Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez.”*

Takım sözleşmesine yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanacağı varsayımında, takıma dahil işçilerden her birisi temsil olunan, takım kılavuzu yetkisiz temsilci ve üçüncü kişi ise işveren olur. Buradan hareketle ikili ilişkilerin tespit edilmesi gerekir.

Elbir'e göre⁷³; takım kılavuzu yetkisiz temsilcidir. Takım kılavuzunun yapmış olduğu sözleşmenin işçiler nezdinde geçmişe etkili hüküm doğurabilmesi ancak bu takımda yer alan işçilerin BK m.39'a(TBK m.47) göre icazet vermeleri halinde mümkün olabilir. Burada her bir işçinin işe başlaması icazet kabul edilir ve icazet verilmediği zaman BK m.39'a göre değil, İş Kanunu ile BK m.110'a (TBK m.128) yapılan yollama göz önünde bulundurularak

⁷¹ Esener, s. 121; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri, s. 723; Eren (2017), s. 474; Hatemi / Gökyayla, s. 112; Antalya, s. 559.

⁷² Eren (2017), s. 475.

⁷³ Elbir (1949), s. 72-73.

zararın tazmini sağlanmalıdır. Yapılan bu yollama takım kılavuzunun hukuki durumunu açıklamak için kullanılmaz.

Saymen, Elbir'in görüşünün doğru olmadığını savunmuştur. Saymen'e göre⁷⁴; bu durum takım sözleşmesinin gerçekleri ile uyuşmamaktadır. Takımda yer alan işçiler takım kılavuzunun kendileri adına bir sözleşme yapacağını bilmektedir. Bir diğer husus olarak yetkisiz temsilin olduğu durumlarda yetkisiz temsilci sadece temsil olunan adına hareket etmektedir. Oysa takım sözleşmesinde takım kılavuzu hem kendi adına hem de takımda yer alan diğer işçiler adına hareket etmektedir. Bunun dışında işe başlamanın icazet olarak kabul edildiği varsayımında sadece iş sözleşmeleri değil geçmişe etkili olarak takım sözleşmesi de geçerli bir şekilde kurulmuş olur. Son olarak temsil olunan işçilerin bu sözleşmeye icazet vermemeleri halinde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu noktasında BK m.39 (TBK m.47) hükmüne gidilmeyip, İş Kanunu'nun yollamasıyla BK m.110 (TBK m.128) hükmünün uygulanması da yetkisiz temsil görüşünün doğru olmadığına yönelten hususlardan birisidir.

Kocayusufpaşaoğlu, Saymen'in görüşlerine yer verdikten sonra bazı eleştirilerde bulunmuştur. Kocayusufpaşaoğlu'na göre⁷⁵; takıma dahil işçilerin takım kılavuzunun işveren ile görüşüleceğini bilmeleri tek başına temsilin yetkili sayılması noktasında yeterli olmamakla birlikte, takımı oluşturan işçilerin hep birlikte kararlaştırdıkları esaslar veya sınırlar dahilinde yapılacak bir görüşme neticesinde işverenle sözleşme yapan takım kılavuzunun yetkisiz temsilci sayılması olası değildir. Bir diğer husus, takım kılavuzu kendi iş sözleşmesini kendi adına yaparken, takım sözleşmesiyle takıma dahil arkadaşlarının sözleşmelerini onlar adına yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Ancak yine Kocayusufpaşaoğlu'na göre⁷⁶; takım kılavuzu, düşük bir ihtimalde dahi olsa, işverenle kendisi görüşüp, kendisi ve iş arkadaşları adına daha önce onlarla hiç konuşmadan, yetki almadan bir sözleşme de yapabilir. Burada takım kılavuzunun bu hareketi yetkisiz temsilcilik olarak nitelenebilir

⁷⁴ Saymen, s. 386.

⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 923-925.

⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 929-930.

ki işverenle yapılan bu sözleşme BK m.38 (TBK m.46) gereğince askıda hükümsüz olup, hüküm doğabilmesi için takıma dahil işçilerin buna icazet vermeleri gerekmektedir. Burada icazet mutlaka işe başlama şeklinde verilmeyebilir, işe başlamadan önce verilen icazet de geçerlidir. Yalnız bu durumda verilen icazet, sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için eksik olan hususlardan birinin tamamlanması sonucunu doğuracak, sözleşmenin tam anlamıyla hüküm doğurabilmesi için yine İş Kanunu'nda aranan işe başlama kanuni şartının da ayrıca gerçekleşmesi gerekecektir. Son olarak, takım kılavuzunun bu hareketini öğrenen işçinin hiç sesini çıkarmadan direkt olarak işe başlaması hem BK. m.38 anlamında icazet verilmesini hem de İş Kanunu'nun aradığı kanuni şartı unsurunu bir arada taşıyor sayılacaktır.

Tunçomağ'a göre⁷⁷; eğer takım kılavuzu takımı oluşturan diğer işçilerle görüşüp onlarla birlikte kararlaştırdıkları esaslara göre bir sözleşme yapmışsa burada bir yetkisiz temsil ilişkisinden bahsedilmesi mümkün değildir. Ayrıca takım kılavuzunun takımda yer alan diğer işçilerin bilgisi altında ve fakat onlardan yetki almadan bu sözleşmeyi yapması halinde de her zaman için yetkisiz temsilden bahsetmek mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda takım kılavuzu takımı oluşturan işçiler adına hareket ederken onların fiillerini taahhüt etmeyi istemiş olabilir.

E. DOĞRUDAN DOĞRUYA TEMSİL GÖRÜŞÜ

Temsil, birinin veya bir topluluğun adına belirli bir davranışın veya eylemin yerine getirilmesidir. Temsile ilişkin TBK'da çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. TBK m.40'a göre; *“(1)Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunana bağlar. (2) Temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını bildirmese, hukuki işlemin sonuçları kendisine ait olur. Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur.”*

⁷⁷ Tunçomağ, s. 318.

Bir kişinin yaptığı hukuki işlem kural olarak sadece bu kişi hakkında hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Ancak bazı durumlarda kişinin kendi başına bir hukuki işlem yapmasının önünde engeller olabilir. Hal böyle olunca üçüncü bir kişinin başkası adına işlem yapabilmesinin önü açılmıştır⁷⁸. Bu ihtiyaca binaen hukuk düzeninde üçüncü bir kişinin temsil yoluyla başka bir kişi adına hukuki işlem yapabilmesi adına çeşitli düzenlemeler yapılmıştır⁷⁹.

Temsilin çeşitleri bulunmakla beraber TBK'da esasen düzenlenen temsil çeşidi doğrudan doğruya temsildir⁸⁰. Bu kurum temsilin en olağan şekli olmakla birlikte, bir kişi sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak başka bir kişinin adına ve hesabına hukuki işlem yaparak doğrudan doğruya temsil ilişkisinin doğumuna vesile olur⁸¹.

Doğrudan doğruya temsil ilişkisinde temsilci ile temsil olunan arasında bir iç ilişki, temsilci ile üçüncü kişi arasında ise bir dış ilişki bulunmaktadır. Burada temsilci temsil olunan adına ve hesabına hareket etmekte ve yaptığı işlem doğrudan doğruya temsil olunan ile üçüncü kişi arasında kurulmaktadır. Doğrudan doğruya temsilin söz konusu olduğu durumlarda ikinci bir işleme gerek kalmaksızın yapılan işlem direkt temsil olunan ile üçüncü kişi arasında kurulmaktadır⁸².

Bir ilişkinin doğrudan doğruya temsil olarak nitelendirilebilmesi için bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre; (1) temsilci başkası adına hareket etmeli, (2) temsil yetkisini haiz olmalıdır.

Temsil ilişkisinin gerçekten olabilmesi için esaslı şartlardan birisi her şeyden önce temsilci sıfatını haiz kişinin bir başkası adına hareket etmesine bağlıdır. Bu durum TBK m.40/1'de açıkça düzenlenmiştir. Başkası adına

⁷⁸ **Belgesay, Mustafa Reşit** (1941) Hukukî Muamelelerde Temsil, İstanbul, Rıza Koşkun Matbaası, s. 7; **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri**, s. 622.

⁷⁹ **Eren** (2017), s. 441.

⁸⁰ Geniş bilgi için bkz.; **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri**, s. 629 vd; **Eren** (2017), s. 444.

⁸¹ **Belgesay**, s. 8; **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri**, s. 633; **Eren** (2017), s. 444; **Antalya**, s. 509.

⁸² **Belgesay**, s. 9; **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri**, s. 633; **Eren** (2017), s. 444; **Antalya**, s. 509.

hareket edilmesi gerekliliğinin önemli bir sonucu olarak yapılan işlemin temsilci açısından bir sonucu olmayacak, doğrudan doğruya temsil olunanın uhdesinde sonuç doğuracaktır⁸³.

Temsilci, başkası adına hareket ettiğini üçüncü kişiye açık bir şekilde bildirmeli veya bu durum üçüncü kişi tarafından anlaşılacak şekilde olmalıdır⁸⁴. TBK'ya göre kural olarak temsilcinin bu sıfatını üçüncü kişiye bildirmesi gerekirken, TBK m.40/2'ye göre; “Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor...” ise artık bu zorunluluktan bahsedilemez.

Temsilcinin bir başkası adına işlem yapabilmesi için olmazsa olmaz ikinci unsur ise temsil yetkisinin bulunmasıdır. Temsil yetkisinin verilmesi ile birlikte temsilci temsil olunanı doğrudan hak sahibi yapabilme ve yükümlülük altına sokabilme yetkisini haiz olmaktadır⁸⁵.

Takım sözleşmesine doğrudan doğruya temsile ilişkin hükümlerin uygulanabileceği varsayımında, takım kılavuzu temsilci, takıma dahil işçilerin her biri temsil olunan ve nihayet işveren ise üçüncü kişi konumundadır⁸⁶.

Elbir'e göre⁸⁷; takım sözleşmesinin direkt olarak işçiler adına yapıyor olması doğrudan doğruya temsil müessesesi ile benzerlik arz ediyor olsa da takım kılavuzunun bizzat takım sözleşmesini imzalaması ortaya çıkacak sonucun işçilerin uhdesinde doğması için tek başına yeterli gelmemekte, ayrıca bu işçilerin işe başlamalarına yani bu durumu kabul veya icazetlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu işe başlama ve diğer anlamıyla icazet veya kabul gerçekleşene kadar sözleşme belirsizliğini korumaktadır. Bu sebeple burada doğrudan bir temsilden söz edilebilmesi mümkün değildir.

⁸³ Belgesay, s. 36; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri, s. 637; Eren (2017), s. 448; Antalya, s. 509.

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri, s. 642 vd; Eren (2017), s. 449; Antalya, s. 511.

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan ve diğerleri, s. 675; Eren (2017), s. 451; Antalya, s. 516.

⁸⁶ Yargıtay'ın bir kararına göre; “Kılavuz, takım sözleşmesine dahil işçilerin işçilik hakları için işveren aleyhine dava açabilir.” Yargıtay 9. HD., 11727/31358, T:30.11.1972; Çenberci, Mustafa (1986) İş Kanunu Şerhi, Ankara, Olgaç Matbaası, s. 273.

⁸⁷ Elbir (1949), s. 73.

Kocayusufpaşaoğlu'na göre⁸⁸; Elbir'in bu müesseseyi doğrudan temsil saymamasındaki temel gerekçe sözleşmelerin geçerliliği için işçilerin fiilen işe başlamaları gerekliliğidir. Eğer böyle bir şart olmasaydı Kocayusufpaşaoğlu'na göre Elbir de takım kılavuzunu takımda yer alan işçilerin temsilcisi olarak kabul ederdi. Buna göre mesele, işçilerin fiilen işe başlamalarıyla sözleşmelerin hüküm doğurması şartının, temsil müessesesi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı noktasında toplanmaktadır. Kocayusufpaşaoğlu'na göre bu şart kanuni bir şarttan başka bir şey değildir ve bu doğrultuda İş Kanunu düzenlemesi 'işçilerin işe başlaması' kanuni şartı altında temsil yolu ile yapılmış sözleşmeleri içermektedir. Takım sözleşmesi imzalandığında takıma dahil olan işçilerin direkt olarak işe başlamış olmamaları normal bir durumdur. Çünkü henüz geciktirici kanuni şart gerçekleşmemiştir. Gerçekten de bir kişi kendi nam ve hesabına yaptığı bir sözleşmeyi geciktirici şarta bağlı olarak yapabiliyorsa, aynı şekilde bu sözleşme ilişkisi temsilci aracılığıyla yapılabilir⁸⁹. Burada da takım sözleşmesi imzalandığında doğrudan doğruya temsil ilişkisi kabul edilecek olursa, temsilci vasıtasıyla kanundan doğan bir geciktirici şart ile sözleşme yapılmış olur.

Tunçomağ'a göre⁹⁰; doğrudan doğruya temsil ilişkisi kabul edildikten sonra temsilcinin yani takım kılavuzunun, İş Kanunu'ndan doğan işe başlama şartını yani geciktirici şartı yerine getirmeyen işçiler açısından BK m.110 (TBK m.128) bağlamında sorumlu tutulması düşünülemez. Bu iki müessese birbirinden ayrıktır. Temsilci olan takım kılavuzunun temsil yetkisinden aldığı dayanak ile bir sözleşme yaptıktan sonra bu sözleşmeye uymayan temsil olunanın sebep olduğu bir zararı ödemesi kabul edilemez. İşverenle takım kılavuzu arasında bir başka ilişki bulunmadan da takım kılavuzunun işverene karşı sorumlu olacağının kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Saymen'e göre⁹¹; takım kılavuzu temsilci olarak nitelendirilemez. Çünkü yapmış olduğu akit işçileri bağlamadığından, takım kılavuzunun onları temsil etmediği açıktır.

⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 926-927.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 927.

⁹⁰ Tunçomağ, s. 319.

⁹¹ Saymen, s. 384.

Reisoğlu'na göre⁹²; takım sözleşmesi ile kurulan sistem aslında bir sözleşmeyi oluşturmamakta, takım kılavuzu kendisi ve takımda yer alan diğer işçiler adına temsil yoluyla yaptırdığı birden çok iş sözleşmesi söz konusu olmaktadır.

F. BİLEŞİK SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Bileşik sözleşmeler iki veya daha fazla birbirinden bağımsız sözleşmenin, bu niteliklerini kaybetmeden, tarafların iradeleriyle birinin varlığı ve geçerliliği diğerininkine bağlı olacak şekilde yapılan sözleşmelerdir⁹³. Bileşik sözleşmelerde iki veya daha fazla sözleşme bütün unsurlarıyla bir araya gelmekte ve her bir sözleşme bir bütün olarak varlık ve işleyişini korumaktadır. Ancak taraflar bu sözleşmeler bağımsız olarak varlıklarını devam ettirse bile, varlıklarını ve geçerliliklerini birbirine bağlamıştır⁹⁴.

Takım sözleşmesinin bileşik sözleşme olduğu varsayımında takım kılavuzu ile işveren yaptığı sözleşme ve işçiler ile işveren arasında yapılacak olan iş sözleşmelerinin bir arada bulunması gerekir. Yine bu iki sözleşme bağımsız olarak varlıklarını devam ettirir ve işleyişleri birbirine bağlı olur.

Çenberci'ye⁹⁵ ve Tunçomağ/Centel'e⁹⁶ göre takım sözleşmesi, takımı oluşturan işçi sayısının iş sözleşmesi ve işveren ile takım kılavuzu arasında kanundan doğan üçüncü kişinin filini taahhüt ilişkisi birlikte değerlendirildiğinde ortaya bileşik sözleşme çıkmaktadır.

Yargıtay'ın bir kararına göre⁹⁷; *“Takım sözleşmesinin hukuki niteliği ise, iki ayrı sözleşme tipinin birleşmesinden meydana gelmiş bir birleşik sözleşmedir ki, bunlar hizmet sözleşmesi ve başkasının filini taahhütüdür ve bu iki sözleşme*

⁹² Resioğlu, s. 62.

⁹³ Kuntalp, Erden (2013) Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 163; Eren (2019), s. 965.

⁹⁴ Kuntalp, s. 163; Eren (2019), s. 966.

⁹⁵ Çenberci, (1968), s. 99.

⁹⁶ Tunçomağ / Centel, s. 77.

⁹⁷ Yargıtay 10. HD, 6406/7244, T:24.12.1985, <<https://legalbank.net>>, s.e.t. 01.06.2021. Aynı yönde karar için bkz.; Yargıtay HGK, E:1986/10433, K:1987/15, T:14.01.1987, <<https://legalbank.net>> s.e.t. 01.06.2021.

konusunda kendilerine has hükümler uygulanır. Takıma dahil işçilerden her birinin işe başlamasıyla, kendileri ile işveren arasında hizmet sözleşmesi meydana gelir.”

G. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Adi ortaklık sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden birisidir. TBK m.620'ye göre, adi ortaklık sözleşmesinde iki ya da daha fazla taraf emeklerini ve mallarını ortak bir gayeye erişmek üzere birleştirerek bu sözleşmeyi kurmaktadır⁹⁸. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık yapısında ortaklık hakları ve yapısı sermayeye dayalı değil de ortakların kişiliklerine bağlı olarak şekillenmektedir⁹⁹. Bir adi ortaklık sözleşmesinden söz edilebilmesi için; en az iki veya daha fazla taraf bulunmalı, bu taraflar ortak bir amaçla bir araya gelmeli, bu amaca ulaşabilmek için malların ve emeğin sarf edilmesi, nihayet tüm bu durumları kapsayan bir sözleşme yapılması gerekir¹⁰⁰.

Takım sözleşmesine adi ortaklık hükümlerinin uygulanabileceği varsayımında bu hükümler ancak ve sadece takıma dahil işçiler arasında uygulanabilir. Takımın bir tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre takım için adi şirket nitelendirmesi yapılabilir¹⁰¹. Bu nitelenmenin yapıldığı durumda takımı oluşturan işçiler takım kılavuzundan bir sözleşme yapmasını isteyebilirler. Takım kılavuzunun bu sözleşmeyi yapmaması halinde özen borcuna aykırılık doğmuş olur ve takım kılavuzunun sorumluluğuna gidilip verdiği zararı gidermesi istenebilir¹⁰².

Kocayusufpaşaoğlu ve Tunçomağ'a göre¹⁰³; takım sözleşmesinde takım kılavuzu ile takımı oluşturan işçilerin iç ilişkilerinde bir adi şirket sözleşmesi bulunmaktadır. Ayrıca takım kılavuzunun yetkisiz temsilci olması ihtimalinde

⁹⁸ **Barlas, Nami** (2016) *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 18.; Kanunda yer alan ve bağlacının veya olarak anlaşılması gerektiği hususunda ayrıca bkz.; **Barlas**, s. 13.

⁹⁹ **Eren** (2019), s. 841.

¹⁰⁰ **Eren** (2019), s. 842 vd; **Barlas**, s. 18 vd.

¹⁰¹ **Çenberci** (1968), s. 100.

¹⁰² **Eren** (2019), s. 867-868.

¹⁰³ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 930; **Tunçomağ**, s. 320.

dahi, bu şirketin takım sözleşmesinin yapılmasından sonra kurulması mümkündür¹⁰⁴.

H. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Takım sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitine ilişkin öğretilerde yapılan değerlendirmelerin hiçbirisi tek başına bu nitelermeyi yapmaya yetmediği kanaatindeyiz. Hal böyle olunca her bir görüşün ayrı ayrı değerlendirilmesi ve bu görüşlerin içinden takım sözleşmesine uygulanabilecek hükümlerin tespit edilmesi gerekmektedir.

Takım sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti noktasında üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünün tek başına yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Kanun koyucu bu sözleşme ilişkisini düzenlerken önce bir temsil ilişkisinden bahsetmiş, daha sonra ise takım kılavuzu ve işveren arasında üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerinin uygulanacağını ilişkin düzenleme yapmıştır. Her ne kadar takım sözleşmesi ilişkisinde temsile ilişkin hükümlerin mevcut kanuni düzenlemeyle uygulanamayacağını düşünüyor olsak da sadece kanun lafzında temsil ifadesi yer aldığı için üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerinin hiçbir şekilde uygulanamayacağı görüşlerine de katılmıyoruz. Direkt olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden görüşlere katılmamamızın gerekçesi ise bazı durumlarda üstelene ile üçüncü kişi arasında rücu ilişkisinin doğma ihtimalinin olmasıdır¹⁰⁵. Ancak takım sözleşmesi düzenlenirken buna müsaade edecek bir hususa yer verilmemiştir. Meclis tutanaklarına göre işvereni koruma amacıyla getirilen bu düzenleme takım sözleşmesinin içeriğinde yer almakla birlikte tek başına nitelik tespitinde de kullanılması mümkün görünmemektedir. Bu görüş diğer görüşlerle birlikte değerlendirilmelidir.

Vekalet ilişkisinde asli unsurlardan birisi ücret olmamakla birlikte artık ücret unsurunun olmadığı bir vekalet ilişkisi neredeyse hiç düşünülemez¹⁰⁶. Takım sözleşmesinde takımı oluşturan işçiler ile takım kılavuzu arasında bu anlamda bir ücret ilişkisi yoktur. Hatta kanun koyucu net bir şekilde işçilerin

¹⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 930.

¹⁰⁵ Konu hakkında geniş bilgi için bkz.; Yüce, s. 147 vd.

¹⁰⁶ Eren (2019), s. 717.

ücretlerinden takım kılavuzu lehine bir kesinti yapılamayacağını belirtmiştir. Bir diğer husus, bu ilişkinin vekalet ilişkisi olması halinde artık üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerine başvuru olanağının kalmamasıdır. Takım sözleşmesi ile kurulan ilişki de taraflar arasında böyle bir yükümlülüğün doğduğundan söz etmek mümkün değildir. Çünkü vekalet ilişkisinde, vekalet verenin vekili yüklediği borçlardan kurtarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Vekilin hesap verme yükümlülüğünün de her zaman için takım sözleşmesine uygulanması mümkün değildir. Takım sözleşmesinde belirlenen şartları beğenmeyen bir işçi pekâlâ iş başı yapmaktan imtina edebilir. Vekalet verenin vekili yüklediği borçlardan kurtarma ve uğradığı zararı giderme yükümlülükleri de takım sözleşmesine ilişkin düzenlemeler de üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerine başvurulmasına ilişkin açık düzenleme karşısında uygulama alanı bulamamaktadır. Bu sebeplerle vekaletle ilişkin hükümlerin takım sözleşmesine uygulanabileceğini savunan görüşlere katılamıyoruz.

Takım sözleşmesine yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin de doğrudan uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Bu ilişkide takım kılavuzunun yetkisiz temsilci olarak hareket ettiği varsayımı kabul edilse ve daha sonra işçilerin icazet vermeleri mümkün olsa bile, işçilerin icazet verecekleri sözleşme takım sözleşmesi olmaz. İşçiler ile işveren arasında ancak bir iş sözleşmesi kurulabilir. Takım kılavuzu, yetkisiz temsilci sıfatını haiz olsa bile, işveren ile işçiler arasındaki iş sözleşmelerinin kurulması için görüşmemekte, bu sözleşmelerin şartlarını düzenleyen takım sözleşmesinin kurulması için görüşmeler yapmaktadır. Yetkisiz temsil ilişkisinde temsil olunanın icazet vermediği durumlarda zararın giderilmesi için üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerine gidilmesi de mümkün olmayıp TBK m.47'ye göre zararın giderilmesi gerekir. Ancak kanun koyucu bu zararın giderilmesi için TBK m.128'e başvurulmasını öngörmüştür. Tüm bu gerekçelerle takım sözleşmesinde yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanabileceği savunan görüşlere katılamıyoruz.

Doğrudan doğruya temsil ilişkisinin takım sözleşmesine direkt olarak uygulanabilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bir an için takım kılavuzunun temsilci olduğu düşünülse ve İş Kanunu'nda aranan takıma dahil işçilerin işe başlaması şartının kanuni bir geciktirici şart olduğu kabul edilse bile, takım kılavuzunun yaptığı sözleşme takım sözleşmesidir ve işçiler bu

sözleşmenin tarafı değillerdir. Kanun koyucu işçiler için takım sözleşmesiyle şartları belirlenen iş sözleşmelerinin kurulmasını öngörmüştür. Takım kılavuzunun imzaladığı takım sözleşmesi eğer bir temsil ilişkisi ile kurulacak olsaydı bu defa doğrudan doğruya takıma dahil işçiler için sonuç doğuracak bir sözleşme kurulmuş olacaktı. Ancak takım sözleşmesinin takımı oluşturan işçilerin arasından seçecekleri bir kişi tarafından imzalanacağı İş Kanunu'nda açık bir şekilde belirtilmiştir. Tüm bunlardan hareketle doğrudan doğruya temsil görüşünün takım sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinde tek başına kullanılamayacağı kanaatindeyiz.

Bileşik sözleşmelerden söz edilebilmesi için, bu sözleşmeyi oluşturacak bütün sözleşmelerin varlıklarını tamamen koruması gerekmektedir. Ancak takım sözleşmesinin içinde bu anlamda varlığını tamamen koruyan iki sözleşmeden bahsedilebilmesi mümkün değildir. Kaldı ki bileşik sözleşmeyi oluşturan sözleşmelerin geçerlilikleri de birbirine bağlıdır. Ancak işçiler işe başlamadıklarına bir iş sözleşmesi ortaya çıkmamasına rağmen takım sözleşmesi varlığını devam ettirmektedir ve takım kılavuzu açısından üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerinin uygulanması hala varlığını devam ettiren takım sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Tüm bu gerekçelerle takım sözleşmesinin bileşik sözleşme olduğunu savunan görüşe katılamıyoruz.

Adi ortaklık görüşünün tek başına takım sözleşmesine uygulanabilecek nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Bu ancak takımı oluşturan işçilerin kendi aralarındaki iç ilişkide meydana gelebilir. İşçiler ise takım sözleşmesinin tarafı değillerdir. Takım sözleşmesine taraf olmayan kişilerin aralarındaki ilişkiye uygulanacak hükümlerin takım sözleşmesine uygulanması beklenemez. Bu gerekçelerle adi ortaklık görüşünün direkt olarak takım sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinde kullanılamayacağını düşünmekteyiz.

Takım sözleşmesi İş Kanunu'nun 16'ncı maddesinde düzenlenmektedir. Lakin madde metni incelendiğinde takım sözleşmesinin tipini belirleyen unsurlara yer verilmediği görülmektedir. Bu sebeple takım sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak nitelendirebiliriz. Zira Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmeye tipini veren unsurların yer almadığı sözleşmelere isimsiz sözleşmeler

denilmektedir¹⁰⁷. Bir sözleşmenin adının kanunda direkt olarak yer alması o sözleşmeyi sadece bu şart ile isimli hale getirmez, asli unsurların da yer alması gerekmektedir¹⁰⁸.

Takım sözleşmesi yapılırken işveren ile takım kılavuzu arasındaki ilişkinin irdelenmesi gerekmektedir. İşveren ile takım kılavuzu arasında; üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi bulunduğunu düşünmekteyiz. Buna göre işçilerden birisinin işe başlamaması halinde ortaya çıkacak zararı takım kılavuzu karşılamakla yükümlüdür.

İşverenin takım sözleşmesini imzalayarak takımı oluşturan işçilerin işe alınma vaatlerini içeren bir ön sözleşme yaptığı kanaatindeyiz. Gerçekten de tarafların asıl bir sözleşmeyi kurmadan önce ileride böyle bir anlaşma yapmayı borçlanmaları halinde ön sözleşmeler söz konusu olmaktadır¹⁰⁹. Ön sözleşme ile direkt olarak sözleşmenin kurulması konu edilmekte, yani sözleşme konusu olan edimin ifasını amaçlayan bir borç doğurucu sözleşmenin kurulması amaçlanmaktadır¹¹⁰. Takım sözleşmesi ile işveren işçileri işe alma vaadinde bulunmakta ve yapılması planlanan iş sözleşmelerinin çerçevesi çizilmektedir¹¹¹. Takım kılavuzu ise işçilerin işe başlayacaklarını taahhüt etmekte, aksi takdirde ise üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerinden sorumlu olmaktadır.

Görüldüğü üzere takım sözleşmesi her ne kadar tek bir sözleşme gibi görünse de aslında uhdesinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ve ön sözleşmeye ilişkin unsurları barındırmaktadır. Böyle bir durumda takım

¹⁰⁷ **Kuntalp**, s. 7; **Eren** (2019), s. 947; **Gümüş, M. Alper** (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 4; **Yücer Aktürk, İpek** (2016) İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmeleri, Ankara, Yetkin, s. 34.

¹⁰⁸ **Kuntalp**, s. 4; **Eren** (2019), s. 948; **Gümüş** (2013a), s. 4.

¹⁰⁹ Geniş bilgi için bkz.; **Ayrancı, Hasan** (2006) Ön Sözleşme, Ankara, Yetkin, s. 31; **Hatemi / Gökyayla**, s. 57.

¹¹⁰ **Ayrancı**, s. 43.

¹¹¹ Ön sözleşmede tarafların aynı olmasının zorunlu olmadığı, üçüncü bir kişi ile tek taraflı sözleşme kurma yükümlülüğü getiren ön sözleşmeler olabileceği, bu durumda üçüncü kişi ile vaat edilen arasında yeni bir sözleşme kurulmayıp asıl sözleşmenin üçüncü kişi ile borçlu arasında kurulduğuna dair görüş için bkz.; **Ayrancı**, s. 163.

sözleşmesinin hukuki niteliğinin ve uygulanacak hükümlerin tespitinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ile ön sözleşme dikkate alınmalıdır.

İsimsiz sözleşmeler karma sözleşmeler ile kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır¹¹². Tarafların kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme türlerinden bazılarının içerdiği unsurları kanunun öngörmediği bir şekilde kısmen veya tamamen bir araya getirdikleri sözleşmelere karma sözleşme denilmektedir¹¹³. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ve ön sözleşme, isimsiz sözleşmeler arasında yer aldıklarından ve TBK'da asli unsurları belirlenmediğinden, bu sözleşmelerin hükümlerinden oluşturulacak bir sözleşmeye karma sözleşme denilemez. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ise kanunda düzenlenmiş herhangi bir isimli sözleşmeden unsurlar içermemekte ve karma sözleşme olarak da nitelendirilmemektedirler. Bu tür sözleşmelerde taraflar kanunda unsurları düzenlenmiş sözleşmeler dışındaki sözleşmelerin bazı unsurlarıyla yeni bir sözleşme oluşturmaktadır¹¹⁴.

Takım sözleşmesi, kanaatimizce, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ile ön sözleşme hükümlerinin uygun düşen hükümlerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme türüdür. Her somut takım sözleşmesi kendi içerisinde incelenmeli ve nihayet uygulanacak hükümler tespit edilmelidir.

IV. TAKIM SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Takım kılavuzu ile takım sözleşmesi imzalayan işveren, bu sözleşme ile bazı yükümlülükler altına girmektedir. Öyle ki, işveren takım kılavuzuna karşı takım sözleşmesinde adı geçen işçileri, sözleşmeye yazılan şartlar altında işe başlatmayı taahhüt etmektedir.

İşveren takım sözleşmesini imzalamadan önce takım kılavuzu ile bir araya gelip bazı şartları netleştirmektedir. Buna göre hangi işçilerin işe başlayacakları, ne kadar ücret alacakları, çalışma şartlarının neler olacağı gibi

¹¹² Kuntalp, s. 13; Eren (2019), s. 952; Gümüş (2013a), s. 6 vd.

¹¹³ Kuntalp, s. 15; Eren (2019), s. 953; Gümüş (2013a), s. 6; Yücer Aktürk, s. 42.

¹¹⁴ Kuntalp, s. 14; Eren (2019), s. 963; Gümüş (2013a), s. 8-9; Yücer Aktürk, s. 51.

hususlar netleştirilmelidir. Bu yapıldıktan sonra takım sözleşmesinin imzalanması bir anlam ifade eder. Aksi takdirde takım sözleşmesi ile yeni iş sözleşmelerinin oluşturulması mümkün olmaz ve işverenin takımı oluşturan işçileri nasıl işe başlatacağı sorunu doğar.

İşveren takım sözleşmesini imzaladıktan sonra yalnızca bu sözleşmede adı geçen, yani takımı oluşturan işçilere karşı yükümlülük altına girmektedir. Bu kişilerden başka birisinin işe başlatılmasına ilişkin bir yükümlülük olmadığı gibi, takımda yer almayan biriyle ayrıca iş sözleşmesi yapılmasının önünde bir engel de bulunmamaktadır. Ancak bu üçüncü kişiler takımda yer almadıklarından, onların çalışma koşulları ayrıca belirlenmelidir. Ayrıca bu kişilerin işe başlamamaları halinde takım kılavuzunun sorumluluğuna gidilemeyeceği aşikardır.

Takım sözleşmesi yapılırken, İş Kanunu'nda ifade edildiği üzere bir işçi grubunu temsilen sözleşme yapılır. Bu sözleşmede adı geçen işçiler her biri işe başladığında işveren ile aralarında bir iş sözleşmesi kurulmuş olur. Buradan çıkan sonuç takım sözleşmesinden bağımsız olarak her bir işçi ile işveren arasında yeni bir sözleşmenin, yani bir iş sözleşmesinin varlığıdır¹¹⁵.

İş Kanunu'nun iş sözleşmesi başlığını taşıyan 8'inci maddesine göre işveren, iş görme ediminin karşılığı olarak işçiye ücret ödemekle yükümlüdür¹¹⁶. Takım sözleşmesi imzalandıktan sonra işe başlayan işçiler ile işveren arasında artık bir iş sözleşmesi kurulmuş sayıldığından, iş sözleşmesi ile yapılan işin karşılığı olarak işverenin bir ücret ödenmesi gereği ortaya çıkmaktadır. İş Kanunu'nun bu sözleşmeyi düzenleyen 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, işveren veya işveren vekili, bu sözleşmede adı geçen her bir işçiye ücretlerini ayrı ayrı ödemekle mükelleftir¹¹⁷. Yapılacak bu

¹¹⁵ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal (2020), s. 148.

¹¹⁶ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal (2020), s. 175; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 335; Süzek (2020), s. 361; Demircioğlu / Centel, s. 143; Akyiğit (2021), s. 191; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 129; Şakar, s. 99; Senyen Kaplan, s. 168; Narmanlıoğlu, s. 279; Korkmaz / Alp, s. 150; Uşan / Erdoğan, s. 123.

¹¹⁷ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; "Takım sözleşmesinde adı geçen işçilerin çalıştıkları süreyi ve ücret miktarını ispat yükü işçilerin üzerindedir, bu ispata göre hak edilen ücretlerin ödendiğinin ispatı ise işveren üzerindedir. Somut uyumsuzlukta ne takip talebinde ne de dava dilekçesinde işçilerin kim oldukları belirtilmediği gibi, kimin ne kadar çalıştığı da

ödemelerden ötürü, takım kılavuzunun lehine, işe aracılık veya benzeri bir nedenle kesinti yapılması mümkün değildir.

İş Kanunu'nun 16'ncı maddesinin başlığında takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmelerinden bahsedilmektedir. Her ne kadar 16'ncı maddede ücrete ilişkin bir düzenlemeye yer verilmişse de bu yükümlülük takım sözleşmesinden doğmamakta, yeni kurulan iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. İşveren ile takım kılavuzu arasında takım sözleşmesi imzalandığı için bir ücret ödeme borcu doğmaz.

Takım sözleşmesi neticesinde yeni kurulan iş sözleşmeleri kendi içinde zaten ücret ödeme borcunu doğururken kanun koyucunun bu maddede ücret ödemeye ilişkin hususlara tekrar değinmesi dikkat çekici bir olgudur. Takım sözleşmesine ilişkin ilk düzenlemenin yapıldığı dönemde iş aracılığı yapan ve kendisi çalışmayan bazı kimseler için işçi ücretlerinden kesinti yapıldığı ve bu işçilerin emeklerinin sömürüldüğü gerçeği karşısında¹¹⁸, kanun koyucunun bu düzenlemede ücrete ilişkin unsurlara yer vermesini mağduriyetlerin giderildiğinden kesin bir şekilde emin olmak gayesi olduğu kanaatindeyiz.

Bir işçi takım sözleşmesindeki şartlarda kabul edilen bir iş sözleşmesi ile işe başladıktan sonra ücretini işverenden talep eder. İşverenin takım kılavuzuna herhangi bir sebeple ödeme yaparsa bu durum onu diğer işçiler bakımından ücret ödeme borcundan kurtarmamaktadır. Bu husus eskiden işçilerin sömürülmesi üzerine kurulu olan aracılık sistemini engelleyen önemli bir farklılıktır¹¹⁹. Takım sözleşmesi kapsamında işe başlayan işçilerin ücretlerinin işveren tarafından her birine ayrı ayrı ödenmesi hususu, takım kılavuzunun bir

açıklanmamıştır. Takım sözleşmesini imzalayan davacı ..., kendisinin ne kadar çalıştığını, yevmiyesinin ne kadar olduğunu da açıklamamıştır. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, talep edilen paranın takım sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçilerin toplam alacağı olduğu izlenimi edinilmektedir. Bu nedenle öncelikle davacıya bu husus açıklattırılarak istenilen paranın davacının kendi alacağı mı yoksa takımın alacağı mı olduğu belirlenip, İş Kanunu'nun 16. maddesi hükümleri değerlendirilip sonuca gidilmesi gerekirken bu hususlar yerine getirilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD, 3008/11671, T:24.05.2018, <<https://legalbank.net>> s.e.t. 01.06.2021.

¹¹⁸ Bkz. yuk. I, B.; Ayrıca bkz.; **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal** (2020), s. 148.

¹¹⁹ **Çenberci** (1968), s. 103; **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal** (2014), s. 469.

temsilci olarak değerlendirilemeyeceğini destekleyen bir görüş olarak nitelendirilmiştir¹²⁰.

İşverenin takıma dahil olan işçilerinin ücretlerini takım kılavuzuna vererek aralarında paylaşmalarını istemesi mümkün değildir. Takım kılavuzuna yüklenen vazife takım sözleşmesinin yapılmasından ibarettir¹²¹. Bir görüşe göre her ne kadar işçilerin ücretlerinin takım kılavuzuna ödenemeyeceği savunulsa da takım kılavuzu işverenden almış olduğu ücretleri işçilere ödeyecek olursa bu defa işveren vekili gibi hareket etmiş olur ve işverenin ücret ödeme borcu o anda ortadan kalkmış olur¹²². Takım kılavuzunun eksik ödeme yapması halinde işçiler yine direkt olarak işverene gidebilecekleri gibi, işverenin fazla ödeme yapması halinde de bu fazlaya ilişkin kısım takım kılavuzundan sebepsiz zenginleşme hükümleri (TBK m.77 vd.) kapsamında geri istenebilir¹²³.

İş Kanunu m.8/3'e göre yazılı sözleşme yapılmayan durumlarda işverenler işçilere hangi koşullarda çalıştıklarına ilişkin bir belgeyi en geç iki ay içinde vermelidir¹²⁴. Bu belgede işçilerin çalışma süreleri, temel ücretleri ve ücret ekleri, sözleşmenin türüne göre fesih hallerinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümlere yer verilir. Takım sözleşmesi yapıldıktan sonra işe başlayan her bir işçi ile işveren arasında münferit bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. İş Kanunu'nun 16'ncı maddesinde yer alan düzenlemede yeni kurulacak iş sözleşmelerinin şekline ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Her ne kadar takım sözleşmesinde çalışma şartlarına ilişkin bir hüküm yer alacak ve kurulan iş sözleşmesi bu doğrultuda kurulacak olsa da yapılan iş sözleşmesi yazılı yapılmayabilir. Böyle bir ihtimalde işveren İş Kanunu m.8/3 gereği olarak her bir işçiye, özel çalışma koşullarını, çalışma sürelerini, temel ücreti ve ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymakla yükümlü buldukları hükümleri gösteren bir

¹²⁰ Saymen, s. 384.

¹²¹ Saymen, s. 384.

¹²² Çenberci (1968), s. 103; Saymen, s. 385.

¹²³ Çenberci (1968), s. 103; Saymen, s. 385.

¹²⁴ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal (2020), s. 370; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 682; Süzek (2020), s. 793; Korkmaz / Alp, s. 173; Narmanlıoğlu, s. 534; Senyen Kaplan, s. 248; Şakar, s. 233; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 235; Demircioğlu / Centel, s. 196; Uşan / Erdoğan, s. 145.

belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük takım sözleşmesi ile doğrudan ilişkili olmamakla beraber, takım sözleşmesinde yer alan şartları takımda yer alan işçilerin tam olarak kavramaları ve işe başladıklarından ne ile karşılaşacaklarını bilemeleri açısından önemlidir.

B. TAKIM KILAVUZUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Takım kılavuzu bir işçi grubunu temsilen takım sözleşmesini imzalamaktadır. Bu bağlamda takım kılavuzunun işverene ve takımdaki işçilere karşı iki ayrı yükümlülüğünün bulunduğu söz edilebilir.

Takım kılavuzu işverene karşı, takımda yer alan işçilerin, takım sözleşmesinin konusunu oluşturan işin yapılması için işe başlayacaklarını taahhüt etmektedir. Bu taahhüt karşısında işverenin korunması için de TBK m.128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerine yollama yapılmıştır.

Takım kılavuzunun diğer işçilere karşı yükümlülüğü ise, birlikte yapabilecekleri bir işin detayları hakkında işverenle bir sözleşme yapmaktan ibarettir. Takım kılavuzu ile işçiler, özellikli bir iş için daha önceden aralarında anlaşmış bir kişiyi kılavuz tayin ederek bu ilişkiyi kurabilecekleri gibi, takım kılavuzunun tek başına bulduğu bir işi diğer arkadaşlarına haber vererek bu ilişkinin kurulmasına vesile olması da mümkündür.

Takım sözleşmesine konu olan iş bütün işçilerin bir arada çalışmalarını gerektiren bir iş olabileceği gibi¹²⁵ işçilerin bireysel niteliklerinin önemli olduğu

¹²⁵ Orkestranın yaptığı çalışmanın ve orkestra şefinin takım kılavuzu olduğuna dair görüş için bkz.; **Elbir** (1987), s. 64. Ayrıca bkz.; “*Davalılarla davacı orkestra şefi olan (T.E.) kılavuzluğunda bir yıllık takım sözleşmesi yapmışlardır. İş Yasasının 10/3. maddesine göre takım sözleşmesi kılavuz tarafından yapıldıktan sonra takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlaması ile artık bu sözleşme o işçi ile işveren arasında doğrudan doğruya yapılmış sayılır.*” Yargıtay 9. HD, 115969/16437, T:27.12.1978, <<https://legalbank.net>> s.e.t. 01.06.2021; Orkestra solistininin takım kılavuzu olduğuna dair bkz.; “*Davacı takım sözleşmesine dayanarak davalı işyerinde çalışmıştır. Orkestranın solisti Z. B. Tarafından imzalandığı belirtilen 24.1.2006 tarihli alacağın temlik ve ibraname başlıklı bir belge davacı tarafından mahkemeye ibraz edilmiştir.*” Yargıtay 9. HD, E:2006/29284, K:2007/15587, T:21.05.2007, <<https://legalbank.net>>, s.e.t. 01.06.2021. Her orkestra grubunun yaptığı iş sözleşmesinin takım sözleşmesinden kaynaklanmayabileceğine dair bkz.;

bir iş ilişkisi de olabilir¹²⁶. Takım kılavuzu bütün işçilerin bir arada çalışmalarını gerektiren özellikli bir iş olduğu durumlarda sözleşme şartlarını önceden takım üyeleriyle değerlendirmeli ve sonrasında işverenle takım sözleşmesini imzalamalıdır. Aksi takdirde hiç ifa edilemeyecek şartları içeren bir takım sözleşmesi ortaya çıkabilir. Ayrıca tüm işçilerin bir arada çalışmalarını gerektirecek bir iş varlığı halinde işçilerden birinin iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda diğer işçilerin de sözleşmesinin feshedilmiş olup olmayacağı sorunu da ortaya çıkar¹²⁷.

V. TAKIM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Takım sözleşmesinin şekline ilişkin kanunda özel bir düzenleme yapılmıştır. İş Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre takım sözleşmesinin şekli, sözleşmenin süresi ne olursa olsun yazılı yapılmalıdır¹²⁸. Kanun koyucu burada taraf iradelerine yer bırakmamış ve emredici bir hüküm ile sözleşmenin süresinin ne kadar süreyle olacağına da bakılmaksızın takım sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Burada şekil bir

“Mahkemece savunmaya değer verilerek davalı ile dava dışı şirketler arasında ses ve saz sanatçısı temini amacıyla garanti sözleşmesi ile orkestra çalışanlarından biri ile yapılan tek tip istisna sözleşmeleri bulunduğu sözleşmelerde kimin görev alacağını belli olmadığı bu sözleşmelerin takım sözleşmesi de sayılamayacağı, fatura yolu ile yapılan ödemelerin orkestra elemanlarınca kendi aralarında paylaşıldığı arada hizmet akdi ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.” Yargıtay HGK, 9-422/726, T:15.12.2004, <<http://www.kazanci.com>>, s.e.t. 01.06.2021.

¹²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 928-929.

¹²⁷ Yargıtay bir kararında iş sözleşmelerinin feshinde her işçinin durumunun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir; *“Davalılardan (T.E)'nin dışındaki diğer davacıların bir yıllık sözleşmelerinin feshi için haklı sebep ortaya konup ispatlanmadığına göre Borçlar Yasasının 325. maddesine göre aktin erken bozulması sebebi ile tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat ettiği menfaatler mahsup edilerek kalırsa bakiye ücretlerine hükmetmek gerekir.”* Yargıtay 9. HD, 115969/16437, T:27.12.1978, <<https://legalbank.net>> s.e.t. 01.06.2021.

¹²⁸ Şekle ilişkin bir Yargıtay kararına göre; *“Takım sözleşmesinin yazılı yapılması sağlık koşuludur.”* Yargıtay HGK, 13-77/63, T:09.02.2000, <<http://www.kazanci.com>> s.e.t. 01.06.2021.

sihhat şartı olduğundan, takım sözleşmesinin şekle ilişkin hususa uygun olmadan yapılması halinde sözleşme geçerlilik kazanmaz¹²⁹.

Takım sözleşmesinde; işveren veya işveren vekilinin kimlik bilgileri, işin veya işyerinin mevki, takım sözleşmesi neticesinde işe başlayacak işçilere verilecek ücretin miktarı¹³⁰, sözleşme süresinin belirli olup olmaması ve tarafların üzerinde anlaştığı özel şartlar yer almalıdır¹³¹.

Takım sözleşmesinin şekline ilişkin düzenleme yapılırken *hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun* yazılı yapılması öngörülmüştür. Hem takım sözleşmesi hem de bunun sonucunda ortaya çıkan iş sözleşmeleri yazılı olabileceği gibi; takım sözleşmesinin yazılı, bu sözleşme neticesinde kurulan iş sözleşmelerinin yazılı olmadığı örnekler de olabilir¹³².

¹²⁹ **Saymen**, s. 384; **Tunçomağ**, s. 322. Aksi görüş için bkz.; **Çenberci** (1968), s. 104; **Demircioğlu / Centel**, s.79; **Eyrenci / Taşkent / Ulucan**, s. 88; **Şakar**, s. 89; **Aydın**, s. 222. Takım sözleşmesi için öngörülen yazılı şeklin adı yazılı şekil olduğuna dair görüş için ayrıca bkz.; **Arslan Ertürk, Arzu** (2017) İş Sözleşmesinde Şekil, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 201.

¹³⁰ Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz.; “*Anılan düzenlemenin hüküm doğurabilmesi için (...) Yazılı bir takım sözleşmesi yapılmalıdır. Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilmelidir.*” Yargıtay 9. HD, E:2007/16864, K:2008/11046, T:02.05.2008, <<http://www.kazanci.com>> s.e.t. 01.06.2021.

¹³¹ **Malkoç**, s. 15. Kimlik bilgileri ve ücrete ilişkin hususlar dışında kalan hususların takım sözleşmesinde gösterilmesine gerek olmadığına dair Yargıtay kararı için bkz.; Yargıtay 9. HD, 3008/11671, T:24.05.2018, <<https://legalbank.net>> s.e.t. 01.06.2021. Ayrıca bkz.; “*Somut olayda davalı ile takım kılavuzu olan davacı İ. A. arasında takım sözleşmesi yapılmış olup açılan sözleşmede taşduvarın metreküübünün 14,00 TL'ye örüleceği, takım sözleşmesinde çalışacak işçilere asgari ücret ödenip sigortaya bildirecekleri, yemeğin lokantada yeneceği parasının taşeronun hakedişinden kesileceği, araç servisi için taşerona mazot verileceği ayrıca araca günlük 15,00 TL verileceği ilk 2 işgünü malzeme nedeniyle yevmiye talep edilmeyeceği, 3. işgünü yevmiye talep edebilecekleri kararlaştırılmıştır.*” Yargıtay 7. HD, E:2013/23740, K:2014/3910, T:13.02.2014, <<https://legalbank.net>>, s.e.t. 01.06.2021.

¹³² Yazılı yapılmadığı için geçersiz olan bir takım sözleşmesinin, fiilen işe başlayan işçilerle işveren arasında ortaya çıkan iş sözleşmelerine halel getirmeyeceğine dair görüş için bkz.; **Arslan Ertürk**, s. 203.

VI. TAKIM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Takım sözleşmesi ile bir grup işçinin sözleşmeye konu olan işe başlamaları amaçlanmaktadır. Bu maksatla takım kılavuzu işveren ile görüşmeler yapmakta ve nihayetinde tarafların anlaşmış oldukları hususları içeren iş sözleşmelerine zemin hazırlanmaktadır. Takımı oluşturan işçilerin işe başlamalarıyla hedeflenen amaca ulaşılmış olur ve takım kılavuzunun fonksiyonu sona erer¹³³.

Takım sözleşmesi takımda yer alan bütün işçilerin işe başlamalarıyla birlikte takım kılavuzunun görevi biter¹³⁴ ve takım sözleşmesi sona ermiş olur. İşçilerin arasından işe başlamayanlar olabilir. Böyle bir durumda işverenin zararının giderilebilmesi için üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerine başvurulmaktadır. Ancak bu halde bile artık işçinin işe başlamayacağı kesinlik kazandığı için yine takım sözleşmesi sona ermiş olur. Yargıtay'ın bir kararında da takımda yer alan işçilerinin her birinin işe başlamasıyla takım sözleşmesinin sona ereceği belirtilmiştir¹³⁵.

Takım kılavuzunun iş sözleşmesinin ne zaman başladığı sorusu da takım sözleşmesinin sona ermesi noktasında önemlidir. Çünkü takım kılavuzu da takımı oluşturan bir işçidir ve sözleşmenin sona ermesi bütün işçilerin işe başlayıp başlamamalarının netleşmesinden sonra kesinleşir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre takım kılavuzunun kendi adına yaptığı iş sözleşmesinin hüküm doğurması için onun ayrıca işe başlamasına gerek olmayıp, takım sözleşmesinin imzalandığı anda onun iş sözleşmesinin de kurulduğu kabul edilmelidir¹³⁶. Buna göre takım kılavuzu takım sözleşmesini imzaladığı anda kendisi için iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir.

¹³³ Şakar, s. 90.

¹³⁴ Saymen, s. 385.

¹³⁵ Konuya ilişkin karar için bkz.; “Her ne kadar, takım sözleşmesinin unsurlarından birisi, takım kılavuzunun işverene karşı belirtilecek biçimde iş görme borcu altına girmesi ise de, bu yön kılavuz (dayıbaşı) ile işveren arasındaki ferdi iş ilişkisi yönünden önemlidir; yoksa, takım işçilerinden her birinin çalışmaya başlamasıyla sona erer.” Yargıtay 10. HD, 6406/7244, T:24.12.1985, <<https://legalbank.net>>, s.e.t. 01.06.2021.

¹³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 928; Demircioğlu / Centel, s. 80.

SONUÇ

Takım sözleşmesi 3008 sayılı İş Kanunu döneminde mevzuatımızda ilk kez düzenlenmiştir. Takım sözleşmesinin İş Kanunu'nda düzenlenmesi ihtiyacı, cumhuriyetin ilk yıllarında resmi bir iş aracılığı kurumunun bulunmamasındandır. Bu dönemde işçiler için iş bulan ve çeşitli isimlerle adlandırılan kişiler işçilerin emeklerini sömürüp, işçi ücretleri üzerinden gelir elde etmekteydiler. Hal böyle olunca kanun koyucu bunun önüne geçecek bir düzenleme yapma gereği duymuştur ve İş Kanunu'nda takım sözleşmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu sözleşme ile bir işçi grubundan takım oluşturulmakta, bu takımı temsilen, takımda yer alan işçilerden birisi, İş Kanunu'nun deyiimiyle takım kılavuzu, işveren ile bir sözleşme imzalamaktadır. Belirtmek gerekir ki Türk Hukukunda grup şeklinde bir çalışma modeli ortaya çıkarılmasına müsaade eden tek sözleşme takım sözleşmesidir. Takım sözleşmesi bu anlamda Alman Hukukunda düzenlenen grup çalışma ilişkilerinden farklılıklar göstermektedir.

Takım sözleşmesi, çeşitli kanun değişikliklerine rağmen, varlığını neredeyse olduğu gibi korumaktadır. Takım sözleşmesinin taraflarını işveren ve takımın içerisinden bir işçi, yani takım kılavuzu oluşturmaktadır. Takımı oluşturan diğer işçiler takım sözleşmesinin tarafı değildir.

Takım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte işveren takım sözleşmesinde yer alan şartlarda, sözleşmede adı geçen işçileri işe başlatmayı taahhüt etmektedir. Takım kılavuzu ise bu şartların oluşması için işverenle görüşmekte ve nihayetinde takımdaki işçilerden her birisinin işe başlayacağını taahhüt etmektedir. Takımda yer alan işçilerden herhangi birisinin işe başlamaması halinde takım kılavuzunun, her bir işçi için ayrı ayrı olmak üzere, üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümleri gereğince sorumluluğu doğar.

Takım sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu durum takım sözleşmesi düzenlemesinin kaleme alınış biçiminden ve sözleşmenin tipini belirleyen unsurların net bir şekilde tespit edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Öğretilerde takım sözleşmesinin hukuki niteliği için; üçüncü kişinin fiilini taahhüt, vekalet, yetkisiz temsil, doğrudan doğruya temsil, bileşik sözleşme ve adi ortaklık sözleşmesi görüşleri ileri sürülmektedir. Ancak bu görüşlerin bazıları takım sözleşmesine hiç

uygulanamayacakken, bazıları ise tek başına takım sözleşmesini açıklamaya yetmemektedir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi görüşüne, gerek kanunda temsil ibaresinin yer alması gerekse bazı durumlarda rücu ilişkisinin doğabilme ihtimali olduğu için doğrudan katılamamaktayız. Ancak üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi hükümlerinin takım sözleşmesine de uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Vekalet sözleşmesi kuran ilişkilerde ücret unsuru artık neredeyse bütün ilişkilerde uygulanmaktadır. Ancak bu uygulamanın takım sözleşmesinde bir karşılığının olamayacağı kanunda açık bir şekilde düzenlenmiştir. Kaldı ki vekalet ilişkisinin olduğu yerlerde üçüncü kişinin fiilini taahhüt ilişkisinin varlığından söz edilemez. Ancak kanun koyucu İş Kanunu'nda takım sözleşmesi ilişkisinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünün uygulanacağına dair açık bir düzenlemeye yer vermiştir. Tüm bu gerekçelerle takım sözleşmesine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanamayacaktır.

Yetkisiz temsil ilişkisinde her ne kadar sonradan icazet verilmesi neticesinde ilgili hükümler uygulama alanı bulabilecekse de takım sözleşmesinde bu görüş uygulanabilecek gibi değildir. Çünkü bu görüş kabul edilecek olursa sonradan icazet verilen sözleşme takım sözleşmesinin kendisi olur. Ancak takım sözleşmesinin taraflarını işveren ile takım kılavuzu oluşturduğundan bu görüşün uygulanma alanı bulamayacaktır.

Doğrudan doğruya temsil görüşünün bu ilişkiye uygulanabilmesi için takım kılavuzunun temsilci sıfatıyla sözleşmeyi imzalaması gerekir. Böylelikle işçiler ile işveren arasında takım sözleşmesi imzalanmış olur. Ancak burada takım sözleşmesinin tarafları işveren ile takım kılavuzudur ve sonrasında işçilerle işveren arasında takım sözleşmesinde belirlenen şartlarda iş sözleşmeleri kurulur. Hal böyleyken takım sözleşmesi ilişkisine doğrudan doğruya temsil görüşüne ilişkin hükümlerin uygulanamayacaktır.

Bileşik sözleşmelerden söz edebilmek için varlığını tamamen koruyan ve birbirine bağlı olan iki sözleşmeden bahsedilmesi gerekmektedir. Takım sözleşmesinde ise varlığını tamamen koruyan ve birbirine bağlı iki sözleşme

bulunmamaktadır. Bu sebeple takım sözleşmesinin bileşik sözleşme olduğuna dair görüşlere katılamamaktayız.

Adi ortaklık ilişkisi ancak takımı oluşturan işçilerin kendi aralarındaki ilişkilerde uygulama alanı bulabilir. Ancak takımı oluşturan işçilerden sadece birisi takım kılavuzu sıfatıyla takım sözleşmesini imzaladığından ve diğer işçiler bu sözleşmenin tarafı olmadıklarından, takım sözleşmesinin adi ortaklık niteliğinde olduğu görüşüne katılamamaktayız.

Bir sözleşme kurulmadan önce tarafların ileride bir anlaşma yapmayı borçlanmaları halinde ön sözleşmeden bahsedilebilir. Takım sözleşmesi ile ileride işçiler açısından bir sözleşme kurulması hedeflenmekte ve olası bir uyuşmazlıkta da takım kılavuzu olan işçi üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükümlerinden sorumlu olmaktadır. Kanaatimizce takım sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ve ön sözleşme hükümlerini içeren kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir. Takım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda her sözleşme kendi içinde ayrı ayrı değerlendirilmeli ve uygulanacak hükümler tespit edilmelidir. Takım sözleşmesinin çözümü en zor alanlarından birisi hukuki niteliğinin tespitidir. Ön sözleşme hükümleri ve üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin hükümler kıyasen uygulanacak dahi olsa her zaman için somut olay adaletinin sağlanamaması riski bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun sorumluluğun tespiti noktasında BK m.110(TBK m.128)'a yapmış olduğu doğrudan atıf yerine taraflar açısından nasıl bir sorumluluk düzeni getirmek istediğini somutlaştırmasının daha hakkaniyetli sonuçların alınması noktasında işe yarar bir çözüm olacağını düşünmekteyiz.

Takım sözleşmesi mutlaka yazılı yapılmalıdır. Aksi durumda sözleşmenin geçersiz olacağı noktasında öğretide neredeyse görüş birliği olduğu söylenebilir.

Takım sözleşmesi ile takımı oluşturan işçilerin ileride ortaya çıkacak iş sözleşmelerine ilişkin şartlar belirlenmektedir. Hal böyleyken bu sözleşme kurulduktan sonra takımı oluşturan işçilerin tamamının işe başlaması veya bir kısmının işe başlayıp diğerlerinin işe başlamayacaklarının kesinleşmesiyle birlikte bu sözleşmenin artık işlevi kalmaz ve sona erer. İşçilerin işe başlamayacakları durumlarda bu durumun kesinleşmesiyle birlikte takım kılavuzu hakkında üçüncü kişinin fiilini taahhütte ilişkin hükümler uygulanır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan** (2005) "Türk Hukukunda Grup/Takım İş İlişkisi", Yargı Dünyası Dergisi. S:114, s. 11-18.
- Akyiğit, Ercan** (2008) İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara, Seçkin.
- Akyiğit, Ercan** (2021) İş Hukuku, Ankara, Seçkin.
- Antalya, Gökhan** (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Arslan Ertürk, Arzu** (2017) İş Sözleşmesinde Şekil, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Aydın, Ufuk** (2016) "4857 Sayılı İş Kanununda Çağrı Üzerine Çalışma, Takım Sözleşmesi, Deneme Süreli İş Sözleşmesi ve Mevsimlik İş Sözleşmesi", 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu Kitabı, Ankara, AYBÜ Hukuk Fakültesi, s. 202-228.
- Aydınlı, İbrahim** (2008) "Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum. S:1, s. 39-83.
- Ayrancı, Hasan** (2006) Ön Sözleşme, Ankara, Yetkin.
- Barlas, Nami** (2016) Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Belgesay, Mustafa Reşit** (1941) Hukukî Muamelelerde Temsil, İstanbul, Rıza Koşkun Matbaası.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat** (2020) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, İstanbul, Beta.
- Çenberci, Mustafa** (1968) İş Kanunu Şerhi, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası.
- Çenberci, Mustafa** (1986) İş Kanunu Şerhi, Ankara, Olgaç Matbaası.
- Demircioğlu, A. Murat / Centel, Tankut** (2016) İş Hukuku, İstanbul, Beta.

- Ekonomi, Münir** (1987) İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İ.T.Ü Makina Fakültesi Ofset Atölyesi.
- Elbir, Halid Kemal** (1949) "Takım Mukavelesi ve Takım Kılavuzunun Hukuki Durumu", Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası. S:14, s. 68-73.
- Elbir, Halid Kemal** (1987) İş Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Engin, E. Murat** (1993) Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları: 25.
- Eren, Fikret** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin.
- Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin.
- Esener, Turhan** (1963) Yetkisiz Temsil, Ankara, Ajanstürk Matbaası.
- Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim** (2016) Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta.
- Gümüş, M. Alper** (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, İstanbul, Vedat Kitapçılık. (2013a)
- Gümüş, M. Alper** (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul, Vedat Kitapçılık. (2013b)
- Günay, Cevdet İlhan** (2015) Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin.
- Günter, Schaub / Koch, Ulrich** (2019) Arbeitsrecht, 23. Überarbeitete Auflage, München, C.H.Beck.
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre** (2015) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (1964) "Takım Sözleşmesinin ve Takım Kılavuzunun Hukuki Mahiyetleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C:30, S:3-4, s. 921-931.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir** (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Birinci Cilt), İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Korkmaz, Fahrettin / Alp, Nihat Seyhun** (2019) Bireysel İş Hukuku, Ankara, Seçkin.

- Kuntalp, Erden** (2013) *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Malkoç, Ömer** (1957) *İş Kanunu Şerhi*, İstanbul, Ercan Matbaası.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş** (2014) *İş Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş** (2020) *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Lykeion Yayınları.
- MüKoBGB/Hergenröder** (2020) 8. Aufl., KSchG § 1.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul, Beta.
- Resioğlu, Seza** (1968) *Hizmet Akdi Mahiyeti - Unsurları - Hükümleri*, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Saymen, Ferit H.** (1954) *Türk İş Hukuku*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay** (2019) *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Süzek, Sarper** (2010) "Türk İş Hukukunda İşveren", *Sicil İş Hukuku Dergisi*. S:17, s. 17-26.
- Süzek, Sarper** (2020) *İş Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul, Beta.
- Şakar, Müjdat** (2016) *İş Hukuku Uygulaması*, İstanbul, Beta.
- Tandoğan, Haluk** (2010) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tolga, Muammer Vassaf** (1952) *İş Hukuku*, İstanbul, Şaka Matbaası.
- Tunçomağ, Kenan** (1970) "Takım Sözleşmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C:36, S:1-4, s. 311-322.
- Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut** (2008) *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul, Beta.
- Uşan, M. Fatih / Erdoğan, Canan** (2020) *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, Seçkin.

Yüce, Melek Bilgin (2007) Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Yücer Aktürk, İpek (2016) İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmeleri, Ankara, Yetkin.

Zöllner, Wolfgang / Loritz, Karl-Georg / Hergenröder, Curt Wolfgang (2015) Arbeitsrecht, 7. Neu Bearbeitete Auflage, C.H.BECK.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMASI İŞLEMLERİNDE SİGORTA BAŞLANGICININ BELİRLENMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YORULMAZ**

ÖZET

Sosyal güvenlik hakkı, temel bir insan hakkı olup hem uluslararası belgelerde hem de hukukumuzda güvence altına alınmıştır. Sosyal güvenliğin sağlanmasına yönelik yol gösterici nitelikteki uluslararası belgeler ışığında imzalanan ülkemizin taraf olduğu ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri de bulunmaktadır. Türk Hukukunda sigortalıların sosyal güvenliklerini sağlamaya yönelik birçok düzenlemeye yer verilmiştir. 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunla yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın sosyal güvenliklerini sağlamaya yönelik önemli adımlar atılmıştır. Uzun süre yurtdışında yaşayıp ülkesine dönen kişilerin ülkesinde hiç sigortalı çalışmasının olmaması veya sigortalı çalışması olmasına rağmen bu çalışmanın ilerideki yaşayacağı sosyal risklere karşı korumaya yetmeyecek ölçüde olması durumunda yaşayacağı mağduriyeti önlemek için 3201 sayılı Kanunla ve ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri ile koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Ülkemizin taraf olduğu ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri, vatandaşlarımızın sözleşmeye taraf ülkedeki çalışmalarının ve buldukları sürenin Türkiye’de yapılan çalışma gibi sayılması, her iki ülkedeki hizmetlerinin birleştirilmesi vb. birçok sosyal güvenlik hakkını barındırmaktadır. Ülkemizde zaman içerisinde yapılan yasal değişiklikler ile sosyal güvenlik hakkının kapsamının genişletilmesi sağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yurtdışı Borçlanması, Ev Kadınları, Türk Vatandaşı, Sigortalılık Başlangıcı, İşsizlik Süreleri, Zorunlu Göçe Tabi Tutulanlar, Yaşlılık Sigortası, Sosyal Güvenlik Sözleşmesi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1113381 – Geliş Tarihi: 06.05.2022 – Kabul Tarihi: 21.06.2022.

** Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, cyorulmaz@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5160-4128.

**IN THE LIGHT OF THE SUPREME COURT DECISIONS,
DETERMINATION OF INSURANCE INITIATION IN FOREIGN
SERVICE BORROWING TRANSACTIONS**

ABSTRACT

The right to social security is a fundamental right and is guaranteed by both international documents and Turkish Constitution. There are also bilateral social security agreements to which Turkey is a party, in the light of the international documents that guide the provision of social security. There are many regulations in Turkey ensuring the social security of the insured. With the Law No. 3201 on the Evaluation of Turkish Citizens' Social Security for the Time They Spent Abroad, important steps have been taken to ensure the social security of Turkish citizens living abroad. In order to prevent the victimization of people who have lived abroad for a long time and returned to their country, if they do not have any insured work in their country or if this work is not sufficient to protect them against social risks they will experience in the future, protective provisions are included in the Law No. 3201 and bilateral social security agreements. Bilateral social security agreements to which Turkey is a party, counting Turkish citizens' work in the contracting country and the period they are in as working in Turkey, combining their services in both countries. It includes a number of social security rights. In Turkey, with the legal changes made over time, the scope of the right to social security has been expanded.

Keywords: Foreign Borrowing, Housewives, Turkish Citizen, Beginning of Insurance, Unemployment Periods, Forced Migration, Old Age Insurance, Social Security Contract.

GİRİŞ

Sosyal güvenlik, kişilerin karşılaşması muhtemel risklere karşı korunma ve geleceklerini güvence altına alma isteğinin bir sonucudur. Kişilerin huzur ve refah içerisinde ileride karşılaşabileceği sosyal risklere karşı kendini güvende hissetmek istemesi, sosyal güvenliğin var oluş nedenidir. Kural olarak sosyal sigortalılık zorunlu olmakla birlikte belli durumlarda isteğe bağlı sigortalılık da mümkündür. Finansmana diğer katkıda bulunanlarla birlikte sigortalı sayılanlardan, Kanun'da belirtilen oranlarda sigorta primi alınmakta ve bu şekilde prim ödenerek çalışılan süreler sigortalının hizmetine dâhil edilmektedir. Bazı durumlarda fiili çalışma olmamasına rağmen bu süreler, çalışılmış gibi kabul edilerek kişinin isteğine bağlı olarak sonradan primi ödemek suretiyle sigortalılık hizmetinden sayılmasına imkân sağlanmıştır. Sosyal güvenlik sisteminde bu durum hizmet borçlanması olarak ifade edilmektedir. Hizmet borçlanmasından yalnızca sigortalı değil, hak sahipleri de yararlanabilmektedir. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda hizmet borçlanmaları, yurt içi ve yurt dışında geçen sürelerin borçlanması olarak iki farklı şekilde düzenlenmiş olup hangi hallerde hizmet borçlanmasından yararlanılabileceği tek tek belirtilmiştir.

Çalışmamızın konusu, Yargıtay kararları ışığında yurtdışı hizmet borçlanması işlemlerinde sigorta başlangıcının belirlenmesidir. Birinci bölümde yurtdışı hizmet borçlanmasının genel esaslarına yer verilmiş, yurtdışı hizmet borçlanmasının tanımı ve koşulları ile Türk hukukundaki ve uluslararası belgelerdeki düzenlemeler incelenmiştir. İkinci bölümde ise yurtdışı hizmet borçlanma işlemlerinde sigorta başlangıcının belirlenmesi ve buna ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi detaylı şekilde yapılmıştır.

I. YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMASINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

A. TANIMI

Sigortalının ücret aldığı dönem için prim ödeme gün sayısından bahsedilirken, ücret ödemesinin bulunmadığı, iş sözleşmesinin askıya alındığı veya sigortalının çalışmadığı dönemlerde ise prim ödeme gün sayısından

bahsedilmez¹. Kural bu olmakla birlikte sigortalılıkta geçmeyen bazı sürelerin sonradan uzun vadeli sigorta primleri ödenerek primi ödenen sürelerin sigortalılık süresinden sayılmasına imkân sağlayan sosyal sigorta işlemine hizmet borçlanması adı verilmektedir². Bu hak, hem sigortaya hem de hak sahibine tanınmıştır³. Kanunda sayılan bazı süreler için hizmet borçlanması yapılabilmesi mümkündür⁴. Hizmet borçlanmasının yurtiçinde ve yurtdışında geçen hizmetlerin borçlanması olarak iki farklı türü bulunmaktadır. Konumuz itibarıyla yalnızca yurtdışı hizmet borçlanması incelenecektir.

Yurtdışında altı buçuk milyonu aşkın vatandaşımızın yaşadığı bilinmektedir⁵. Yurtdışına uzun süreli çalışmaya giden Türk işçiler için buldukları ülke sosyal sigorta mevzuatı uygulanmaktadır. Buldukları ülkenin sosyal güvenlik sistemi yoksa veya koşulları ağırsa sosyal güvenceye sahip olmadan yurda dönmeleri mümkün olabilmektedir⁶. Yabancı ülkelerde çalışan veya aktif çalışması olmamakla birlikte yurtdışında bulunan Türk vatandaşları, Türkiye’de sigorta girişlerinin bulunmaması veya bulunsa dahi aylık bağlanmasını sağlayacak miktarda olmaması durumunda yurda döndüğünde sosyal güvencesiz kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaklardır⁷.

-
- ¹ **Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.427; **Ocak, Saim** (2011) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.09.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:29, S:2, s.315.
- ² **Sümer, Haluk Hadi** (2021) Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.245; **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta, s.584; **Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul, Beta, s.751; **Andiç, Seda/Andiç, Bilgehan** (2013) Yurtdışı Hizmet Borçlanması Uygulamasının Değişim Süreci ve Uygulamanın Değerlendirilmesi, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S:88, s.25.
- ³ **Korkusuz, Refik/Uğur, Suat** (2022) Sosyal Güvenlik Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Ekin, s.358.
- ⁴ **Canbolat, Talat** (2011) “Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yapanlar da Kademeli Geçişten Yararlanır”: Başterzi, Süleyman, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C:II, s. 2254; **Ocak**, s.315.
- ⁵ <https://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_tr.mfa> , s.e.t. 24.04.2022.
- ⁶ **Sözer, Ali Nazım** (1998) “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Türkiye’de Emeklilik İçin Borçlanmaları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS, Ankara, s.631.
- ⁷ **Başterzi, Süleyman** (2002) “Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında “Yurda Kesin Dönüş Koşulu”, Kamu- İş, C:6, S:4, s.20; **Sümer**, s.251; **Diken, Mehmet Emre** (2013) Türk

Sosyal güvencelerini sağlayabilmek için düzenlenen yurtdışı hizmet borçlanması, yurtdışında bulunulan bazı sürelerin sosyal sigorta işlemleri açısından Türkiye’de geçmiş gibi değerlendirilmesidir⁸.

B. KOŞULLARI

1. Türk Vatandaşı Olmak veya Doğumla Türk Vatandaşı Olup da Çıkma İzni Alarak Türk Vatandaşlığını Kaybetmiş Olmak

3201 sayılı Kanununun 1. maddesinde Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri, bu sürelerin arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerinin diğer koşullar da mevcutsa bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceği belirtilmiştir. Yurtdışı hizmetlerinin borçlanması için temel koşul, Türk vatandaşı olarak geçen ve belgelendirilen sürelerin mevcut olmasıdır⁹.

Yargıtay, on sekiz yaşını doldurmadan önceki yurtdışı sürelerini borçlanmasının mümkün olmayacağı yönünde karar vermiştir¹⁰. Türk

Vatandaşlığını Kaybeden Kişiler Yurtdışı Borçlanma ile Emekli Olabilirler mi?, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S:88, s.81.

⁸ Uşan, s.254; Baştzeri, Fatma (2006) Yaşlılık Sigortası, 1. Baskı, Ankara, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, s.212; Tuncay/Ekmekçi, s.768.

⁹ Güzel, Ali/Ocak, Saim (2006) Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, S:12, s.1352; Okur, Ali Rıza (2006) Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:3, s.101; Ergin, Hediye (2008) Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması, Legal İSGHD, S:18, s.561; Canbolat, s.2256; Topçu, Umud (2010) Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yapabilmek İçin Borçlanma Tarihinde Türk Vatandaşı Olmak Zorunlu mudur?, Sosyal Güvenlik Dünyası, S:70, s. 61; Aras, Ahmet (2010) Yurtdışı Hizmet Sürelerinin Borçlanılmasına Genel Bir Bakış ve Borçlanma Şartları, -I-, Çözüm, S:98, s.278; Çavuş, Ö. Hakan (2005) Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:4, s.42; Diken, s.82.

¹⁰ Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, E:2020/10858, K:2021/8027, T:10.06.2021, www.sinerjimevzuat.com.tr, s.e.t 28.0 4.2022.

vatandaşlığı ile yabancı ülke vatandaşlığı devam edenler, çifte vatandaşlığı bulunanlar da bu yasal düzenlemeden faydalanabilecektir¹¹.

Doğumla Türk vatandaşı olmasına rağmen Bakanlar Kurulu'nun kararı ile Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen ve vatandaşlıktan çıkma belgesini alarak Türk vatandaşı olmadığı bir dönemde, Türk vatandaşiyken yaptığı çalışmaları borçlanmak isteyen kişinin, borçlanma talebinde bulunulduğu esnada Türk vatandaşı olmadığı gerekçesiyle davalı Kurum tarafından borçlanma talebinin reddedildiği bir uyuşmazlıkta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olmayan davacının, Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunduğu gözetilmek suretiyle anılan süreye ilişkin borçlanma isteğinin kabulü yönünde hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir¹². Yargıtay'ın verdiği bu kararlar, sosyal güvenlik hakkının korunmasında ve güvencenin artırılmasında çok önemli bir yere sahiptir.

10.09.2014 tarihinde yasal değişiklik yapılarak Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkma izni verilerek Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin de Türk vatandaşı olduğu dönemleri borçlanabilmesinin önü açılmıştır. Öncesinde sadece “Türk vatandaşları ile” ifadesine yer verilmişken değişiklik sonrası “doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybedenler” ifadesi de eklenmiştir¹³. Böylece, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak

¹¹ **Kılıçoğlu, Mustafa** (2002) Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s.83; **Sümer**, s.251; **Şimşek, Akın** (2008) Yurtdışı Borçlanma ve 3201 Sayılı Kanunun Uygulanması, Vergi Raporu Dergisi, S:105, s.96; **Uşan**, s.254; **Çavuş**, s.41.

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2010/10-210, K:2010/240, T:28.04.2010, kararın incelenmesi **Dönmez, Birten/Kızıltaş, Gülen** (2003), Gülen, Türk Vatandaşlığından İzinle Çıkanların 3201 sayılı Kanun Çerçevesinde Borçlanması, Sosyal Güvenlik Dergisi, S:1, s.132; Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, E:2010/8194, K:2011/15524, T:21.11.2011, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 27.04.2022.

¹³ 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 28.maddesi ile 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde değişiklik yapılmıştır. **Sözer, Ali Nazım** (2020) Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Türkiye’de Emeklilik Hakları: F. Almanya Örneğinden Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, C:17, S:67, s.1106.

suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yurt dışında Türk vatandaşı olarak çalıştıkları süreleri, 3201 sayılı Kanuna göre borçlanmalarına imkân tanınması amaçlanmış ve bu kişilerin hizmet borçlanması yaparak yurtdışı sürelerini sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirebilmesi sağlanmıştır.

2. On Sekiz Yaşını Doldurmuş Olmak

Yurtdışı hizmetlerinin borçlanması için diğer bir koşul ise; Türk vatandaşı olarak geçen ve belgelendirilen sürelerin bulunması ve borçlanma talebinde bulunacak kişinin borçlanmayı istediği sürelerde ve borçlanma talebinde bulunduğu esnada on sekiz yaşını tamamlamış olmasıdır¹⁴. On sekiz yaş koşulu, borçlanma hakkının kullanılabilmesi için getirilen ehliyet koşulu olup mahkeme kararıyla ergin kılınan kişinin bu koşulu sağladığından bahsedilemeyecektir¹⁵. Yabancı ülkelerde yaşayan ev kadını vatandaşlarımızın bir kısmının evlenerek daha on sekiz yaşını doldurmadan yurtdışına gittikleri bilinmekle birlikte bu durumda olan ev kadınlarının evlenme ile reşit olmuş olmalarına bakılmaksızın, Kanunun açık hükmü gereği on sekiz yaşını doldurduktan sonraki süreleri borçlanmaları mümkün olacaktır¹⁶. On sekiz yaşını doldurmadan önceki çalışmaların borçlanması mümkün değildir¹⁷. Nitekim Yargıtay, 18 yaşını doldurmadan önceki yurtdışı sürelerini borçlanmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir¹⁸.

3. Borçlanmaya Esas Yurtdışı Süreleri Bulunmak

a. Genel Olarak

Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra

¹⁴ **Sözer**, s. 631; **Sümer**, s.251; **Başterzi**, s.212; **Çavuş, Ö. Hakan** (2005) Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:4, s.42; **Karakaş, İsa/Hançer, Bekir** (2006) Tüm Yönleriyle Soru ve Cevaplarıyla/Açıklamalı-Gerekçeli Sosyal Güvenlik Reformu, 1. Baskı, Ankara, Türk Hava Kurumu, s.184.

¹⁵ **Laçiner**, s.618.

¹⁶ **Ergin** (2008), s.562.

¹⁷ **Kılıçoğlu**, S.83; **Başterzi**, S.224; **Çavuş**, s.42.

¹⁸ Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, E:2020/10858, K:2021/8027, T:10.06.2021, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 28.04.2022.

yurtdışında geçen hangi süreleri borçlanabileceği büyük önem taşımaktadır. 3201 sayılı Kanunun 1. maddesine göre; yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri, bu sürelerin arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerin bulunması durumunda yurtdışı hizmet borçlanması yapabilmeleri mümkün olabilecektir.

b. Çalışılarak Geçirilen Süreler

Sigortalılık süresi, borçlanma kapsamındaki sürenin bulunduğu ülke kanunlarına göre ikamet süreleri hariç olmak üzere çalışmış veya çalışılmış süre olarak kabul edilen süreleri ifade etmektedir¹⁹. Diğer bir ifadeyle uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin bir kavram olan sigortalılık süresi, Sosyal Güvenlik Kanununa tabi olarak ilk defa çalışmaya başlanılan “sigortalılık başlangıç” tarihi ile tahsis talep tarihine kadar geçen zaman dilimini ifade etmektedir.

Yurtdışı hizmet borçlanmalarında sigortalılık süresi içerisinde ikamet süresi çalışılmış süre olarak değerlendirilemeyeceği gibi, yabancı ülkede sosyal güvenlik kapsamı dışında çalışmış kişilerin çalışma süreleri de sigortalılık süresinin tespitinde dikkate alınmayacaktır²⁰.

2147 sayılı Kanun döneminde 4. madde kapsamında bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yurt dışında çalışmakta olanların yurt dışında daha önce çalıştıkları ve belgeledikleri sürelerin tamamını, primlerini döviz olarak ödemek kaydıyla borçlanabileceği düzenlenmiştir²¹. Kişilerin yurtdışında buldukları süre içerisindeki çalışmalarının tamamının borçlanması öğretide çok tartışıldığı gibi yargı kararlarına da konu olmuştur. Yargıtay, kısmi borçlanmayı ortadan kaldıracak şekilde yapılacak bir yorumun sosyal güvenlik ilkelerine ve yasaya ters düşeceğini belirterek yaşanan soruna ışık tutmuştur²². Öğretide ise Yargıtay’ın bu yaklaşımının yasanın açık hükmüne aykırı olduğu

¹⁹ 27046 sayılı Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik m.4.

²⁰ **Ergin, Hediye** (2009b) Yurtdışı Hizmet Borçlanmalarında Son Gelişmeler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:16, s.167; **Çavuş**, s.43.

²¹ **Başterzi**, s.22.

²² Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, E:1983/6127, K:1983/6970, T:29.12.1983, YKD. Nisan 1984.

ifade edilmiştir²³. 3201 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu tartışmalar sona ermiş, yurtdışında geçen çalışma sürelerinin iş sözleşmesine bağlı geçmesinin zorunlu olmadığı, kendi nam ve hesabına çalışması halinde bu sürelerin de tamamının veya bir bölümünün borçlanmaya konu edilebileceği düzenlenmiştir²⁴. Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 6. maddesine göre başvuruda bulunanlar, yurtdışında geçen sürelerinin tamamını veya istedikleri gün sayısını belirtmek suretiyle borçlanma yapabileceklerdir²⁵.

c. İşsizlik Süreleri

Yurtdışında bulunan vatandaşların, iş sözleşmesi kapsamında veya kendi nam ve hesabına geçen çalışma süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik sürelerinin borçlanması mümkündür²⁶. Hiç çalışması bulunmayan kişi için işsizlik sürelerini borçlanma imkânı bulunmamaktadır²⁷. Bu sürelerin birlikte borçlanması mümkün olduğu gibi talep edilmesi halinde birbirinden bağımsız olarak da borçlanılabilecektir. Kanun koyucu işsizlik süreleri ile ilgili sınırlama getirmiş olup işsizlik sürelerinin tamamının borçlanma kapsamında olamayacağını düzenlemiştir²⁸.

d. Ev Kadını Olarak Geçirilen Süreler

i. Genel Olarak

Kadınların, evlenmesiyle birlikte sorumluluklarının artması, genellikle çalışma hayatından uzaklaşmalarına neden olmaktadır. Sosyal çevre içerisinde kadınların asli görevinin ev ile ilgili işleri yürütmek ve çocuk bakımı gibi işleri yapmak olduğu kabulünden hareket edilirken, erkekler için iş rolleri aile

²³ Ayrıntılı bilgi için **Laçiner, Hediye** (2000) “Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Kamu- İş Sendikası, Ankara, s.622.

²⁴ **Sözer**; S.631; **Ergin**, (2009b), s.167; **Çavuş**, s.43; **Aras**, s.278.

²⁵ **Canbolat**, s.2256; **Tuncay/ Ekmekçi**, s.775; **Kılıçoğlu**, s.83; **Başterzi**, s.214; **Diken**, s.82.

²⁶ **Karakas/Hançer**, s.184.

²⁷ **Sözer** (2020), s.1106.

²⁸ **Aras**, s.278; **Çavuş**, s.43;

rollerinden daha önemli hale gelmektedir²⁹. Kadınların aile içerisindeki bireylerin bakım ve ev içerisindeki zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması ile ilgili aldıkları sorumluluk zaman içerisinde ev dışındaki çalışmalarını engeller hale gelmiştir. Kadınların çalışma hayatından uzaklaşmaları ise esasen günlük hayatlarındaki yoğun çalışma saatlerine rağmen çalışma hayatı içerisinde olmamaları nedeniyle fizyolojik risklerle karşılaşmaları durumunda mağduriyet yaşamalarına neden olmaktadır. Bu nedenle ev kadınlarının sosyal güvenlikleri kendi çalışmalarına bağlı olarak değil, ancak sigortalı eşine, anne ya da kız çocuğu olma statüsüne bağımlı olarak sağlanmakta veyahut da tamamen sistem dışında kalmaktadırlar³⁰. Bir kadının, ev kadını olarak kabul edilmesi için aranan temel şart, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olmamaktır³¹.

Kendi ülkelerinden uzakta yurtdışında yaşayan ve çalışma hayatı içerisinde bulunan aile bireylerine destek olan, onların aile için ihtiyaçlarını gideren ve ağır yaşam şartlarını kolaylaştırmaya çalışan ev kadınları için 3201 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle ev kadını olarak yurt dışında buldukları süreyi borçlanma imkânı tanınması, sosyal güvenlikleri açısından önemli bir gelişmedir.

ii. Borçlanmaya Esas Süreler

Yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerden ne anlaşılması gerektiği 3201 sayılı Kanunda düzenlenmemiş olup Genelgede bu hususa açıklık getirilmiştir. Ev kadınlarının medeni durumlarına bakılmaksızın sigortalılık süreleri dışında kalan yurtdışında ikamet ettikleri süreler, ev kadını olarak geçen süre olarak tanımlanmıştır. Yurtdışında bulunan kadınların, on sekiz yaşını doldurdukları tarihten sonraki sigortalılık süreleri dışında kalan

²⁹ **Günay, Gülay/Boylu, Ayfer Aydın/Bener, Özgün** (2014) Kadınların Sosyal Güvenlik Sistemine İlişkin Görüşleri, Sosyal Güvenlik Dergisi, S:1, s.39.

³⁰ **Yılmaz, Volkan/Günseli, Sevda/Çakar, Burcu Yakut** (2010) Türkiye’de Eşitsizlikler: Kalıcı Eşitsizliklere Genel Bir Bakış, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu, Buğra, Ayşe (Proje Danışmanı), <https://spf.boun.edu.tr/sites/spf.boun.edu.tr/files/1439796553_turkiyede_esitsizlikler_spf.pdf>, s.e.t. 28.04.2022.

³¹ **Ergin** (2008), s.562; **Laçiner**, s.620.

sürelerden istedikleri kadarını borçlanmaları mümkündür³². Ev kadınlarının tatil ya da başka nedenlerle Türkiye’de buldukları süreleri borçlanmaları mümkün değilken³³ Yargıtay verdiği bir kararda yurtdışındaki ev kadınlarının Türkiye’de geçirdikleri süreyi de borçlanabileceğini kabul etmiştir³⁴. Kadınların borçlanmaya esas süresinin belirlenmesinde evli olup olmamalarının veya evlenip de boşanmış olup olmamalarının bir önemi bulunmamaktadır³⁵.

e. Zorunlu Göçe Tabi Tutulanların Çalışma Süreleri

Zorunlu göçe tabi tutulanlar, daha sonra Türk vatandaşı olmak suretiyle yurda dönmüş olsa dahi yurtdışında buldukları sürede bu kişilerin çalışmalarının geçtiği dönemde Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle bu süreleri borçlanma imkânları bulunmamaktaydı.

3201 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle³⁶ birlikte sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden 01.01.1989 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği 08.05.2008 tarihine kadar zorunlu göçe tabi tutulan, Türk vatandaşı olup Türkiye’de ikamet eden ve 01/07/1976 tarihli ve 2022 sayılı Kanun dâhil olmak üzere sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almamak koşulu ile yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri bu Kanuna göre borçlandırılmak suretiyle yaşlılık aylığı bağlanmasında sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilecektir³⁷. Maddede ülke adı belirtilmemişse de 5543 sayılı İskan Kanununun³⁸ geçici 1. maddesinde “zorunlu göç” ifadesi yalnızca Bulgaristan’dan gelenler için kullanıldığından

³² Uşan, s.255; Laçiner, s.623. Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, E:2008/19823, K:2009/16654, T:21.12.2009, Kişisel Arşiv.

³³ Kuruca, Mustafa/Özdamar, Murat (2013) Tüm Yönleriyle Emeklilik, 2. Baskı, Ankara, Yaklaşım, s.569.

³⁴ Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, E:2020/4291, K:2021/8412, T:16.06.2021, Kişisel Arşiv.

³⁵ Başterzi, s.215; Çavuş, s.44.

³⁶ 5754 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 79. maddesiyle 3201 sayılı Kanuna 08.05.2008 Tarih, 26870 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak geçici 6. madde eklenmiştir.

³⁷ Uşan, s.255; Canbolat, s.2256; Tütüncüoğlu, Fuat (2019) Yurtdışı Borçlanma Yurtdışı Emeklilik, 1. Baskı, Dorlion, s.28.

³⁸ 5543 Sayılı İskan Kanunu 26.09.2006 tarihinde 26301 sayılı Resmi Gazete Yayınlanmıştır.

zorunlu göçe tabi tutulanların Bulgaristan'dan gelenler olduğu anlaşılmaktadır³⁹.

Yargıtay, 08.05.2008 tarihinde yapılan değişiklik sırasında önüne gelen bir uyumsuzlukta Bulgaristan'da geçen çalışma sürelerinin o dönemde Türk vatandaşı olmamasına rağmen 3201 sayılı Kanuna eklenen geçici 6. madde kapsamında yasal değişikliğin uygulanması gerektiğine ve borçlanmasının mümkün olduğuna karar vermiştir⁴⁰.

Bulgaristan'da 01.01.1989 tarihinden 08.05.2008 tarihine kadar çalışan ve daha sonra Türkiye'de ikamet etmek suretiyle Türk Vatandaşı olan kişilerin Bulgaristan vatandaşı oldukları dönemdeki çalışma sürelerini borçlanması mümkündür⁴¹. 3201 Sayılı Kanunun geçici 6. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere bu kişilerin çalışma sürelerini borçlanabilmeleri sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almamalarına bağlıdır.

Zorunlu göçe tabi tutulanlar için yalnızca çalışma süreleri gösterildiğinden, bu çalışma süreleri arasında veya sonunda çalışılmayan süreler ile ev kadınlığında geçen süreler borçlanma kapsamı dışında bırakılmıştır⁴².

Zorunlu göçe tabi tutulan ve yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerini bu Kanuna göre borçlanmak isteyenlerin, yalnızca yaşlılık aylığı bağlanmasında borçlanma sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceği, malullük ve ölüm aylığı bakımından değerlendirilemeyeceği Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kabul edilmektedir⁴³. Kurum uygulamasına göre; Yönetmeliğin geçici 2. maddesi kapsamında borçlandırılan çalışma sürelerini, yalnızca emekli veya yaşlılık aylığı bağlanmasında değerlendirmekte, malullük ve ölüm aylığı bağlanmasında, bu şekilde

³⁹ **Ergin, Hediye** (2009a) Zorunlu Göçe Tabi Tutulduktan Sonra Türk Vatandaşlığına Alınanların Yurtdışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanması, Legal İSGHD, S:24, s.1471; **Çavuş**, s.44.

⁴⁰ **Ergin**, (2009a), s.1475.

⁴¹ Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, E: 2017/6097, K: 2018/1407, T: 19.02.2018, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 29.04.2022.

⁴² **Tütüncüoğlu**, s.35; **Ergin**, (2008), s.565.

⁴³ **Ergin**, (2009a), s.1473.

borçlanılan hizmetler dikkate alınmamaktadır. Yargıtay ise “Mahkemece, 3201 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi lafzi ve dar yorum yapılmak ve Kurum işlemi yerinde görülerek davanın reddine karar verilmiş ise de; 3201 sayılı Yasanın 3. maddesinin birinci fıkrasına göre, "...yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri..." denilmek suretiyle hak sahiplerinin de 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanma ve ölüm aylığı talep etme hakları bulunduğu açıktır. 3201 sayılı Kanunun geçici 6 maddesinde kişinin kendi başvurusu hali düzenlediği için sadece yaşlılık aylığı ibaresine yer verilmiştir. Aksine yorum sosyal güvenlik hakkını hak sahipleri yönünden ortadan kaldıracak ve hakkın özünü yok edecektir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” demek suretiyle hak sahiplerinin yurtdışı borçlanma sürelerini ölüm aylığı için de kullanabileceğine karar vermiştir⁴⁴.

f. Yurtdışı Borçlanmasına Konu Olamayacak Süreler

Yurtdışı hizmet borçlanması kapsamındaki borçlanılabilecek süreler, 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde düzenlenmiş ve yukarıda detaylı olarak incelenmiştir. Yönetmeliğin 6. maddesinde borçlanma kapsamında olmayan süreler tek tek belirtilmiştir. Buna göre on sekiz yaşın doldurulmasından önce yurtdışında sigortalı ve ev kadını olarak geçen süreler, Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında sigortalı veya ev kadını olarak geçen süreler, ikili sosyal güvenlik sözleşmesine göre kendilerine kısmi aylık bağlanmış olanların yurtdışında geçen sigortalılık süreleri arasında ve bu sürelerin bitim tarihinden sonraki işsizlik süreleri, sosyal güvenlik kanunlarına göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen sürelerle çakışan yurtdışı sürelerinin borçlandırılması mümkün değildir⁴⁵. Yurtdışında çalışmalarına rağmen sigortalılıkları Türkiye’de olan kişilerin yurtdışındaki çalışma süreleri, Libya’da Türk işverenler tarafından yürütülen işlerde çalışanların Libya ile yapılan ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin yürürlüğe girdiği 01.09.1985 tarihinden bu

⁴⁴ Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, E:2016/8143, K:2016/13865, T:07.11.2006, Kişisel Arşiv.

⁴⁵ **Tuncay/Ekmekçi**, s.775; **Ergin**, (2009b), s.167; **Kuruca/Özdamar**, s.570.

zamana kadar Libya'da geçirilen süreler⁴⁶, Almanya'da istisna akdine göre iş üstlenen Türk işverenlerinin yanında geçici görevle buldukları süreler yurtdışı borçlanmasına konu edilemeyecektir⁴⁷.

İsteğe bağlı sigorta primi ödenen sürelerin ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunmadığı bir ülkedeki sigortalılık süreleri ve ev kadını olarak geçen sürelerle çakışması durumunda yurtdışı hizmet borçlanması yapılamamaktadır⁴⁸.

g. Yurtdışı Borçlanma Sürelerinin Belgelendirilmesi

Yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın yurtdışında geçen ve borçlanmaya esas sürelerinin belgelendirilmesi gerekmektedir⁴⁹. Belgelendirilmenin nasıl yapılacağı Yönetmelikte⁵⁰ ve 2019/16 sayılı Genelgede detaylı şekilde yer almıştır. Yönetmeliğin 9. maddesine göre borçlanma sürelerinin belgelendirilmesini sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ve imzalanmamış ülkelerdeki çalışan vatandaşlarımızın hizmet sürelerinin, ülke ayrımı yapılmadan ev kadını olarak geçen sürelerinin, gemi adamı olarak geçen sürelerinin ve zorunlu göçe tabi tutulan çalışma sürelerinin belgelendirilmesi olarak beş başlık altında incelemek mümkündür.

i. Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Tarafı Olan Ülkelerde Geçen Hizmet Sürelerinin Belgelendirilmesi

Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerde çalışanların, sigortalılık ve işsizlik sürelerini borçlanabilmesi için alternatif yollar belirlenmiştir. Kişi dilerse ilgili ülke sigorta kurumlarınca düzenlenmiş sigortalılık sürelerini gösterir belgenin aslıyla birlikte Türkiye'de yeminli tercüme bürolarınca

⁴⁶ 01.09.1985 tarihli ikili sosyal güvenlik sözleşmesine göre Libya'da çalışan Türk vatandaşlarına yaşlılık aylığı hakkı tanınmış olup aylığa hak kazanmayanlar ise yurda kesin dönüş yaptıklarında ödedikleri primlerini toptan ödeme olarak alabilmektedirler. Bu nedenle 01.09.1985 öncesi dönem yurtdışı borçlanmasına konu olamamaktadır. Bu kişilerin kayıt ve primleri Türkiye'de İstanbul Beyoğlu Sosyal Güvenlik Merkezinde bulunmaktadır.

⁴⁷ **Tütüncüoğlu**, s.228.

⁴⁸ **Tan, Namık** (2016) Yurt Dışı Emeklilik Koşulları, İş ve Hayat Dergisi, C:2, S:4, s.129.

⁴⁹ **Uşan**, s.256.

⁵⁰ Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik, RG: T:06.11.2008, S:27046.

yapılmış tercümesinden ya da dilerse yurt dışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesinden veyahut da ilgili ülkelerdeki Türk büyükelçilikleri, başkonsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikleri gibi temsilciliklerden alınacak hizmet belgesinden durumuna uygun olan belgeyi Sosyal Güvenlik Kurumuna ibraz ederek borçlanma talebinde bulunabilecektir.

ii. Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Tarafı Olmayan Ülkelerde Geçen Hizmet Sürelerinin Belgelendirilmesi

Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış bir ülkede çalışılmış ise ilgili ülkelerdeki Türk büyükelçilikleri, başkonsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikleri gibi temsilciliklerden alınacak hizmet belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna ibraz edilmesi gerekir.

iii. Ev Kadınların Hizmet Sürelerinin Belgelendirilmesi

Yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerin borçlanılabilmesi için başvuru sahibince fotoğraf, künye bilgileri ve yurda giriş-çıkış tarihlerinin kayıtlı olduğu pasaport sayfa fotokopileri veya emniyet müdürlüklerinden alınacak yurda giriş-çıkış tarihlerini gösterir çizelge ile birlikte ikamet edilen ülke mercilerinden alınacak ikamet belgesinin aslı ile birlikte Türkiye’de yeminli tercüme bürolarınca ya da yurt dışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercüme edilmiş belgeyi veya Türk büyükelçilikleri, başkonsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikleri gibi temsilciliklerce düzenlenen ikamet belgesini Sosyal Güvenlik Kurumuna ibraz etmelidir.

Yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerin borçlandırılmasında pasaport fotokopisi veya emniyet müdürlüklerinden alınacak yurda ne zaman girip çıktıklarını gösterir çizelgenin kontrolü yapılır ve yurtdışında bulunan süreler borçlandırılır⁵¹.

⁵¹ Çavuş, s.51.

iv. Gemi Adamı Olarak Geçen Sürelerin Belgelendirilmesi

Gemi adamlarının yurtdışında buldukları hizmetlerini borçlanabilmesi için gemi adamının çalıştığı geminin bayrağını taşıdıkları ülkenin sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış bir ülke olması durumunda çalışılan ülke sigorta kurumundan alınacak hizmet belgesinin asıyla birlikte Türkiye’de yeminli tercüme bürolarınca yapılmış tercümesinden ya da yurt dışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesinden, çalıştıkları geminin bayrağını taşıdıkları ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alacakları çalışma sürelerini başlangıç ve bitiş olarak gösteren hizmet belgelerinden, çalıştıkları gemi ya da geminin bağlı bulunduğu işyerlerinden alacakları sigortalılık sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte gemi adamı olarak çalışılan süreler ile örtüşen yurda giriş-çıkış tarihlerini gösteren pasaport sayfaları ya da emniyet müdürlüklerinden alınacak yurda giriş-çıkış tarihlerini gösteren belgelerden durumlarına uygun olanını Sosyal Güvenlik Kurumuna ibraz edeceklerdir.

v. Zorunlu Göçe Tabi Tutulan Çalışma Sürelerinin Belgelendirilmesi

Zorunlu göçe tabi tutulanların borçlanma talebinde bulunulurken geldikleri ülkedeki çalışma sürelerini gösterir hizmet belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna ibraz edilmesi gerekmektedir. Kurumun gerekli görmesi halinde yeni belge de isteme hakkı mevcuttur.

Kurum tarafından borçlanma talebinde bulunanların nüfus kayıtlarında yapılacak sorgulamada "Bakanlar Kurulu Kararı ve 2510 veya 5543 sayılı İskan Kanununa istinaden Türk vatandaşlığına alınmıştır" ibaresinin bulunması durumunda zorunlu göçe tabi tutulduklarını belgelendirme koşulu aranmayacaktır. Nüfus kayıtlarında bu şekilde ibare bulunmayanlardan ise bu ibarenin işlendiği vukuatlı nüfus kayıt örneği veya "Uyrukluk ve Aile Kütüğüne Kayıt Bildirgesi"nin ibrazı gerekecektir.

vi. Borçlanma Miktarının Ödenmesi

Yurtdışı hizmet borçlanması yapacak kişilerin borçlanma miktarının nasıl belirleneceği ve ödemeye ilişkin hususlar 3201 sayılı Kanunun 4. maddesinde ve Yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenmiştir.

Borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarını, başvuru tarihindeki 5510 Sayılı Kanununun 82. maddesinde belirtilen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın %45'i oranında ödemesi gerekmektedir⁵². Prime esas asgari günlük kazancın altında olmamak kaydıyla borçlanma tutarına esas alt sınırı farklı bir miktarda belirlemeye Cumhurbaşkanlığı yetkilidir. Borçlanma tutarının belirlenmesinde adi posta veya kargo yoluyla veya Kuruma doğrudan yapılan yazılı başvurularda “Yurt Dışı Süreleri Borçlanma Talep Dilekçesi”nin Sosyal Güvenlik Kurumunun evrak kayıtlarına intikal ettiği tarih esas alınacaktır. Dünya Posta Birliği⁵³ mevzuatı çerçevesinde yurt içinden ya da yurt dışından gönderilen taahhütlü, iadeli taahhütlü ve acele posta servisi ile yurt içinden PTT Alo Post veya PTT Kargo ile yapılan yurt dışı borçlanma taleplerinde ise dilekçenin postaya verildiği tarih, Kuruma intikal tarihi olarak kabul edilecektir.

Tahakkuk ettirilen borç tutarı, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenmelidir⁵⁴. Üç aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi halinde, ödenen miktara isabet eden süre geçerli sayılacaktır. Borçlanılan sürenin sigortalılık süresi kabul edilebilmesi için anılan süre içerisinde borçlanma primlerinin Kuruma ödenmesi gerekmektedir⁵⁵. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tahakkuk ettirilen ödemenin belirtilen süre içerisinde yapılmaması durumunda yeniden başvuru şartı aranacaktır. Ödeme yapılan gün sayısı, prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazançta dâhildir.

⁵² **Sümer**, s.253. Borçlanma tutarı, 5510 sayılı Kanununun 82.maddesinde belirtilen alt ve üst sınırları arasında kalmak kaydıyla başvuru sahibince seçilen prime esas günlük kazancın %32'sinin borçlanılacak gün sayısı ile çarpımı kadar iken 01.08.2019 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere %45 olarak değiştirilmiştir. RG: T: 06.11.2020, S:31296.

⁵³ Dünya Posta Birliği, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 22 ülke tarafından 1874 yılında kurulmuş olup 1948 yılından itibaren Birleşmiş Milletlerin bir uzmanlık örgütü olarak faaliyetine devam etmektedir. Dünya Posta Birliği Kuruluş Yasası'nda posta gönderilerinin birbiriyle bağlantılı şebekelerden oluşan tek bir posta alanı dâhilinde serbestçe dolaşımını sağlamak, posta alanında standartların belirlenmesi ve teknolojinin teşvik edilmesi, üyeleri arasında uluslararası işbirliğini sağlamak, etkin teknik işbirliği sağlamak ve tüketici ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamak Birliğin temel görevleri olarak belirtilmiştir, <<https://www.btk.gov.tr/upu>> s.e.t. 29.04.2022.

⁵⁴ **Tuncay/Ekmekçi**, s.777; **Uşan**, s.257; **Karakaş/Hançer**, s.185.

⁵⁵ **Balcı**, s.279.

Borçlanma tutarı, başvuru sahiplerine Türk Lirası cinsinden tebliğ edilir. Tebliğ edilen borç, Türkiye'de ödenmesi halinde Türk Lirası, yurtdışından ödenmesi halinde ise Türk Lirası karşılığı döviz olarak ödenmelidir.

Yurtdışı hizmet borçlanma işlemlerine başladıktan sonra vazgeçenler ile yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getiremeyenlerin ve bunların hak sahiplerinin talep etmeleri halinde yaptıkları ödemeler, faizsiz olarak iade edilir⁵⁶.

vii. Yazılı Talepte Bulunmak

Yurtdışında hizmet borçlanması yapabilmek için gerekli şartları taşıyanlar, Yönetmeliğin 5. maddesi gereği borçlanma hakkından yararlanabilmek için yazılı olarak veya usul ve esasları Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenecek elektronik ortam üzerinden Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuruda bulunmak zorundadır.

Yönetmelik kapsamında borçlanma başvuruları, Sosyal Güvenlik Kurumunun internet sayfasında yayımlanan Yurtdışı Süreleri Borçlanma Talep Dilekçesi ile yapılır. Bu dilekçede yurtdışında borçlanma kapsamında geçen sigortalılık veya ev kadını olarak geçen süreleri bulunan kişinin adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, borçlanılmak istenilen sürenin niteliği ve süresi, borçlanma miktarının hesabına esas bir günlük prime esas kazanç tutarı ve tebliğat adresi ile Türkiye'de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi geçen çalışmaları varsa Kurumu, sigortalılık statüsü, sicil numarası ve süresi belirtilmelidir. Dilekçeye borçlanmaya esas dayanak belge asıllarının eklenmesi zorunludur. Kurum, bu belgelerin aslı yerine örneğini ve borçlanma işlemini tamamlamak için ihtiyaç duyduğu diğer belgeleri istemeye yetkilidir.

Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma başvurularında da yine aynı şekilde talepte bulunmaları gerekmektedir⁵⁷.

⁵⁶ Karakaş/Hançer, s.186.

⁵⁷ Uşan, s.256.

C. TÜRK HUKUKUNDAKİ VE ULUSLARARASI BELGELERDEKİ DÜZENLEMELER

1. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Hukuk düzeninde kaynaklar arasında en üst sırada yer alan Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir⁵⁸. Bireyleri sosyal riskler karşısında güvence altına almak sosyal güvenlik hukukunun temel amacı ve sosyal devlet ilkesinin önemli gereklerindendir⁵⁹.

Anayasanın 60. maddesine göre herkes, sosyal güvenlik hakkına sahip olup Devlet, bu güvenliği sağlayacak tedbirleri almalı ve gerekli teşkilatı kurmalıdır⁶⁰. Yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın sosyal güvenlik hakkına ilişkin Anayasanın 62. maddesinde Devletin yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alması gerektiği vurgulanmıştır. Böylece yurtdışında çalışan veya yurda dönmüş olan Türk vatandaşlarının ve aile bireylerinin sağlanan sosyal güvenlik ile uzun vadeli sigorta kollarından yararlanmaları mümkün hale gelmiştir⁶¹.

⁵⁸ **Talas, Cahit** (1998) "Türkiye'de Sosyal Güvenlik Düzeninin Bunalımı", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, TÜHİS, Ankara, s.641; **Günay, Cevdet İlhan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s.394.

⁵⁹ **Sümer**, s.17; **Algan, Bülent** (2007) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.271.

⁶⁰ **Erbaş, Coşkun** (2010) "Sosyal Güvenlikte Alınan Yol ve Geline Son Nokta. 5510 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören 25 Ekim 2007 Taslak Metin Üzerine Düşünceler ve Yargıtay Görüşü, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük- Yaşlılık Sigortası İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler": İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Milli Komite), Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş'a Armağan Semineri, Ankara, On Ofset, s.125; **Ocak**, s.316; **Talas**, s.644; **Günay**, s.493.

⁶¹ **Arıcı, Kadir** (1998) Son Tasarı Işığında, Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarına Devletin Sosyal Güvenlik Sağlama Yükümlülüğü, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1-2, s.678; **Akın, Levent** (2005) "4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri": Uçum, Mehmet, (Editör), A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal, s.953; **Urhanoglu, İştari** (2020) 3201 Sayılı Kanun'a Göre Yapılacak Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Aylık Bağlama Koşulları,

Yurtdışında yaşayan bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkından yararlanmaları, kendilerinin sisteme katılımı ve katkısı ile gerçekleşeceğinden yurtdışında çalışan vatandaşların sosyal güvenlik hakkından yararlanabilmesini sağlamak için yurtdışı hizmet borçlanması ilk kez 2147 sayılı Kanun⁶² ile mevzuatta yerini almıştır⁶³. Bu Kanunun getiriliş amacı; yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın yurda dönüşlerinde sosyal güvenceden yoksun kalmalarını önlemek, aynı zamanda döviz girişinin sağlanması ile birlikte ekonomik açıdan ülkeye katkı sağlamaktır⁶⁴. 2147 sayılı Kanunun ilk kez yürürlüğe girdiği hali, hizmet borçlanmasının sağladığı geriye dönük sigortalılık süresi kazanma ve belirli koşulların varlığına bağlı daha istisnai haklar içermektedir⁶⁵.

Kanunun uygulanması esnasında ortaya çıkan sorunların giderilebilmesi ve sağlanan güvencenin artırılabilmesi için 3201 sayılı Kanunun⁶⁶ 13. maddesi ile 2147 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış olup 3201 sayılı Kanun halen yürürlüktedir. Bu Kanunla getirilen sosyal güvenlik hakkından yurtdışında bulunan vatandaşların yararlanmaları isteğe bağlıdır⁶⁷. 3201 sayılı Kanunun uygulanma esaslarını belirlemek için “Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik” yayımlanmıştır⁶⁸. Kanunun ve yönetmeliğin uygulanma yöntemlerini belirlemek için aynı zamanda 2008/44 sayılı “Yurtdışı İşlemleri Hakkında Genelge” yürürlüğe girmiştir.

Sosyal Güvenlik Dergisi, C:10, S:2, s.247; **Levent, Recep** (2016), Yurtdışında Çalışan veya Bulunanlar ile Göçmenlerin Sosyal Güvenliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:116, s.319.

⁶² Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının, Yurt Dışında Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, RG., T:07.06.1978, S:16309.

⁶³ **Başterzi**, s.212; **Algan**, s. 271; **Aras**, s.275.

⁶⁴ **Canbolat**, s.2255; **Tan**, s.127; **Laçiner**, s.609.

⁶⁵ **Andiç/Andiç**, s.29.

⁶⁶ Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, RG: T:22.05.1985, S:18761.

⁶⁷ Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Eğitim Notu (1997), Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü, s.576.

⁶⁸ RG: T:06.11.2008, S:27046.

4958 Sayılı Kanunun⁶⁹ 56. maddesi ile 3201 Sayılı Kanunun 3. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Yaklaşık beş yıl sonra 5754 Sayılı Kanun⁷⁰ ile 3201 Sayılı Kanunun bazı hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Kanunun uygulanma esaslarını belirleyebilmek için yürürlükteki 2008/44 sayılı Genelge kaldırılarak yerine 2011/48 sayılı Genelge yayımlanmıştır.

6552 sayılı Kanun⁷¹ ile 3201 sayılı Kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapılmış ve akabinde 2011/48 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılarak yerine 2018/27 sayılı Genelge yürürlüğe girmişse de bu Genelge de 2018/29 Sayılı Genelge ile yürürlükten kaldırılmıştır. 7186 sayılı Kanunla 3201 sayılı Kanunda yapılan bir kısım değişikliklerin usul ve esasları 2019/16 sayılı Genelge ile düzenlenmiş⁷² ve 2011/48 ve 2018/38 sayılı genelgeler yürürlükten kaldırılmıştır. 2019/16 sayılı Genelge halen yürürlüktedir.

2. Uluslararası Belgelerdeki Düzenlemeler

Günümüzde uluslararası ilişkilerin artması ile işçilerin serbest dolaşımının desteklenmesi için belli noktalara hassasiyetle yaklaşılması gerekmektedir. Serbest dolaşım hakkını kullanan işçinin, bu hakkı kullanmasının yarattığı aleyhe durumların ortadan kaldırılması önemli olmakla birlikte aynı zamanda teşvik edici birtakım unsurlara da ihtiyaç bulunmaktadır⁷³. İşçilerin serbest dolaşımını teşvik edici en önemli unsurlardan biri sosyal güvenliktir⁷⁴. Sosyal güvenlik hakkının insan hakkı olduğu da dikkate alındığında bu konunun uluslararası hukukta yer alması

⁶⁹ Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, RG: T:06.08.2003, S:25191.

⁷⁰ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG: T:08.05.2008, S:26870.

⁷¹ İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, RG: T:11.09.2014, S:29116.

⁷² **Urhanoglu**, s.248.

⁷³ **Bilgin, A. Aslı** (2010) "İşçilerin Serbest Dolaşımı": Akçay, Belgin/Özçelik, Gülüm Bayraktaroğlu (Editörler), 1. Baskı, Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar, Ankara, Seçkin, s.74.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için **Can, Hacı** (2009) Avrupa Birliğinin Kurucu Andlaşmaları, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s.2 vd.

kaçınılmazdır. Sosyal güvenlik hakkı, uluslararası hukukta çok taraflı sözleşmeler ve iki taraflı sözleşmeler ile güvence altına alınmıştır⁷⁵.

a. Çok Taraflı Sözleşmeler

i. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Sosyal güvenlik hakkı, ilk kez İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde⁷⁶ temel bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir⁷⁷. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde genel olarak sosyal güvenlik, “Herkesin hastalık, analık, işsizlik, yaşlılık ve ölüm gibi insan iradesi dışında meydana gelen risklere karşı güven içerisinde olması gereğinin yanı sıra; beslenme ve barınma gibi her türlü ihtiyacın karşılanmasıdır” şeklinde ifade edilmiştir⁷⁸.

Bildirgenin 13. maddesinde herkesin herhangi bir devletin sınırları dahilinde serbestçe dolaşma ve yerleşme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. 22. maddede ise “her şahsın, cemiyetin bir üyesi olmak itibarıyla, sosyal güvenliğe hakkı vardır; haysiyeti için ve şahsiyetinin serbestçe gelişmesi için zaruri olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların milli gayret ve milletlerarası işbirliği yoluyla ve her devletin teşkilatı ve kaynaklarıyla mütenasip olarak gerçekleştirilmesine hakkı vardır” demek suretiyle her bireyin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bildirgenin 25. maddesinde ise her bireyin gerek kendi gerekse aile bireyleri için sosyal risklere karşı güvenlik hakkının bulunduğu açıkça ifade edilmiştir⁷⁹.

⁷⁵ **Tuncay/Ekmekçi**, s.23.

⁷⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiş ve 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı yayımlanmıştır, RG: T:27.05.1949, S:7217.

⁷⁷ **Çavuş, Ö. Hakan** (2016) Sosyal Güvenlik Hakkı, Legal İSGHD, C:13, S:51, s.1491; **Erbaş**, s.125; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.35; **Korkusuz/Uğur**, s.26; **Sümer**, s.21.

⁷⁸ **Hekimler, Alpay** (2015) Sosyal Politika Boyutuyla Türkiye-Almanya Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Sosyal Haklar Üzerine Etkisi, Legal İSGHD, C:12, S:47, s.141; **Bektaş, Özlem Bal** (2016), İşsizlik Sigortası, Ankara, Seçkin, s.75; **Günay/Boylu/Bener**, s.36.

⁷⁹ **Alpar, M. Bülent** (2000) ILO Sosyal Güvenlik Nihai Raporu ve Gerçekleşen Değişiklikler, Kamu-İş Dergisi, C:5, S:4, Ankara, s.4; **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.34.

ii. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri

- Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi

Sosyal güvenliğin asgari esaslarını düzenleyen 102 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi⁸⁰, sosyal sigortalar ve sosyal yardımların genel esaslarını düzenlemekte, yabancılara da yaşamlarını idame ettirebilecekleri asgari güvence sağlanmasını öngörmektedir⁸¹.

Sözleşmede dokuz farklı risk sayılmıştır. Bunlar hastalık halinde sağlık yardımı, hastalık halinde tazminat, işsizlik, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, analık, sakatlık, ölüm ile aile yardımınıdır⁸². Sözleşmeyi onaylamak isteyen devlet, bu risk gruplarından en az üç tane, ancak en az birisi işsizlik, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, sakatlık veya ölüm risklerinden olacak şekilde belirlemek zorundadır⁸³. Ülkemiz bu sözleşmede yer alan risk gruplarından aile yardımı sigortası hariç geri kalanları kabul etmiştir⁸⁴.

- Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit İşlem Yapılması Hakkındaki 118 Sayılı Sözleşme

Uluslararası Çalışma Örgütünün sosyal güvenlikle ilgili bir diğer sözleşmesi 118 sayılı sözleşmedir⁸⁵. Sözleşmenin 3. maddesine göre; bu sözleşme ile üye devletlerin, ülkelerinde bulunan yabancıların sosyal

⁸⁰ Uluslararası Çalışma Örgütü, 28 Haziran 1952 tarihinde kabul edilen, 10 Ağustos 1971 tarih ve 7-7964 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı 29.01.1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir, RG: T:15.10.1974, S:15037.

Sözleşme metni, <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377270/lang--tr/index.htm>, s.e.t 25.04.2022. **Sümer**, s.21.

⁸¹ **Tuncay/Ekmekçi**, s.64; **Korkusuz/Uğur**, s.27; **Çavuş**, (2016), s.1491. Ayrıntılı bilgi için <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377270/lang--tr/index.htm>, s.e.t. 25.04.2022.

⁸² **İzgi, Berna Balcı** (2008) Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Son Gelişmeler, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:1, s.87; **Tuncay/Ekmekçi**, s.64; **Bektaş**, s.75.

⁸³ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.35.

⁸⁴ **Alpar**, s.5.

⁸⁵ Uluslararası Çalışma Örgütü, 28 Haziran 1962 tarihinde kabul edilen, 5 Temmuz 1973 tarih ve 7-6217 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı 25.06.1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir. RG: T: 09.06.1973, S:14559.

güvenliğinin sağlanması ve yardımlardan yararlanmaya hak kazanma açısından kendi vatandaşlarıyla eşit işlem yapma yükümlülüğü getirilmiştir⁸⁶. Eşit işlem yapma yükümlülüğü, sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen sözleşmenin getirdiği yükümlülükleri kabul ettiği her sosyal güvenlik dalında⁸⁷ gösterilecektir⁸⁸.

iii. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁸⁹, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları güvence altına alan temel bir sözleşmedir⁹⁰. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerinde olduğu gibi herkesin haklarını kapsayan tek bir sözleşme niteliğindedir. Sözleşmenin 3. maddesine göre sözleşmeye taraf devletlerde kadınlar ve erkeklerin bu sözleşmede belirtilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan eşit olarak yararlanma hakkı bulunmaktadır⁹¹. Sözleşmenin 9. maddesinde sözleşmeye taraf devletlerin herkese sosyal sigorta dâhil, toplumsal güvenlik hakkını tanıyacağı düzenlenmiştir⁹².

⁸⁶ **Şen, Murat** (2003) Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, Ankara, TÜHİS, s.481; **Korkusuz/Uğur**, s.28.

⁸⁷ 118 Sayılı Sözleşmenin 2. maddesine göre; sosyal güvenlik dalları: sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, analık yardımları, malullük yardımları, yaşlılık yardımları, ölüm yardımları, iş kazaları ve meslek hastalıkları yardımları, işsizlik yardımları, aile yardımlarıdır, <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377276/lang-tr/index.htm>, s.e.t. 25.04.2022.

⁸⁸ **Alpar**, s.5.

⁸⁹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilerek 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan Sözleşme, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye, Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış, Bakanlar Kurulu 10 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5923 sayılı kararıyla Sözleşme'yi onaylamış (RG., T:11.08.2003, S:25196), bakımından 23.12.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir, <<https://www.ihud.org/bilgi-notlari/ekonomik-sosyal-ve-kulturel-haklar-uluslararasi-sozlesmesi-ve-ek-protokolu-bilgi-notu>>, s.e.t. 04.05.2022.

⁹⁰ **Algan**, s.176.

⁹¹ Sözleşme metni için <<https://unmik.unmissions.org/sites/default/files/regulations/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf>>, s.e.t. 05.05.2022.

⁹² **Çavuş**, (2016), s.1492.

iv. Avrupa Sözleşmeleri

Sosyal güvenlik konusuna başlangıçtan beri Avrupa Konseyi büyük önem vermektedir⁹³. Avrupa Sosyal Şartı ile Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi sosyal güvenlik alanında kabul edilmiş iki önemli belgedir⁹⁴. Bu belgeler, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerinden etkilenerek düzenlenmiş olup diğer uluslararası hukuk belgelerinden daha detaylı değildir⁹⁵.

v. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyine üye ülkeler tarafından imzalanan ve beş devletin onayıyla yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı⁹⁶, birçok temel sosyal haklar yanında sosyal güvenlik konusunda da önemli düzenlemelere yer vermiştir⁹⁷.

Avrupa Sosyal Şartında on dokuz hak koruma altına alınmış olup bunlardan birisi de 12. maddede yer alan sosyal güvenlik hakkıdır⁹⁸. Sosyal güvenliği belirli bir düzeyde tutmak amaçlanmıştır⁹⁹. Maddeye göre; “belirli beklenmedik olaylar (hastalık, iş maluliyeti, analık, aile yükümlülükleri, işsizlik, yaşlılık, ölüm, dul kalma, mesleki kazalar ve hastalıklar) ile ilişkili primli, primsiz ve bunların birleşiminden oluşan (karma) yardımları kapsamaktadır”¹⁰⁰. Avrupa Sosyal Şartınının 20. maddesi gereği onaylanması zorunlu olan maddeler arasında sosyal güvenlik hakkı da yer almaktadır¹⁰¹.

⁹³ **Alpar**, s.6.

⁹⁴ **İzgi**, s.87.

⁹⁵ **Erdoğan, Gülnur** (2008) Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:77, s.123.

⁹⁶ 18.10.1961 tarihinde Torino’da imzalanarak 26.02.1965 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 18.10.1961 tarihinde imzalanarak 16.06.1989 tarihinde 3581 sayılı Kanunla (RG: T:04.07.1989, S:20215) onaylanmıştır.

⁹⁷ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.38.

⁹⁸ **Ruhi, Ahmet Cemal/Token, Ali Gümrah** (2017) Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuku İle İlgili Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, 5. Baskı, Ankara, Adalet, s.84; **Bektaş**, s.75; **Algan**, s. 215.

⁹⁹ **Gülmez, Mesut** (1998) “Geliştirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi ile Yeni Avrupa Sosyal Şartı”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS, Ankara, s.336.

¹⁰⁰ **Erdoğan**, s.148.

¹⁰¹ **Tulukçu, N. Binnur** (2012) İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, 1. Baskı Ankara, Adalet, s.77.

Avrupa Sosyal Şartının birçok sosyal hakkı aynı belgede barındırması birtakım yetersizliklerin ve eksikliklerin ortaya çıkmasına neden olmuş ve içeriğinin geliştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır¹⁰². Zaman içerisinde yapılan değişiklik ve ek protokoller sonrasında Avrupa Sosyal Şartının içeriğinde yer alan haklar daha kapsamlı şekilde genişletilerek Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı yürürlüğe girmiştir¹⁰³. Avrupa Sosyal Şartı'nın sosyal güvenlik hakkına ilişkin düzenlemeleri Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile de aynen korunmuştur¹⁰⁴.

vi. Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi

Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi¹⁰⁵, sosyal güvenlikte eşitlik ilkesini düzenlediği gibi bireylerin farklı ülkelerdeki sigortalı çalışmalarının birleştirilmesini de öngörerek sosyal güvenlik hakkını kuvvetlendirecek çerçeve hükümlere yer vermiştir¹⁰⁶. Koruma kapsamında olan sosyal güvenliğin dalları¹⁰⁷ 2. maddede tek tek belirtildikten sonra 8. maddede bu sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı durumlarda sözleşme tarafı ülkelerden herhangi birinde ikamet eden ve haklarında sözleşme hükümleri uygulanan kimselerin, sözleşmeye taraf ülkelerin mevzuatlarına göre sanki o ülkenin vatandaşı gibi aynı hak ve yükümlüklere sahip olacağı belirtilerek eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır. 11. maddede ise sözleşme tarafın mevzuatına göre sosyal güvenlik dallarından yararlanmak suretiyle aylık veya geliri vermekle yükümlü

¹⁰² **Gülmez**, s.329; **Tulukçu**, s.79.

¹⁰³ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını, Türkiye 06.10.2004 tarihinde imzalamış, Şartın onaylanmasını kararlaştıran 22 Mart 2007 tarih ve 2007/11907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Şart'ın resmi Türkçe çevirisi, 9 Nisan 2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak onay belgeleri 27 Haziran 2007 tarihinde tevdi edilmiş ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 1 Ağustos 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/81-gozden-gecirilmis-avrupa-sosyal-sart/>>, s.e.t.25.04.2022.

¹⁰⁴ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.39.

¹⁰⁵ Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, 31 Ağustos 1976 tarih ve 7-12537 sayılı Bakanlar Kurulu kararı yayımlanmıştır, RG: T:21.02.1977, S:15857, **Şen**, s.5.

¹⁰⁶ **Uşan**, s.57; **Tuncay/Ekmekçi**, s.73; **Alpar**, s.6; **İzgi**, s.88, **Çavuş**, (2016), s.1495.

¹⁰⁷ Hastalık veya analık yardımları, yaşlılık yardımları, ölüm yardımları, iş kazalarıyla meslek hastalıkları halinde yapılan yardımlar, ölüm ödenekleri, işsizlik yardımları ve aile yardımlarıdır.

Kurumun bulunduğu ülkeden başka bir sözleşmeye taraf ülkede ikamet etmiş olmaları yüzünden haklarının azaltılamayacağı, değiştirilemeyeceği, durdurulamayacağı ve kesilemeyeceği belirtilmiştir.

“Çeşitli Yardımlara İlişkin Özel Hükümler” başlıklı bölümde yer alan 1. Kısım (Hastalık ve Analık), 2. Kısım (Malullük, Yaşlılık, Ölüm Aylıkları), 4. Kısım (Ölüm Ödenekleri), 5. Kısım (İşsizlik), 6. Kısım (Aile Yardımı) için ilk maddelerinde özel düzenleme yapılarak her biri için ayrı ayrı hizmetlerin birleştirilmesi öngörülmüştür. Sözleşmenin taraflarından birinin mevzuatına uygun şekilde yardım hakkının doğması, korunması veya yeniden kazanılması, sigortalılık sürelerinin tamamlanması şartına bağlı ise bu mevzuatı uygulayan Kurum, bu amaçla gerektiğinde sürelerin birleştirilmesi için diğer sözleşmenin tarafı ülkelerdeki geçen sigortalılık sürelerinin birleştirilmesini isteyebilir ve kendi sigortalılık süresi gibi dikkate alınır. Bu düzenleme sözleşmeye taraf ülkelerdeki geçen sigortalılık sürelerinin tek bir ülkede geçmiş gibi değerlendirilmesi, serbest dolaşımın sağlanması ve sosyal güvenlik hakların korunması bakımından önemlidir¹⁰⁸.

- Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi

Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi¹⁰⁹, sözleşmeye taraf ülkelerin göçmen statüsündeki işçilerinin ve aile bireylerinin sosyal refahlarını korumayı amaçlamıştır. Göçmen işçi kavramı, sözleşmenin 1. maddesinde sözleşmenin tarafı olan ülkelere birinde ücretli iş görmek için oturmasına izin verilen diğer bir sözleşme tarafı ülkenin yurttaşını ifade etmektedir. 18. maddede ise sosyal güvenlik hakları koruma altına alınmış olup sözleşme tarafı ülke, kendi topraklarında bulunan göçmen işçi ve aile bireylerine sosyal güvenlik alanında kendi mevzuatı, sözleşme tarafları

¹⁰⁸ İzgi, s.88.

¹⁰⁹ Göçmen işçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi, 25 Kasım 1980 tarih ve 8-2006 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 01.05.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir, RG: T:27.01.1981, S:17233, <[1661](https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/105-gocmen-iscilerin-hukuki-statusu-avrupa-sozlesmesi/#:~:text=T%C3%BCrkiye%2C%20S%C3%B6zle%C5%9Fmey%C5%9Fme%20Kas%C4%B1m%201977,say%C4%B1%C4%B1%20Resmi%20Gazete'de%20yay%C4%B1mlanm%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r.>”, s.e.t. 26.04.2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

arasındaki ikili veya çok taraflı sözleşmeler uyarınca kendi yurttaşları ile eşit muamelede bulunmayı üstlenmiştir¹¹⁰. Ayrıca göçmen işçilerin ve aile bireylerinin daha önce başka ülkelerde edindikleri haklarının ve kazanılmış istihkaklarının korunmasını da güvence altına almıştır.

- Milletlerarası Nakliyat İşlerinde Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliğine Mütedair Avrupa Sözleşmesi

Milletlerarası Nakliyat İşlerinde Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliğine Mütedair Avrupa Sözleşmesi¹¹¹, milletlerarası nakliyat işlerinde çalışan işçilerin kendi ülkeleri dışında başka bir sözleşme tarafı ülkede bulunduğu esnada hastalık, iş kazası, meslek hastalığı ve ölüm halleri nedeniyle sosyal güvenlik yardımına muhtaç olması durumunda bu haklarının himaye edilmesi zorunluluğundan yola çıkarak birtakım koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir.

b. İki Taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri

Çok taraflı sözleşmeler ile başka ülkelerde çalışan kişilerin sosyal güvenlik haklarının genel ilkeleri belirlenmiş, uygulama usul ve esasları ise daha ayrıntılı şekilde iki taraflı sosyal güvenlik sözleşmeleri ile düzenlenmiştir¹¹². Herhangi bir ülke ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesini imzalanmasındaki temel amaç, bu ülkelerde bulunan vatandaşlarımızın çalışmalarının Türkiye tarafından tanınmasıdır¹¹³. Sosyal güvenlik hakkını kapsayan iki taraflı sosyal güvenlik sözleşmeleri, Anayasanın 90. maddesine göre kanun hükmünde sayılarak otuz dört ülke¹¹⁴ ile imzalanmak suretiyle yürürlüğe girmiş ve yurtdışı borçlanmaları açısından da uygulama esaslarını düzenleyen önemli bir kaynak olmuştur¹¹⁵.

¹¹⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.40; Ruhi/Toker, s.835.

¹¹¹ RG: T:22.12.1960, S:10687. Şen, s.341.

¹¹² Akın, s.954; Korkusuz/Uğur, s.34.

¹¹³ Tütüncüoğlu, , s.28.

¹¹⁴ İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmesi imzalanmış ülkeler ile ilgili ayrıntılı bilgi için <<https://www.csgb.gov.tr/digm/contents/dis-iliskiler/ikili-anlasmalar/sosyalguvenlikanlasmalari/>>, s.e.t. 25.04.2022.

¹¹⁵ Canbolat, s.2259; Levent, s.319; İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmelerinin metinlerine ulaşmak için Ergin, Hediye (2008) Türkiye'nin İmzaladığı İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Legal.

İki taraflı sosyal güvenlik sözleşmeleri ile sağlanan haklardan sözleşmeyi imzalayan tarafların vatandaşları ve bunlara eşit sayılan kimseler ile bakmakla yükümlü oldukları aile bireyleri ve ölümleri halinde geride kalan hak sahipleri yararlanabilecektir¹¹⁶. Yapılacak bu sosyal güvenlik sözleşmeleriyle yurtdışında bulunan vatandaşların çalıştıkları ülkenin vatandaşları ile aynı hak ve yükümlülüklere sahip olması, her iki ülkedeki hizmetlerinin birleştirilerek sosyal risklere karşı haklarının korunması, çalıştıkları ülkedeki kazandıkları haklardan, kendi ülkelerine dönmeleri halinde de yararlanabilmeleri amaçlanmıştır¹¹⁷.

Sosyal güvenlik sözleşmelerinin tarafı olan ülke mevzuatlarında değişiklikler olması, hatta sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte olan taraf ülke mevzuatının yürürlükten kalkması, sözleşmenin uygulanmasını engellemeyecektir. İki taraflı sosyal güvenlik sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte olan 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlar, 5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kalkmış olmasına rağmen sözleşmenin uygulanmasına engel oluşturmamaktadır¹¹⁸.

II. YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMA İŞLEMLERİNDE SİGORTA BAŞLANGICININ BELİRLENMESİ VE BUNA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMA İŞLEMLERİNDE SİGORTA BAŞLANGICININ BELİRLENMESİ

Sigorta başlangıcı, sigortalının aylığa hak kazanacağı zamanın belirlenmesi açısından önemli bir yere sahiptir. 4447 sayılı Kanununun 17. maddesiyle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa geçici 81. madde eklenmiş ve yaşlılık aylığı talep koşullarının varlığı için kademeli uygulanmaya başlanmıştır.

¹¹⁶ <<https://www.csgb.gov.tr/digm/contents/dis-iliskiler/ikili-anlasmalar/sosyalguvenlikanlasmalari/>>, s.e.t. 25.04.2022

¹¹⁷ **Hekimler**, s. 141; **Sümer**, s.23; **Tuncay/Ekmekçi**, s.76; **Arıcı**, s.682; **Tan**, s.134; **Andiç/Andiç**, s.32.

¹¹⁸ **Tan**, s.134.

4759 sayılı Kanunun¹¹⁹ 3. maddesiyle 506 sayılı Kanunun geçici 81. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa Mahkemesince iptal edilen (B) bendi ile (C) bendi yeniden düzenlenmiştir. 1479 Sayılı Kanuna göre 4447 sayılı Kanun ile getirilen geçici 10. madde ile kademeli yaş uygulaması getirilmiştir. Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmeyen kısımlarına göre 08.09.1999 tarihinden önce sigortaya girmiş olanların kadınlarda 50, erkeklerde 55 yaş ve 15 yıl prim gün sayısından hangisi sonra gerçekleşirse, gerçekleşme tarihine göre kadınlarda 50-56 yaş ve erkeklerde 55-58 yaş arasında yaşlılık aylığına hak kazanmak mümkündür. Yurtdışı hizmet borçlanma işlemlerinde sigorta başlangıcının belirlenmesi bu sigortalılar yönünden önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası 4759 sayılı Kanun ile geçici 10. maddede yapılan değişiklik ile kademeli yaş getirilmiştir.

Yapılan yasal değişikliklerle birlikte yurtdışı borçlanmasında yurtdışında bulunan sürelerin hangi sigortalılık başlangıcı esas alınarak mal edileceği, sigortalının yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları açısından önem arz etmektedir.

B. YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarının sigorta başlangıcının tespiti, 3201 Sayılı Kanunun 5. maddesine göre yapılmaktadır. Maddenin ilk düzenleniş hali ve sonraki dönemde ortaya çıkan yasal değişiklikler, ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinin ulusal hukuktaki yeri ve önemi ile birlikte değerlendirildiğinde sigorta başlangıcının belirlenmesinde ortaya çıkan sorunlar, Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay verdiği kararlarla sosyal güvenliğin amacına uygun şekilde sosyal risklere karşı güvencenin genişletilmesine yardımcı olmuştur.

¹¹⁹ Sosyal Sigortalar Kanunu, Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 23.05.2002 tarihinde kabul edilmiş ve RG: T:30.06.2002, S:24772 yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2. 3201 sayılı Kanun

Yurtdışındaki çalışılan sürelerin tespitinde, bu durumu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispata yarar belgeler dikkate alınırken; ev kadınlarında, pasaportundaki kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınacaktır. Bu tespit yapılırken 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün olarak hesaplanır. Maddede sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmeti olan ve olmayanlar açısından sigortalılığın başlangıcı farklı şekilde düzenlenmiştir.

Sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları ile birlikte fiili hizmetlerine eklenir. Sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür. İstek sahiplerinin sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti yoksa sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarih olacaktır.

İkili sosyal güvenlik sözleşmesine taraf ülkedeki sürelerin borçlanması durumunda sigortalılığın başlangıcı için uygulamanın nasıl olacağı Kanunda düzenlenmemiş, ancak yargı kararlarıyla belli bir uygulama birliği oluşmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ikili sosyal güvenlik sözleşmesindeki hükmün Türkiye'deki sigortalılık başlangıcının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁰. Başka bir kararda da sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışması olmayan, tüm çalışmaları Almanya'da geçen kişinin Anayasa m.90/son gereği Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında bağitlanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4 maddesinin, 3201 Sayılı Borçlanma Kanununun 5/son maddesine göre uygulama önceliğinin bulunmasına, mahkemece sosyal güvenlik sözleşmesinin 29/4 maddesinin uygulanmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığından usul ve yasaya uygun yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermiştir¹²¹.

¹²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2001/10-232, K: 2001/272, T: 21.03.2001, Ocak, s.317.

¹²¹ Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, E: 2001/7501, K: 2002/2693, T: 26.03.2002, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022.

3. 5754 Sayılı Kanun

Yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesinde 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinde yasal değişiklik yapılmıştır¹²². Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, sigortalılık sürelerini belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınacaktır. Yapılacak tespit 1 yılın 360 gün, 1 ayın 30 gün olarak hesaplanacağına ilişkin ifade, maddenin ilk haliyle benzerdir.

Borçlanmanın hangi sigortalılık haline göre belirleneceğine ilişkin maddeye yeni fıkra eklenmiştir. Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına belirlenmesinde; Türkiye’de sigortalılıkların bulunması durumunda borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıklarının bulunmaması durumunda ise aynı Kanunun 4/1-b kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilecektir.

Değişiklik öncesi 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinde sigortalılığın başlangıcının belirlenmesinde taraf olunan ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri ile ilgili bir düzenleme bulunmadığından yargı kararlarıyla şekillenmiştir. Yapılan yasal değişiklikle yeni fıkra eklenerek yargı kararlarının aksine bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre “...sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz...” hükmü son fıkra olarak eklemiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu da 2011/48 sayılı Genelge ile bu düzenlemeden hareketle uluslararası sözleşmelere konulan başlangıç tarihlerini ilk işe giriş tarihi olarak değerlendirmeme yoluna gitmiştir¹²³.

Maddede yapılan değişiklik ve uygulamasını gösterir Genelge hükmü, Türkiye’nin taraf olduğu ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri ile çatışacak

¹²² 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 79. maddesiyle 3201 sayılı Kanunun 5. maddesi değiştirilmiştir, RG., T:08.05.2008, S:26870.

¹²³ **Demir, Vakkas** (2012) Esnaf, Sanayici, Tüccar, İşçi, Şirket Ortağı, Çiftçilerin Sosyal Güvenlik El Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s.307.

niteliktedir¹²⁴. Anayasa'nın 90. maddesinde belirtildiği üzere Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kanunla uygun bulmasına bağlıdır¹²⁵. Usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmalar, kanun hükmüne sahiptir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulması mümkün değildir¹²⁶. Diğer bir ifadeyle; sözleşmenin onaylanması ile birlikte onaylayan ülke, sözleşmenin yükümlülüklerini yerine getirmeyi, sözleşmenin uygulanması ile ilgili iç hukukta gerekli yasal düzenlemeleri yapmayı ve denetimi de kabul etmiş olur¹²⁷.

Onaylanan Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerinin iç hukukumuzda düzenleme yapılmadan doğrudan uygulanması söz konusu değildir¹²⁸. Anayasa'nın 90. maddesine eklenen düzenleme ile birlikte usulüne göre yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların aynı hususta farklı hükümler içermesi durumunda

¹²⁴ **Canbolat**, s.2264; **Ocak**, s.318.

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güzel, Ali** (1997) ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara, Kamu-İş, s.9; **Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta, s.96; **Tulukçu, N. Binnur** (2017) İş Güvencesi İşe İade, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.57; **Taşkın, Ahmet**, (2011), Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi, Legal İŞGHD, S:30, s.473; **Özdemir, Eda Manav** (2016) Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin Türk İş Hukukunda Uygulanması, Legal İŞGHD, C:13, S:52, s.1957. Bu düzenlemenin istisnası aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir, ayrıntılı bilgi için **Kaplan, E. Tuncay Senyen** (2019) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi, s.22.

¹²⁶ **Sur, Melda** (2008) Sosyal Haklara İlişkin Andlaşmaların İç Hukukta Yeri, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, Legal, s.49; **Sur, Melda** (1995) İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, 1. Baskı, İzmir, s.50.

¹²⁷ **Taşkent, Savaş** (2008) "ILO-Türkiye İlişkileri ve Belirli Sorunlar": Uçum, Mehmet (Editör), Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, s.32; **Alpar**, ILO, s.240; **Korkmaz/Alp**, s.51.

¹²⁸ 87 ve 151 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin onaylanmış olması memurların sendika kurmalarına imkân vermeyeceği, bunun için kamu görevlileri sendikaları için yasal düzenleme yapılması gerekmekte olup böyle bir yasa yürürlüğe girmezse sendikaların tüzel kişilik kazanması mümkün değildir, **Güzel**, ILO, s.28; **Süzek**, s.96; Yargıtay, 21.Hukuk Dairesi 09.04.20012, 2010/10507, 2012/5567, (Karar İncelemesi), **Gülmez, Mesut** (2013) Sözleşmeler Onay Kanunu ile Yürürlüğe Girmez, Bağlayıcılık Kazanmaz, Çalışma ve Toplum Dergisi, C.36, S.1, s.349.

ortaya çıkan uyuşmazlıklara uluslararası antlaşma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir¹²⁹. Türkiye'nin taraf olduğu ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunduğu durumlarda Anayasa'nın 90. maddesine göre sözleşmede yer alan hükümler temel haklara ilişkin olduğundan üstünlük tanınması gereklidir¹³⁰. Yargıtay da verdiği birçok kararda bu hususa vurgu yapmıştır.

Yargıtay, davacının Almanya'da fiili çalışmasının başladığı, 02.03.1987 tarihinin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu belirtmiştir¹³¹. Başka bir kararda davacının sigorta başlangıcının Almanya'da çalışmaya başladığı 27.04.1975 tarihinin Türkiye'de sigorta başlangıcı olarak tespiti talepli açılan davada davacının tescil tarihinin 27.04.1975 tarihine çekilerek 506 sayılı Kanunun geçici 81/c,b-a maddesinde düzenlenen yasal koşullar olduğundan 01.06.2009 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğine ilişkin mahkeme kararının isabetli olduğuna karar vermiştir¹³².

Alman Rant Sigorta giriş tarihinin Türkiye'de sigorta başlangıç tarihi olarak kabulü istemine ilişkin Yargıtay'ın bir başka kararına konu olan uyuşmazlıkta, 3201 sayılı Kanun ve Almanya ile imzalanmış olan Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesi hükümlerine göre borçlanılan Almanya çalışma süresi bedelinin ödenmesi halinde, ait olduğu devrede dikkate alınarak tahsis istemi yönünden bir değerlendirmenin yapılması gerektiği, Yargı kararlarına göre davacının Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türk Sigortasına giriş tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilerek davacının

¹²⁹ 07.05.2004, 5170 Sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 7. maddesi ile eklenmiştir, **Gülmez, Mesut** (2010) “İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa Madde 90/son Sorunu”, Canbolat, Talat (Editör), Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C:1, İstanbul, Beta, s.363.

¹³⁰ **Canbolat**, s.2259; **Ocak**, s.319;

¹³¹ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2014/12445, K: 2014/15599, T: 30.06.2014, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022; aynı yönde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2009/14160, K: 2010/10425, **Demir**, s.309.

¹³² Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2010/930, K: 2011/2225, T: 15.03.2011, **Demir**, s.308.

hizmet başlangıcının Almanya'da çalışmaya başladığı 14/06/1986 tarihi olduğuna karar verilmiş ve anılan karar Yargıtay tarafından onanmıştır¹³³.

Sigortalılığın başlangıcının belirlenmesine yönelik Yargıtay'ın kararları istikrarlı olmakla birlikte borçlanılan sürelerin hangi aylara mal edileceği ve yaşlılık aylığı koşullarının nasıl belirleneceği konusunda farklı kararlar verdiği görülmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir uyuşmazlıkta davacının 3201 sayılı Kanun kapsamında Almanya'da geçen çalışmalarını Kuruma 22.11.2004 tarihinde ödediği, 4447 sayılı Kanununun 17 maddesi ile 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 81 maddesinin yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinde Türkiye'de Sosyal Sigortalar Kapsamında sigortalı olarak çalışmasının ve borçlanma talebinin bulunmadığını, davacının yaşlılık aylığı bağlanma koşullarının 22.11.2004 tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanununun 60/A-b maddesine göre değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiği yönündeki bozma kararına uyulması gerekirken direnilmesinin hukuka aykırı olduğu yönünde verdiği karar¹³⁴ önceki uygulamanın devamı niteliğindedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, verdiği bir başka kararda ise ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin ve sözleşmede başlangıç tarihinin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edileceğine dair bir düzenlemenin varlığı durumunda bu tarihin ülkemizde sigorta başlangıcı olarak tespitinin gerektiği ve yaşlılık aylığı talep koşulları bakımından geçici 81. madde uygulamasında gözetilmesi gerektiğini benimseyerek verilen yerel mahkemenin direnme kararını yerinde bulmuştur¹³⁵.

¹³³ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2014/3955, K: 2014/16384, T: 02.07.2014, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t.01.05.2022; aynı yönde Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2011/18418, K: 2011/20014, T: 26.12.2011, **Ocak, Saim** (2012). Yurtdışı Hizmet Borçlanma Sürelerinin 5510 Sayılı Kanun'un m.4/1-a Hükmü Kapsamında Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu, **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S:28, s.232.

¹³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2009/21-309, K: 2009/322, T: 08.07.2009, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 06.05.2022

¹³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2010/10-472, K: 2010/440, T: 29.09.2010, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 07.05.2022.

Kararı inceleyen CANBOLAT, “yurtdışı hizmet borçlanması da diğer borçlanma türlerinde olduğu gibi borçlanılan sürelerin sigortalılık süresinden sayılmasını ve ödenen primlerin de prim ödeme gün sayısı olarak kabulünü gerektireceğini, borçlanma işlemi sonradan yapılırsa da niteliği gereği bu sürelerin sigortalılıkta geçirilmiş gibi işlem göreceğini, bunun doğal sonucu olarak da sigortalılığın başlangıç tarihinin sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayılarının borçlanılan süreye göre belirlenmesi gerektiğini” belirterek kararın isabetli olduğunu belirtmiştir¹³⁶. Aynı kararı inceleyen OCAK da kararın isabetli olduğunu, sigortasız olarak geçirilen sürelerin daha sonraki bir tarihte borçlanmak suretiyle geçmişe etkili olarak sigortalılık bakımından değerlendirildiğini, sigorta başlangıcı ve sigortalılık yönünden dikkate alındığını, bunlara bağlı olarak da yaşlılık aylığının belirlenmesi için gerekli olan sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve yaş koşulunun da etkilendiğini ifade etmiştir¹³⁷.

İncelemeye konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına benzer başka kararlar da mevcuttur¹³⁸. Karar, usul ve yasaya uygundur. Yaşlılık aylığı koşullarının var olup olmadığının belirlenmesinde sigortalılığın başlangıcı önemlidir. Yurtdışı hizmet borçlanması yapılması ile birlikte geçmişe etkili sonuç doğuracağı dikkate alındığında borçlanmanın yapıldığı tarihteki yasal durumun uygulanması hukuka aykırı olacaktır.

4. 6552 Sayılı Kanun

Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarihin ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınacağına dair düzenlemenin Kurumun aksine yargı kararlarıyla farklı şekilde uygulanması nedeniyle 3201

¹³⁶ Canbolat, s.2264.

¹³⁷ Ocak, s.323.

¹³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2011/21-316, K: 2011/414, T: 15.06.2011, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 07.05.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2011/10-254, K: 2011/321, T: 18.05.2011, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 07.05.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2011/21-761, K: 2012/58, T: 08.02.2012, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 07.05.2022.

sayılı Kanunun 5. maddesinin 5. fıkrasına aşağıdaki hüküm eklenmiştir¹³⁹. Buna göre; “Ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir”.

Düzenlemenin gerekçesinde; ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunması durumunda yabancı ülkedeki ilk işe giriş tarihinin Türkiye’de ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilmesi ve borçlanılacak sürelerdeki kayıtlı son tarihten geriye doğru borçlanma işleminin yapılması amaçlanmıştır. Yapılan değişiklik ile birlikte farklı uygulamalar ortadan kalmış ve yargı kararına paralel bir düzenleme yapılmıştır¹⁴⁰.

Yargı kararlarında ise yapılan değişiklik öncesi duruma benzer kararlar verildiği, Anayasa m.90/son gereği taraf olunan ikili sosyal güvenlik sözleşmesindeki hükmün üstün olduğu ve uygulanmasının gerektiği vurgulanmıştır¹⁴¹. Bu dönemde verilen kararlar, isabetli olup Anayasanın 90. maddesine ve yasal düzenlemelere uygundur.

Yargıtay’ın ikili sosyal güvenlik sözleşmesinde sözleşme tarafı olan ülkede ilk çalışmaya başladığı tarihin Türkiye’de sigorta başlangıcı sayılması yönünde açık bir düzenlemenin bulunmaması durumunda 3201 sayılı Kanun

¹³⁹ 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanunu 11.09.2014 tarih, 29116 sayılı RG’de yayımlanarak 29. maddesiyle 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinin beşinci fıkrasına eklenmiştir.

¹⁴⁰ **Ertürk, Şükran** (2017) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016”: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, Onikilevha, s.809. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E:2017/3083, K:2017/5748, T:13.09.2017, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 29.04.2022.

¹⁴¹ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E:2017/4116, K:2017/8720, T:07.12.2017, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022; aynı yönde Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E:2017/4511, K:2018/754, T:08.02.2018, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E:2014/22903, K:2015/236, T:15.01.2015, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022.

kapsamında Türkiye'deki sigorta başlangıç tarihinden geriye doğru götürüleceği yönünde yerleşik kararları mevcuttur¹⁴².

5. 7186 Sayılı Kanun

Yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesinde, sigortalılığının başlangıcının belirlenmesine yönelik yaşanan sorunlar, zaman içerisinde yerleşik yargı kararlarına uygun yapılan yasal değişiklikler ile yeknesak hale gelmişken 7186 sayılı Kanunun 10. maddesiyle 5. maddeye eklenen son fıkra ile uygulama tümüyle değişmiştir¹⁴³.

Maddenin son fıkrasında yapılan değişikliğe geçmeden önce diğer değişikliklerden bahsetmek uygun olacaktır. 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinin başlığı "Süre tespiti, sigortalılığın başlangıcı ve sürelerin değerlendirilmesi" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca borçlanmanın hangi sigortalılık haline göre belirleneceğine ilişkin hüküm, 5754 sayılı Kanunla eklenen dördüncü fıkrada yeniden düzenlenmiştir. Herhangi bir ayırım yapılmaksızın yurt dışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Kanunun 4/1-b kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilecektir.

Maddeye eklenen son fıkra ile Türkiye'deki sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki sürelerin borçlandırılması hâlinde bu sürelerin 5510 sayılı Kanunun m. 41'de yer alan hükümler esas alınarak Türkiye'deki sigortalılık başlangıç tarihinden, Türkiye'de sigortalılık yok ise borçlanma tutarının tamamen ödendiği tarihten geriye götürülen süreler için ilgili aylara mal edilecektir.

3201 Sayılı Kanunun 5. maddesinin son fıkrasına benzer bir düzenleme ikinci fıkrada mevcuttur. İkinci fıkrada "sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür". Eklenen son fıkra ile ikinci fıkrayı birlikte değerlendirdiğimizde aslında benzer bir düzenleme olduğu görülmektedir.

¹⁴² Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E:2017/6547, K:2018/1249, T:20.02.2018, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022.

¹⁴³ 7186 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 10.07.2019 tarihinde, 30836 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Kanun koyucunun ikinci fıkra hükmü varken neden benzer bir düzenlemeyi son fıkra olarak eklediği hususunda maddenin gerekçesinde de bir bilgi yer almamaktadır.

Yapılan yasal düzenlemenin uygulama usul ve esaslarını belirlemek için 2019/16 sayılı Genelge yürürlüğe girmiştir. 3201 sayılı Kanunda gerçekleştirilen düzenlemeler, 01.08.2019 (dahil) tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olup anılan tarihten bu yana yapılan iş ve işlemler aşağıdaki açıklamalar doğrultusunda yürütülmektedir. 2019/16 sayılı Genelgenin 4. maddesinde 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme aynen tekrar edilmiş ve akabinde uygulamasını gösterir örneklendirmeler yapılmıştır. İkili sosyal güvenlik sözleşmesinin varlığı durumunda sözleşmenin tarafı olan ülkede çalışmış ve çalıştığı ilk işe giriş tarihinin Türkiye’de ilk sigorta girişi olarak kabul edileceğine dair 5. maddenin beşinci fıkrası halen yürürlükte olmasına rağmen devamına eklenen yeni düzenlemenin nasıl uygulanacağı ve borçlanılan sürelerin hangi aylara mal edileceği önemli bir sorundur.

Borçlanılan sürelerin hangi aylara mal edileceğine ilişkin 2019/16 sayılı Genelgenin 4. Maddesinde Kanunun 5. maddesine eklenen son fıkra kapsamında 01.08.2019 (Dahil) tarihinden sonraki borçlanmalar, 01.08.2019 (Hariç) tarihinden önceki borçlanmalar için ise 08.05.2008 tarihinden önceki ve sonraki borçlanmalar olmak üzere tespitlerde bulunulmuştur. Genelgedeki düzenleme, sosyal güvenlik hakkını azaltıcı bir etkiye neden olmuştur. Buna göre; 01.08.2019 tarihinden sonra borçlanma talebinde bulunarak tebliğ edilen borçlanma tutarını ödemiş olanların borçlanılan süreleri ve bu sürelere ait prime esas kazançlarının ilgili aylara mal edilmesinde Kanunda yapılan değişiklik dikkate alınacaktır. 01.08.2019 (Hariç) tarihinden önceki borçlanmalarda, 08.05.2008 tarihinden önce borçlanma tutarını bu tarihten önce veya sonra ödemiş olanlardan, bu tarihten sonra yeni bir borçlanma yapmayanların kazançları, Kanunun 7. maddesi gereği 5754 sayılı Kanun değişikliğinden önceki kurallar çerçevesinde borçlanma yapılan aylara mal edilirken, 08.05.2008 tarihinden sonra borçlanma yapanların borçlanma miktarını ödedikleri tarihin 01.08.2019 tarihinden önce olup olmadığına bakılmaksızın borçlanılan süreler ve bu sürelere ait prime esas kazançların mal edilmesinde 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi uygulanacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu dönemde verdiği bir karar önceki yargı kararlarının aynen korunduğunu göstermesi bakımından önemli¹⁴⁴ olup kanımca isabetlidir. Diğer yandan Yargıtay, ev kadınlarının borçlanmaya esas süresinin ikili sosyal güvenlik sözleşmesinde hüküm bulunsa dahi taraf ülke sigortasına giriş tarihinden geriye doğru mal edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁵. Yine başka bir kararda ev kadını olarak geçen sürenin borçlanıldığı ve borçlanma bedelinin ödendiği, “analık koruma” olarak Almanya’da ranta tabi sürelerin bulunduğu, borçlanmaya konu sürelerin Almaya’da ranta tabi sürenin başlangıcından geriye götürülemeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁶.

Borçlanma talebinde bulunan kişinin ev kadını olmasının sonuca bir etkisi olmamalıdır. Verilen kararlar, kendi içinde çelişkili olup kanımca kanuna aykırı olduğu gibi daha önceki verilen kararların dayanakları ile de örtüşmemektedir. Sigortalık başlangıcının tespiti ister ikili sosyal güvenlik sözleşmesine dayalı olarak yapılsın, ister Türkiye’de sigortalılıktan kaynaklansın, yapılması gereken sigortalılık başlangıcından önceki bir dönemin borçlanılması durumunda bunu ilk sigortalılığın başladığı tarihten geriye doğru mal edilmesi olacaktır. Önemli olan borçlanılan sürenin hangi döneme ilişkin olduğu ve sigortalılığın başlangıcının belirlenmesidir. Bu koşullar altında borçlanmaya esas sürenin hangi döneme mal edileceğini belirlemek yeknesak bir uygulama sağlayacaktır.

SONUÇ

Kanunun 5. maddesine eklenen son fıkra uygulamayı değiştirecek niteliğe sahip değildir. İkinci fıkraya benzer şekilde kaleme alınmış olan son fıkranın hangi gerekçe ile getirildiği de belirtilmemiştir. 5. maddenin dördüncü fıkrası halen yürürlüktedir. Aynı madde içerisinde yer alan düzenlemeleri birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Kanun koyucunun aksi yönde

¹⁴⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:21-1720, K:2021/892, T:01.07.2021, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 05.05.2022.

¹⁴⁵ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E:2020/11274, K:2021/8471, T:17.06.2021, Kişisel Arşiv; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E:2018/5190, K:2020/2350, T:12.03.2020, <www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 05.05.2022.

¹⁴⁶ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E:2018/5190, K:2020/2350, T:12.03.2020, Kişisel Arşiv.

iradesinin mevcut olması durumunda dördüncü fıkranın da değiştirilmesi veya tümüyle kaldırılması gerekeceği açıktır. Her iki fıkra hükmünün birlikte değerlendirilmesi durumunda 2019/16 sayılı Genelgedeki borçlanmanın hangi döneme mal edileceğine ilişkin hüküm, maddenin düzenleniş amacına ve sosyal güvenliğin temel ilkelerine uygun değildir.

Yargıtay kararlarında, sigortalılık başlangıcının belirlenmesine yönelik uyuşmazlıklarda sosyal güvenlik hakkını gözeterek ve sosyal güvenliğin ruhuna uygun şekilde ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinde “bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce sözleşmeye taraf ülke sigortasına girmiş bulunması durumunda bu sigorta girişinin Türk sigortasına giriş olarak kabul edileceğine ilişkin” hükmün varlığı halinde taraf ülke sigortasına girişinin Türk sigortasına giriş olarak kabul edileceğini istikrarlı şekilde belirtmektedir. Maddenin 4. fıkrasının 6552 sayılı Kanun kapsamında yeniden düzenlenmesinin nedeni de budur¹⁴⁷. Bu madde hükmü yürürlükte olduğu sürece uygulamada farklılığın bulunması da mümkün değildir. Son eklenen fıkra 5510 sayılı Kanunun 41. maddesine atıf yapmak suretiyle iki fıkranın tekrarı niteliğindedir.

Sigortalılık süresi, sigortalılığın başladığı tarih ile sigortalının tahsis talebinde bulunduğu tarih arasında geçen süredir. İkili sosyal güvenlik sözleşmesinde bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce sözleşmeye taraf ülke sigortasına girmiş bulunması durumunda bu sigorta girişinin Türk sigortasına giriş olarak kabul edileceğine dair düzenlemenin bulunması halinde sözleşme hükmüne göre, sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda ise 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi kapsamında Türkiye’deki sigortalılık durumu dikkate alınarak sigortalılığın başlangıcı belirlenecektir.

Borçlanma süresinin hangi aylara mal edileceği ise sigortalılık başlangıcının tespiti ile mümkündür. Sigortalılık başlangıcından önceki dönemin borçlanması durumunda sigortalılık başlangıcından geriye doğru götürülmesi sosyal güvenlik hukukunun ruhuna uygundur. 5. maddede sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihinin, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürüleceği düzenlenmiştir. Borçlanma, geriye etkili sonuç doğurmaktadır. 5510 sayılı

¹⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için s.31 vd.

Kanunun 41. maddesine göre Türkiye sigortalılık girişinin bulunduğu durumda borçlanılan sürenin sigorta başlangıcından geriye doğru mal edilmesinin altında yatan neden de budur.

Yaşlılık aylığı koşulları da sigortalılık başlangıç tarihindeki yürürlükte olan yasal düzenlemelere göre belirlenecektir. Genelgenin farklı tarihlere göre farklı uygulamalar belirlemesi Kanuna aykırı olmakla birlikte aynı dönemleri borçlanan kişilerin farklı borçlanma tarihlerine göre farklı hukuki sonuçlarla karşı karşıya kalması, sosyal güvenlik hakkının ruhunu zedelemekte ve eşitsizliklere neden olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akın, Şimşek** (2008) Yurtdışı Borçlanma ve 3201 Sayılı Kanunun Uygulanması, Vergi Raporu Dergisi, S:105, s.96-100.
- Akın, Levent** (2005) “4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri”: Uçum, Mehmet (Editör), A. Can Tunca’y’a Armağan, 11. Baskı, İstanbul, Legal, s.953-998.
- Algan, Bülent** (2007) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Alpar, M. Bülent** (2000) ILO Sosyal Güvenlik Nihai Raporu ve Gerçekleşen Değişiklikler, Kamu-İş Dergisi, C:5, S:4, Ankara, s.1-16.
- Andiç, Seda/ANDİÇ, Bilgehan** (2013) Yurtdışı Hizmet Borçlanması Uygulamasının Değişim Süreci ve Uygulamanın Değerlendirilmesi, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S:88, s.25-34.
- Aras, Ahmet** (2010) Yurtdışı Hizmet Sürelerinin Borçlanılmasına Genel Bir Bakış ve Borçlanma Şartları, -I-, Çözüm, S:98, s.275-282.
- Arıcı, Kadir** (1998) Son Tasarı Işığında, Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarına Devletin Sosyal Güvenlik Sağlama Yükümlülüğü, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1-2, s.677-703.
- Başterzi, Fatma** (2006) Yaşlılık Sigortası, 1. Baskı, Ankara, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu.
- Başterzi, Süleyman** (2002) “Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasında “Yurda Kesin Dönüş Koşulu”, Kamu- İş, C:6, S:4, s.271-300.
- Bektaş, Özlem Bal** (2016) İşsizlik Sigortası, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Bilgin, A. Aslı** (2010) “İşçilerin Serbest Dolaşımı”: Akçay, Belgin/Özçelik, Gülüm Bayraktaroğlu (Editörler), Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Can, Hacı** (2009), Avrupa Birliğinin Kurucu Andlaşmaları, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Canbolat, Talat** (2011) “Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yapanlar da Kademeli Geçişten Yararlanır”: Başterzi, Süleyman (Editör), Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C: II, s.2243-2265.

- Çavuş, Ö. Hakan** (2005) Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması, Çalışma Toplum Dergisi, C:4, S:1, s.35-76.
- Çavuş, Ö. Hakan** (2016) Sosyal Güvenlik Hakkı, Legal İSGHD, C:13, S:51, s.1479-1508.
- Demir, Vakkas** (2012) Esnaf, Sanayici, Tüccar, İşçi, Şirket Ortağı, Çiftçilerin Sosyal Güvenlik El Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Diken, Mehmet Emre** (2013) Türk Vatandaşlığını Kaybeden Kişiler Yurtdışı Borçlanma ile Emekli Olabilirler mi?, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S:88, s.81-87.
- Dönmez, Birten/Kızıldaş, Gülen** (2013) Gülen, Türk Vatandaşlığından İzinle Çıkanların 3201 sayılı Kanun Çerçevesinde Borçlanması, Sosyal Güvenlik Dergisi, S:1,s.132-145.
- Erbaş, Coşkun** (2010) “Sosyal Güvenlikte Alınan Yol ve Geline Son Nokta. 5510 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören 25 Ekim 2007 Taslak Metin Üzerine Düşünceler ve Yargıtay Görüşü, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük- Yaşlılık Sigortası İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler”: Milli Komite (Editör), Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş’a Armağan Semineri, Ankara, On Ofset, s.121-167.
- Erdoğan, Gülnur** (2008) Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:77, s.123-165.
- Ergin, Hediye** (2008) Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması, Legal İSGHD, C:5, S:18, s.551-592.
- Ergin, Hediye** (2009a) Zorunlu Göçe Tabi Tutulduktan Sonra Türk Vatandaşlığına Alınanların Yurtdışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanması, Legal İSGHD, C:6, S:24, s.1464-1475.
- Ergin, Hediye** (2009b) Yurtdışı Hizmet Borçlanmalarında Son Gelişmeler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:16, s.163-180.
- Ertürk, Şükran** (2017) Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, Onikilevha.

- Gülmez, Mesut** (2010) “İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa Madde 90/Son Sorunu”: Canbolat, Talat (Editör), Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C:1, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s.303-389.
- Gülmez, Mesut** (2013) Sözleşmeler Onay Kanunu ile Yürürlüğe Girmez, Bağlayıcılık Kazanmaz, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:36, S:1, s.349-364.
- Gülmez, Mesut** (1998), “Geliştirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi ile Yeni Avrupa Sosyal Şartı”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS, Ankara, s.327-358.
- Günay, Cevdet İlhan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Günay, Gülay/Boylu, Ayfer Aydın/Bener, Özgün** (2014) Kadınların Sosyal Güvenlik Sistemine İlişkin Görüşleri, Sosyal Güvenlik Dergisi, S:1, s.35-58.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta
- Güzel, Ali** (1997) ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara, Kamu-İş, s.3-50.
- Güzel, Ali/Ocak, Saim** (2006) Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, C:3, S:12, s. 1309-1354.
- Hekimler, Alpay** (2015) Sosyal Politika Boyutuyla Türkiye-Almanya Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin Sosyal Haklar Üzerine Etkisi, Legal İSGHD, C:12, S:47, s.45-77.
- İzgi, Berna Balcı** (2008) Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Son Gelişmeler, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:1, s.85-106.
- Kaplan, E. Tuncay Senyen** (2019) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi.
- Karakaş, İsa/Hançer, Bekir** (2006) Tüm Yönleriyle Soru ve Cevaplarıyla/Açıklamalı- Gereççeli Sosyal Güvenlik Reformu, 1. Baskı, Ankara, Türk Hava Kurumu.
- Kılıçoğlu, Mustafa** (2002) Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, 1. Baskı, Ankara, Turhan.

- Korkusuz, Refik/Üğur, Suat** (2022) Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, 8. Baskı, Ankara, Ekin.
- Kuruca, Mustafa/Özdamar, Murat** (2013) Tüm Yönleriyle Emeklilik, 2. Baskı, Ankara, Yaklaşım.
- Laçiner, Hediye** (2000), “Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Kamu- İş Sendikası, Ankara, s.609-638.
- Levent, Recep** (2016) Yurtdışında Çalışan veya Bulunanlar ile Göçmenlerin Sosyal Güvenliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:116, s.315-334.
- Ocak, Saim** (2011), Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.09.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:29, S:2, s.311-324.
- Ocak, Saim** (2012) Yurtdışı Hizmet Borçlanma Sürelerinin 5510 Sayılı Kanun’un m.4/1,a Hükmü Kapsamında Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:28, s.232-241.
- Okur, Ali Rıza** (2006) Yurtdışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:10, S:3, s.101-134.
- Özdemir, Eda Manav** (2016) Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin Türk İş Hukukunda Uygulanması, Legal İSGHD., C:13, S:52, s.1957-2006.
- Ruhi, Ahmet Cemal/Toker, Ali Gümrah** (2017) Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuku İle İlgili Bazı Çok Taraflı Uluslar arası Sözleşmeler, 5. Baskı, Ankara, Adalet.
- Sözer, Ali Nazım** (1998) Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Türkiye’de Emeklilik İçin Borçlanmaları, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS, Ankara, s.629-640.
- Sözer, Ali Nazım** (2020), Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlarının Türkiye’de Emeklilik Hakları: F. Almanya Örneğinden Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, C:17, S:67, s.1087-1120.
- Sur, Melda** (1995) İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

- Sur, Melda** (2008) “Sosyal Haklara İlişkin Andlaşmaların İç Hukukta Yeri”: Uçum, Mehmet (Editör), Devrim Ulucan’a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s.47-62.
- Sümer, Haluk Hadi** (2021) Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta.
- Şen, Murat** (2003) Türkiye Cumhuriyeti’nin Onayladığı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, Ankara, TÜHİS.
- Talas, Cahit** (1998) Türkiye’de Sosyal Güvenlik Düzeninin Bunalımı, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS, Ankara, s.641-647.
- Tan, Namık** (2016) Yurt Dışı Emeklilik Koşulları, İş ve Hayat Dergisi, C:2, S:4, s.125-137.
- Taşkent, Savaş** (2008) “ILO-Türkiye İlişkileri ve Belirli Sorunlar”: Uçum, Mehmet (Editör), Devrim Ulucan’a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s.31-46.
- Taşkın, Ahmet** (2011) Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi, Legal İSHGD, C:8, S:30, s.451-490.
- Topçu, Umut** (2010), Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yapabilmek İçin Borçlanma Tarihinde Türk Vatandaşı Olmak Zorunlu mudur?, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S:70, s.60-64.
- Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer** (2021) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul, Beta.
- Tulukçu, N. Binnur** (2017) İş Güvencesi İşe İade, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Tulukçu, N. Binnur** (2012) İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, 1. Baskı Ankara.
- Tütüncüoğlu, Fuat** (2019) Yurtdışı Borçlanma Yurtdışı Emeklilik, 1. Baskı, Dorlion.
- Urhanoglu, İstar** (2020) 3201 Sayılı Kanun’a Göre Yapılacak Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Aylık Bağlama Koşulları, Sosyal Güvenlik Dergisi, C:10, S:2, s. 245-258.
- Yılmaz, Volkan/Günseli, Sevda/Çakar, Burcu Yakut** (2010), Türkiye’de Eşitsizlikler: Kalıcı Eşitsizliklere Genel Bir Bakış, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu, Buğra, Ayşe (Proje Danışmanı),

<https://spf.boun.edu.tr/sites/spf.boun.edu.tr/files/1439796553_turkiye_de_esitsizlikler_spf.pdf>, s.e.t. 28.04.2022.

<https://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_.tr.mfa>, s.e.t. 24.04.2022.

<<https://www.btk.gov.tr/upu>> s.e.t. 29.04.2022.

<https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377270/lang--tr/index.htm>, s.e.t. 25.04.2022.

<https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377276/lang--tr/index.htm>, s.e.t. 25.04.2022.

<<https://www.ihud.org/bilgi-notlari/ekonomik-sosyal-ve-kulturel-haklar-uluslararası-sozlesmesi-ve-ek-protokolu-bilgi-notu>>, s.e.t. 04.05.2022.

<<https://unmik.unmissions.org/sites/default/files/regulations/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf>>, s.e.t. 05.05.2022.

<<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/81-gozden-gecirilmis-avrupa-sosyal-sart/>>, s.e.t.25.04.2022.

<<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/105-gocmen-iscilerin-hukuki-statusu-avrupa-sozlesmesi/#:~:text=T%C3%BCrkiye%2C%20S%C3%B6zle%C5%9Fmeyi%2024%20Kas%C4%B1m%201977,say%C4%B1l%C4%B1%20Resmi%20Gazete'de%20yay%C4%B1mlanm%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r.>>, s.e.t. 26.04.2022.

<<https://www.csgb.gov.tr/digm/contents/dis-iliskiler/ikili-anlasmalar/sosyalguvenlikanlasmalari/>>, s.e.t. 25.04.2022.

Y10.HD. E:2020/10858, K:2021/8027, T:10.06.2021,

<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 28.04.2022.

Y10.HD., E:2010/8194, K:2011/15524, T:21.11.2011,

<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 27.04.2022.

Y10.HD., E:2020/10858, K:2021/8027, T:10.06.2021,

www.sinerjimevzuat.com.tr, s.e.t 28.04.2022.

Y.21.HD., E:2008/19823, K:2009/16654, T:21.12.2009, Kişisel Arşiv.

Y.10HD E:2020/4291, K:2021/8412, T:16.06.2021, Kişisel Arşiv.

Y.21.HD. E: 2009/824, K: 2010/6733, T: 06.05.2010,

<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 29.04.2022.

- Y.21.HD. E: 2017/6097, K: 2018/1407, T: 19.02.2018,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 29.04.2022.
- Y.21.HD. E: 2016/8143, K: 2016/13865, T: 07.11.2006, Kişisel Arşiv.
- YHGK. E: 2001/10-232, K: 2001/272, T: 21.03.2001, **Ocak, Saim** (2011),
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında
29.09.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:29, S:2,
s.311-324.
- Y.10HD. E: 2001/7501, K: 2002/2693, T: 26.03.2002,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022.
- Y21HD. 09.04.20012, 2010/10507, 2012/5567, (Karar İncelemesi), **Gülmez,
Mesut** (2013), Sözleşmeler Onay Kanunu ile Yürürlüğe Girmez, Bağlayıcılık
Kazanmaz, Çalışma ve Toplum Dergisi, C.36, S.1.
- Y.21HD. E: 2014/12445, K: 2014/15599, T: 30.06.2014,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022
- Y.21HD. E: 2009/14160, K: 2010/10425, **Demir, Vakkas** (2012) Esnaf,
Sanayici, Tüccar, İşçi, Şirket Ortağı, Çiftçilerin Sosyal Güvenlik El Kitabı, 1.
Baskı, Ankara, Adalet.
- Y.21HD. E: 2010/930, K: 2011/2225, T: 15.03.2011, **Demir, Vakkas** (2012)
Esnaf, Sanayici, Tüccar, İşçi, Şirket Ortağı, Çiftçilerin Sosyal Güvenlik El
Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Y10.HD, E: 2011/18418, K: 2011/20014, T: 26.12.2011, **OCAK, Saim** (2012)
Yurtdışı Hizmet Borçlanma Sürelerinin 5510 Sayılı Kanun'un m.4/1,a Hükmü
Kapsamında Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:28,
s.232.
- Y.10HD. E:2014/3955, K:2014/16384, T:02.07.2014,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t.01.05.2022
- YHGK. E:2010/10-472, K:2010/440, T:29.09.2010,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 07.05.2022.
- YHGK. E:2009/21-309, K:2009/322, T:08.07.2009,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 06.05.2022
- YHGK. E:2011/21-316, K:2011/414, T:15.06.2011,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 07.05.2022

- YHGK. 2011/21-761, K: 2012/58, T: 08.02.2012,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 07.05.2022
- YHGK. 2011/10-254, K:2011/321, T:18.05.2011,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 07.05.2022.
- Y.10HD. E:2017/3083, K:2017/5748, T:13.09.2017,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 29.04.2022.
- Y10.HD. E:2017/4116, K:2017/8720, T:07.12.2017,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022
- Y10HD. E:2017/4511, K:2018/754, T:08.02.2018,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022
- Y.21HD. E:2014/22903, K:2015/236, T:15.01.2015,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 01.05.2022.
- Y.10HD. E:2017/6547, K:2018/1249, T:20.02.2018,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t 05.05.2022.
- YHGK. E:21-1720, K:2021/892, T:01.07.2021, <www.sinerjimevzuat.com.tr>,
s.e.t. 05.05.2022.
- Y.10HD. E:2020/11274, K:2021/8471, T:17.06.2021, Kişisel Arşiv.
- Y.10HD. E:2018/5190, K:2020/2350, T:12.03.2020,
<www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 05.05.2022.
- Y.10HD E:2018/5190İ K:2020/2350, T:12.03.2020, Kişisel Arşiv.

İŞVERENİN YÖNETİM HAKKININ VE İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCUNUN BİR SINIRI OLARAK ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK*

Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI**

Arş. Gör. Tuğçe YABA***

ÖZET

İş sözleşmesinde işçinin temel borcu iş görme, işverenin temel borcu ise ücret ödemedir. Fakat sürekli bir borç ilişkisi kurduğu ve kişisellik niteliği de taşıdığı için iş sözleşmesinde temel borçlar dışında karşılıklı başka hak ve borçlar da bulunmaktadır. Bu kapsamda işverenin yönetim hakkının işçi açısından karşılığı talimatlara uyma borcudur. Ancak bu hak ve borçlar iş hukukunun temel ilkeleri de gözetildiğinde elbette sınırsız değildir. En önemli sınırlardan birini ise kanun koyucunun İş Kanunu'nun 22. maddesinde yer verdiği çalışma koşullarında esaslı değişiklik usulü oluşturmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle işverenin yönetim hakkı ve kapsamı, işçinin talimatlara uyma borcu ve kapsamı, çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik halleri inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması istenildiğinde uyulması gereken usul, hukuki işlemlerde yer alan değişiklik kayıtlarının geçerliliği ve esaslı değişiklik kavramı ile ilişkisi, son olarak da değişiklik feshi konuları doktrin görüşleri ve yargı kararları ışığında incelenmiş ve ilgili konulara ilişkin kendi görüşlerimize de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İşverenin Yönetim Hakkı, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Değişiklik Kayıtları, Değişiklik Feshi.

* DOI: 10.33432/ybhukuk.1092706, Geliş Tarihi: 24.03.2022 – Kabul Tarihi: 05.06.2022.

** Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, eyuvali@erciyes.edu.tr, ORC-ID: 0000-0002-7272-0897.

*** Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, yabatugce@gmail.com, ORC-ID: 0000-0002-6025-1800.

FUNDAMENTAL AMENDMENT IN WORKING CONDITIONS AS A LIMIT TO EMPLOYER'S MANAGEMENT RIGHT AND EMPLOYEE'S OBLIGATION TO FOLLOW THE INSTRUCTIONS

ABSTRACT

In labor contracts, the employee's primary obligation is to perform the work and the employer's primary obligation is to pay. However, since this establishes a permanent debt relationship and this contract has a personal nature, there are other mutual rights and obligations in labor contracts besides the primary debts. So, the employer's management right corresponds to the employee's obligation to follow the instructions. But these rights and obligations are not unlimited when the essential principles of labor law are considered. One of the most important limits is the procedure of fundamental amendment in the working conditions included in the Labor Law Article 22 by the legislator.

In the study, the employer's management right and scope of this right, the employee's obligation to follow the instructions and scope of this obligation, the concept of fundamental amendments in working conditions, the cases of fundamental amendments in working conditions that are frequently encountered in practice are analyzed. Moreover, the procedure of fundamental amendments in working conditions, the legal validity of the amendment clauses and its relationship with the fundamental amendment in working conditions, finally amendment termination are examined in the light of doctrine and judicial decisions.

Key Words: Employer's Management Right, Employee's Obligation to Follow the Instructions, Fundamental Amendment in Working Conditions, Amendment Clauses, Amendment Termination.

GİRİŞ

İşveren ve işçi arasında akdedilen iş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. İşçinin temel borcu iş görme edimi iken işverenin temel borcu ise ücret ödemektir. Ancak iş sözleşmesinin sürekli bir ilişki kurması ve kişisellik özelliğini de barındırması nedeniyle tarafların başkaca hak ve borçları da bulunmaktadır. Bu borçlar karşılıklılık esasına dayanmaktadır.

İşverenin yönetim hakkının karşılığını işçinin talimatlara uyma borcu oluşturmaktadır. Ancak işçinin korunması ilkesi de gözetildiğinde işverenin yönetim hakkının ve elbette işçinin talimatlara uyma borcunun sınırsız olması düşünülemez. Söz konusu hak ve borç çeşitli sınırlamalara tabidir. Çalışmamızın konusunu ise esasen çalışma koşullarında esaslı değişikliğin çizdiği sınır oluşturmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle işverenin yönetim hakkına, bu çerçevede esaslı olmayan değişikliklerin yönetim hakkı kapsamında olduğuna, akabinde işçinin talimatlara uyma borcuna ve sınırlarına kısaca değinilmiş, sonrasında yönetim hakkına ve talimatlara uyma borcuna bir sınır çizen çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı detaylı olarak incelenmiştir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan esaslı değişiklikler ayrı başlıklar altında irdelenmiş, esaslı değişiklik hâlinde uyulması gereken usul açıklanmış, işverenin hukuki işlemlerde yer verdiği değişiklik kayıtlarının esaslı değişiklik durumunda geçerliliği sorgulanmış, son olarak da değişiklik feshi kavramı incelenmiştir. Tüm bu konulara ilişkin güncel Yargıtay kararlarına ve doktrin görüşlerine çalışmada yer verilerek görüşlerimiz açıklanmıştır.

I. İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI

İş Kanunu'nun¹ 2. maddesinin 1. fıkrasında işyeri "*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*" olarak tanımlanmıştır. İşyeri organizasyonunu

¹ RG 10.06.2003, Sayı: 25134.

sağlamak ve denetlemek için işverene yönetim hakkı tanınması kaçınılmazdır². İşverenin yönetim hakkı kısaca, iş organizasyonunu sağlayabilmesi için kendinden hiyerarşik olarak üstte bulunan kaynaklara aykırı olmamak şartıyla, işverenin işçilere talimat verme, verilen talimatlara uyulup uyulmadığını denetleme ve uyulmadığı takdirde yaptırım uygulama yetkisi olarak tanımlanabilir³.

İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında bağımlılık unsurunda söz edilmiştir, ancak kanunda işverenin yönetim hakkına ve işçinin talimatlara uyma borcuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun⁴ “Düzenleme ve talimatlara uyma borcu” başlıklı 399. maddesinde “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” düzenlemesine yer verilmiştir.

İşverenin talimat verebilmesi, işçinin ise bu talimatlara uyma zorunluluğu İş Kanunu'nun 8. maddesinden ve Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinden çıkarılabilen iş ilişkisinin bağımlılık unsurunu da açıklamaktadır⁵. Yargıtay da bağımlılık unsurunu işçinin işveren tarafından verilen talimatlara uyması ve iş sürecinin işveren tarafından denetlenmesi olarak tanımlamaktadır⁶.

² **Arıcı, Kadir** (1983) “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası”, Yargıtay, C:9, S:1-2, s.162; **Tulukcu, Binnur** (2011) “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1, İstanbul, Beta, s.1106; **Dursun Ateş, Sevgi** (2019) İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara, Seçkin, s.30; **Öztürk, Berna** (2021) İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, İstanbul, On İki Levha, s.202.

³ Benzer tanımlamalar için bkz. **Süzek, Sarper** (1998) “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, TÜHİS, Ankara, s.229; **Dursun Ateş**, s.34; **Erdemir, Aymelek** (2015) İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara, Seçkin, s.61; **Durmaz, K. Pınar** (2021) İş Hukukunda Çalışma Koşullarındaki Değişiklikler, Ankara, Seçkin, s.59; **Arıttürk, Nuh** (2017) “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, (Yüksek Lisans), Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.16.

⁴ RG 04.02.2011, Sayı: 27836.

⁵ **Dursun Ateş**, s.31; **Öztürk**, s.32.

⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/1677, K: 2016/11119, T: 03.05.2016, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 19.12.2021.

İşverenin yönetim hakkı hiyerarşik açıdan kanun hükümleri, toplu iş sözleşmesi hükümleri, iş sözleşmesi hükümleri, işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamalarından sonra gelmekte ise de uygulamada en çok kullanılan kaynak niteliğinde olduğundan iş hukukunda büyük öneme sahiptir⁷.

Kanuni düzenlemelerde, toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi hükümlerinde her detaya yer vermenin mümkün olmaması, ayrıca iş ilişkisinin dinamik yapısı gözetildiğinde iş ilişkisinin devamı için işverene yönetim hakkı tanınması kaçınılmazdır⁸. Bazen sözleşmelerde işveren tarafından bilerek de boşluklar bırakılabilir, şartlar gereği yönetim hakkı ile bu boşluğu doldurması işveren açısından daha esnek bir uygulamaya olanak tanır⁹. Bu sebeple iş sözleşmesinin ayrıntılı düzenlenmesi ile yönetim hakkının kapsamı arasında ters orantı bulunduğu söylenebilir, iş sözleşmesinde detaylı hükümlerin fazla olması işverenin yönetim hakkını o ölçüde daraltmaktadır¹⁰.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verebileceği talimatlar işin yürütümüne, işin görülmesine, işin ifa edileceği yer ve zamana, işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin olabilir¹¹. İşverenin talimatı genel olarak tüm işçilere yönelik olabileceği gibi işverenin yalnızca bir kısım işçiyi, hatta yalnızca bir işçiyi ilgilendiren talimatlar vermesi de mümkündür¹².

İşveren işçinin meslek tanımına giren, öngörülebilir ve dürüstlük kuralına göre işçiden beklenebilecek tüm işlerin yapılmasını yönetim hakkı kapsamında işçiden isteyebilir¹³. Vasıfsız işçi yönünden iş görme ediminin

⁷ **Dursun Ateş**, s.33; **Altuntepe, Ayşen** (2014) “Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı”, (Doktora), İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.3.

⁸ **Dursun Ateş**, s.33.

⁹ **Dursun Ateş**, s.213.

¹⁰ **Demircioğlu, A. Murat** (2011) “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, s.123; **Erdemir**, s.49; **Altuntepe**, s.5.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. **Dursun Ateş**, s.117-133; **Öztürk**, s.165-173; **Adınır, Kaptan Merter** (2019) İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, On İki Levha, s.49-56.

¹² Detaylı bilgi için bkz. **Dursun Ateş**, s.133; **Öztürk**, s.174-178; **Adınır**, s.56-58; **Altuntepe**, s.190-193.

¹³ **Zeybekoğlu, Pınar** (2018) İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı, İstanbul, Legal, s.84.

somutlaştırılması adına işverenin yönetim hakkı daha geniş iken, belirli bir uzmanlığı bulunan ve daha teknik işler yapan vasıflı işçiler yönünden iş görme ediminin sınırları daha net olduğundan yönetim hakkının da daha dar olduğu söylenebilir¹⁴.

İşverenin yönetim hakkının temelde değişiklik yapma yetkisinden ziyade iş görme borcunu somutlaştıran bir yetki olması gözetildiğinde esaslı olmayan değişiklik yapılmasının yönetim hakkından farklı bir kavram olduğu görüşü doktrinde ileri sürülmüştür¹⁵. Ancak esaslı değişiklik teşkil etmedikçe, işverenin iş görme edimini ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirerek somutlaştırılması da kanaatimizce yönetim hakkı kapsamında kabul edilmelidir.

II. İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCU

Talimat, işçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini sevk ve idare etmek için işverenin tek yanlı buyrukları olarak tanımlanabilir¹⁶. İş sözleşmesinde işverenin yönetim hakkının karşılığını işçinin talimatlara uyma borcu oluşturur¹⁷.

¹⁴ **Süzek, Sarper** (2006) “Değişiklik Feshi”, TİSK Akademi, C:1, S:1, s.19; **Yıldız, Gaye Burcu** (2014) İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara, Yetkin, s.92; **Demircioğlu, Fatma Nur** (2021) “Türk İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, (Yüksek Lisans), Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.40.

¹⁵ **Süzek** (2006), s.10; **Baycık, Gaye** (2011) İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin, s.166; **Yıldız**, s.82-84.

¹⁶ **Öztürk**, s.71.

¹⁷ **Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta, s.359; **Süzek** (1998), s.226; **Arıcı**, s.161; **Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca,ERCÜMENT** (2021) İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, İstanbul, Beta, s.326; **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2021) İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Lykeion, s.156; **Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin, s.119; **Senyen Kaplan, Emine Tuncay** (2019) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi, s.163; **Çotuk, Büşra Nur** (2021) Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Değişikliğin Hukuki Sonuçları, İstanbul, Platon Plus, s.38; **Özkan, Zeynep Aslı** (2019) İş Sözleşmesi Kapsamında İşçinin İş Görme Borcu, İstanbul, On İki Levha, s.605; **Altıntepe**, s.64; **Arıtürk**, s.17.

İşçi, iş görme edimini işverenin otoritesi altında ve işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara göre yerine getirir¹⁸. Bu sebeple işçinin işin görülmesine ilişkin talimatlara uymaması aynı zamanda iş görme borcunun da ihlali niteliğindedir¹⁹. Ancak işverenin yönetim hakkının ve işçinin talimatlara uyma borcunun kapsamı belirlenirken Anayasa’da düzenlenen özel hayatının gizliliği ve korunması (m. 20), haberleşme hürriyeti (m. 22), yerleşme hürriyeti (m. 23), din ve vicdan hürriyeti (m. 24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m. 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26) gibi işçinin temel hak ve hürriyetlerinin de gözetilmesi gerekmektedir²⁰.

İşçi kendisine hukuka aykırı olarak verilen bir talimat söz konusu olduğunda bu durumu işverene bildirmeli ve bu talimatı yerine getirmemelidir, talimatı yerine getirmediği gerekçesi ile işçiye yaptırım da uygulanamaz²¹. Hukuka aykırı talimat aynı zamanda suç teşkil ediyor ve işçi bu talimatı yerine getirmiş ise Anayasamızın²² 137. maddesinin 2. fıkrası gereğince işçinin de sorumluluğu söz konusu olur. Doktrinde işçinin talimatın hukuka uygunluğuna ilişkin tereddüt etmesi hâlinde tespit davası açmasında hukuki yararı bulunduğu ileri sürülmüştür²³.

İşçinin hukuka, ahlaka, kamu düzenine, dürüstlük kuralına aykırı talimatlara uyma yükümlülüğünden bahsedilemez²⁴. Doktrinde ayrıca talimatın işçinin dini, siyasi ve vicdani görüşüne aykırı olması hâli de “*itiraz*

¹⁸ Dursun Ateş, s.201.

¹⁹ Süzek (2021), s.87; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.21; Dursun Ateş, s.212; Adınır, s.25; Özkan, s.86.

²⁰ Süzek (1998), s.229; Dursun Ateş, s.420; Özkan, s.317-465; Erdemir, s.166-167; Demircioğlu (2021), s.24.

²¹ Süzek (2021), s.90-91; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.285; Uşan/Erdoğan, s.51; Akyiğit, Ercan (2021) Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.190; Güven, Ercan/Aydın, Ufuk (2020) Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Eskişehir/İstanbul, Nisan, s.187; Dursun Ateş, s.150; Adınır, s.61.

²² RG 09.11.1982, Sayı: 17863 (Mükerrer).

²³ Özkan, s.643-646.

²⁴ Süzek (2021), s.360; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.284; Sümer, Haluk Hadi (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Seçkin, s.14; Senyen Kaplan, s.163; Özkan, s.204; Zeybekoğlu, s.181; Durmaz, s.27; Arıtürk, s.86.

edilebilir iş” olarak adlandırılmış ve bu durumda dürüstlük kuralı da gözetilerek işçinin bu talimatı yerine getirmek zorunda olmadığı ileri sürülmüştür²⁵.

III. YÖNETİM HAKKINA VE TALİMATLARA UYMA BORCUNA BİR SINIR: ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK

A. GENEL OLARAK ÇALIŞMA KOŞULLARI VE ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Çalışma koşulları²⁶ işin yürütümüne ilişkin tüm hak ve borçlar olarak tanımlanabilir²⁷. Hukukumuzda çalışma koşulları mevzuat hükümleri dışında toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki niteliğinde işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlar ile düzenlenmektedir²⁸.

Sözleşmelerde genel kural tarafların sözleşme ile bağlı kalması ve taraflardan birinin tek taraflı değişiklik yapamamasıdır, bu kural “*içerik güvencesi*” olarak adlandırılmaktadır²⁹. Ancak içerik güvencesi mutlak olmayıp özellikle sürekli borç ilişkilerinde sözleşmede şartlar gereği çeşitli değişiklikler yapılması gerekliliği olağan karşılanmalıdır.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında işin yürütümünü sağlamak için bazen çalışma koşullarında değişiklikler yapması gereklidir, ancak İş

²⁵ “*İtiraz edilebilir iş*” kavramı ve Türk hukukunda uygulanabilirliği hakkında detaylı bilgi için bkz. **Zeybekoğlu**, s.186-206; **Özkan**, s.657-667.

²⁶ Çalışma koşullarında değişiklik kavramı yerine temelde bir iş sözleşmesinde değişiklikten söz etmenin terminolojiye daha uygun olduğu görüşü için bkz. **Güzel, Ali** (2017) “İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi”, Prof. Dr. Turhan Esener 2. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, Seçkin, s.547-550.

²⁷ **Süzek** (2021), s.674; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.114; **Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim** (2019) Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta, s.232; **Dursun Ateş**, s.220; **Özkan**, s.519; **Engin, Murat** (2003) “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:61, S:1-2, s.314; **Erdemir**, s.108; **Uzun, Bekir** (2006) “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Sicil İş Hukuku, S:2, s.48; **Durmaz**, s.50; **Altintepe**, s.16.

²⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/961, K: 2021/5954, T: 11.03.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 20.12.2021.

²⁹ **Yıldız**, s.75.

Kanunu'nun 22. maddesi gereğince işveren çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak istediğinde işçinin rızasını almak zorundadır. Bu nedenle yönetim hakkı kapsamındaki değişiklik ile esaslı değişiklik arasında sınırı belirlemek önemlidir. Yargıtay da işverenin yönetim hakkı kapsamındaki değişikliklerin esaslı değişiklik olmadığını belirtmektedir³⁰. İş Kanunu'nun 22. maddesinin gerekçesine bakıldığında kanun koyucunun iş ilişkisinin dinamik yapısı gereği bazı olumsuz durumlar doğduğunda fesih yolu yerine çalışma koşullarının değiştirilmesi yolu ile sözleşmesinin devamını amaçladığını, feshin son çare olması ilkesini vurguladığını söyleyebiliriz.

İşveren, İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamına giren çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki niteliğinde işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları ve yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlarla yapabilir; zira 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun³¹ 2. maddesinin 1. fıkrasının h bendi gözetildiğinde toplu iş sözleşmesi hükümlerinde işveren tek başına değişiklik yapamaz, ancak işçi sendikası ile birlikte değişiklik yapması mümkündür³².

Uygulamada “*protokol*” olarak adlandırılan toplu iş sözleşmesindeki bu değişiklikler tarafların kendi iradeleri veya yine kendi iradeleri ile başvuruları sonucunda Yüksek Hakem Kurulu kararı yahut hakem kararı ile yazılı şekilde yapılabilir³³. Değişiklik protokolleri sözleşme süresi içerisinde yapılabilir, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra geriye etkili şekilde değişiklik yapılması mümkün değildir³⁴. 6356 sayılı Kanun'un 35. maddesinin 2. fıkrasının mutlak emredici hüküm olması nedeniyle toplu iş sözleşmesinin süresi konusunda

³⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/961, K: 2021/5954, T: 11.03.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 20.12.2021.

³¹ RG 07.11.2012, Sayı: 28460.

³² **Süzek** (2006), s.9; **Süzek** (2021), s.675.

³³ **Şahlanan, Fevzi** (2020) *Toplu İş Hukuku*, İstanbul, On İki Levha, s.490-491; **Narmanlıoğlu, Ünal** (2016) *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s.386-387; **Ekmekçi, Ömer** (2019) *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.336; **Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu** (2019) *Toplu İş Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, Beta, s.348-349; **Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2018), *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı*, İstanbul, Vedat, s.98.

³⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1987/9934, K: 1987/10340, T: 23.11.1987, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

taraflar değişiklik yapamaz³⁵. Ayrıca ücret zamları gibi normatif hükümlerde yapılan değişiklikler ileriye etkilidir, işçinin doğmuş ve talep edilebilir nitelikteki haklarını ortadan kaldıramaz³⁶.

İş Kanunu'nun 22. maddesini 1. fıkrasına göre işveren yapmak istediği esaslı değişikliği işçiye somut ve yazılı olarak bildirmek zorundadır. İşverenin değişiklik önerisi Türk Borçlar Kanunu kapsamında bir önerinin tüm özelliklerini taşımalıdır³⁷. İşçi altı iş günü içerisinde açık ve yazılı bir şekilde değişikliği kabul etmez ise bu değişiklik işçiyi bağlamayacaktır. Yani işçinin hiçbir cevap vermeden işe devam etmesi durumunda işçinin değişikliği kabul etmediği sonucu çıkarılmalıdır, 22. madde düzenlemesi uyarınca sükût ikrardan gelmez. Altı iş günlük süre nispi emredici olup sözleşme ile bu süre işçi aleyhine kısaltılamasa da sürenin uzatılması mümkündür³⁸.

İşçi değişikliği kabul etmediği takdirde işveren ya mevcut koşullarla çalışmaya devam etmeli, yani değişiklik teklifinden vazgeçmeli ya da aşağıda açıklanacağı üzere şartları mevcut ise değişiklik feshi yoluna başvurmalıdır³⁹. İşçi değişikliği reddettiği hâlde işveren değişiklikte ısrarcı olur ise işçi İş Kanunu'nun 34. maddesine dayanarak iş görmekten kaçınma hakkına sahiptir, ayrıca işçinin İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasının e bendi yahut ücrete

³⁵ Şahlanan, s.490; Ekmekçi, s.341; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.100; Subaşı, İbrahim (2016) "Toplu İş Sözleşmesi'nin Taraflarca Değiştirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı, s.998.

³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/9-1893, K:2013/522, T: 17.04.2013; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2018/5738, K: 2018/15042, T: 16.07.2018, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

³⁷ Yücel, Ramazan (2017) "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, S:1, s.62.

³⁸ Süzek (2006), s.23; Centel, Tankut (2020) İş Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul, Legal, s.250; Doğan Yenisey, Kübra (2005) "Çalışma Koşullarında Değişiklik", III. Yılında İş Yasası Bodrum Semineri Notları, 21-25 Eylül 2005, Türkiye Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, İstanbul, s.128; Uşan, M. Fatih (2007) "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:9, Özel Sayı, s.255; Tulukcu, s.1115; Ertuğrul, Meltem (2018) "İş Hukukunda Değişiklik Feshi", İzmir Barosu, S:2, s.146.

³⁹ Süzek (2006), s.25.

ilişkin bir değişiklik söz konusu ise f bendi uyarınca haklı nedenle fesih hakkı da bulunmaktadır⁴⁰. Ancak ücrete ilişkin değişiklik söz konusu olduğunda Yargıtay'ın işçinin sonradan dava açarak eksik ücretlerin ödenmesini talep edebileceğini kabul ettiği⁴¹ hususu gözetildiğinde işçinin haklı nedenle fesih yoluna başvurması kanaatimizce uygulamada pek rastlanan bir durum olmayacaktır.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında ise sözleşme özgürlüğü kapsamında işveren ve işçinin anlaşarak ve ileriye etkili olarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceği düzenlenmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre ikinci fıkra, ilk fıkra ile birlikte yorumlanmalı ve tarafların iş sözleşmesinin eki niteliğindeki bu anlaşmayı yazılı olarak yapması aranmalıdır⁴².

1475 sayılı İş Kanunu'nun⁴³ 16. maddesinin 2. fıkrasının e bendinde esaslı değişiklik hâlinde işçiye yalnızca haklı fesih hakkı tanınmıştı, değişiklik doğrultusunda yeni işe başlamayan işçinin örtülü fesih yaptığını kabul eden Yargıtay⁴⁴, ayrıca işçinin susması hâlini de örtülü kabul olarak değerlendirilmekte idi⁴⁵. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen yeni düzenleme; işçinin açık kabulünü araması ve suskunluğunu reddettiği şekilde yorumlaması, değişikliği reddettiği takdirde geçerli nedenle işveren feshini getirmesi, yani

⁴⁰ **Süzek** (2006), s.24; **Süzek** (2021), s.686; **Alpagut, Gülsevil** (2006) "İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı – Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, S:9, s.58-59; **Öztürk**, s.646-671; **Uzun**, s.58.

⁴¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2017/13109, K: 2019/22523, T: 17.12.2019; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/20587, K: 2018/13156, T: 18.06.2018, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁴² **Süzek** (2006), s.24-25; **Süzek** (2021), s.684-685; **Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2021) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.112; **Doğan Yenisey** (2005), s.104; **Akın, Levent** (2013) "İşçinin Çalışma Şartları Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, C:27, S:2, s.47.

⁴³ RG 01.09.1971, Sayı: 13943.

⁴⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1990/7006, K: 1990/7675, T: 21.06.1990, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 27.12.2021.

⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1997/13904, K: 1997/18043, T: 23.10.1997, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 28.12.2021.

fesih yükünü işçiden alarak işverene yüklemesi nedenleri ile daha isabetli ve işçi lehine bir hükümdür.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik işverenin yönetim hakkını aşan, iş sözleşmesinin dengesini işçi aleyhine bozan, işçinin durumunu ağırlaştıran ve dürüstlük kuralı gereği işçiden kabul edilmesi beklenemeyecek değişikliklerdir⁴⁶. Değişikliğin esaslı olup olmadığı sübjektif bir değerlendirmeye tabidir, yani somut olaydaki işçinin koşulları gözetilerek bir karara varılmalıdır⁴⁷. Yargıtay işçinin durumunda ağırlaşma ölçütünü gözeterek işçi lehine yapılan değişikliklerin esaslı değişiklik olmadığı kanaatindedir⁴⁸. Ancak daha üst bir birime aktarılma gibi durumlarda her ne kadar ücret ve itibar artışı bulunmakta ve işçi lehine bir durum gibi gözükmekte ise de kanaatimizce de işçinin daha fazla emek sarf etmesi gerektiği gözetilerek İş Kanunu'nu 22. maddesinde öngörülen usule uyulması aranmalıdır⁴⁹.

B. ÜCRETE DEĞİŞİKLİK

Yargıtay'ın istikrarlı içtihatlarında da belirtildiği üzere işçinin ücret ve ücret eklerinde tek taraflı yapılan her türlü indirim çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil eder⁵⁰. İşçinin ücretinde indirim olmasa dahi işçinin çalıştırıldığı işyerinin değiştirilmesi hâlinde işçinin yol masrafı artıyor ise dolaylı olarak eline geçen ücrette azalma olacağından çalışma koşullarında

⁴⁶ Benzer tanımlamalar için bkz. **Uşan**, s.220; **Doğan Yenisey, Kübra** (2010) "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", *Çalışma ve Toplum*, S:3, s.95; **Manav, Eda** (2012) "İşyeri Değişikliği Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", *Sicil İş Hukuku*, S:25, s.140; **Erdemir**, s.115; **Adınır**, s.65.

⁴⁷ **Engin**, s.318; **Özkan**, s.102; **Seçkin, M. İhsan** (2015) "Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi Işığında İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının Geçerliliği Sorunu", *TBB*, S:121, s.352-353.

⁴⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/12390, K: 2020/1393, T: 04.02.2020, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 20.12.2021.

⁴⁹ **Süzek** (2006), s.11; **Süzek** (2021), s.676; **Sümer, Haluk Hadi** (2019) *İş Hukuku Uygulamaları*, 7. Baskı, Ankara, Seçkin, s.151; **Tulukcu**, s.1111; **Dursun Ateş**, s.239; **Dönmez, Kazım Yücel** (2000) *İşçinin Borçları*, Ankara, Yetkin, s.45; **Yıldız**, s.85; **Yücel**, s.53.

⁵⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/8124, K: 2021/15451, T: 04.11.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

esaslı değişiklik olduğu kabul edilmelidir⁵¹. Yurt dışı seferleri yapan bir tır görevlisinin artık yurt içi seferlerine verilmesi hâlinde de sefer başına alınan primin azalması sonucunda ücretin azalması nedeni ile Yargıtay çalışma koşullarında esaslı değişikliğin bulunduğunu kabul etmiştir⁵². Parça başı ücretle çalışan işçiye eksik iş verilmesi de çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil eder⁵³.

İşçinin eline hiçbir ücret geçmeyeceği ve işçinin kıdeminden de sayılmayacağı hususları gözetildiğinde işçinin işveren tarafından ücretsiz izine ayrılabilmesi için İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen usule uyulması gerekmektedir⁵⁴. Yargıtay da işverenin tek tarafı olarak işçiyi ücretsiz izne çıkarmasını işveren feshi olarak kabul etmektedir⁵⁵.

Yargıtay'a göre işçiye yapılan yemek ve servis gibi aynı yardımın kaldırılıp yerine ikame olarak nakdi ödeme yapılması ya da tam tersi nakdi ücretin kaldırılıp ikame olarak işyerinde yemek verilmesi yahut otobüs bileti verilmesi, servis sağlanması gibi durumları ikame değer sağlandığından esaslı değişiklik olarak kabul etmemektedir⁵⁶. Doktrinde eski durum ile ikame değer esaslı değişiklik teşkil edip etmediği karşılaştırılmasında toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi hükümlerinin çatışmasında uygulanan yararlılık ilkesinin ölçüt olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir⁵⁷.

⁵¹ Kararda eski işyerinden 35 km daha uzakta bir işyeri değişikliği söz konusudur; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2004/27850, K: 2005/18819, T: 17.05.2005, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁵² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2010/20470, K: 2010/39869, T: 23.12.2010, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁵³ Uşan, s.226.

⁵⁴ Süzek (2006), s.12; Süzek (2021), s.678; Uşan, s.230; Senyen Kaplan, s.256; Aydın, Ufuk (2011) "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi", Sicil İş Hukuku, S:23, s.24-25; Akyiğit, s.459; Dursun Ateş, s.249; Özkan, s.538; Yıldız, s.139; Erdemir, s.117; Durmaz, s.191; Demircioğlu (2021), s.48.

⁵⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/463, K: 2021/5112, T: 25.02.2021; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2019/1981, K:2021/2355, T: 26.01.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 26.12.2021.

⁵⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/4643, K: 2021/8989, T: 17.05.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁵⁷ Alp (2019), s.2123-2124.

İşyeri uygulamaları kanunda, toplu iş sözleşmesinde ve bireysel iş sözleşmesinde yer almamasına rağmen işverenin işçiye tek taraflı olarak sağladığı menfaatler olarak tanımlanabilir; işyeri uygulamalarının çalışma koşulu hâline gelebilmesi için genel nitelikte olması, süreklilik arz etmesi ve işçide devamı yönünde haklı bir beklenti doğması unsurları aranır⁵⁸. İşyeri uygulamalarının işveren tarafından tek taraflı olarak kaldırılması da çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğindedir⁵⁹. Yargıtay işyeri uygulaması hâline gelen ikramiye ödemesinin ihale şartnamesinden çıkarıldığı gerekçesi ile artık işçiye ödenmemesi durumunda İş Kanunu'nun 22. maddesindeki usule uyulması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁰.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin açık hükmü karşısında işçinin ücretinde azalmaya yol açan değişiklik sonucunda suskun kalması değişikliği kabul etmediği anlamına geldiğinden Yargıtay işçinin sonrasında açacağı bir dava ile bu eksik ücretlerin ödenmesini talep edebileceğini kabul etmektedir⁶¹. Ancak ücret değişikliği dışında, özellikle işyeri değişikliği söz konusu olduğunda işçi yazılı olarak kabul etmemesine rağmen yeni işyerine gidip çalışmaya başlamış ve uzun bir süre yeni işyerinde çalışmış ise sonrasında değişikliğin kendini bağlamadığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak değerlendirilebilir⁶².

⁵⁸ **Süzek** (2021), s.80-82; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.280-281; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.18-19; **Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri, 5. Baskı, İstanbul, Beta, s.39-40; **Ekmekçi/Yiğit**, s. 97; **Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap** (2021) İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta, s.26; **Uşan/Erdoğan**, s.49-50; **Sümer** (2020), s.13-14; **Akyiğit**, s.38-39; **Tulukcu**, s.1104.

⁵⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/8124, K: 2021/15451, T: 04.11.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁶⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/12390, K: 2020/1393, T: 04.02.2020, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁶¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2017/13109, K: 2019/22523, T: 17.12.2019; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/20587, K: 2018/13156, T: 18.06.2018, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁶² **Süzek** (2006), s.24; **Süzek** (2021), s.684; **Güzel** (2017), s.554; **Centel**, s.250; **Doğan Yenisey** (2005), s.130; **Yıldız**, s.112.

C. İŞİN NİTELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK

İşçinin sözleşmedeki temel edimi iş görme borcu olduğundan yaptığı işin niteliğinin değiştirilmesi çoğunlukla esaslı değişiklik teşkil eder. İşçiye önceki işine benzer ve eş değer, ek bir yük getirmeyen, özel bilgi ve beceri gerektirmeyen, ücretinde azalmaya yol açmayan, sosyal statüsünü düşürmeyen başka bir işin teklif edilmesi işverenin yönetim hakkı kapsamında olup esaslı değişiklik olarak değerlendirilemez⁶³.

Yargıtay işçilerin rızası olmadan; ütücü olan işçinin hiç bilgi sahibi olmadığı kesimhane bölümünde görevlendirilmesinin⁶⁴, dört yıla yakın kıdemi olan montaj işçisinin boyahane teknik temizlik işine verilmesinin⁶⁵, güvenlik görevlisinin sevkiyat ve temizlik birimine verilmesinin⁶⁶, şoför olan işçinin temizlik işine verilmesinin⁶⁷, kaynakçı olarak çalışan işçinin kum eleme işine verilmesinin⁶⁸, kaynakçı olarak çalışan işçinin temizlik işine verilmesinin⁶⁹, operatör işçisinin daha önce çalışmadığı ve eğitimini almadığı zımpara-bıyık bölümüne nakledilmesinin⁷⁰, kalite vardiya amiri olan işçinin enjeksiyon üretim operatörü olarak görevlendirilmesinin⁷¹, cankurtaran belgesi bulunsa da beden eğitimi öğretmeninin daha fazla bilgi ve sorumluluk gerektiren havuz

⁶³ Süzek (2021), s.678-679; Dursun Ateş, s.251; Yıldız, s.92.

⁶⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/35231, K: 2020/18769, T: 16.12.2020, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁶⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2010/3376, K: 2011/17092, T: 08.06.2011, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁶⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2004/7178, K: 2004/26665, T: 06.12.2004, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁶⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2006/2390, K: 2006/21317, T: 11.09.2006, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁶⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/13056, K: 2008/33685, T: 15.12.2008, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁶⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1999/13089, K: 1999/15872, T: 18.10.1999, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁷⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/42886, K: 2009/24409, T: 28.09.2009, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁷¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/16687, K: 2020/5274, T: 10.06.2020, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

öğretmenliğine verilmesinin⁷² çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğu kanaatindedir. Örne bölümüne göre vardiyalı olması ve gece mesaisi bulunması nedeniyle daha ağır bir bölüm olan sarma bölümüne alınan işçinin çalışma koşullarında da esaslı değişiklik söz konusudur⁷³. Yönetici pozisyonundaki bir işçinin daha alt bir işte çalıştırılmak istenmesi de çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil eder⁷⁴.

İşyerinde objektif performans değerlendirme kriterleri bulunmakta ve işveren tarafından verilen eğitime rağmen işçinin çalıştığı bölümde verimsizliği devam etmekte ise işverenin işçiyi başka bir bölüme alması mümkündür, bu durumda çalışma koşullarında esaslı değişiklik usulünün uygulanması gerekmemektedir⁷⁵. Ancak Yargıtay'ın feshin son çare olması ilkesi doğrultusunda yapılan bu gibi değişiklikleri esaslı değişiklik usulü dışında bırakması işçinin korunması ilkesine aykırı olarak görülüp eleştirilmiştir⁷⁶. Kanaatimizce de bu durumda dahi İş Kanunu madde 22'de öngörülen usule uyulması isabetlidir, eğer değişiklik işçi tarafından kabul edilmez ise işveren bu durumda geçerli nedeni bulunduğundan değişiklik feshi yoluna gidebilir.

İşçinin geçici bir süre görevlendirilmesi hâlinde de dürüstlük kuralı gereğince işçinin çalışma şartlarının ağırlaştırılmamasını aramak daha isabetlidir, aksi takdirde işverene geçici görevlendirmeler yaparak İş Kanunu'nun 22. maddesi hükmünün arkasını dolanma imkânı verilmiş olur⁷⁷.

D. İŞYERİNDE DEĞİŞİKLİK

Yaptıkları işin gereği olarak iş görme edimini farklı yerlerde ifa eden teknik servis işçileri, temizlik işçileri, satış ve pazarlama işçileri gibi işçilerin iş

⁷² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/34776, K: 2010/26093, T: 28.09.2010, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁷³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2016/22397, K: 2019/20993, T: 13.11.2019, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁷⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2007/41015, K: 2008/17093, T: 23.06.2008, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁷⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/961, K: 2021/5954, T: 11.03.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁷⁶ Eleştiriye ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Doğan Yenisey** (2010), s.104-107.

⁷⁷ **Süzek** (2006), s.14.

görme edimini yerine getirecekleri işyerinin belirlenmesi işverenin yönetim hakkı kapsamındadır, ancak işveren yol masraflarını karşılamalıdır⁷⁸.

İşyeri değişiklikleri söz konusu olduğunda çalışma koşullarındaki değişikliğin esaslı mı yoksa yönetim hakkı kapsamında mı olduğu belirlenmelidir. Yargıtay işyerinin Bağcılar'dan Büyükçekmece'ye taşındığı, ancak işçilere servis sağlanmasına devam edileceği durumda çalışma koşullarında ağırlaşma söz konusu olmadığından değişikliğin esaslı olmadığına hükmetmiştir⁷⁹. Ancak işyeri değişikliğinin servis imkânı sağlanmadığından işçiye iki vasıta zorunluluğu getirmesi durumunda Yargıtay çalışma koşullarında esaslı değişiklik bulunduğu yönünde karar vermiştir⁸⁰.

Yargıtay'ın temel bakış açısına göre işyeri değişikliğinde işçinin yol masrafının artıp artmadığının temel kriter olarak kabul edildiğini, eğer masraf artıyor ve bu masraf işveren tarafından servis hizmeti sağlanarak ya da nakdi olarak karşılanıyor ise çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak görülmediğini, aksi takdirde esaslı değişiklik olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Ancak her ne kadar ulaşım masrafı karşılanıyor olsa da işçinin ulaşımında geçirdiği süre nedeni ile dinlenme zamanının kısıtlanması da söz konusu olacağından bu hususun telafisi için de işveren ulaşımında geçen sürenin çalışma süresinden sayılması gibi bir usulü benimseyebilir⁸¹.

İşçinin iş koşulları aynı kalıp yalnızca çalıştığı kattan başka bir kata verilmesi yahut masasının değiştirilmesi esaslı değişiklik değildir, işverenin yönetim hakkı kapsamındadır⁸².

⁷⁸ **Dursun Ateş**, s.258; **Dönmez**, s.47; **Erdemir**, s.120; **Çotuk**, s.63.

⁷⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2011/13306, K: 2012/26925, T: 10.07.2012, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁸⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2007/30513, K: 2008/30759 26925, T: 12.11.2008, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁸¹ **Alp** (2019), s. 2125.

⁸² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1997/14191, K: 1997/18211, T: 30.10.1997, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 20.12.2021.

E. ÇALIŞMA VE DİNLENME SÜRELERİNDE DEĞİŞİKLİK

Kanuni sınırlamalara uymak kaydı ile çalışma sürelerini işveren yönetim hakkı kapsamında düzenleyebilir. Ancak Yargıtay sonradan vardiyalı sistem getirilmesini⁸³, işçinin vardiyasının geceye kaydırılmasını ve hafta sonu da çalıştırılmasını⁸⁴, haftanın 4 günü çalışan bir işçinin vardiya değişikliği gerekçesi ile haftada 6 gün çalıştırılmasını⁸⁵, 06:45 olan işe başlama saatinin 05:50 olarak değiştirilmesini⁸⁶ esaslı değişiklik olarak kabul etmektedir. Yargıtay örtülü bir anlaşma ile denkleştirme esasına göre çalışma yapılabileceğine dair kararlar⁸⁷ vermekte ise de kanaatimizce de denkleştirme uygulaması esaslı bir değişiklik kabul edilerek İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen usule uyulması gerekmektedir⁸⁸.

Çalışma süreleri sonradan artırılmasına rağmen ücret aynı kalmış ise burada artık ücretten indirim söz konusudur, bu nedenle esaslı değişiklik kabul edilip İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen usule uygunluk aranmalıdır⁸⁹.

İş Kanunu'nun 68. maddesindeki düzenleme gereği belirlenen asgari sürelerle uymak ve aralıksız kullandırmak şartı ile işverenin ara dinlenmesi sürelerini işçilere kullandırma zamanı, toplu ya da grup grup kullandırma yönünde iradesi yönetim hakkı kapsamındadır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir⁹⁰.

⁸³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2017/25253, K: 2019/20851, T: 12.11.2019, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁸⁴ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2015/32303, K: 2018/11748, T: 14.05.2018; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1996/3709, K: 1996/15314, T: 03.07.1996, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁸⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/13464, K: 2020/2226, T: 13.02.2020, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁸⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2016/25374, K: 2020/10475, T: 05.10.2020, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 23.12.2021.

⁸⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2009/9-190, K: 2009/233, T: 03.06.2009; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/5109, K:2021/9117, T: 18.05.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 22.12.2021.

⁸⁸ Uşan, s.241; Dursun Ateş, s.344-345; Yıldız, s.141; Altıntepe, s.165.

⁸⁹ Yıldız, s.102.

⁹⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2020/4332, K: 2021/1510, T: 19.01.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 23.12.2021.

İş Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca işçiye haftanın yedi günü içerisinde bir gün kesintisiz yirmi dört saat dinlenme şeklinde hafta tatili verilmesi zorunludur. Ancak bu bir günün hangi gün olacağını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamındadır.

İş Kanunu'nun 53 ilâ 60. maddelerinde yıllık ücretli izine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanundaki emredici hükümlere uymak şartı ile işveren yönetim hakkı kapsamında işyeri gerekleri ve işçinin taleplerini gözetererek yıllık izin tarihlerini belirler⁹¹.

İş Kanunu'nun 64. maddesinde zorunlu nedenlerle veya ulusal bayram ve genel tatillerden önce yahut sonra işyerinin tatil olması gerekçeleri ile çalışma sürelerinin önemli ölçüde azalması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile izin alması durumlarında işverene dört ay içerisinde telafi çalışması yaptırma imkânı tanınmıştır. İşverene kanunen tanınan bir hak olduğundan bu durumda esaslı bir değişiklikten söz edilemez, işverenin yönetim hakkı kapsamına dahildir⁹².

İşsizlik Sigortası Kanunu⁹³ ek madde 2'de kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, işverenin kısa çalışma talebini gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumu'na bildirmesi şeklinde ayrı bir usul öngörülmüştür. Bu nedenle kısa çalışmadan faydalanan işçiler İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamı dışındadır, ancak kısa çalışma ödeneğinden faydalanamayan işçiler yönünden esaslı bir değişiklik söz konusudur⁹⁴.

F. DEĞİŞİKLİK KAYITLARININ ETKİSİ

İşverenler ilerleyen süreçte yapmak isteyebilecekleri değişiklikleri en başından sözleşmelere kayıt olarak eklemek gibi bir yola başvurmak istemektedir. Doktrinde hâkim görüş olan hukuki işlemlerde öngörülen bu

⁹¹ Erdemir, s.129; Adınır, s.55; Zeybekoğlu, s.65.

⁹² Dursun Ateş, s.268; Özkan, s.495.

⁹³ RG 08.09.1999, Sayı: 23810.

⁹⁴ Süzek (2006), s.15; Dursun Ateş, s.267; Demircioğlu (2021), s.58.

değişiklik kayıtlarının belirli şartlarda geçerli olduğunun kabulü yanında⁹⁵; bizim de katıldığımız üzere, işçiyi koruma ilkesi de gözetilerek kayıtlara hiçbir şekilde geçerlilik tanınmaması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁹⁶. Ancak değişiklik kayıtlarını geçerli kabul eden görüşler dahi bu durumun sınırsız olmadığını, sınırlamalara tabi olduğunu, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve genel iş koşulu niteliğinin gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹⁷. Kanaatimizce değişiklik kayıtlarının geçerli kabul edilip birden çok denetime tabi tutulması ve işyeri değişikliği gibi bazı değişiklikler yönünden kabul edilip ücret değişikliği gibi bazı değişikliklerin ise geçersiz olduğunun tespitinden ise baştan kayıtların geçersiz olduğunun kabulü işçiyi koruma ilkesi bakımından da daha isabetli olur. Sözleşme devam ederken esaslı bir değişiklik yapmak isteyen işverenin İş Kanunu'nun 22. maddesine uyması kanaatimizce daha makuldür.

Doktrinde değişiklik kayıtlarının genel iş koşulları denetimine tabi olduğunu ve bu nitelikte ise Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesi gereği

⁹⁵ **Süzek** (2006), s.16; **Süzek** (2021), s.681; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraca**, s.648; **Sümer** (2019), s.155; **Başbuğ/Yücel Bodur**, s.40; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s.234-235; **Baycık**, s.188-189; **Akın**, s.50; **Alp, Mustafa** (2006) “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi”, Sicil İş Hukuku, S:3, s.39; **Aydın**, s.28, **Demircioğlu** (2011), s.123; **Dursun Ateş**, s.284-288; **Özkan**, s.564-567; **Erdemir**, s.139-148; **Civan, Orhan Ersun** (2015) Genel İş Koşulları, İstanbul, Beta, s.100-101; **Manav**, s.148; **Zeybekoğlu**, s.80; **Çotuk**, s.90-91; **Ertuğrul**, s.157; **Uzun**, s.54-55; **Altuntepe**, s.26; **Kunt, Püren** (2013) “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Toprak İşveren, S:100, s.10-11; **Yücel**, s.57-58.

⁹⁶ **Güzel, Ali** (2004) “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi, 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Semineri, İstanbul, s.119-120; **Narmanlioğlu, Ünal** (2006) “İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?”, Sicil İş Hukuku, S:3, s.14-18; **Yıldız**, s.137; **Özkan**, s.115-120; **Anlama, Adil** (2017) “İşverene Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri (Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları)”, İş ve Hayat, C:3, S:5, s.258; **Seçkin**, s.373-374.

⁹⁷ **Süzek** (2006), s.18-19; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.648; **Özdemir, Erdem** (2004) “İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:12, S:3-4, s.41-42.

yazılmamış sayılacağını kabul eden görüşler⁹⁸ bulunduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesinin iş hukukunun yapısına uygun olmaması nedeniyle uygulanmaması ve sadece Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi gereği içerik denetimi yapılması gerektiğini savunan bir görüş⁹⁹ de ileri sürülmüştür. Ayrıca işçiye açıkça bilgi verilmek şartı ile genel iş koşulu niteliğinde olsa dahi değişiklik kayıtlarını geçerli kabul eden görüşler¹⁰⁰ de bulunmaktadır.

Yargıtay ise güncel kararlarında da değişiklik kayıtlarını “saklı kayıtlar” olarak adlandırıp bu durumda işverenin “genişletilmiş yönetim hakkı” bulunduğunu kabul etmekte ve bu kayıtlara geçerlilik tanımaktadır, ancak hakkın kötüye kullanılması yasağını da gözetmektedir¹⁰¹. Genel iş koşulu niteliğindeki kayıtları ise Yargıtay da isabetli olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 24. maddesi gereği yazılmamış kabul etmektedir¹⁰².

Kanaatimizce iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri, işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamaları gibi çalışma koşullarını düzenleyen hukuki işlemler Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ilâ 25. maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşulları denetiminin tamamına tabi tutulmalı¹⁰³, özellikle bu hukuki işlemlerde yer alan, genel iş koşulu ve esaslı değişiklik niteliğindeki değişiklik kayıtları 24. madde kapsamında değerlendirilmeli ve işverene tek taraflı olarak işçi aleyhine esaslı bir değişiklik ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılmalıdır¹⁰⁴.

⁹⁸ Süzek (2021), s.73-77; Baycık, s.212-213; Ertuğrul, s.158; Anlama, s.267; Arıtürk, s.82-84.

⁹⁹ Civan, s.133-134.

¹⁰⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.116; Başbuğ/Yücel Bodur, s.40; Güven/Aydın, s.168; Özkan, s.574.

¹⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2021/9-112, K: 2021/294, T: 18.03.2021; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/961, K:2021/5954, T: 11.03.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 23.12.2021.

¹⁰² Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2016/23515, K: 2017/28384, T: 11.12.2017; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2013/13487, K: 2015/8617, T: 02.03.2015, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 24.12.2021.

¹⁰³ Yıldız, s.130.

¹⁰⁴ Genel iş koşullarının Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki tüm denetimlere tabi tutulması gerekliliği konusunda detaylı görüşlerimiz için bkz. Yaba, Tuğçe (2021) “Genel İş Koşullarının Denetimi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:16, S:1, s.143-153.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin tasarısında yer alan ve değişiklik kayıtlarını saklı tutan fıkranın yasalaşma sürecinde metinden çıkarıldığı gözetildiğinde genel iş koşulu niteliğinde olmasa dahi kanun koyucunun iradesinin değişiklik kayıtları ile İş Kanunu'nun 22. maddesinin arkasının dolanılmasını önlemek olduğu sonucunu çıkarmak kanaatimizce de daha isabetlidir¹⁰⁵. Elbette esaslı değişiklik niteliğinde olmayıp işverenin yönetim hakkı kapsamında kalabilecek nitelikte değişikliklere yazılı olarak yer verilmesi geçerli kabul edilmelidir, çünkü değişiklik kaydı olarak yer verilmesi dahi işverenin bu değişiklikleri tek taraflı yapabilmesi mümkündür. Ancak esaslı değişiklik niteliğindeki bir değişiklik kaydına geçerlilik tanınmaması, İş Kanunu'nun 22. maddesindeki usule uyulmasının aranması kanaatimizce hem kanun koyucunun amacı hem de işçinin korunması ilkesi açısından daha isabetlidir.

G. DEĞİŞİKLİK FESHİ

İşçinin İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasına göre kendisine yönetilen değişikliği kabul etmemesi hâlinde işveren ya bu değişiklik olmadan iş ilişkisine devam etmek zorundadır ya da eğer değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayarak bildirimli fesih yoluna başvurmalıdır. Kanaatimizce de “veya” ibaresi nedeniyle başka bir nedene dayanılabilmesi iş güvencesi hükümlerini zayıflatmaktadır¹⁰⁶. Başka bir nedene dayalı fesih yapılması aynı zamanda işverenin başta yapmak istediği değişikliğin gerçekten geçerli bir nedene dayandığı hususunu da eleştiriye açık hâle getirmektedir. Madde metninden feshin bildirimli olması gerektiği açıkça anlaşıldığından belirli süreli iş sözleşmelerinde değişiklik feshi mümkün değildir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Güzel (2004), s.120; Narmanlıoğlu (2006), s.15; Seçkin, s.367-374.

¹⁰⁶ Sümer (2019), s.150.

¹⁰⁷ Süzek (2006), s.9; Süzek (2021), s.674; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.234; Tulukcu, s.1121; Engin, s.322; Demircioğlu (2011), s.126; Çotuk, s.107; Ertuğrul, s.135.

Her ne kadar yabancı hukuk düzenlerindeki gibi bir değişiklik feshi¹⁰⁸ hukukumuzda mevcut değil ise de geçerli neden açıklanarak yapılan bildirimli fesih doktrinde “*değişiklik feshi*” olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁹.

Kanun koyucunun İş Kanunu’nun 22. maddesinin gerekçesinde de belirttiği üzere işveren bazen feshin son çare olması ilkesi gereği ancak işin niteliğinde yahut işyerinde değişiklik yapılması gibi sözleşmede esaslı bir değişiklik yaptığında iş ilişkisine devam edebilecek durumda olabilir; bu durumda işçiye İş Kanunu’nun 22. maddesine uygun yazılı bir esaslı değişiklik teklifinde bulunur, işçi değişikliği kabul etmediği takdirde artık son çare olarak değişiklik feshi gündeme gelir.

İş Kanunu’nun 22. maddesinde bir yasaklama bulunmadığından iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için de hüküm uygulama bulur, ancak geçerli nedenin denetimi 18. madde uyarınca yalnızca iş güvencesi kapsamına giren işçiler yönünden yapılabilecektir¹¹⁰, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler yönünden yalnızca 17. maddeye göre kötü niyetli fesih denetimi yapılabilir¹¹¹, bu nedenle 22. maddenin esasında iş güvencesi kapsamında olmayan işçileri yeterince korumadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay isabetli olarak geçerli nedeni hem değişiklik için geçerli neden bulunması hem de fesih için geçerli neden bulunması şeklinde iki aşamalı olarak aramaktadır¹¹². Ayrıca Yargıtay aynı kararında belirttiği üzere, her ne kadar değişiklik kayıtlarına geçerlilik tanısı da bu kayıtların varlığı hâlinde dahi iki aşamalı geçerli neden denetimini uygulamaktadır.

¹⁰⁸ İş Kanunu madde 22’nin Alman ve Fransız hukukundaki gibi fesih bildirimiminin değişiklik teklifi ile birlikte düzenlenmesinin feshin son çare olması ilkesi açısından daha isabetli olacağı yönündeki görüş için bkz. **Güzel** (2017), s.557-559; **Centel**, s.254; **Alpagut**, s.52-53.

¹⁰⁹ **Süzek** (2006), s.7; **Süzek** (2021), s.672; **Narmanlıoğlu** (2014), s.482; **Demircioğlu** (2021), s.95-96.

¹¹⁰ **Yıldız**, s.120-121; **Yücel**, s.51-52.

¹¹¹ **Süzek** (2006), s.9; **Süzek** (2021), s.674; **Sümer** (2019), s.105-151; **Uşan**, s.215; **Alpagut**, s.55; **Tulukcu**, s.1121; **Yıldız**, s.123; **Demircioğlu** (2021), s.117.

¹¹² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2021/961, K: 2021/5954, T: 11.03.2021, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t. 24.12.2021.

SONUÇ

İş sözleşmesi süreklilik arz eden, işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşme olduğundan ahde vefa ilkesi daha fazla önem arz etmektedir. Ancak aynı zamanda iş hayatının dinamik yapısı ve günümüzde özellikle teknoloji ile birlikte hızla değişen ekonomik düzen gözetildiğinde sözleşmede değişiklikler yapılması da zorunludur. Kanun koyucu ahde vefa ilkesi, işçinin korunması ilkesi, işverenin değişiklik yapma ihtiyacı gibi unsurları dengelemek için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde bir düzenlemeye yer vermiştir. 1475 sayılı Kanun'a göre daha işçi lehine olan bu düzenleme gereği işveren çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak işçiye yazılı bildirimde bulunması ve işçinin altı iş günü içerisinde yazılı olarak kabul etmesi şartları ile yapabilir.

İş sözleşmesinde işverenin yönetim hakkının karşılığında işçinin talimatlara uyma borcu yer almaktadır. Ancak yönetim hakkı ve talimatlara uyma borcu sınırsız değildir. Özellikle çalışma koşullarında esaslı değişiklik bir sınır çizmektedir. Kanun koyucu esaslı olmayan değişikliklerin yönetim hakkı kapsamında kalmasını kabul etmiş, işçinin de esaslı değişiklik teşkil etmeyen bu talimatlara uymasını beklemiştir. Ancak işçinin iş ilişkisindeki zayıf konumu gözetilerek, artık esaslı bir değişiklik söz konusu ise açıkça yazılı rıza bulunmadıkça bu değişikliğin yönetim hakkı kapsamını aştığını ve işçinin bu talimata uymakla yükümlü olmadığını kabul edilmiştir.

Kanunda esaslı ve esaslı olmayan değişiklik açıkça tanımlanmamıştır. Değişikliğin esaslı olup olmadığı her somut olaya göre, o olaydaki işçinin subjektif durumu da gözetilerek değerlendirilmelidir. Ancak temelde Yargıtay uygulamaları da gözetildiğinde işçinin durumunu ağırlaştırıcı ve yerine ikame bir değer konulmayan, bu sebeple dürüstlük kuralı gereği işçiden kabul etmesi beklenemeyen değişikliklerin esaslı değişiklik olarak kabul edildiği söylenebilir. Yargıtay kararları da incelendiğinde, kanaatimizce; işçinin geniş anlamda ücretinden doğrudan ya da dolaylı olarak indirim yapılması, bu kapsamda tek taraflı ücretsiz izin uygulaması, işçiye ekstra yük getiren ya da sosyal statüsünü düşüren işin niteliğinde yapılan değişiklikler, artan yol masraflarının karşılanmadığı işyeri değişiklikleri, vardiya ve mesai saati değişiklikleri, denkleştirme uygulaması esaslı değişiklik niteliğindedir.

İşçinin altı iş günü içerisinde yazılı kabulü bulunmamakta ise kanunun açık düzenlemesi karşısında değişikliği reddettiği kabul edilmelidir. İşçinin reddine rağmen işveren değişikliğe ısrar eder ise işçinin İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakkı bulunduğu gibi İş Kanunu'nun 24. maddesine göre haklı nedenle fesih hakkı da mevcuttur. Ayrıca ısrar edilen değişiklik ücrete ilişkin ise Yargıtay isabetli olarak sonradan açılan bir dava ile eksik ödenen ücretlerin talep edilebileceğini kabul etmektedir.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında işveren ve işçinin anlaşarak ve ileriye etkili olarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebileceği düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce bu fıkra, maddenin 1. fıkrası ile birlikte yorumlanmalı ve bu anlaşmanın da geçerli olması için yazılı olarak yapılması aranmalıdır.

Kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu'nun kabulünden sonra hukuki işlemlerde yer verilen değişiklik kayıtları genel işlem koşulları denetimine tabi tutulmalıdır, genel iş koşulu niteliğindeki hükümler 24. madde gereği yazılmamış sayılmalıdır. Genel iş koşulu niteliğinde olmayan değişiklik kayıtları yönünden ise görüşümüz kanun koyucunun tasarıda yer alan değişiklik kayıtlarını saklı tutan fıkrayı yasalaşma sürecinde metinden çıkardığı ve İş Kanunu'nun 22. maddesinin arkasının dolanılmasının önlenmesi gerektiği hususları da gözetildiğinde, bu kayıtlara geçerlilik tanıyıp sonra birçok açıdan sınırlama ve denetim getirilmesi yerine baştan geçersiz kabul edilmesinin daha isabetli olduğu yönündedir. Baştan geçersiz olduğunun kabulü aynı zamanda farklı uygulamalara sebebiyet vermekte olan işyeri değişikliği gibi bazı değişiklikler yönünden kabul edilip ücret değişikliği gibi bazı değişiklikler yönünden ise geçersiz olduğu gibi ayırımları da ortadan kaldıracak niteliktedir.

İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik işçi tarafından kabul edilmediği takdirde öngörülen değişiklik feshi aynı zamanda iş güvencesini güçlendirmeye ve feshin son çare olması ilkesine hizmet etmektedir. İşveren açısından sözleşmesinin devam etmesi için zorunlu hâle gelen esaslı değişikliği yapmasına olanak tanınmakta, işçi bu değişikliği kabul etmiyor ise ve işveren için bu durum geçerli bir neden teşkil ediyor ise ancak o zaman feshe imkân tanınmaktadır. Ancak kanaatimizce madde metninde yer alan “veya fesih için

başka bir geçerli nedenin bulunduğu” ibaresinin kaldırılması daha isabetli olacaktır; bu düzenleme işverenin değişikliğin geçerli nedene dayandığı noktasındaki dürüstlüğünü tartışmaya açtığı gibi iş güvencesi hükümlerini de zayıflatmaktadır. Değişiklik feshinin yalnızca yapılmak istenen değişikliğin reddedilmesi hâlinde sadece o geçerli nedene dayanılarak yapılabilmesi daha isabetli olacaktır. Madde metninde feshin bildirimli olduğu açıkça belirtildiği için belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesi değişiklik feshine dayanılarak sona erdirilemez.

İş Kanunu’nun 22. maddesi hem iş güvencesi kapsamında yer alan hem de yer almayan işçiler için uygulama bulur. Ancak iş güvencesi kapsamında işçiler için geçerli neden denetimi yapılabiliyor iken güvence kapsamında olmayan işçiler yönünden yalnızca kötü niyet denetimi yapılabilir. Bu durum ise iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin İş Kanunu’nun 22. maddesi ile daha az korunmasına sebebiyet vermektedir.

KAYNAKÇA

- Adınır, Kaptan Merter** (2019) İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, On İki Levha.
- Akın, Levent** (2013) “İşçinin Çalışma Şartları Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, C:27, S:2, s.38-50.
- Akyiğit, Ercan** (2021) Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Alp, Mustafa** (2019) “Aynı İl Sınırları İçinde İşyeri Değişikliğinin Esaslı Değişiklik Kabul Edilmesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan Özel Sayı, C:21, s.2113-2127.
- Alp, Mustafa** (2006) “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi”, Sicil İş Hukuku, S:3, s.37-53.
- Alpagut, Gülsevil** (2006) “İş Kanunu’nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı – Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, S:9, s.49-64.
- Altıntepe, Ayşen** (2014) “Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı”, (Doktora), İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Anlama, Adil** (2017) “İşverene Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri (Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları)”, İş ve Hayat, C:3, S:5, s.256-271.
- Arıcı, Kadir** (1983) “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası”, Yargıtay, C:9, S:1-2, s.160-176.
- Arıtürk, Nuh** (2017) “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, (Yüksek Lisans), Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Aydın, Ufuk** (2011) “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi”, Sicil İş Hukuku, S:23, s.22-36.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap** (2021) İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta.
- Baycık, Gaye** (2011) İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2018), Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, İstanbul, Vedat.
- Centel, Tankut** (2020) İş Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul, Legal.

- Civan, Orhan Ersun** (2015) Genel İş Koşulları, İstanbul, Beta.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nursen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment** (2021) İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, İstanbul, Beta.
- Çotuk, Büşra Nur** (2021) Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Değişikliğin Hukuki Sonuçları, İstanbul, Platon Plus.
- Demircioğlu, A. Murat** (2011) “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, s.121-140.
- Demircioğlu, Fatma Nur** (2021) “Türk İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, (Yüksek Lisans), Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Doğan Yenisey, Kübra** (2005) “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, III. Yılında İş Yasası Bodrum Semineri Notları, 21-25 Eylül 2005, Türkiye Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, İstanbul, s.104-131.
- Doğan Yenisey, Kübra** (2010) “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Çalışma ve Toplum, S:3, s.93-116.
- Dönmez, Kazım Yücel** (2000) İşçinin Borçları, Ankara, Yetkin.
- Durmaz, K. Pınar** (2021) İş Hukukunda Çalışma Koşullarındaki Değişiklikler, Ankara, Seçkin.
- Dursun Ateş, Sevgi** (2019) İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara, Seçkin.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra** (2021) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Engin, Murat** (2003) “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:61, S:1-2, s.313-326.
- Erdemir, Aymelek** (2015) İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara, Seçkin.
- Ertuğrul, Meltem** (2018) “İş Hukukunda Değişiklik Feshi”, İzmir Barosu, S:2, s.131-173.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim** (2019) Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta.

- Güven, Ercan/Aydın, Ufuk** (2020) Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Eskişehir/İstanbul, Nisan.
- Güzel, Ali** (2004) “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi, 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Semineri, İstanbul, s.15-145.
- Güzel, Ali** (2017) “İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi”, Prof. Dr. Turhan Esener 2. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, Seçkin, s.539-575.
- Kunt, Püren** (2013) “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Toprak İşveren, S:100, s.1-18.
- Manav, Eda** (2012) “İşyeri Değişikliği Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu”, Sicil İş Hukuku, S:25, s.136-157.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2021) İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Lykeion.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, Beta.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2016) İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul, Beta.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2006) “İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?”, Sicil İş Hukuku, S:3, s.9-19.
- Özdemir, Erdem** (2004) “İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:12, S:3-4, s.31-44.
- Özkan, Zeynep Aslı** (2019) İş Sözleşmesi Kapsamında İşçinin İş Görme Borcu, İstanbul, On İki Levha.
- Öztürk, Berna** (2021) İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, İstanbul, On İki Levha.
- Seçkin, M. İhsan** (2015) “Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi Işığında İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının Geçerliliği Sorunu”, TBB, S:121, s.343-380.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay** (2019) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi.

- Subaşı, İbrahim** (2016) “Toplu İş Sözleşmesi’nin Taraflarca Değiştirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Özel Sayısı, s.989-1020.
- Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Sümer, Haluk Hadi** (2019) İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Süzek, Sarper** (2006) “Değişiklik Feshi”, TİSK Akademi, C:1, S:1, s.6-31.
- Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta.
- Süzek, Sarper** (1998) “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS, Ankara, s.225-232.
- Şahlanan, Fevzi** (2020) Toplu İş Hukuku, İstanbul, On İki Levha.
- Tulukcu, Binnur** (2011) “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt 1, İstanbul, Beta.
- Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu** (2019) Toplu İş Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Beta.
- Uşan, M. Fatih** (2007) “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:9, Özel Sayı, s.211-271.
- Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan** (2020) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin.
- Uzun, Bekir** (2006) “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Sicil İş Hukuku, S:2, s.48-59.
- Yaba, Tuğçe** (2021) “Genel İş Koşullarının Denetimi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C:16, S:1, s.129-159.
- Yıldız, Gaye Burcu** (2014) İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara, Yetkin.
- Yücel, Ramazan** (2017) “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, S:1, s.49-67.
- Zeybekoğlu, Pınar** (2018) İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı, İstanbul, Legal.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

ASIL İŞVERENİN VERGİ TEVKİFATINDAN SORUMLULUĞU*

Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR**

Dr. Derviş ALTINOK***

ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine göre bir alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Sosyal sigorta primleri için de 5510 sayılı Kanun'da müteselsil sorumluluk düzenlenmiştir. Ancak vergi kanunlarında işveren ve ücret tanımlanmakla birlikte asıl işveren tanımlanmamıştır. Ayrıca asıl işverene alt işveren işçilerinin alacakları hakkında herhangi bir mükellefiyet de tesis edilmemiştir. Kanunilik prensibi uyarınca asıl işveren vergi hukuku yönünden alt işverenin işçilerinin işvereni değildir. Zira işe alması ve emir ve talimat vererek çalıştırması söz konusu değildir. Aksi halde muvazaa söz konusu olacaktır. Asıl işveren, alt işveren işçilerinin ücret ve primlerinden müteselsil sorumlu iken, açık düzenleme olmadığından gelir vergisi kesintisini yapamayacaktır. Ücretlerden gelir vergisi tevkifatını yapmakla yükümlü olan "işveren" olan alt işverendir. Bu boşluk kanun koyucu tarafından giderilinceye değin asıl işverenin alt işveren işçisine yaptığı ödemenin niteliği Gelir Vergisi Kanunu anlamında ücret olarak sayılamayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Asıl İşveren, Alt İşveren, Gelir Vergisi, Ücret, Stopaj, Kanunilik İlkesi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1104318 – Geliş Tarihi: 15.04.2022 – Kabul Tarihi: 20.05.2022.

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, mehtap.yucel@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0002-9761-7765.

*** Yeminli Mali Müşavir, NormTurkey Bağımsız Denetim ve Yeminli Mali Müşavirlik, dervisaltinok@normturkey.com ORCID: 0000-0001-5003-9403.

PRINCIPAL EMPLOYER'S RESPONSIBILITY FOR TAX STOPPAGE

ABSTRACT

According to article 2 of the Turkish Labour Code, the principal employer shall be jointly liable with the subcontractor for the obligations ensuing from the Labour Code and from employment contracts of subcontractor's employees or from the collective agreement to which the subcontractor has been signatory. For social insurance premiums, joint liability is regulated in the Code No. 5510. However, although employer and wage are defined in tax laws, the principal employer is not defined. In addition, no obligation has been established on the principal employer regarding the receivables of the subcontractor workers. In accordance with the principle of legality, the principal employer is not the employer of the subcontractor's workers in terms of tax law. Because it is out of the question to recruit and operate by giving orders and instructions. Otherwise, there will be collusion. While the principal employer is jointly and severally liable for the wages and premiums of the subcontractor workers, it will not be able to stoppage income tax due to the lack of clear regulation. It is the sub-employer, who is the “employer”, who is responsible for withholding income tax from wages. Until this gap is filled by the legislator, the nature of the payment made by the principal employer to the subcontractor worker will not be counted as wage within the meaning of the Income Tax Code.

Keywords: Principal Employer, Subcontractor, Income Tax, Wage, Stoppage, Legality Principle.

GİRİŞ

Ülkemizde iş hukuku alanında uygulamada sorunlarla en sık karşılaşılan ve öğretide de en çok işlenmiş olan konuların başında “alt işverenlik” gelmektedir¹. Özellikle asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması, unsurları, hukuka uygun kurulup kurulmadığı, asıl iş- yardımcı iş- ağırlıklı iş ayrımları gibi bizatihi bu ilişkiye dair hususlar yıllardır tartışılmaktadır. Çalışma konumuz bakımından önemli olan kısım ise alt işveren işçilerinin ödenmemiş işçilik alacaklarından asıl işverenin de müteselsil sorumlu olmasıdır. Bu müteselsil sorumluluk 4857 sayılı İş Kanunu’nda ve sosyal güvenlik hukuku yönünden primlerin ödenmesi ile alakalı olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda düzenlenmiştir. O halde alt işveren işçilerinin işçilik alacaklarından asıl işverenin müteselsil sorumlu olduğu hususu tartışma dışıdır. Ancak alt işverenin ödemediği işçilik alacaklarının – özellikle de ücretin- asıl işveren tarafından gerek doğrudan gerekse mahkeme kararı ile ödenmesinde birtakım hukuki sorunlar baş göstermektedir. Bu sorunların vergisel boyutu da vardır. Örneğin iş hukuku bakımından müteselsil sorumlu olan kişi vergi hukuku bakımından vergi sorumlusu olacak mıdır? İş hukuku bakımından ücret teşkil ettiğinde şüphe olmayan bu ödeme vergi hukuku bakımından da esasında ücret midir? Asıl işverenin yaptığı ödemeyi alt

¹ Alt işverenlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aykaç, Hande Bahar** (2011) İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, Beta Yayınları, s.3 vd. **Canbolat, Talat** (1992) Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, Kazancı. **Arıcı, Kadir** (2006) “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Toker Dereli’ye Armağan, C:55, S:1, s.486. **Aydınlı, İbrahim** (2015) Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık. **Başbuğ, Aydın** (2016) “Fer’i İşyeri Olarak Alt İşveren İşyerleri ve Alt İşveren İşçisi ile Kurulan Edimden Bağımsız Borç İlişkisi” : Pesok, Abdi (Editör), Emegın Hukuku Kurultayı, 27-28 Mayıs 2015, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, s.125 vd. **Çankaya, O. Güven/Çil, Şahin** (2006) “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:3, s.54 vd. **Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, s.157. **Akyiğit, Ercan** (2011) İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Taşeronluk İlişkisi), Ankara, Seçkin Yayıncılık.

işverene rücu etmiş olması bu soruların cevaplarında bir değişiklik yaratacak mıdır?

Çalışmamız kapsamında öncelikle alt işverenlikte müteselsil sorumluluk hususu incelenecek, ardından iş hukuku ve vergi hukukunun en geniş kesişim kümesini oluşturan Gelir Vergisi Kanunu'nda işveren ve ücret tanımları üzerinden asıl işverenin yaptığı ödemenin hukuki niteliği ve hukuki sonuçları belirlenecektir. Çalışma konusunun kapsamını aştığından alt işverenliğin izahı hususu üzerinde durulmayacaktır.

I. İŞ HUKUKU BAKIMINDAN ALT İŞVERENLİKTE ASIL İŞVERENİN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

Alt işverenlik uygulaması ülkemizde epeyce eski olduğu gibi konuya ilişkin ilk düzenleme de 1937'de yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanunu'nda görülmektedir. Bu Kanun'da alt işverenlik tanımlanmamış, sadece alt işverenlikte müteselsil sorumluluğa yer verilmiştir. 3008 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 1967 tarihli 931 sayılı İş Kanunu da alt işverenliğin tanımına kısmen yer vermiş ancak esasında müteselsil sorumluluğu düzenlemiştir. İptal edilen 931 sayılı Kanun'un 1. maddesinin son fıkrasında “*Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlerinden asıl işveren de birlikte sorumludur.*” hükmüne yer verilmiştir.

931 sayılı Kanun'dan sonra yürürlüğe giren 1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu alt işverenlikle ilgili hükümde 931 sayılı Kanun'un metnini aynen aktarmış ve kendinden önceki iki İş Kanunu gibi alt işverenlik ve unsurlarına dair düzenleme yapmamış; “*müteselsil sorumluluk*” kavramı ile olası problemleri bertaraf etme amacına yönelmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nda “*alt işveren*” ifadesi zikredilmemiş, bu durumu karşılamak üzere “*diğer bir işveren*” ifadesi kullanılmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu, alt işveren kavramını açık bir biçimde tanımlamamış, asıl işverenlerin hangi durumlarda alt işverenin işçilerine karşı sorumlu olacaklarını düzenlemiştir². 1475 sayılı Kanun'da asıl

² Canbolat, s.16.

işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için “belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alma” yeterlidir ve alt işverenin asıl işverenin işyerinde, yardımcı iş–asıl iş ayırımı yapılmaksızın her türlü işi üstlenmesine ilişkin herhangi bir engel bulunmamaktadır. Süreç içerisindeki bu esnek düzenlemeler nedeniyle de kamuya ait işyerleri de dâhil olmak üzere pek çok işyerinde alt işveren uygulamasına gidilmiş ve bazı işyerlerinde asıl işveren işçisinden daha çok alt işveren işçisinin çalıştığı görülmüştür³. Bu serbesti pek çok suiistimali beraberinde getirmiştir. Alt işverene iş verme uygulaması yaygınlık kazanmış ve daha düşük ücret ve daha ağır çalışma koşulları ile ucuz işçi çalıştırmanın ve sendikasılaştırmanın etkili bir aracına dönüşmüştür⁴.

4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanun döneminde ortaya çıkan sorunların önlenmesi amacıyla daha kesin ve ayrıntılı ifadeler içermektedir. Bu nedenle çok daha fazla kriter getirmiştir. Nitekim İş Kanunu’nun 2. maddesinin gerekçesinde “...*Yargıtay’ın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür.*” ifadeleri ile bu duruma yer verilmiştir. Zira alt işverene iş verilmesi temel kural değil, istisna olmalıdır. İş Hukukunda asıl olan, bir işverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile üretimde bulunmasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinde alt işveren kavramı ayrıntılı bir biçimde düzenleme altına alınmıştır. Ancak çalışma konumuzun kapsamını aşacağı için burada yalnızca müteselsil sorumluluğa ilişkin “*Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*” düzenlemesi incelenecektir. Nitekim alt işveren ilişkisinin Türk iş hukuku bakımından en

³ Çankaya/Çil, s.56.

⁴ Güzel, Ali (2004) “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:1, s.36.

önemli sonucu, işçilik hakları bakımından işçiye karşı asıl işverenin ve alt işverenin birlikte sorumlu olmalarıdır⁵.

Bir borç ilişkisinde borçlu taraf tek kişiden ibaret olabileceği gibi birden fazla kişiden de meydana gelebilir. Borç ilişkisinde borçlu sayısının birden fazla olması durumuna “*birlikte borçluluk*” denmektedir⁶. Birlikte borçluluk hallerinde borçlu sayısı çok olsa da edim, alacaklı tarafından müteaddit defalar değil, tek bir defa talep edilebilir⁷. Öğretide her ne kadar farklı sınıflandırmalar olsa da kabul gören sınıflandırmalardan biri birlikte borçluluğu, “*gerçek*” ve “*gerçek olmayan*” birlikte borçluluk şeklinde iki başlık altında incelemektedir. Gerçek birlikte borçluluk hallerinde, borçluluk hukuki sebebi, tek ve aynıdır. Gerçek olmayan birlikte borçlulukta ise borcun hukuki sebebi farklılık göstermektedir. Müteselsil borçluluk gerçek birlikte borçluluk hallerindedir⁸. Müteselsil borçlulukta borcun kaynakları; hukuki işlem, kanun veya mahkeme kararı olabilir⁹.

Asıl işveren ve alt işveren arasında alt işverenin işçilerine karşı olan birlikte sorumluluk hali müteselsil borçluluğun hallerinden biri olan müteselsil sorumluluktur ve burada Türk Borçlar Kanunu’nun müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır¹⁰. Yargı kararlarında da içtihat birliği

⁵ **Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap** (2021) İş Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.86.

⁶ **Akıntürk, Turgut** (1971) Müteselsil Borçluluk, Ankara, Sevinç Matbaası, s.4. **Kapancı, Kadir Berk** (2014) Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.3. **Reisoğlu, Safa** (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s.440. **Canyürek, Murat** (2003) Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.5.

⁷ **Akıntürk**, s.5-6.

⁸ **Kapancı**, s.5.

⁹ **Kapancı**, s.49-52. **Reisoğlu**, s.440. **Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla** (1993) Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s.291-296.

¹⁰ **Akyiğit**, s. 69. **Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s.224. **Bozkurt, Yüksel/ Armağan, Ebru** (2008) “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk ve Sınırları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 9, s.50. **Şahlanan, Fevzi** (2011) “Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları”, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk 55, S:370, s.4. **Tatar, Gülsüm**

oluşan bu konu “*Kanunun kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.*” ifadeleri ile hüküm altına alınmaktadır¹¹. Asıl işverenin müteselsil sorumluluğunda borcun kaynağı kanundur. Bu kanuni düzenlemenin temelinde ise asıl işverenin alt işverenin işçisinin çalışmasından yararlanması karşısındaki hakkaniyet olgusu yatmaktadır¹².

Müteselsil sorumlulukta alacaklı karşısında aynı hukuki sebeple borç altına girmiş birden fazla borçlu bulunmakta olup, bunların her biri alacaklıya karşı borcun tamamından asıl borçlu sıfatıyla sorumludur. Bu borçlulardan biri ifada bulunduğu ve borcu sona erdirdiğinde diğer borçlular da ifa oranında sorumluluktan kurtulmaktadır¹³. Asıl işveren alt işveren ilişkisinde esasında asıl işverenin hukuki sorumluluğunun temeli kanunken, alt işverenin hukuki sorumluluğunun temeli işçi ile arasındaki iş sözleşmesidir¹⁴. Ancak ikisinde de kazandırma sebebi ifa sebebidir. Müteselsil sorumluluk sebebiyle işçi, alacak hakkını, isterse birlikte isterse ayrı ayrı alt işverenin yanında asıl işverene de yöneltebilecektir. İşçi alacaklarından her ikisi de borçludur ancak borçlulardan birinin borcu ifa ettiği oranda diğer borçlunun borcu sona erecektir¹⁵. Bu durum Türk Borçlar Kanunu’nun “Borçluların sorumluluğu” başlıklı 163. maddesinde “*Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.*” şeklinde düzenlenmiştir.

(2017) “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk”, (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.80.

¹¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2007/24560, K:2008/186, T:18.02.2008, www.lexpera.com.tr

¹² **Narmanlıoğlu, Ünal** (2008) “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk” : Uçum, Mehmet (Editör), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, 23-25 Aralık 2007, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.67.

¹³ **Aküntürk**, s.25. **Kapancı**, s.23-24. **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop**, s.288. **Reisoğlu**, s.440. **Eren, Fikret** (2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.811 ve 818.

¹⁴ **Akın, Levent** (2011) “Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği”, AÜHFD, C:4, S:60, s.759.

¹⁵ **Başbuğ/Yücel Bodur**, s. 86.

Müteselsil borçlulukta alacaklı ile borçlular arasında tek bir borç ilişkisinin mi (teklik görüşü) yoksa her bir borçlu sayısınca borç ilişkisinin mi (çokluk görüşü) olduğu konusunda Türk hukuku bakımından çokluk görüşü Türk Borçlar Kanunu'nun 162. maddesinin birinci fıkrası ile kanunen benimsenmiştir. Bu görüş uyarınca müteselsil borçluların her birinin borçlandığı edim ayrı olabilir. Ancak borçlulardan her birinin borcu birbirinden tamamen bağımsız olmayıp aynı amaca (ifa amacı) yöneldikleri için yarışma halindedir. Alacaklı da bu nedenle malvarlığında tek bir alacak kalemi olarak yer alan bu alacağını borçlulardan dilediğinden talep edebilir, ancak borçlulardan birinin borcu ifa ettiği oranda diğer borçlunun borcu sona erecektir¹⁶.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde işçinin alt işverenlik ilişkisi içerisinde doğan işçilik alacaklarının muhatabı kural olarak alt işverendir. Ancak alt işveren işçileri, alt işveren tarafından ifa edilmemiş alacaklarını asıl işverenden talep edebilir. Alt işveren tarafından ödenmiş veya henüz doğmamış işçilik alacaklarından asıl işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁷. Belirtilmelidir ki işçilerin işvereni sözleşmenin tarafı olan alt işverendir. Esas sorumluluk alt işverene ait olduğundan dolayı, asıl işverenler, alt işverenin işçilerine yaptıkları ödemeleri alt işverene rücu edebileceklerdir.¹⁸

II. ASIL İŞVERENİN VERGİ HUKUKUNDAKİ YERİ

İş Kanunu'nun 2. maddesi asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğunu düzenler. Bu hüküm sorumluluğu tespit ederken sınırını da belirler. Şöyle ki; alt işverenin işçileri ile sözleşmesinden temelde üç farklı hukuki ilişki doğar. Bunlar işçi ile işçilik alacaklarını içeren hukuki ilişki,

¹⁶ **Tatar**, s.9. **Kırca, Çiğdem** (2006) "Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, s.643.

¹⁷ **Tatar**, s.86. **Narmanlıoğlu**, s.71.

¹⁸ **Çil, Şahin** "Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi": Güzel, Ali/Ugan, Deniz (Editör), İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, s.30.

devlet ile vergi sorumluluklarını gerektiren hukuki ilişki ve ayrıca sosyal güvenlik borçlarını doğuran hukuki ilişkidir. Bu ilişkiler ve bunlardan doğan yükümlülükler farklı kanunlardan doğan, farklı hukuki sebeplere dayanan borçlardır. Dolayısıyla aynı maddi sebepten doğmakla birlikte birbirlerinden müstakildir.

Asıl işverenlik kurumunun sınırı, asıl işverenin, alt işverenin bu ilişkilerinden hangilerinden kaynaklanan sorumluluklarına dâhil olduğunu belirler. İş Kanunu'nun 2. maddesine göre asıl işveren, salt işçilere karşı İş Kanunu'ndan veya sözleşmelerden doğan borçlarla sınırlı olarak sorumludur. Hüküm, alt işverenin, iş sözleşmeleri nedeniyle gerek vergi kanunlarından gerekse sosyal güvenlik hukukundan doğan yükümlülüklerine ilişkin sorumlulukları düzenlemez. Bu nedenle, asıl işverenin, bu niteliği itibarıyla değil, bizzat kendi hukuki statüleri nedeniyle vergi hukukunda sorumlu olup olmadığı, vergi kanunları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Vergi hukukunda asıl işverenin vergisel sorumluluğunu düzenleyen açık ve doğrudan bir hüküm bulunmaz. Dolayısıyla asıl işverenin ve işçilere yapacağı ödemenin var olan kurallar bakımından niteliği belirlenmelidir¹⁹. Bu bağlamda sorumluluk kaynağı olabilecek işveren-hizmet erbabı ilişkisi ve bu ilişki kapsamında stopaj yükümlülüğünün şartlarını incelemek gerekir.

Öncelikle, asıl işveren vergi hukuku bakımından işveren niteliğinde değildir. Zira vergi hukukunun belirlediği işverenlik şartları asıl işverenlik bakımından sağlanmamaktadır. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda asıl işveren tanımlanmamıştır. Bu Kanun'da yalnızca işverenin tanımı bulunmaktadır. Gelir Vergisi Kanunu'nun "İşverenin Tanımı" başlıklı 62. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*İşverenler, hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dâhilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerdir*". İlgili düzenlemede dikkat çeken husus işverenin iş sözleşmesi bağı ile sınırlandırılmadığı, bu yönüyle Gelir Vergisi Kanunu'ndaki işveren tanımının İş Kanunu'ndaki işveren tanımından daha geniş bir tanım olarak değerlendirilmesi gerektiğidir²⁰.

¹⁹ **Topçuoğlu, Hamide** (1949) "Tavsif İhtilafları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, s.81.

²⁰ **Yücel Bodur, Mehtap** (2018) İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, İstanbul, Beta Yayınları, s.10.

Bu tanım doğrultusunda tartışılması gereken sorun, tanımını verilmeyen “*asıl işveren*”in bu Kanun bakımından “*işveren*” kavramına dâhil edilerek sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bunun için de iki husus incelenmelidir. İlk olarak alt işverenin işçisini asıl işveren mi işe almaktadır? İkinci olarak alt işverenin işçisi asıl işverenin emir ve talimatları dâhilinde mi çalışmaktadır?

Söz konusu soruların ilkinde olumsuz cevap vermekte şüpheye mahal verecek bir durum yoktur. Ancak ikinci sorunun cevabı öğretilerde de tartışılmaktadır. Asıl işverenin alt işverenin işçilerine emir ve talimat verip veremeyeceği konusunda bir görüş, herhangi bir ayırım yapmaksızın asıl işverenin alt işverenin işçilerine emir ve talimat veremeyeceğini savunurken²¹; bir diğer görüş konuyu işin görülmesine ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar olarak ikiye ayırarak değerlendirmektedir²². Asıl işverenin alt işveren işçisine iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda düzenlenmiş olan talimatları verebilmesi hali dışında işin görülmesi hakkında talimat veremeyeceği konusunda öğretici görüş birliği içindedir. Aksi halde asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa söz konusu olacaktır²³. Ancak asıl işverenin alt işverenin işçisine işyeri düzenine ilişkin talimatlar verip veremeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre asıl işveren işçiye işyeri düzenine ilişkin talimat veremeyecektir, zira aralarında iş sözleşmesi bulunmamaktadır²⁴. Bir başka görüşe göre ise işyeri düzenine ilişkin olarak asıl işveren alt işverenin işçisine talimat verme yetkisine sahiptir²⁵.

Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında, “*Davalı Sağlık Bakanlığı’nun hastane işyerinde ihale ile verdiği temizlik hizmet işi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2/6 maddesi anlamında yardımcı iş olup, alt işverene verilebilecek*

²¹ Arıcı, s.505. Aykaç, s.238.

²² Çankaya/Çil, s.31. Soyer, Polat (2006) “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:1, s.17.

²³ Soyer, s.17. Aykaç, s.238. Yücel Bodur, s.285.

²⁴ Aykaç, s.238. Arıcı, s.505. Taşkent, Savaş (1981) İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, Met-Er Matbaası, s.62.

²⁵ Soyer, s.17. Çankaya/Çil, s.31. Engin, Murat (2008) “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, 06-07.06.2008, s.20.

işlerdendir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işveren üstlendiği işi, sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Bir başka anlatımla, yönetim hakkı tamamen kendi yetkisindedir. Asıl işverenin sadece denetim yetkisi vardır. Alt işveren çalıştıracağı işçileri kendisi işe alır, kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır ve işten çıkarmada da yetkili kendisidir.” ifadeleri ile asıl işverenin alt işverenin işçilerini işe alma ve onlara emir ve talimat verme gibi yetkilerinin bulunmadığını hüküm altına almıştır²⁶.

Kanaatimizce bu karar isabetlidir. Zira Türk hukukunda alt işveren işçilerinin asıl işveren tarafından yönetim hakkı kullanılarak çalıştırıldığı durumlar için Kanun’da açık hüküm bulunduğundan muvazaadan söz edilecektir²⁷. O halde “asıl işveren “in Gelir Vergisi Kanunu anlamında “işveren” olarak telakki edilmesi mümkün değildir.

III. İŞ HUKUKU BAKIMINDAN ASIL İŞVERENİN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNE ÜCRET ÖDEMESİNİN VERGİ HUKUKUNDA KARŞILIĞI

İş görme borcunun karşılığını oluşturan ücret, işverenin işçiye karşı en temel borcudur. İş Kanunu’nun “Ücret ve ücretin ödenmesi” başlıklı 32. maddesine göre, “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.” O halde ücret, mutlaka nakden ödenen bir meblağ olmalıdır. Ücretin ödeme yeri kural olarak işyeridir. İşyerleri ve işletmelerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulandığı işverenler ile üçüncü kişiler, Türkiye genelinde çalıştırdıkları işçi sayısının en az beş olması halinde, çalıştırdıkları işçiye o ay içinde yapacakları her türlü ödemenin kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlüdürler (Türk Borçlar Kanunu 407. maddesi dolayısıyla, Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik 10. maddesi).

²⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E: 2007/309, K: 2007/1006, T: 29.1.2007. www.lexpera.com.tr
Yücel Bodur, s.286.

²⁷ Yücel Bodur, s.287.

Söz konusu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere işçinin ücreti üçüncü bir kişi tarafından da ödenebilir. Bu konuda İş Kanunu'nda açık hüküm olmasaydı dahi Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesi uyarınca aynı sonuca ulaşılabilecekti. Nitekim borçlu, borçlanılan edimi şahsen ifa etmek zorunda değildir ve borç üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilir. Borcun üçüncü kişi tarafından ifası, borçlunun şahsen ifa zorunluluğunun bulunmadığı maddi edimlerde mümkündür. İş görme borcunun karşılığı olarak kabul edilen ve işverenin borçları arasında yer alan ücret ödeme borcu, maddi edim içermektedir. Bu borç şahsen yerine getirilmesini gerektiren bir menfaat olmadığından sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, ücret ödeme borcu, üçüncü kişi tarafından ifa edilebilecektir²⁸.

İşçi bakımından bir üçüncü kişi olan asıl işverence alt işveren işçilerinin ücretlerinin ödenmesi iş hukuku bağlamında müteselsil sorumluluk kapsamındadır. Ancak izah edildiği üzere Gelir Vergisi Kanunu'nda asıl işveren tanımlanmadığı gibi, işveren kavramı kapsamı içinde de değerlendirilememektedir.

Gelir Vergisi Kanunu'nda işveren-hizmet erbabı ilişkisi ücrete ilişkin maddelerde düzenlenir. Kanun'un 61. maddesine göre ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. Hüküm, herhangi bir ödemenin ücret olarak nitelenebilmesi için gereken şartları belirler²⁹. Bu bakımdan ücretten bahsedebilmenin şartları aşağıdaki gibidir³⁰:

- a) İş görenin, işverene tabi olması,
- b) Belli bir işyerine bağlı olarak çalışılması,
- c) Hizmet erbabının hizmet ifa etmesi,
- d) Ödemenin bir hizmet karşılığı yapılmış olması,

²⁸ Başbuğ/Yücel Bodur, s.79.

²⁹ Sözer, Ali Nazım (2017) Hukukta Yöntembilim, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 62.

³⁰ Gelirler Genel Müdürlüğü (1949), Gelir Vergisi Kanunu ve İzahları, İstanbul, Ege Matbaası, s.189. Turgay, Recep (1967) Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikatı, 3. Baskı, Ankara, Güven Basımevi, s.453.

- e) Ödemenin para, ayın veya para ile temsil edilen menfaatler şeklinde yapılması.

Sayılan şartlardan görüldüğü üzere, bir ödemenin ücret sayılması, buna dayanak teşkil eden hizmetin yapılmış olmasına bağlıdır. Bu hizmet ise işverene karşı ifa edilmelidir³¹. Ayrıca ödemenin de bu hizmetin karşılığı yapılması gerekir³². Bir hizmetin ifa edilmediği veya hizmet karşılığında olmadığı durumda ödeme ücret olarak nitelenemez³³. İş Kanunu'ndaki ücret tanımı ile Gelir Vergisi Kanunu'ndaki ücret tanımı karşılaştırıldığında, vergi hukukundaki tanımın nakden ödemeler yanında, işverence sağlanan her türlü menfaat de ücret kapsamında değerlendirildiğinden çok daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir³⁴.

Öte yandan, hiçbir hukuk kuralı kanun içinde tek başına bulunmaz, kurallar birbirleri yanında bağlantısız olarak yer almaz. Bu bakımdan bir kavramın değerlendirilmesinde kanunun diğer hükümleri ile anlamsal bağlantısı dikkate alınmalıdır³⁵. Gelir Vergisi Kanunu'nun 63. maddesine göre ücretin gerçek safi değeri, işveren tarafından verilen para ve ayınlarla sağlanan menfaatler toplamından bu maddedeki indirimler yapıldıktan sonra kalan miktardır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 86. maddesinde ise tek işverenden alınmış ve tevkif suretiyle vergilendirilmiş ücretlerin toplamaya katılmayacağı belirtilir. Gelir Vergisi Kanunu'nun 97. maddesine göre işverenler, hizmet erbabına ödedikleri ücretlerden m.94 gereğince yaptıkları vergi tevkifatını Vergi Usul Kanunu'nda yazılı ücret bordrosunda veya bordro yerine geçen diğer kayıtlarda göstermeye mecburdurlar. Bu bakımdan bir ödemenin ücret olarak nitelendirilebilmesi için ödemenin işveren tarafından yapılması koşuluna da Gelir Vergisi Kanunu'nun ücrete ilişkin diğer maddelerinin sistematik yorumuyla ulaşılabilir. Ücretin tanımında yer alan işveren ise, Kanun'un 62.

³¹ Turgay, s.453.

³² Gelir İdaresi Başkanlığı (2022) Ücret Rehberi, s.8.

³³ Turgay, s.454. Erginay, Akif (1979) Vergi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, s.168.

³⁴ Ekin, Ali/Topçu, K. Melis (2016) "İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:8, s.117.

³⁵ Sözer, s.104

maddesine göre hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dâhilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerdir.

IV. ASIL İŞVEREN TARAFINDAN YAPILAN ÖDEMENİN HUKUKİ NİTELEMESİ

Ücretin unsurları belirlendikten sonra bunların asıl işverenin İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca yapacağı ödemede bulunup bulunmadığı incelenebilir.

Asıl işverenin, İş Kanunu'nun 2. maddesi nedeniyle yaptığı ödemenin bu şartları karşıladığı takdirde ücret hukuki niteliğinde olduğu söylenebilecektir³⁶. Yapılan bir ödeme bu şartları taşımadığı takdirde, iş hukuku açısından ücret olarak değerlendirilse bile gelir vergisi açısından ücretten bahsedilemeyecektir³⁷. Zira her hukuk dalının belli bir konuyu kendi amaçları açısından farklı kavram ve kurullarla düzenlenmesi mümkündür ve bu mutlak bir yetkidir³⁸. Vergisel sonuçlar açısından da vergi hukukuna ait kavramlar belirleyicidir³⁹.

Nitekim Gelir Vergisi Kanunu'nun 62. maddesinin ikinci fıkrasına göre, 61. maddenin 1 ila 6 numaralı bentlerinde yazılı ödemeleri yapanlar bu Kanun'da yazılı ödevleri yerine getirmek bakımından işveren hükmündedir. Bu madde, işveren olmanın şartlarını sağlamamakla birlikte, işveren olmaya bağlanan birtakım yükümlülükler bakımından işveren sayılanları açıkça düzenlemektedir. Bu durum aralarında iş sözleşmesi olmadan bir kişinin salt ücret sayılan bir ödemeyi yapması nedeniyle kendiliğinden işveren olmayacağını, kanunun bunu açıkça düzenleme gereği duyduğunu göstermektedir. Dolayısıyla asıl işveren, hem genel şartları sağlamaması hem de

³⁶ **Işıқтаç, Yasemin/ Metin, Sevtap** (2012) Hukuk Metodolojisi, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s.108. **Hırş, Ernst** (1989) Pratik Hukukta Metot, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.2.

³⁷ **Özbalcı, Yılmaz** (2005) Gelir Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş Yayıncılık, s.500.

³⁸ **Tekinalp, Ünal** (1976) "Ticaret Hukuku ile Vergi Hukuku Arasındaki Çelişki Sorunu", İktisat Maliye Dergisi, C:23, S:1, s.29.

³⁹ **Saban, Nihal** (2014) Vergi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.209.

işveren olarak sayılanlardan olmaması dolayısıyla vergi hukuku bakımından işveren değildir.

Asıl işveren ile işçiler arasında doğrudan bir hizmet ilişkisi de bulunmaz. Bu nedenle asıl işverenin yaptığı ödeme işçiler tarafından kendisine yapılan bir hizmet karşılığında değildir. Bu bakımdan ücretin sayılan unsurlarından hizmet ilişkisi ve ödemenin hizmet karşılığında olması hususları da gerçekleşmez.

Bu bağlamda asıl işveren Gelir Vergisi Kanunu'nun 62. maddesi kapsamında işveren olmadığı gibi; alt işverenin işçilerine yaptığı ödeme de Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesine göre ücret hukuki niteliğinde değildir.

Dolayısıyla asıl işverenin, hizmet erbabına ödenen ücretlerden tevkifat sorumluluğunu düzenleyen Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinin birinci fıkrasının birinci alt bendi gereğince, vergi dairesine karşı alt işverenin işçilerine yaptığı ödemelerden kesinti yaparak ödeme yükümlülüğü de söz konusu değildir. Nitekim anılan 94. maddeye göre, tüccar, serbest meslek erbabı ve çiftçilerin yapacakları tevkifat; ticari, mesleki ve zirai işleriyle ilgili ödemelerine münhasırdır. Alt işverenin işçileri ile aralarında bir sözleşme olmaması ve kendi ticari faaliyetiyle ilişkili bulunmaması nedeniyle de asıl işveren, bu işçilere yaptığı ödemeden tevkifat yapmakla yükümlü değildir.

Yukarıda da izah edildiği üzere, İş Kanunu kapsamında asıl işverenin yaptığı ödeme müteselsil sorumluluğun bir gereğidir. İşçilerin, alt işverenden elde edemedikleri ücret kayıplarının giderilmesine yöneliktir. Asıl işverenin, işçilere karşı sorumluluğu alt işvereninki ile sınırlıdır. İşçilerin alt işverenden olan alacakları ise net ücretleridir. Net ücret ilgili mevzuat hükümlerine göre vergi ile sosyal güvenlik primi ve varsa diğer kesintiler yapıldıktan sonra hesaplanarak ödenen tutardır⁴⁰. Yargıtay kararlarında işçinin alacaklarının net olarak mı brüt olarak mı hüküm altına alınması gerektiği konusunda “*Kural olarak işçilik alacakları brüt olarak hüküm altına alınmalıdır. Ancak davacının*

⁴⁰ **Evcil, Cahit/ Göktaş, Kerem** (2010) Tüm Yönleriyle Ücretlendirme ve Bordrolama Esasları, İstanbul, Legal Yayınevi, s.69. **Mülayim, Baki Oğuz** (2018) “İşçi Alacaklarına İlişkin Davalarda Net Tutar Yerine Brüt Tutar Üzerinden Karar Verilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:2, s.464.

alacaklarını net miktarlar üzerinden talep etmesi hâlinde hüküm fıkrasında talep dikkate alınarak alacaklara net olarak hükmedilmelidir. Başka bir deyişle, ister brüt, ister net miktarlar talep edilsin her iki durumda da hüküm altına alınan alacak miktarları gösterildikten sonra net mi yoksa brüt mü olduğu hüküm fıkrasında açıkça belirtilmelidir. Aksi hâlde mahkemece hüküm altına alınan işçilik alacaklarının hesaplama sırasında gerekli vergi kesintilerinin ve diğer hususların doğru uygulanıp uygulanmadığı, başka bir deyişle hükme esas alınan bilirkişinin hesaplama şekli sonucunda tespit edilen net miktarların doğru belirlenip belirlenmediğinin temyiz mercii olan Yargıtay tarafından denetimi de mümkün olmayacaktır. Bu durumda mahkemece gerekçede hüküm altına alınan miktarların net mi brüt mü olduğunun belirtilmesi yeterli olmayıp hüküm fıkrasında da hüküm altına alınan alacakların net ya da brüt olduğu açıkça yazılmamıştır.” ifadeleri ile hüküm tesis edilmektedir⁴¹. Yerleşik içtihatlara göre işçi alacakları brüt olarak hesaplanmalı; ancak infaz aşamasında net miktar üzerinden icra takibine gidilmelidir⁴². Bu bakımdan yapılacak vergi kesintisi açısından işçinin bir alacağından bahsedilemez. İşveren, bu tutar bakımından bizzat vergi dairesine karşı sorumludur. Bu bağlamda, İş Kanunu’nun 2. maddesinin lafzi yorumundan, alt işverenin işçiye karşı yükümlülüğünün net ücreti ödemekle sınırlı olduğu çıkarılabilecektir. Asıl işveren, işçinin alacağı olan net ücreti ödemekle, daha doğrusu net ücreti kadar bir ödemeyi tazmin etmekle İş Kanunu’nun 2. maddesinden kaynaklanan müteselsil sorumluluğunu yerine getirmiş olacaktır. Bu bakımdan vergi hukuku yönünden asıl işverenin ödemesinin, ücret değil tazminat niteliğinde olduğu söylenebilecektir.

Öte yandan asıl işverenlik kavramsal ve kurumsal olarak salt alt işverenin işçilerine ödenmeyen alacaklarından dolayı sorumluluk öngören iş hukuku kaynaklı bir hukuki bağı ifade eder. İş hukukunun işçi lehine tavrının bir uzantısı olan hüküm, işçinin güçsüzlüğünü düşünüp onu korumak için işçi alacağı bakımından işçiye asıl işverene müracaat etme hukuki olanağı tanımıştır. Nitekim madde gerekçesinden, alt işveren-asıl işveren ilişkisi ile

⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2019/9-157, K: 2019/1051, T: 10.10.2019 www.lexpera.com.tr

⁴² **Mülayim**, s.470.

işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin engellenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Hükmün amaçsal yorumundan da anlaşılacağı üzere asıl işverenin sorumluluğu işçinin alacakları bakımından olup vergi alacakları için devlete karşı sorumluluklara da teşmil edilemez.

Bu cümleden olmak üzere asıl işveren olarak müteselsil sorumluluğun sınırı bakımından sosyal güvenlik hukukunda yer alan özel bir düzenlemeden bahsedilebilir. 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca asıl işveren, bu Kanun'un işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur. Sosyal güvenliğe ilişkin yapılan bu düzenleme, İş Kanunu'nda yer alan sorumluluğun kamusal sorumlulukları kapsamadığına açık bir delil teşkil eder. Bu nedenle 5510 sayılı Kanun'da yeniden ve açıkça sosyal sigorta primleri bakımından müteselsil sorumluluk öngörülmiştir. Öte yandan, vergi hukukunun karakteristiği nedeniyle vergi mükellefiyetine ve sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ancak kanunla yapılabilir⁴³. Ayrıca vergi hukukunda kıyas yasağı söz konusudur⁴⁴. Bu sebeple yasallık ilkesi ve kıyas yasağı gereğince hem İş Kanunu'ndaki sorumluluk hem de sosyal güvenlik hukuku ile benzerlikler olsa dahi 5510 sayılı Kanun'daki sorumluluk vergisel bir sorumluluğa genişletilemez.

Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca; "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*" Anayasal bir ilke olarak vergi hukukunun temel yapı taşlarından biri "kanunilik ilkesi"dir. Kanunilik ilkesi, Gelir Vergisi Kanunu açısından bir kaynağın vergilendirilebilmesi için o kaynağın Kanun'da yer alan kazanç ve iratlar arasında sayılmasını gerektirir. Ayrıca bu ilke, vergi kanunlarında yer alan ifade ve tanımların açık ve anlaşılır olmasını da zorunlu kılmaktadır. Ancak öğretilerde de haklı olarak belirtildiği üzere Gelir Vergisi Kanunu'nda bu anlamda boşluklar, kavramsal kargaşalar ve yanlış uygulamalara mahal verecek düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁵. Boşluk bulunan hallerden biri de asıl işveren

⁴³ Güneş, Gülsen (2014) Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Basım, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.140.

⁴⁴ Kaneti, Selim (1989) Vergi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, s.41.

⁴⁵ Ekin/Topçu, s.146.

tanımlaması ve asıl işverenin alt işverenin işçilerine yaptığı ödemedir. Hâkim, anayasal kanunilik ilkesi nedeniyle vergi hukukunda kendisi bir kural yaratmak suretiyle boşluğu doldurma ve hukuk yaratmak yoluna gidemeyecektir. Vergi hukukunda böylesi durumlarda yegâna çare kanun koyucu tarafından düzenleme boşluğunun giderilmesidir⁴⁶. Bu boşluk giderilinceye değin asıl işverenin alt işveren işçisine yaptığı ödemenin niteliği Gelir Vergisi Kanunu anlamında ücret olarak sayılamayacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, asıl işverenin İş Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında alt işveren işçilerinin ücret alacaklarına karşılık yapacağı ödemeden dolayı Gelir Vergisi Kanunu kapsamında tevfiikat sorumluluğu bulunmaz. Ancak bu durum, asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasındaki hukuki ilişki ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle asıl işverenin işçiye yaptığı ödemenin hukuki niteliği, kendisi açısından kanundan doğan bir tazminat borcudur. Ancak asıl işverenin işçiye yaptığı bu ödeme, İş Kanunu'nun 32. maddesine göre işçi açısından ücret hukuki niteliğindedir. Bu ödemenin işçi açısından ücret olması, alt işverenden olan ücret alacağının ifa edildiğini, alt işverenin ücret borcunun sona erdiğini ifade eder. Nitekim müteselsil sorumluluğun doğal sonucu da budur. Dolayısıyla bu ödeme Gelir Vergisi Kanunu'nun 2. ve 61. maddeleri bağlamında işçi bakımından ücret olarak vergiye tabidir. Ancak bu ücretin vergisel sorumlulukları, asıl işverende değil alt işverendedir. Diğer bir ifadeyle asıl işveren işçiye net ücreti ödeyerek müteselsil sorumluluğunu sona erdirse bile, alt işverenin bunun vergisinin ödenmesinden vergi dairesine karşı sorumluluğu devam eder.

SONUÇ

Kanuna uygun kurulmuş bir alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin işçisi ile kurduğu sözleşmeden doğan üç ilişkisi ve üç ayrı sorumluluğu bulunmaktadır. Bunlar işçi ile işçilik alacaklarına yönelik ilişki, devlete karşı vergisel sorumlulukları ve sigorta primlerinin ödenmesi sorumluluğudur. İş Kanunu'nun 2.maddesi ile işçinin zayıf taraf oluşunu düşünüp onu korumak

⁴⁶ Arıtı Erdem, İmran (2016) "Vergi Hukukunda Hakimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma", YBHD, S:2, s.16.

için işçilik alacakları bakımından işçiye asıl işverene müracaat etme hukuki olanağı tanınmıştır. Ancak asıl işverenin, işçiye ödeme yapması hususunda özel bir vergi hukuku düzenlemesi olmadığı için vergisel bir hukuki ilişki ve bundan doğan vergisel bir tevkifat yükümlülük doğmaz.

İş hukukundaki işçinin korunması ilkesi, gelir vergisi hukuku açısından geçerli kılınmaz. Zaten asıl işverenlik, alt işverenin işçilerine ödenmeyen alacaklarından dolayı ödeme yükümlülüğünden oluşan, bunu içeren iş hukuku kaynaklı bir hukuki statüdür. Diğer bir ifadeyle asıl işverenlik vergi hukukuna ait yahut vergi kanunlarında düzenlenmiş bir kavram değildir. Asıl işverenlik statüsünden doğan iş hukuku sorumlulukları vergi hukukuna teşmil edilemez. Vergisel sorumluluk kanunla konur ve buna ilişkin vergi kanunlarında özel kural bulmak lazım gelir. Kıyasla mükellefiyet ve sorumluluk kurulamaz. Nasıl ki Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca icra dairelerinin mükellefiyeti özellikle düzenlenmiştir, aynı şekilde asıl işverenin alt işveren işçilerine yaptığı ödemedeki gelir vergisi ödemesi yapılabilmesi için de açık düzenleme gerekir. Vergi sorumluluğu, alt işverenlik sözleşmesinde de asıl işverene transfer edilemez. Zira iç ilişkideki mükellefiyet ve sorumluluğa ilişkin sözleşmeler vergi dairelerini bağlamayacaktır.

O halde asıl işverenliğin gerçek mahiyeti bakımından vergi kanunlarında buna uygun bir hukuki kurum bulmak gerekir. Bir işverenin (alt işverenin) borcu olan bir ödemeyi yapan üçüncü kişinin (asıl işveren) vergi hukukundaki hukuki niteliği ya işverendir ya vergi sorumlusudur. Ancak 62. madde şartları gerçekleşmediğinden asıl işveren, Gelir Vergisi Kanunu bakımından işveren değildir.

Asıl işverenin işçiye net ücretine karşılık ödeme yapması, vergi hukuku bağlamında, kendisi açısından kanundan doğan bir tazminat borcudur. Hukuken bu durum bir başkasının (alt işverenin) borcunu ödemek olduğundan, alt işverene rücu hakkı bulunur. Bu bakımdan asıl işverence tazminat olarak ödenen bu ödeme Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesindeki ücret için öngörülen stopaj yükümlülüğüne de tabi değildir. Dolayısıyla asıl işveren vergi sorumlusu değildir, stopaj yükümlülüğünü yükleyen özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca asıl işverenin stopajı ödemesi, fazladan vergi kadar daha bir mali yüke katlanması demektir. Rücu edemediği veya

etmediği durumda, bu yük kendisinde kalacak ve bunu gider olarak göstermek bakımından da sorun yaşayacaktır.

Asıl işverenin işçilik alacaklarına ve sosyal sigorta primlerine ilişkin müteselsil sorumluluğu ise 5510 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Vergi hukukunda kıyas yasağı bulunduğundan bu sorumluluğun vergisel yükümlülüklerle sirayeti söz konusu olamayacaktır. Vergisel sorumluluk kanunla konur ve buna ilişkin vergi kanunlarında özel düzenleme yapılması gerekir.

Asıl işverenin ödediği net ücretin kendisi bakımından tazminat niteliğinde olması, kendisinin vergisel sorumluluğu olmaması sonucu bakımından anlam ifade eder. Oysa asıl işverenin işçiye yaptığı bu ödeme, iş hukukuna göre işçi açısından ücret geliri niteliğindedir. İşçi açısından ücret olması, alt işverenden olan ücret alacağının ifa edildiğini göstermektedir ve alt işverenin ücret borcunun, işçinin ise ücret alacağının sona ermesini sağlar. Nitekim müteselsil sorumluluğun doğal sonucu da budur. Dolayısıyla bu ödeme işçi bakımından hala ücrettir ve vergiye tabidir. Ancak bu ücretin vergisini asıl işveren değil, alt işveren ödemekle yükümlüdür. Son olarak asıl işverenin işçilere yapacağı ödemedeki dolayı, kendi ücret ödeme borcu sona eren alt işverenin, vergi dairesine karşı vergi tevkifatı sorumluluğu devam etmektedir ve bu ödemeye ilişkin vergiden dolayı alt işverenin takip edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent** (2011) “Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği”, AÜHFD, C:4, S:60, s.733-774.
- Akıntürk, Turgut** (1971) Müteselsil Borçluluk, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Akyiğit, Ercan** (2011) İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Taşeronluk İlişkisi), Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Arıcı, Kadir** (2006) “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkinin Sınırlandırılması Sorunu”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Toker Dereli’ye Armağan, C:55, S:1, s.485-509.
- Arıtı Erdem, İmran** (2016) “Vergi Hukukunda Hakim Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma”, YBHD, S:2, s.1-16.
- Aydınlı, İbrahim** (2015) Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Aykaç, Hande Bahar** (2011) İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, Beta Yayınları.
- Başbuğ, Aydın** (2016) “Fer’i İşyeri Olarak Alt İşveren İşyerleri ve Alt İşveren İşçisi ile Kurulan Edimden Bağımsız Borç İlişkisi”: Pesok, Abdi (Editör), Emeğin Hukuku Kurultayı, 27-28 Mayıs 2015, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, s.125-143.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap** (2021) İş Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Bozkurt, Yüksel/ Armağan, Ebru** (2008) “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk ve Sınırları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 9, s.47-55.
- Canbolat, Talat** (1992) Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, Kazancı.
- Canyürek, Murat** (2003) Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Çankaya, O. Güven/Çil, Şahin** (2006) “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:3, s.54-80.

- Çil, Şahin** (2009) “Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”: Güzel, Ali/Ugan, Deniz (Editör), İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, s.5-126.
- Ekin, Ali/Topçu, K. Melis** (2016) “İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:8, s.115-149.
- Engin, Murat** (2008) “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi, 06-07.06.2008, s.14-40.
- Eren, Fikret** (2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Erginay, Akif** (1979) Vergi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi.
- Evcil, Cahit/ Göktaş, Kerem** (2010) Tüm Yönleriyle Ücretlendirme ve Bordrolama Esasları, İstanbul, Legal Yayınevi.
- Gelirler Genel Müdürlüğü** (1949) Gelir Vergisi Kanunu ve İzahları, İstanbul, Ege Matbaası.
- Gelir İdaresi Başkanlığı** (2022) Ücret Rehberi.
- Güneş, Gülsen** (2014) Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Basım, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Güzel, Ali** (2004) “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:1, s.31-65.
- Hırş, Ernst** (1989) Pratik Hukukta Metot, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- İşıktaç, Yasemin/ Metin, Sevtap** (2012) Hukuk Metodolojisi, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi.
- Kaneti, Selim** (1989) Vergi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi.
- Kapancı, Kadir Berk** (2014) Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

- Kırca, Çiğdem** (2006) “Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, s.641-677.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Mülayim, Baki Oğuz** (2018) “İşçi Alacaklarına İlişkin Davalarda Net Tutar Yerine Brüt Tutar Üzerinden Karar Verilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:2, s.455-484.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2008) “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk”: Uçum, Mehmet (Editör), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, 23-25 Aralık 2007, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.53-72.
- Özbalcı, Yılmaz** (2005) Gelir Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş Yayıncılık.
- Reisoğlu, Safa** (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayınları.
- Saban, Nihal** (2014) Vergi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Soyer, Polat** (2006) “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Kurulması ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:1, s.16-28.
- Sözer, Ali Nazım** (2017) Hukukta Yöntembilim, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları.
- Şahlanan, Fevzi** (2011) “Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları”, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk 55, S:370, s.2-5.
- Taşkent, Savaş** (1981) İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, Met-Er Matbaası.
- Tatar, Gülsüm** (2017) “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk”, (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tekinalp, Ünal** (1976) “Ticaret Hukuku ile Vergi Hukuku Arasındaki Çelişki Sorunu”, İktisat Maliye Dergisi, C:23, S:1, s.29-31.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla (1993) Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi.

Topçuoğlu, Hamide (1949) “Tavsif İhtilafları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:6, S:1, s.80-141.

Turgay, Recep (1967) Gelir Vergisi Kanunu ve Tatbikatı, 3. Baskı, Ankara, Güven Basımevi.

Yücel Bodur, Mehtap (2018) İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, İstanbul, Beta Yayınları.

Yargı kararları için: www.lexpera.com.tr

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2007/24560, K:2008/186, T:18.02.2008.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi E: 2007/309, K: 2007/1006, T: 29.1.2007.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E:2019/9-157, K:2019/1051, T: 10.10.2019.

KARAR İNCELEMELERİ

İTİRAZIN İPTALİ DAVASINI DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN BİR YARGITAY KARARININ İNCELENMESİ*

Arş. Gör. N. Şeyma AKYEL**

ÖZET

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na 5/A maddesi eklenerek ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Anılan düzenlemede kullanılan ifade, kuralın farklı şekilde anlamlandırılmasına müsait olup bölge adliye mahkemeleri nezdinde farklı uygulamalar doğmasına sebep olmuştur. İnceleme konusu karar, ticari niteliği haiz itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kuralına tabi olup olmadığı hususunda bölge adliye mahkemelerince verilen farklı yöndeki kararların uyumlaştırılması talebi üzerine Yargıtay 23. Hukuk Dairesi tarafından tesis edilmiştir. Kararda, dava şartı arabuluculuk uygulamasının avantajlarına işaret edilerek bir miktar para ödemesine ilişkin alacak ve tazminat talebine dayanan itirazın iptali davasının bu uygulamaya tabi olduğu görüşü benimsenmiştir. Oysa, hukuki niteliği itibarıyla icra hukukuna özgü bir dava olan ve ilgili olduğu icra takibi ile sıkı bağlantı içerisindeki itirazın iptali davasını başka herhangi bir değerlendirme yapmadan bu uygulamaya tabi tutmak, düzenleme ile amaçlananın aksine yargılamanın hızlı ve masrafsız şekilde çözülmesi amacından uzak sonuçlar doğmasına sebebiyet verebilir.

Anahtar Kelimeler: İtirazın İptali Davası, Arabuluculuk, Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İlamsız İcra Takibi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1111885; Geliş Tarihi: 01.05.2022 – Kabul Tarihi: 24.08.2022. Makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, nsakyel@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4450-4169.

AN ANALYSIS OF THE COURT OF CASSATION'S DECISION WHICH ACCEPTS THAT THE ACTION FOR ANNULMENT OF OBJECTION IS SUBJECT TO COMPULSORY MEDIATION

ABSTRACT

The Code of 7155 has added the rule of compulsory mediation to the Turkish Commercial Code. It's regulated that some commercial disputes are subject to the mediation process just before filing a lawsuit. This regulation mainly aspires to enable the parties to get rid off the contradictions in a short term with less expenses. However, the action for annulment of objection related to commercial disputes may not appropriate for the compulsory mediation. The decision enacted by the Court of Cassation, argued that the action for annulment of objection is subject to the compulsory mediation rule. However, it should be analyzed whether the action for annulment of objection is suitable for this rule. If the action for annulment of objection is not suitable for the compulsory mediation this practice may cause consequences in contrary to the aims of the rule.

Keywords: Action for Annulment of Objection, Mediation, Compulsory Mediation, Proceeding Without Judgement.

I. OLAYIN ÖZETİ

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nce 04.12.2020 tarihinde karara bağlanan 2020/1943 Esas, 2020/4052 Karar sayılı başvuruda¹ inceleme konusu yapılan husus, ticari niteliği haiz itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen farklı yöndeki kararlarının uyumlaştırılmasıdır.

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi, bölge adliye mahkemelerinin farklı yöndeki kararlarından kaynaklı uyumsuzluğun giderilmesi amacıyla Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nca Yargıtay'ın ilgili dairesinden karar alınması talebinde bulunmuştur. Söz konusu talebin kabul görmesi üzerine 23. Hukuk Dairesi nezdinde bölge adliye mahkemesi kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi amacıyla inceleme yapmıştır.

II. YARGI KARARLARI

A. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN KARARLARI

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi, itirazın iptali davası neticesinde verilen kararla borçlunun itirazının bertaraf edilerek duran takibin devamına hükmedilmesinin ve haksız çıkan taraf aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesinin bu davanın karakteristik yönleri olduğuna işaret ederek itirazın iptali davasının icra takibinin işleyişine yönelik bir dava olduğuna kanaat getirmiştir. Daire kararına göre, hukuki niteliği itibarıyla müspet tespit davası olan itirazın iptali davası dava şartı arabuluculuk uygulamasının kapsamı dışında kalmaktadır.

Buna karşılık, bölge adliye mahkemesi kararlarının uyumlaştırılması talebiyle Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'ne yapılan başvuruda işaret edilen pek çok kararda (Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesinin 2019/1538 E ve 2020/234 K; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesinin 2020/105 E ve 2020/494 K; Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin

¹ www.legalbank.com s.e.t.7.1.2022.

2020/318 E ve 2020/316 K; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesinin 2019/1376 E ve 2019/1059 K; İstanbul bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi'nin 2020/39 E ve 2020/45 K; İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesinin 2020/246 E ve 2020/516 K; Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 2019/2035 E ve 2020/213 K; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesinin 2019/2420 E ve 2019/1789 K) ticari niteliği haiz itirazın iptali davaları dava şartı arabuluculuk kapsamında mütalaa edilmiştir.

B. YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kuralını öngören Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesini lafız ve amaç itibarıyla inceleyerek itirazın iptali davası bakımından dava açmadan önce arabulucuya müracaatın zorunlu olup olmadığını değerlendirmiştir. Daire kararına göre, ticari niteliği haiz bir davanın Kanun'un 5/A maddesi çerçevesinde zorunlu arabuluculuğa tabi olması için aranan ölçüt davadaki dava sebebinin para ödemesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olmasıdır. Eğer ticari bir davada dava sebebinin teşkil eden vakıa bir miktar para ödemesini konu alan alacak veya tazminat talebi ise dava açmadan önce arabulucuya müracaat edilmesi zorunludur. Öğretide ileri sürülen ve bir kısım yargı kararlarında benimsenenin aksine, dava şartı arabuluculuğa ilişkin kuralın uygulama alanı tespit edilirken dava çeşitleri bakımından davanın konusu esas alınarak yapılan sınıflandırma ölçütü olarak alınmamalıdır. Bir diğer deyişle, davanın ileri sürülen talep sonucuna göre, tespit davası, eda davası yahut kendine özgü bir dava olarak nitelendirilmesi zorunlu arabuluculuk uygulamasına tabi olması bakımından belirleyici bir rol oynamaz. Buna göre, itirazın iptali davasında dava şartı arabuluculuk kuralının geçerli olması, davanın konusuna (talep sonucuna) göre eda veya tespit davası ya da kendine özgü bir dava olarak değerlendirilmesine değil, bilakis davanın dayandığı sebebin (vakıaların) bir miktar para ödemesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olarak belirlenmesine bağlıdır. Dolayısıyla, alacaklının bir miktar para ödenmesine ilişkin alacak veya tazminat talebini konu alan itirazın iptali davası dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamındadır.

Ayrıca, ticari davalarda dava şartı arabuluculuğu düzenleyen 5/A maddesinin öngördüğü amaç ile itirazın iptali davasının öngördüğü amaç beraber değerlendirildiğinde söz konusu davadan önce arabulucuya başvurunun zorunlu olduğuna kanaat getirilmiştir. Daire kararına göre, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk, taraflara üçüncü kişi önünde iletişim kurarak kendi menfaatlerine uygun şekilde uyuşmazlığı çözme imkânı sunmaktadır. Uyuşmazlığın nihayete erdirilmesinde zaman ve emekten tasarruf edilmesini sağlayan arabuluculuk kurumu bu yönüyle toplumsal barışın tesisine hizmet etmektedir. Kararda, gelişmiş toplumların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini yaygınlaştırdıkları ifade edilmiştir. Bu yaklaşıma uygun olarak hukukumuzda önce iş uyuşmazlıkları bakımından getirilen dava şartı arabuluculuk uygulaması bu alanda gözlemlenen başarıya istinaden ticari uyuşmazlıklar bakımından da düzenlenmiş ve uyuşmazlıkların taraf iradelerine uygun şekilde, hızlı ve masrafsız çözümlenmesi hedeflenmiştir. İtirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı noktasında bu davanın alacağın tahsili amacına hizmet eden bir dava olduğu ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri bir uyuşmazlığa ilişkin olması itibarıyla arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilmiştir. Nihayet, dava şartı arabuluculuk uygulamasının faydalı yönleri ile itirazın iptali davasının bu uygulamaya elverişliliği göz önünde bulundurularak davanın zorunlu arabuluculuk uygulaması kapsamında olduğuna hükmedilmiştir.

III. HUKUKİ SORUNUN TESPİTİ

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kuralına tabi bir uyuşmazlıktan kaynaklanan alacağın tahsili için yürütülen ilamsız icra takibi çerçevesinde, itirazın iptali davası açmak isteyen alacaklının dava açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun olup olmadığı meselesi açıklığa kavuşturulmalıdır.

IV. DEĞERLENDİRME

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un² 20. maddesi ile, Türk

² Kabul tarihi: 6.12.2018, RG.: 19.12.2018, Sa.: 30630.

Ticaret Kanunu'na³ “*Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*” kenar başlıklı 5/A maddesi eklenmiştir. Bu düzenleme ile bazı ticari uyuşmazlıklar bakımından mahkemede dava açmadan evvel arabulucuya müracaat edilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi ile getirilen zorunlu arabuluculuk⁴ uygulamasında, uyuşmazlık konusunun bir ticari davaya vücut vermesi ölçütü benimsenmiş, fakat ilgili uyuşmazlık bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması gibi bir koşul aranmamıştır⁵. Bu nedenle, genel mahkemelerde görülen pek çok ticari dava gibi itirazın iptali davası da Kanun'un 5/A maddesinde sayılan koşulları karşılamak kaydıyla zorunlu arabuluculuk uygulamasına tabi olabilir. Ancak itirazın iptali davasının icra takip prosedürü içerisinde üstlendiği işlev onun ticari niteliği haiz alelade hukuk davalarından ayırt edilmesini gerektirmektedir.

Borçlunun itirazı üzerine duran takibin devamı ve alacağın mevcudiyetinin bütün bir gelecek için hüküm altına alınması talebiyle başvuru itirazın iptali davası bakımından dava şartı arabuluculuk kuralının geçerli olup olmadığı hususunda mezkûr 5/A maddesinin lafız ve amaç itibarıyla incelenmesi gerekir. Bu kapsamda öncelikle, bir davanın zorunlu arabuluculuk uygulamasına tabi olabilmesi için ilgili maddede hangi ölçütlerin benimsendiği incelenmeli ve itirazın iptali davasının hukuki niteliği göz önünde bulundurularak düzenlemede öngörülen ölçütlerin bu dava bakımından nasıl anlaşılması gerektiği değerlendirilmelidir. Daha sonra ise dava şartı arabuluculuk düzenlemesi ile murat edilenin itirazın iptali davasının

³ Kabul tarihi: 13.1.2011, RG.: 14.2.2011, Sa.: 27846.

⁴ İlgili düzenleme ile getirilen kural; mahkeme önünde dava açmadan evvel arabulucuya başvuru mecburiyetini düzenlemektedir. Her ne kadar kanun koyucu tarafından dava şartı kavramı tercih edilmişse de, esasen bu kural dava engeli niteliğindedir. Nitekim, arabulucuya başvurulmuş olması, davanın esastan incelenebilmesi için varlığı aranan usuli bir şart değil davanın mevcut olabilmesi için varlığı aranan bir koşuldur. **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2021) Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, Yetkin, s. 776.

⁵ **Ermenek, İbrahim/Azıklı-Arslan, Betül** (2020) “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m 5/A)”, Türkiye Barolara Birliği Dergisi, s. 139, dn. 2, 3, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-148-1915>> s.e.t.7.1.2022; **Paslı, Ali** (2019) Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması (Ed. Süral-Efeçinar, Ceyda/Yardım, M. Ertan) Ankara, Seçkin, s. 16.

amacı ile ne ölçüde örtüştüğü tartışılmalıdır. Zira itirazın iptali davası, taşıdığı amaç, koruduğu menfaat dengesi ve icra prosedürü içerisinde üstelendiği işlev itibarıyla genel hükümler dairesindeki bu düzenlemenin uygulama alanında bulunmayabilir.

A. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 5/A MADDESİ'NİN LAFZİ ÇERÇEVESİNDE İTİRAZIN İPTALİ DAVASINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK DEĞERLENDİRMESİ

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuğu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi şu şekildedir;

“(1) Bu Kanununun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

(2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.”

İtirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olabilmesi için, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun⁶ 1. maddesi çerçevesinde ihtiyari arabuluculuğa elverişli olması⁷ ve Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde öngörülen koşulları sağlaması gerekmektedir.

⁶ Kabul tarihi: 7/6/2012, RG.: 22/6/2012, Sa.: 2833.

⁷ **Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin** (2020) “Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu”, ÇÜHFD, s. 209 <<https://021123mu0-y-https-www-jurix-com-tr.proxy.cankaya-elibrary.com/article/20707>> s.e.t. 10.1.2022. İtirazın iptali davasına başvurmadan evvel arabulucuya gitme mecburiyeti bulunmadığını savunan yazarların bir kısmına göre, bu dava tarafların üzerinde sulh olabilecekleri bir dava konusu barındırmadığından arabuluculuk uygulamasına elverişli değildir. Zira taraflar itirazın haklılığı ve takibin devamı meselesini sulh yoluyla çözümlenerek takibin devamına ya da iptaline karar veremezler. **Yardım, M. Ertan** (2019) Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed. Süral- Efeçınar, Ceyda/Yardım, M. Ertan), Ankara, Seçkin, s. 103, 104. Buna karşın öğretilde, itirazın iptali ve icra tazminatına ilişkin taleplerin ihtiyari arabuluculuğa elverişli olduğu görüşü de ileri sürülmektedir. **Ermemek/Azaklı-Arslan**, s. 156; **Paslı**, s. 15.

Öncelikle, bu davanın kaynaklandığı uyuşmazlık tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği türden bir uyuşmazlık olduğu müddetçe davanın ihtiyari arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilmelidir. İkincisi, dava açmadan önce arabulucuya müracaatın zorunlu olabilmesi için itirazın iptali davasının bir ticari dava olarak tezahür etmesi gerekir. İtirazın iptali davasının ticari dava olarak tezahür etmesi, onun dava şartı arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlıktan doğan alacağın tahsili için yürütülen ilamsız icra takibi içerisinde açılmasına bağlıdır⁸. Bu yönlerden değerlendirildiğinde, itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa elverişli olduğu düşünülebilir. Ancak Kanun'da öngörülen diğer ölçüt bakımından nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği izaha muhtaçtır. Kanun'da yer verilen "...*ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri...*" ölçütü öğretisi ve uygulamada farklı istikamette yorumlanmakta ve buna bağlı olarak itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı hususunda farklı değerlendirilmeler yapılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin itirazın iptali davasına uygulanıp uygulanmayacağı sorunu anılan ifadenin nasıl anlamlandırıldığına bağlı olarak iki ayrı şekilde cevaplanmaktadır⁹.

İleri sürülen görüşlerden ilkinde göre; kanun koyucu, "...*ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri...*" ifadesi ile davacının mahkemeye yönelttiği talep sonucu ile özdeş

⁸ **Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin** (2020) Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet, Ankara, s. 137; **Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural** (2019) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha, İstanbul, s. 196.

⁹ **Atalı/Erdoğan**, s. 209; **Ermeneç/Azaklı-Arslan**, s. 137.

olan dava konusu¹⁰ kavramını baz almıştır¹¹. Madde metninde, “...*ticari davalardan, konusu...*” ibaresi cümlemin başında ifade edilerek dava konusu kavramına vurgu yapılmaktadır¹². İlgili düzenlemeye göre, dava konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ya da tazminat davaları dava şartı arabuluculuk uygulamasına tabidir¹³. Buna karşılık, davacının alacak ya da tazminat talebini elde etmesi için borçluyu doğrudan bir eda hükmüne mahkûm etmemekle birlikte onun bu talebini elde etmesine dolaylı olarak hizmet eden tespit davasının dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü kanun koyucu dava şartı arabuluculuk kuralını konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat (eda) davalarına özgülemiştir. Bu çerçevede, itirazın iptali davası açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğundan bahsedilebilmesi için bu davanın konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak davası niteliğinde bir dava olup olmadığı incelenmelidir¹⁴.

Buna mukabil diğer görüşe göre ise, dava konusu kavramına başvuran kanun koyucu bu kavramla talep sonucunu değil dava sebebi (vakıalar) olan

¹⁰ Dava konusu kavramı, dava ile elde edilmek istenen neticeyi ifade eder. Bu kavram, öğretilde çoğunluk görüş ve kanun koyucu tarafından (HMK m 303 düzenlemesi) *tek unsurlu teori* çerçevesinde izah edilir. Bu teori kapsamında; dava konusu, alacaklının mahkemeye yönelttiği hukuki himaye talebi, yani talep sonucudur. Azınlıkta kalan *iki unsurlu teori* kapsamında ise dava konusu, uyumsuzluğun dayandığı dava sebebi (somut vakıalar) ile talep sonucundan oluşan bir bütündür. **Ermenek, İbrahim** (2014) Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara, Yetkin, s. 162; **Börü, Levent** (2012) “Dava Konusu Kavramı ve Teoriler”, BATİDER, s. 283 <<https://www.jurix.com.tr/article/6818>> s.e.t.10.1.2022; **Hanağası, Emel** (2009) Davada Menfaat, Yetkin, Ankara, s. 124; **Tanrıver, Süha** (2007) Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Bası, Adalet, Ankara, s. 81.

¹¹ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 137; **Ermenek/Azaklı-Aslan**, s. 144.

¹² **Yardım**, s. 99.

¹³ **Atalı/Erdoğan**, s. 216; **Yardım**, s. 99, 100; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 137; İtirazın iptali davasında, alacağın tahsilinin de talep edilmesi durumunda yalnızca bu talep bakımından zorunlu arabuluculuğun gündeme gelebileceği yönünde bkz. **Ermenek/Azaklı-Aslan**, s. 156.

¹⁴ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 137; **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 155; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özkes, Muhammet** (2021) İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, On İki Levha, s. 110.

alacak veya tazminat talebini ölçüt olarak kabul etmiştir¹⁵. Bu görüşe göre, davada ileri sürülen dava konusu ve buna bağlı olarak tespit edilen davanın hukuki niteliği Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin uygulanmasında belirleyici değildir¹⁶. Söz konusu davanın hukuki niteliği arabulucuya başvuru mecburiyetinin bulunup bulunmadığı noktasında bir önem taşımaz. Ticari nitelikli bir davada alacak ya da tazminat talebinin ileri sürülmüş olması, bizatihi arabulucuya başvuru mecburiyeti doğurur¹⁷. Bu nedenle, itirazın iptali davası hangi dava çeşidi içinde değerlendirilirse değerlendirilsin dava sebebi olan vakıa bir miktar para ödemesine ilişkin alacak ve tazminat talebi ise dava şartı arabuluculuk kuralının kapsamında bulunmaktadır.

Kanaatimizce, Kanun'un 5/A maddesinde, dava şartı arabuluculuğa tabi davalar bakımından başvuru ölçüt davacının talep sonucunda ileri sürdüğü dava konusuna işaret etmektedir¹⁸. Düzenlemede yer verilen "...*ticari davalardan, konusu...*" ibaresi ve bu ibarenin cümlelerin başına alınmış olması dava dilekçesinde talep sonucu olarak gösterilen dava konusuna vurgu yapmaktadır¹⁹. Dava konusu bakımından yapılan bu vurgunun önemi, davacının talebinin bir maddi talebe (eda hükmüne) yönelik olması durumunda talebin muhatabının karşı taraf olması ve bu nedenle uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında mütalaa edilebilmesinden ileri gelir²⁰. Buna karşılık, mahkemeden istenen hukuki himaye bir usuli talebe (tespit veya inşai hüküm) yönelik ise bu halde talebin muhatabı mahkeme olup karşı taraf herhangi bir yükü yüklenmeyeceğinden dava şartı arabuluculuk uygulaması gündeme gelmez²¹. Bu nedenle, itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk

¹⁵ **Paslı**, s. 22; **Budak, Ali C.** (2019) "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", MİHDER <<https://0210u3n0k-y-https-legal-com-tr.proxy.cankaya-elibrary.com/Book/VMbPDOHTEOIaR38Vsrw9w/3a1e64fd3c6b477587129a84c4bf66cb>> s.e.t.12.1.2022;

Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper (2019) Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, s. 67.

¹⁶ **Paslı**, s. 22; **Budak**, s; **Koçyiğit/Bulur**, s. 67.

¹⁷ **Budak**, s. 33.

¹⁸ **Ermenek**, s. 162; **Börü**, s. 283; **Hanağası**, s. 124; **Tanrıver** (2007) s. 81.

¹⁹ **Yardım**, s. 99.

²⁰ **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 145.

²¹ **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 145.

kuralına tabi olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılabilmesi için davanın hukuki niteliği belirlenmelidir²². Eğer dava, davalının bir miktar para alacağını ödemeye mahkûm edildiği bir eda davası olarak nitelendirilirse dava açmadan önce arabulucuya müracaat edilmesi zorunlu olur. Buna karşılık, itirazın iptali davasının salt alacağın mevcudiyetini hüküm altına alan bir tespit davası olarak nitelendirilmesi durumunda arabulucuya başvuru zorunluluğu gündeme gelmez.

İtirazın iptali davasının hukuki niteliğine ilişkin olarak yargı kararlarında ve öğretide farklı yönde görüşler ileri sürülmektedir. Bu hususta ileri sürülen görüşlerden ilki, itirazın iptali davasının tespit davası olduğu yönündedir²³. İkincisi, itirazın iptali davasının alacak davası (eda davası) olduğu yönündedir²⁴. Üçüncüsü ise itirazın iptali davasının ne tespit davası ne alacak davası olarak nitelendirileceği bilakis bu davanın *sui generis* bir dava olduğu yönündedir²⁵. İtirazın iptali davasının hukuki niteliği tespit edilirken bu davanın icra hukukuna özgü koşulları ve sonuçları bulunduğu göz ardı edilmemelidir²⁶.

²² **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 137.

²³ **Çağa, Tahir** (1979) “Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair”, BATİDER 1976 C VIII S.3, s. 25; **Tanrıver**, itirazın iptali davasının icra takibi ile sıkı irtibat içinde olması nedeniyle dava şartı arabuluculuk uygulamasının dışında bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, itirazın iptali davasının hukuki niteliği itibarıyla tespit davası olarak kabul edilmesi dava şartı arabuluculuk kuralının bu dava bakımından uygulanmayacağı yaklaşımını destekler; **Tanrıver, Süha** (2020) “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBB Dergisi, s. 123 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-147-1905>> s.e.t.12.1.2022; **Tanrıver, Süha** (2021) Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin, Ankara, s. 306-308; **Tanrıver, Süha** (2022) Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Bası, Yetkin, Ankara, s. 156.

²⁴ **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2021) İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Yetkin, Ankara, s. 180; **Yılmaz, Ejder** (2016) İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, s. 369; **Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul, s. 248; **Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis** (2009) İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, s. 101.

²⁵ **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 160; **Atalı/Korkut**, s. 432; **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 141; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 196; **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin, s. 148; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 111.

²⁶ **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022) s. 147

İlk olarak, itirazın iptali davası mahkemeden talep edilen hukuki himaye talebi ve bu talebe yönelik verilen mahkeme hükmü bakımından gerek tespit davalarından gerek alacak davalarından farklıdır. İtirazın iptali davasında verilen hüküm tespit davasından farklı olarak uyuşmazlık konusu alacağın mevcudiyetinin hüküm altına alınmasından fazlasıdır. Alacaklı, itirazın haksızlığı nedeniyle iptaline ve takibin devamına ilişkin bir hukuki koruma talebi ile mahkemeye başvurur²⁷. Mahkemece yapılan tahkikat da itirazın haklılığının incelenmesi ve haksız bulunması durumunda takibin devamına hükmedilmesi amacını taşır. Mahkeme, alacak davalarından da farklı olarak borçluyu eda hükmüne mahkûm edecek şekilde değil, icra dairesince yürütülen takibin devam ettirilmesine ya da takibin iptal ettirilmesine yönelik olarak hüküm kurar²⁸. Dolayısıyla dava konusu ve buna yönelik verilen hükmün kapsamı göz önünde bulundurulduğunda, bu davayı alelade bir tespit ya da alacak davası olarak nitelemek eksik bir değerlendirme olur.

İtirazın iptali davasının hukuki niteliğinin belirlenmesinde bu davayı alacak davası olarak niteleyen görüşün gerekçelerini değerlendirmekte fayda vardır. İleri sürülen gerekçelerden ilki, davada itirazın iptali ile icra inkâr tazminatına ilaveten alacağın tahsilinin de talep edilebilmesi nedeniyle davanın alacak davası olarak nitelendirilmesi gerektiğidir²⁹. Zira alacaklının aynı alacak için açacağı tek dava alacak davasıdır ve bir yıl içinde açılırsa itirazın iptali davası adını alır³⁰. İfade edilen bu yaklaşımın temelinde, usul ekonomisi ilkesi ve dava teorisinin bu yaklaşımı desteklediği düşüncesi yatmaktadır³¹. İtirazın iptali davasında, alacağın tahsiline hükmedilemeyeceğinin kabulü, alacaklının bu dava neticesinde itirazın iptaline ilişkin ilama dayanarak ilamlı icra takibi yapamaması ve doğrudan doğruya iflas isteyememesi sonucunu doğurur³². Bu

²⁷ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022) s. 147; Atalı/Korkut, s. 429.

²⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022) s. 148; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 112.

²⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 180; Kuru, s. 272.

³⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 181; Kuru, s. 272; Yılmaz, Ejder (2009) "İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı, Adalet, Ankara, s. 1785.

³¹ Yılmaz, s. 1785.

³² Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 181; Kuru, s. 272.

durumda yeniden bir alacak davası açmak ya da iflas yoluyla takip yapmak gerekir ki, neticede fazladan masraf yapılır, zaman ve emek kaybı olur³³. Bunun önüne geçmek isteyen alacaklının aynı zamanda tahsil talebini ileri sürmekte hukuki yararı bulunmaktadır³⁴.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, itirazın iptali davasında alacağın tahsili hüküm altına alınamayacağından alacaklının hem itirazın iptalini hem de alacağın tahsilini aynı davada ileri sürmesi mümkün olmaz³⁵. İtirazın iptali davasının konusu itirazın haksızlığının tespiti ile duran takibe devam edilmesidir³⁶. Alacağın talep edilip edilmemesinden bağımsız olarak davaya karakteristik özelliğini kazandıran yönü dava sonunda itirazın iptali edilmesi ve duran takibe devam edilmesidir. Bu davada ayrıca alacağın tahsili talep edilse dahi davanın hukuki niteliğinin değişmeyeceği görüşünderiz³⁷.

Söz konusu talep davanın hukuki niteliğini değiştirmemekte, bilakis davaların yığılmasına sebebiyet vermektedir³⁸. Nitekim pek çok Yargıtay kararında tahsili talep edilen takip dışı alacaklar bakımından icra inkâr tazminatına hükmedilmemesi, bunlar yönünden takibin devamı yönünde karar tesis edilmemesi, davaların yığılmasına bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlardır. Söz konusu taleplerin bir arada ileri sürülmesi halinde belirsizlik yahut çelişki doğuyorsa, hâkim davayı aydınlatma ödevinin bir gereği olarak davacıya talep sonucunu sormalı ve ona göre davaya devam etmelidir³⁹.

³³ Oysa usul ekonomisi ilkesi, normların yorumlanmasında söz konusu normun özünde korunan menfaatin önüne geçen bir işlev kazanmamalıdır. Açıkça atıf yapılmayan hallerde doğrudan bu ilkeye müracaat etmek, normların üstlendiği işlevleri yerine getirmelerine engel olabilir. **Rüzgaresen, Cumhuriyet** (2013) Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin, Ankara, s. 47.

³⁴ **Kuru**, s. 272.

³⁵ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 112.

³⁶ **Atalı/Korkut**, s. 430; Aynı yönde, **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 141; **Ermenek/Azaklı-Arslan**'a göre, bir davanın itirazın iptali davası olarak nitelendirilebilmesi için alacaklının itirazın iptalini talep etmiş olması yeterlidir. **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 160.

³⁷ **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 160.

³⁸ **Eminoğlu/Erdoğan**, s. 141.

³⁹ **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 158; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 110, 111.

İkincisi, alacakla doğrudan ilgisi olmayan itirazların ortadan kaldırılması için bu davaya başvurma imkanının olmaması, davanın alacak davası olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁰. İtirazın iptali davası, hukuki niteliği itibarıyla bir alacak davası olduğundan alacakla doğrudan ilgisi olmayan itirazlar bu dava kapsamında ileri sürülüp iptal edilememektedir. Kanaatimizce, doğrudan alacağa ilişkin olmayan itirazların itirazın iptali davasına konu olmaması bu davanın hukuki niteliği ile ilgili bir mesele değildir. Doğrudan alacakla ilgisi olmayan itirazların itirazın iptali davasında ileri sürülememesinin sebebi, bunların bir hakla ilgili olmamalarından kaynaklanır. Örneğin, yetki itirazı alacağa (hakka) ilişkin bir iddia olmaması sebebiyle bu davaya konu olamaz⁴¹. Alacağın varlığı ya da yokluğu bakımından yargılamaya konu olmayacak hususların itirazın iptali davasında ileri sürülememesi işin icabı gereğidir. Söz konusu iddiaların bu davada ileri sürülememesi davanın hukuki niteliğinin belirlenmesinde ölçüt teşkil etmez. Sonuç olarak, itirazın iptali davasında takip hukukuna özgü itiraz sebepleri bakımından inceleme yapılmaması bu davanın alacak davası olarak nitelendirilmesini gerektirmez.

İtirazın iptali davası, görev ve yetki yönünden genel hükümlere tabi bir davadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava açılıp yürütülmesi ve sonuçlandırılması için aranan koşullar itirazın iptali davası bakımından da aranır. Ancak itirazın iptali davası İcra ve İflas Kanunu'nda birtakım koşul ve sonuçlara bağlanmış olması itibarıyla medeni yargılama alanındaki davalardan ayrılır⁴². İtirazın iptali davasının icra takip prosedürünün bir unsuru olup takibin işleyişine yön vermesi, dava sonunda elde edilen hükmün yalnızca takibin sürdürülmesi bakımından işlev görmesi, dava sonunda haksız çıkan taraf aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesi ve takip talebinde gösterilmeyen alacak kesiminin ıslah yoluyla istenememesi onun alelade hukuk davalarından farklı olarak icra hukukuna özgü bir dava olduğunu gösterir. Bu hususları şu şekilde izah etmek mümkündür;

Öncelikle, itirazın iptali davası borçlunun itirazını bertaraf etmek için başvurulmuş iki yoldan biridir. Sınırlı hallerde başvurulabilen itirazın

⁴⁰ Kuru, s. 249.

⁴¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022) s. 145.

⁴² Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022) s. 149; Ermenek/Azaklı- Arslan, s. 153.

kaldırılması yoluna alternatif olan bu dava, icra prosedürünün bir parçası olma özelliğini gösterir⁴³. Öyle ki, bu davanın süresinde⁴⁴ açılmasına takibin devamı ya da sonra ermesi sonuçları bağlandığı gibi, açılmamasına da takibin düşmesi sonucu bağlanmıştır⁴⁵. Davanın kabulü halinde ise alacaklının haciz isteme ve hacze iştirak imkânı doğduğundan artık yeni bir takip aşamasına geçilir⁴⁶.

İtirazın iptali davasının icra prosedürünün bir parçası olmasına bağlı olarak, bu davada elde edilen ilam yalnızca takibin sürdürülmesi bakımından sonuç doğurabilir. Söz konusu ilam, ilamlı takibe konu kılınmaz⁴⁷. Yalnızca icra takibinin devamı için icra dairesine sunularak takibin kaldığı yerden devam ettirilmesine yarar⁴⁸.

Duran takibe devam edilmesini isteyen alacaklının açabileceği tek dava itirazın iptali davasıdır. Alacaklı, itirazın iptali davası yerine doğrudan bir alacak davası açarsa buradan elde edeceği ilamı, takibin devamını sağlamak için kullanamaz. Bu ilam, ancak bir ilamlı icra takibinin konusu olabilir⁴⁹. Alacak davasında elde edilen ilam itirazın iptali davasında elde edilen ilama denk bir işlev göremez. Alacak davası, davacı alacaklıya itirazın etkisiz hale getirilmesi ve takibe devam edilmesi bakımından hukuki himaye sağlayamamaktadır.

⁴³ **Tanriver**, s. 123.

⁴⁴ İtirazın iptali davasının açılabilmesi için İcra ve İflas Kanunu'nda ödeme emrine itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren başlayan bir yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Bu süreye riayet etmeyen alacaklının açtığı davaya alacak davası olarak bakılması ve alacağın tahsiline hükmedilmesi de mümkün değildir. Bunun temelinde davanın alacağın tahsiline ilişkin bir talebi konu almaması vardır. Davalının rızası yahut islah yoluyla talep sonucu değiştirilmediği müddetçe davanın reddi gerekir. **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022) s. 151, 152; **Pekantez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 110, 111.

⁴⁵ **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022) s. 149; **Kuru**, s. 254, 257, 260.

⁴⁶ **Kuru**, s. 260.

⁴⁷ İnkâr tazminatı, vekalet ücreti, yargılama gideri bakımından ilamlı icra takibi yapılabilir. **Pekantez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 111, 112. Hükmün icra inkâr tazminatına ilişkin kısmı ilamlı icra takibine konu olabilir. **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022) s. 147. **Kuru**'ya göre, hükmün yargılama giderleri ve vekalet ücretine ilişkin kısımları da ilamlı icraya konu kılınmaz. **Kuru**, s. 260.

⁴⁸ **Pekantez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 110, 111.

⁴⁹ Alacaklı, alacak davası neticesinde elde ettiği ilam ile durmuş olan takibe devam edemez. Yalnız ilamlı icra takibi yapılabilir. **Kuru**, s. 254.

İtirazın etkisiz hale getirilmesi ve takibe devam edilmesi talebini karşılayamayan alacak davası itirazın iptali davasının dengi olamaz. Bu nedenle, itirazın iptali davasının alacak davası ile özdeş bir hukuki nitelik arz etmediği kanaatindeyiz.

İtirazın iptali davasını icra hukukuna özgü kılan bir diğer husus, bu davada alacaklı yahut borçlunun talebi üzerine diğer taraf aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesidir. İcra inkâr tazminatı, haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilen ve sadece icra hukuku alanında öngörülen bir özel hukuk cezasıdır. Bu tazminat, itirazın iptali davasından başka davalarda istenemez⁵⁰.

Son olarak, bu davada alacaklının talep sonucunu ıslahla değiştirip takip konusu yapılmamış alacak kısmını davaya dahil etmesi mümkün değildir⁵¹. Davanın talep sonucu yalnızca takibe konu kılınmış ve borçlu tarafından itiraz edilmiş olan alacağa yöneliktir⁵². Alacaklının takibe konu kılmadığı alacak kısmını itirazın iptali davasında talep edememesi, bu davanın icra takibinden ayırlamadığını ve icra hukukuna özgü bir dava olarak nitelendirilmesi gerektiğini gösterir⁵³. Çünkü davanın alacak davası olarak nitelendirilmesi durumunda, ıslah kurumuna başvurarak takip dışı alacağın da talep sonucunda gösterilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, itirazın iptali davasını ilgili olduğu icra takibi ile sıkı irtibat içinde bulunan ve icra hukukuna özgü *sui generis* bir dava olarak değerlendirmek gerekir⁵⁴.

⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 113, 114.

⁵¹ Eminoğlu/Erdoğan, s. 141; Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022) s. 147, 148.

⁵² Eminoğlu/Erdoğan, s. 141; Atalı/Korkut, s. 429.

⁵³ Atalı, Murat/Korkut, Serra M. (2019) “İtirazın İptali ve Takipli İflasta İflas Davasının Islah Yoluyla Doğrudan İflasa Dönüştürülmesi Mümkün Müdür?”, MİHDER, s. 431<<https://0210u3n0k-y-https-legal-com-tr.proxy.cankaya-elibrary.com/Book/VMbfpDOHTEOIaR38Vsrw9w/8e0b4f9ca37a4d91a5d842e43532bf95>> s.e.t.15.1.2022. Eminoğlu/Erdoğan, s. 141.

⁵⁴ Ermenek/Azıklı-Arslan, s. 160; Atalı/Korkut, s. 432; Eminoğlu/Erdoğan, s. 141; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 196; Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022) s. 147; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 111; Tanrıver'e göre, ilişkili olduğu icra takibinin ayrılmaz bir parçası olan ve takibin işleyişini sağlayan itirazın iptali davasını alelade bir alacak davası olarak nitelendirmek mümkün olmayıp bu davanın tespit davası olarak nitelendirilmesi yerinde olur. Tanrıver, s. 123.

Sonuç olarak, ticari uyumsuzluklarda zorunlu arabuluculuğu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A hükmü lafız itibariyle değerlendirildiğinde arabulucuya başvuru zorunluluğunun konusu bir miktar paranın tahsili olan alacak davaları bakımından geçerli olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵. İtirazın iptali davası ise itiraz üzerine duran takibin devamına yönelik hukuki himaye sağlayan ve alakalı olduğu takip dosyası ile sıkı irtibat içinde olan *sui generis* bir davadır⁵⁶. Alacak davası olarak nitelendirilemeyen bu dava zorunlu arabuluculuk uygulamasına tabi değildir⁵⁷. Dava sonunda hükmedilen icra inkâr tazminatının arabulucu önünde talep edilememesi de tazminat

⁵⁵ **Atalı/Erdoğan**, s. 216; **Yardım**, s. 99, 100; İtirazın iptali davasında, alacağın tahsilinin de talep edilmesi durumunda yalnızca bu talep bakımından zorunlu arabuluculuğun gündeme gelebileceği yönünde bkz. **Ermenek/Azaklı-Aslan**, s. 156.

⁵⁶ **Ermenek/Azaklı-Aslan**, s. 156; **Atalı/Korkut**, s. 429; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022) s. 147.

⁵⁷ Alacak ya da tazminat davası olarak nitelendirilmeyen menfi tespit davaları neticesinde elde edilen hükmün ilamlı icra takibine konu olmaması nedeniyle bu davaların da dava şartı arabuluculuğa tabi olmayacağı kabul edilmektedir; **Atalı/Erdoğan**, s. 216; **Ekmeççi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 190, 191; Aksi yönde bkz. **Koçyiğit/Bulur**, s. 67, 68.

yaptırımının yok sayılması sonucunu doğurduğundan⁵⁸ itirazın iptali davasında dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması gündeme gelmemelidir⁵⁹.

B. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 5/A MADDESİ'NİN AMACI ÇERÇEVESİNDE İTİRAZIN İPTALİ DAVASINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK DEĞERLENDİRMESİ

Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, kanun sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır⁶⁰. Anılan düzenleme, normun yalnızca dilbilgisi kuralları çerçevesinde kelime ve cümle yapısı itibarıyla değerlendirilmesinin yeterli olmadığını, aynı zamanda lafzı ve ruhuyla bağlı kalınarak amacının tespit edilmesi gerektiğini öngörür⁶¹. Kanunu yorumlayan

⁵⁸ **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 197. İcra inkâr tazminatına icra organı dışında bir merci tarafından hükmedilip hükmedilemeyeceği meselesi tahkim yargılaması özelinde yapılan bir tartışma olmuştur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hakem yahut hakem kurulu tarafından icra inkâr tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022) s. 151; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 113. Hakem kurulu yahut hakemin bu tazminata hükmedebileceği yönündeki görüş için bkz. **Kuru**, s. 253. Hukuki niteliği itibarıyla bir yargılama faaliyeti olan tahkimde, hakemlerin icra inkâr tazminatına hükmedememesi hususu göz önünde bulundurulduğunda, bir yargılama faaliyeti olmayan arabuluculuk bakımından evleviyetle bu tazminata hükmedilemeyeceği anlaşılır. Ayrıca, davanın reddi halinde, borçlu lehine icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi bu tazminata ilişkin talebin temel ilişkiden bağımsız ve usuli bir talep olduğunu gösterir. Temel ilişkiden bağımsız nitelikteki bu talebin ticari davaya vücut vermesi mümkün olmayacağı gibi, maddi bir talep niteliğinde olmayışı da dava şartı arabuluculuk uygulamasını gündeme getirmez. **Ermenek/Azıklı-Aslan**, s. 156. İtirazın iptali davası dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamında sayılırsa, arabulucunun inkâr tazminatına hükmetme yetkisinin olmaması bu tazminatın yok sayılması sonucunu doğurur. **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 197. İlgili tazminat; kanunda düzenlenmiş ve asgari kısmı pazarlık konusu yapılamayan bir yaptırım niteliğindedir. **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 197. Bu nedenle öğretilde, haksız ve kötü niyetli tarafın bu tazminat ile cezalandırılmaması ve diğer tarafla beraber arabulucu önünde pazarlığa zorlanması icra inkâr tazminatının amacına ve niteliğine aykırı görülmektedir. **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 197.

⁵⁹ **Ermenek/Azıklı-Aslan**, s. 156; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 111; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 197; **Tanrıver**, s. 123.

⁶⁰ Kabul tarihi: 22/11/2001, RG.: 8/12/2001, Sa.: 24607.

⁶¹ **Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami** (2019) *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 25. Bası, Vedat, İstanbul, s. 72, 73.

hâkim, ihtiyaçların haklı göstermesi gibi bir gerekçeyle normu değiştiremez ve norma lafzı aşar şekilde anlam yükleyemez⁶². Bilhassa genel kurala istisna getiren normların dar yorumlanması ve bunların uygulama alanı tespit edilirken genişletici yorum yapılmaması gerekir⁶³. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin itirazın iptali davalarında uygulanıp uygulanmayacağı hususunda düzenlemenin lafzı ile üstlendiği amaç beraber değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, arabuluculuk uygulamasının faydalarına işaret ederek yaygınlaştırılmasının yerinde olacağı gerekçesiyle itirazın iptali davası zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemelidir. Özünde iradilik ilkesine dayanan arabuluculuk yolu kanun koyucunun yapmış olduğu söz konusu düzenleme ile zorunlu hale getirilmektedir. Oysa arabuluculukta esas olan iradiliktir, bu nedenle dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu öngören bu düzenleme istisnai bir norm olarak değerlendirilmelidir ve dar yorumlanmalıdır⁶⁴.

Dava şartı arabuluculuk kuralının itirazın iptali davası bakımından geçerli olması için düzenlemenin öngördüğü amaç, itirazın iptali davasının üstlendiği amaç ve işlev ile örtüşmelidir. İtirazın iptali davasının icra takibi ile sıkı bağlantı içinde olması, genel hükümlere tabi olan bu davaya uygulanacak normların yorumlanmasında dikkate alınması gereken bir özelliktir⁶⁵. Genel hükümlerdeki dava şartı arabuluculuğa ilişkin normun itirazın iptali davasına doğrudan tatbiki mümkün olmamalı, ilgili norm bu davanın niteliği göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır.

İlk olarak, itirazın iptali davasını dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendiren görüş, kanun koyucunun ilgili düzenleme ile arabuluculuk uygulamasını etkinleştirmek istediğine işaret ederek davanın hukuki niteliğine

⁶² **Özekes, Muhammet** (2021) Temel Hukuk Bilgisi, 11. Bası, On İki Levha, İstanbul, s. 102; **Oğuzman/Barlas**, s. 72.

⁶³ **Oğuzman/Barlas**, s. 74; **Özekes**, s. 111; **Gözler, Kemal** (2013) "Yorum İlkeleri", <<https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>> s.e.t.25.07.2022, s. 59, 60.

⁶⁴ **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2021) s. 772; **Atalı/Erdoğan**, s. 217.

⁶⁵ **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022) s. 148; Aynı yönde **Tanrıver**, s. 123; İcra takip prosedürü içerisinde açılan davalar bakımından genel kanunlardaki düzenlemelerin uygulama alanı bulabilmesi düzenlemenin bir yandan davanın niteliğine uygun olması ve diğer yandan dava ile ulaşılmak istenen amaca uygun olmasına bağlıdır; **Ermenek/Azaklı-Aslan**, s. 151.

göre yapılan değerlendirmeleri dışlar⁶⁶. Bu yaklaşım, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesini ihdas eden 7155 sayılı Kanun'un ilgili madde gerekçesinde ve genel gerekçesinde talebin hangi dava türünde ileri sürüldüğüne ilişkin bir ayırım yapılmadığını bilakis iş uyuşmazlıkları bakımından zorunlu arabuluculuk uygulamasında gözlemlenen başarıya değinilerek bu uygulamanın ticari davalar bakımından da yaygınlaştırılmak istendiğini vurgulamaktadır. Bu görüşün savunucularına göre, kanun koyucunun iradesi, konusu bir miktar para alacağı yahut tazminat ödemesi olan dava türlerinden bazılarını istisna tutmak değildir⁶⁷. Alacaklı bir miktar paraya ilişkin alacak ya da tazminat talebiyle ister tespit davasına ister eda davasına başvursun dava açmadan önce arabulucuya müracaat etmelidir. Zira uyuşmazlıkların hızlı şekilde, en az masrafla ve taraf iradelerine uygun olarak çözülmesi gayesi tüm davalar bakımından geçerlidir. İtirazın iptali davası da bu gaye doğrultusunda dava şartı arabuluculuk kuralına tabi kılınmıştır. Aynı istikamette bir başka yorum ise, itirazın iptali davasının doğrudan olmasa da dolaylı olarak alacağın tahsili amacına hizmet eden bir dava olması itibarıyla dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁶⁸. Buna göre, dava türüne ilişkin herhangi bir ayırma gerek olmaksızın uyuşmazlığın temelini (alacak ya da tazminat ödemesi) doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen her türlü ticari dava bu uygulamanın kapsamındadır⁶⁹.

⁶⁶ Kanun koyucunun, dava şartı arabuluculuk kurumunu önce iş hukuku sonra ticaret hukuku ve nihayet tüketici hukuku uyuşmazlıkları bakımından düzenleyerek kuralın geçerli olduğu yelpazeyi genişletmiş olması; zorunlu arabuluculuğun kapsamını belirleyen normu genişletici tarzda yorumlamayı gerektirmez. **Ermenek/Azaklı-Aslan**, s. 148.

⁶⁷ **Koçyiğit/Bulur**, s. 141-142.

⁶⁸ **Paslı**, s. 22; **Yılmaz, Abdülhamit** (2018) "Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri", s. 225 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1280168>> s.e.t.12.01.2022.

⁶⁹ **Yılmaz**, s. 226; **Kurt Konca** da itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu savunmakta ancak ilgili kanun maddesinin lafzını yahut amacını değerlendirmemektedir. **Kurt Konca, Nesibe** (2018) "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk)", Seta Perspektif, s. 5 <<https://setav.org/assets/uploads/2019/01/225.pdf>> s.e.t.15.1.2022; **Saraç, Şükrü** (2019) "İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemiyle Çözülmesi", İnşaat Sanayii Dergisi, s. 61

Bir başka görüşe göre ise dava şartı arabuluculuk düzenlemesini öngören 5/A hükmü dar yorumlanmalı ve amaçsal yorum yöntemiyle normun uygulama alanı genişletilmemelidir⁷⁰. Bu hususta gerekçe olarak, dava şartı arabuluculuk uygulamasının istisnai bir düzenleme olması ve usuli karakteri haiz bir norm olması gösterilmektedir. Uyuşmazlıkların çözümünde esas olan devlet mahkemeleri önünde dava açmaktır. Dava yolunu seçmeyen kişinin başvurabileceği alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; uyuşmazlığın elverişliliği, tarafların eşit konumda olması, kamu düzenine aykırılık oluşturmama gibi ölçütlerle sınırlandırılan ve her koşulda müracaat edilmesi mümkün olmayan istisnai yollardır⁷¹. Bu yollara başvuru kanun koyucunun iradesi ile zorunlu hale getirilirse düzenleme oldukça dar yorumlanmalıdır⁷². Nitekim bu yönde bir düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ve Anayasa'nın 36. maddesinde yer bulan mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır⁷³. Temel hak niteliğindeki mahkemeye erişim hakkını sınırlayan bir düzenlemenin uygulama alanını tespit ederken bir tereddüt yaşanırsa normun kapsamı dar tutulmalıdır⁷⁴. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin dar yorumlanmasına ilişkin ikinci gerekçe, bu hükmün usuli karakteri haiz olmasıdır⁷⁵. Normun hangi kanunda yer aldığından bağımsız

<<https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/insandergi173baskioncesi-1.pdf>>
s.e.t.14.1.2022; **Koçyiğit/Bulur**, s. 67.

⁷⁰ **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2021) s. 772.

⁷¹ **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2021) s. 765, 766.

⁷² **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 147; **Atalı/Ermenek/Erdoğan** (2022) s. 151.

⁷³ **Atalı/Erdoğan**, s. 217. **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 148; Dava şartı olarak arabuluculuk düzenlemesinin hak arama özgürlüğünü ihlal edip etmediğine ilişkin tartışmalar, İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen düzenlemeden bu yana sürmektedir. İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen düzenlemenin hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı ancak Anayasa'nın 6. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 36. maddesi çerçevesinde temel hak ihlali oluşturmadığı yönünde bkz. **Erdoğan, Ersin** (2017) "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s. 1212 vd. <<https://0210u3n3n-y-https-legal-com-tr.proxy.cankaya-elibrary.com/Book/VMbfPDOHTEOIaR38Vsrw9w/aec177ba6db34063affc2d11922a3fd1>> s.e.t.20.1.2022.

⁷⁴ **Atalı/Erdoğan**, s. 217; **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 148.

⁷⁵ **Ermenek/Azaklı-Arslan**, s. 148; **Paslı**, s. 19.

olarak düzenlemeyi hedef aldığı alan ona karakteristik özeliğini kazandırır⁷⁶. Mezkûr norm maddi hukuk kurallarını düzenleyen bir kanunda usule ilişkin bir kural düzenlemektedir. İcra hukuku, kişinin mülkiyet hakkına doğrudan müdahale eden bir alan olması nedeniyle kanunilik ilkesi çerçevesinde düzenlemelerin kanunla yapılması ve kanun hükmünün dar yorumlanması esastır⁷⁷. Usuli bir norm hüviyetinde olması, Türk Ticaret Kanunu 5/A düzenlemesinin dar yorumlanmasını gerektirir⁷⁸.

Kanaatimizce, ilgili norm devlet mahkemeleri önünde dava açmadan evvel arabulucuya başvuru zorunluluğu öngören usuli bir norm olup tarafların mahkemeye erişim hakkını sınırladığı için dar yorumlanmalıdır. Söz konusu normun uyumsuzlukların hızlı ve masrafsız şekilde çözülmesine katkı sağladığı gerekçesiyle geniş yorumlanması ve itirazın iptali davası bakımından uygulanması icra takip prosedürünün aksamasına ve normun düzenleniş gayesiyle çelişen sonuçların doğmasına; örneğin, fazladan zaman ve emek harcanmasına sebebiyet verebilir.

Hakkında icra takibi başlatılmamış bir borçluya karşı, dava açmadan önce onu alacaklı ile arabulucu önüne göndermek ve pazarlık yapıp yapamayacaklarını görmekte taraf menfaatlerine hizmet eden bir yön bulunabilir. Ancak genel hukuk davasının temelindeki borcu ödememe vakiasına ilaveten bu davada, ödeme emrine itiraz edilerek ödememe iradesi ikinci kez ortaya konmaktadır⁷⁹. Bu davada borçlunun borcu ödememe iradesi perçinlenmiş bir şekilde ortaya çıkar. Alacaklıyı ödememe iradesini peşinen ortaya koyan borçlu ile arabuluculuk masasına oturtmanın taraflara hukuki yarar sağlamayacağı kanaatindeyiz. Ödeme emrine itiraz ederek borcu ifa etmeyeceğini ikinci kez açığa vuran borçlu ile alacaklıyı arabuluculuk görüşmelerine zorlamak, alacağın tahsili sürecini uzatarak borçluyu iktisadi manada desteklemek anlamına gelir. Bu yaklaşım benimsenirse, alacaklı ile

⁷⁶ **Erdoğan, Ersin** (2020) Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 68, 69.

⁷⁷ **Özekes, Muhammet** (2009) İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet, Ankara, s. 90, 91.

⁷⁸ **Ermenek/Azıklı-Arslan**, s. 148; **Paslı**, s. 19.

⁷⁹ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 196.

borçlu arasındaki menfaat dengesi alacaklı aleyhine bozulur. Oysa itirazın iptali davası, alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesini onun lehine olacak şekilde düzeltme işlevi görür. İtirazın iptali davası açılmadan önce alacaklıyı borçlu ile müzakereye zorlamak bozulan menfaat dengesinin alacaklı lehine dengelenmesine değil, tam tersine borçlunun iktisadi menfaatlerinin korunmasına hizmet eder. Ayrıca, alacağın tahsili yolundaki süreci uzatması itibarıyla, özünde zaman ve emek zayıyatını, masraf yapılmasını önleme amacı taşıyan dava şartı arabuluculuk uygulamasından beklenen fayda sağlanamamış olur. Dava şartı arabuluculuk kuralını itirazın iptali davasına uygulama çabası dava şartı arabuluculuktan beklenen avantajları sağlamadığı gibi aksine fazladan zaman, emek harcanmasına ve masraf yapılmasına sebebiyet verir.

Bir diğer husus, dava ile ilamsız icra takibinin farklı hukuki çareler olması nedeniyle ilamsız icra takibini tercih eden alacaklının dava süreci için öngörülen bir zorunluluk ile karşı karşıya bırakılmaması gerekir. Bu görüşe göre, ilamsız icra takibinde alacaklının dava şartı arabuluculuk uygulamasına zorlanması onun icra takibini tercih etmesini anlamsız kılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A hükmünün uygulanması; her şeyden önce açılması planlanan bir davayı gerektirir. Oysa burada alacaklı, dava hakkını kullanmak yerine takip hakkını kullanmaktadır. Dava yoluna ilişkin olarak düzenlenen arabulucuya başvuru mecburiyetinin takip içerisinde gündeme gelemeyeceği kabul edilmelidir⁸⁰. Dava yolunu tercih etmeyerek takip başlatmayı seçen alacaklının arabulucuya gitmeye zorlanması, onun ilamsız takip başlatmasını anlamsız kılar⁸¹.

İtirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi halinde, itirazı bertaraf etmeye yarayan itirazın kaldırılması yolu ile arasında icra ve iflas hukukunun amacı ile bağdaşmayacak türden bir farklılık doğmuş olur⁸². Nitekim her iki kurum da aynı amaca hizmet etmektedir. İtirazın iptali davasının itirazın kaldırılmasından farklı olarak kesin hüküm korumasını sunması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan kaynaklanan

⁸⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 196, 197; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 181, 182.

⁸¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 196, 197.

⁸² Ermenek/Azıklı-Aslan, s. 155.

bir özelliktir. İcra ve iflas hukuku bağlamında ise bu iki kurumun amacı aynıdır⁸³. Söz konusu hukuki çarelerden birini mecburi arabuluculuk kapsamında tutmak, icra ve iflas hukukunun amacı ile örtüşmez⁸⁴. Takip hukuku bakımından arabulucuya başvuru yönünde bir takip şartı da öngörülmüş değildir. Bu nedenle, ilgili düzenleme itirazın iptali davasına uygulanmaz⁸⁵. Keza, bu yaklaşım özel bir dava şartını genel bir dava şartına dönüştürmek anlamına gelir ki neticede sağlıklı sonuçlar elde etmek mümkün olmaz⁸⁶.

Netice olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin itirazın iptali davası bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususunda hükmün lafzının yanı sıra amacının da değerlendirilmesi yoluna gidilmelidir. Hükmün amacı tespit edilirken hâkim ihtiyaçların haklı göstermesi gibi bir gerekçeyle hükmün lafzını aşar şekilde uygulama alanını genişletemez. Bu nedenle, dava şartı arabuluculuk kuralının uyuşmazlıkları hızlı, masrafsız ve taraf iradelerine uygun şekilde sonlandırdığına işaret ederek alacak ve tazminat taleplerinin tümü bakımından geçerli olduğu görüşü kanımızca hükmün lafzını aşan bir değerlendirmedir. Oysa amaçsal yorumda sınır hükmün lafzıdır. İkincisi, özünde iradilik olan arabuluculuk kurumunu zorunlu hale getiren söz konusu düzenleme istisnai bir norm olarak değerlendirilmeli ve usuli karakter taşıması nedeniyle dar yorumlanmalıdır. Bu düzenlemenin itirazın iptali davası ile amaç ve işlev itibarıyla örtüşüp örtüşmediği değerlendirilmeksizin doğrudan davanın kapsam dahilinde değerlendirilmesi yerinde değildir. İtirazın iptali davası bakımından genel hükümlerde düzenlenen bir normun uygulama alanı bulup bulmadığının tespiti, amaç ve işlev itibarıyla davanın ve kuralın beraber değerlendirilmesini gerektirir. İtirazın iptali davasına zorunlu arabuluculuk uygulamasının getirilmesi; borcu ödememeye ilişkin iradesini ikinci kez ortaya koyan borçlu ile alacaklının müzakereye zorlanması, icra takip prosedürüne dava kurumuna özgü olan arabuluculuk zorunluluğunun eklenmesi ve itirazın

⁸³ Ermenek/Azaklı-Aslan, s. 155.

⁸⁴ Ermenek/Azaklı-Aslan, s. 155.

⁸⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 196, 197; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 181, 182.

⁸⁶ Tanrıver (2022) s. 155, 156; Tanrıver (2020) s. 123.

bertaraf edilmesi yolları arasında farklılık oluşturulması bakımından işlevsel bir yöntem değildir. İfade edilen yönlerden değerlendirildiğinde, dava şartı arabuluculuk uygulamasından beklenen avantajların itirazın iptali davasında ortaya çıkmadığı, bilakis alacağın tahsilinin zorlaştırılması nedeniyle bu uygulamanın fazladan zaman ve emek kaybının önüne geçilmesine değil bu sorunların meydana gelmesine sebep olduğu görülmektedir.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu 5/A düzenlemesiyle bir kısım ticari davalar bakımından dava açmadan önce arabulucuya başvuru mecburiyeti öngörülmüştür. Bu düzenlemenin ilamsız icra prosedürüne özgü bir dava olan itirazın iptali davasında da uygulama alanı bulup bulmayacağı meselesi öğreti ve yargı kararlarında farklı şekillerde değerlendirilmektedir.

İtirazın iptali davasının dava şartı olarak arabuluculuk kuralına tabi olması; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesi çerçevesinde arabuluculuğa uygun nitelikte bir uyuşmazlıktan kaynaklanmasına ve Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde öngörülen nitelikte bir dava olmasına bağlıdır. Bu nitelikteki davaların belirlenmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin lafız ve amaç itibarıyla değerlendirilmesini gerektirir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi; “...*ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında...*” dava açmadan evvel arabulucuya müracaatı dava şartı olarak düzenler. Buna göre, uyuşmazlığın ticari dava olarak tezahür etmesi (i) ve konusunun para ödemesine ilişkin alacak veya tazminat talebi olması (ii) gerekir. Maddede anılan koşullardan ikincisi, ifade tarzı nedeniyle muğlaktır. Öğreti ve yargı mercileri bu koşulu farklı şekillerde anlamlandırarak itirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu yahut olmadığı yönünde birbirinin tersi istikamette görüş benimsemektedir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin inceleme konumuz olan kararında, bölge adliye mahkemelerinin bu koşul bakımından benimsedikleri farklı yaklaşımlar değerlendirilerek itirazın iptali davasının dava şartı olarak arabuluculuk

kapsamında bulunduğu hükmedilmiştir. Karara göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde geçen "...ticari davalardan konusu para olan alacak ve tazminat taleplerinin ödenmesi..." ifadesi ile dava sebebi (somut vakıa) olan bir miktar paranın ödenmesi kastedilmektedir. Dava şartı arabuluculuk kuralının uygulama alanı bulabilmesi için bir miktar para ödemesine ilişkin alacak ya da tazminat talebinin ileri sürülmesi yeterli olup bu talebin hangi dava türü içerisinde ileri sürüldüğünün bir önemi yoktur.

Oysa Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi tarafından benimsenen ve öğretide büyük çoğunluk tarafından desteklenen görüşe göre, mezkûr ifade dava konusu kavramına işaret ederek davacının mahkemeye yönelttiği talep sonucuna göre davanın alacak (eda) davası olarak nitelendirilmesi gerektiğini düzenler. Kanaatimizce madde metninde yer verilen "...ticari davalardan, konusu..." ibaresi ve bu ibareye cümlenin başında yer verilerek vurgu yapılmış olması, dava konusu kavramının ölçüt olarak benimsendiğini gösterir. Bu nedenle, itirazın iptali davası açmadan önce arabulucuya müracaat zorunluluğu olup olmadığını tespit etmek için davanın hukuki niteliği araştırılmalıdır. İtirazın iptali davasının dava konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak (eda) davası kabilinden bir dava olduğu tespit edilirse dava şartı arabuluculuk kuralına tabi olduğu ifade edilmelidir.

İtirazın iptali davasının hukuki niteliğine ilişkin olarak, öğretide ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmamaktadır. Bu davanın hukuki niteliğini belirlemede; davacının mahkemeden talep ettiği hukuki himaye ve mahkemenin buna karşılık olarak tesis ettiği hüküm göz önünde bulundurulmalıdır. Davacının hukuki himaye talebi ile mahkemece verilen hüküm sadece itirazın haklılığının değerlendirilmesi ve takibin devamı amacına yönelik olduğundan davanın konusu alacak ve tespit davalarından farklıdır. Ayrıca dava, ilişkili olduğu icra takibi ile sıkı bağlantı içinde olup esasen takip prosedürünün bir parçası niteliğindedir. Bu yönleri göz önünde bulundurulduğunda itirazın iptali davasının alelade hukuk davaları gibi nitelendirilmesi mümkün değildir. Davanın alacak davası olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki görüşün aksine, bu davada alacağın tahsili talep edilemeyeceği eğer aynı dava dilekçesinde bu yönde bir talep varsa bu durumda objektif dava birleşmesinin meydana geleceği kanaatindeyiz. Davanın icra takibi ile olan sıkı ilişkisi, dava neticesinde elde edilen ilamın ilamlı icraya

konulamaması ve takip talebinde gösterilmeyen alacak kısmının davada ıslah yoluyla ileri sürülememesi bu davanın icra hukukuna özgü *sui generis* nitelikli bir dava olduğunu ortaya koyar. İtirazın iptali davasının alacak davası olarak nitelendirilememesi ve neticesinde haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilen icra inkâr tazminatına arabulucu tarafından hükmedilememesi nedeniyle dava şartı olarak arabuluculuk kuralına tabi olmayacağı kanaatindeyiz.

Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin uygulama alanının tespit edilebilmesi için normun lafzının yanı sıra amacının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi kanunların uygulama alanını belirlemede yalnızca lafızdan hareket etmenin yeterli olmadığını, düzenlemenin ruhu ile bağlı kalınarak amacının da tespit edilmesi gerektiğini öngörmektedir. İtirazın iptali davası bakımından 5/A maddesinin lafzı bölge adliye mahkemeleri tarafından farklı şekilde anlamlandırılmıştır. Lafız itibarıyla iki farklı yaklaşıma konu olan 5/A maddesinin amacı kanunun ruhu ve normun lafzı göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Bu hususta, kanun koyucunun uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde, daha az masraf ve emekle çözümlenmesine imkân veren dava şartı arabuluculuk kurumunu etkinleştirmek istediği gerekçesiyle hukuki niteliğinden bağımsız olarak itirazın iptali davalarında da zorunlu arabuluculuk kuralının geçerli olduğu ifade edilmektedir. Oysa, hâkim ihtiyaçların haklı göstermesi gibi gerekçelerle hükmün lafzını aşar şekilde genişletici yorum yapamaz. Aksi yöndeki ve bizim de katıldığımız görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu 5/A hükmü gerek mahkemeye erişim hakkını sınırlayan istisnai bir norm olması gerek usuli karakteri haiz bulunması nedeniyle dar yorumlanmalıdır. İtirazın iptali davasının üstlendiği amaç ve işlev ile dava şartı arabuluculuk kuralının üstlendiği amaç ve işlev beraber değerlendirilmeden davanın dava şartı arabuluculuk kuralı kapsamında kaldığı ifade edilememelidir. Gerçekten, dava şartı arabuluculuk kurumunun içerdiği amaçlar ile itirazın iptali davasının amaçları birbiri ile örtüşmemektedir. İtirazın iptali davasının koruduğu menfaat dengesi zorunlu arabuluculuk uygulamasına müsait olmayıp zorunlu arabuluculuk uygulamasından beklenen amaçları sağlamaya uygun değildir. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, itirazın iptali davası açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu olmadığı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel** (2021) İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Yetkin, Ankara.
- Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin** (2020) “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu”, ÇÜHFD <<https://021123mu0-y-https-www-jurix-com-tr.proxy.cankaya-elibrary.com/article/20707>> s.e.t. 10.1.2022.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2022) İcra ve İflas Hukuku, 5. Bası, Yetkin, Ankara. (Atalı/Ermenek/Erdoğan (2022))
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin** (2021) Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Yetkin, Ankara. (Atalı/Ermenek/Erdoğan (2021))
- Atalı, Murat/Korkut, Serra M.** (2019) “İtirazın İptali ve Takipli İflasta İflas Davasının İslah Yoluyla Doğrudan İflasa Dönüştürülmesi Mümkün Müdür?”, MİHDER <<https://0210u3n0k-y-https-legal-com-tr.proxy.cankaya-elibrary.com/Book/VMbfPDOHTEOIaR38Vsrw9w/8e0b4f9ca37a4d91a5d842e43532bf95>> s.e.t.15.1.2022.
- Börü, Levent** (2012) “Dava Konusu Kavramı ve Teoriler”, BATİDER, <<https://www.jurix.com.tr/article/6818>> s.e.t.10.1.2022.
- Budak, Ali C.** (2019) “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, MİHDER <<https://0210u3n0k-y-https-legal-com-tr.proxy.cankaya-elibrary.com/Book/VMbfPDOHTEOIaR38Vsrw9w/3a1e64fd3c6b477587129a84c4bf66cb>> s.e.t.12.1.2022.
- Çağa, Tahir** (1979) “Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair”, BATİDER 1976 C VIII S. 3.
- Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural** (2019) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha, İstanbul.

- Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin** (2020) Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet, Ankara.
- Erdoğan, Ersin** (2020) Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, 2. Baskı, Yetkin, Ankara.
- Erdoğan, Ersin** (2017) “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi”, <<https://0210u3n3n-y-https-legal-com-tr.proxy.cankaya-elibrary.com/Book/VMbfPDOHTEOIaR38Vsrw9w/aec177ba6db34063affc2d11922a3fd1>> s.e.t.20.1.2022.
- Ermenek, İbrahim/Azaklı-Arslan, Betül** (2020) “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m 5/A)”, Türkiye Barolara Birliği Dergisi <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-148-1915>> s.e.t.7.1.2022.
- Ermenek, İbrahim** (2014) Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin, Ankara.
- Gözler, Kemal** (2013) “Yorum İlkeleri”, <<https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>> s.e.t.25.07.2022.
- Hanağası, Emel** (2009) Davada Menfaat, Yetkin, Ankara.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper** (2019) Ticari Uyuşmazlıklarda Dava şartı Arabuluculuk, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara.
- Kurt Konca, Nesibe** (2018) “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava şartı (Zorunlu Arabuluculuk)”, Seta Perspektif <<https://setav.org/assets/uploads/2019/01/225.pdf>> s.e.t.15.1.2022.
- Kuru, Baki** (2013) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet, İstanbul.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami** (2019) Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25. Bası, Vedat, İstanbul.
- Özekes, Muhammet** (2021) Temel Hukuk Bilgisi, 11. Bası, On İki Levha, İstanbul.

- Özekes, Muhammet** (2009) İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet, Ankara.
- Paslı, Ali** (2019) Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması (Ed. Süral- Efeçinar, Ceyda/Yardım, M. Ertan), Seçkin, Ankara.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet** (2021) İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul.
- Rüzgaresen, Cumhuri** (2013) Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin, Ankara.
- Saraç, Şükrü** (2019) İnşaat Sektöründeki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemiyle Çözümlemesi, İnşaat Sanayii Dergisi <<https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2020/07/insandergi173baskioncesi-1.pdf>> s.e.t.15.1.2022.
- Tanrıver, Süha** (2022) Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Bası, Yetkin, Ankara.
- Tanrıver, Süha** (2021) Medeni Usul Hukuku, C. 2, Yetkin, Ankara.
- Tanrıver, Süha** (2020) “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, TBB Dergisi, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-147-1905>> s.e.t.12.1.2022.
- Tanrıver, Süha** (2007) Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Bası, Adalet, Ankara.
- Yardım, M. Ertan** (2019) “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk”, (Ed. Süral-Efeçinar, Ceyda/Yardım, M. Ertan), Seçkin, Ankara.
- Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis** (2009) İcra ve İflas Hukuku, Beta, İstanbul.

- Yılmaz, Abdülhamit** (2018) “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1280168>> s.e.t 12.01.2022.
- Yılmaz, Ejder** (2016) İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara.
- Yılmaz, Ejder** (2009) “İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı, Adalet, Ankara.

**ÇEVİRİLER
&
KARARLAR**

**22.10.1991 TARİHLİ VE 1 WS 249/91 SAYILI HAMM EYALET YÜKSEK
MAHKEMESİ KARARI***

**ZİNCİRLEME AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜSTE AZMETTİRİLEN FİİLİN
YETERİNCE SOMUTLAŞTIRILMASI****

Çeviren:

Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR***

Başlık: İştirak, teşebbüs

Uygulanan Kanun Hükümleri: ACK¹ md.30/f.1², ACK md.211³

Kararın Özü: Bir kimse tarafından azmettirilen fiil yeterince somutlaştırılmışsa ve nihai fiil kararının alınmasına sebep olunmuşsa, azmettirenin bundaki sonraki kendi katkısına tekabül eden davranışlar fiili mümkün kılrsa bile cezalandırılabilir hazırlık hareketi alanı aşılmış olur.

Anahtar Kelimeler: İştirak, teşebbüs

Kararın Bulunduğu Kaynaklar: GA 1992, 369; LSK 1993, 040256

Avrupa İçtihat Numarası⁴: ECLI:DE:OLGHAM:1991:1022.1WS249.91.0A

* OLG (Oberlandesgericht) Hamm, Beschluss vom 22.10.1991 – 1 WS 249/91. Karar metni için bkz. BeckRS 1991, 345.

** DOI: 10.33432/ybuhukuk.1101226 – Geliş Tarihi: 10.04.2022 – Kabul Tarihi: 29.06.2022.

*** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, sercan.tokdemir@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9749-688X.

¹ 15.05.1871 tarihli Alman Ceza Kanunu (deutsches StGB) [RG. 13.11.1998-yeniden ilan tarihi].

² “İştirake Teşebbüs” başlıklı ACK md.30/f.1: “Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için sevk etmeğe teşebbüs ederse, cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak, cezası 49’uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23 üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.” Kanun metni için bkz. “Strafgesetzbuch”, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_30.html> s.e.t. 30.03.2022.

³ “Cinayet” Başlıklı ACK md.211: “Katil müebbet hapis cezası ile cezalandırılır (f.1). Katil; öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin etme, sırf maddi menfaat ve sair ilkel saik nedeniyle, mağdurun saldırı karşısında savunmasız olduğu ve tehlikenin farkında olmadığı bir durumu kullanmak suretiyle, canavarca bir şekilde veya toplum için genel tehlike yaratan araçlarla, bir suçu gizlemek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlamak amacıyla, bir insanı öldüren kişidir” (f.2). Kanun metni için bkz. “Strafgesetzbuch”, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_211.html> s.e.t. 30.03.2022.

⁴ ECLI: European Case Law Identifier.

Karar ve Gerekçesi:

Karar: Üç numaralı hükmü hariç bozulan karar kaldırılır.

Siegen Cumhuriyet Savcılığı'nın 3 Temmuz 1990 tarihli iddianamesi kabul edilir.

Arnsberg Eyalet Ağır Ceza Mahkemesi önünde sanık aleyhinde kamu davası açılır.

Gerekçeler:

1. Siegen Cumhuriyet Savcılığı, 30.07.1990 tarihli iddianameyle sanığı, başka bir kişiyi katilin suçu işlemesi için azmettirmeye teşebbüs etmekle (teşebbüs aşamasında kalmış azmettirmeye) suçlamıştır. Siegen Eyalet Ağır Ceza Mahkemesi, bozulan kararlar iddianın kabulünü ve kamu davasının açılmasını reddetmiştir.
2. Soruşturmaya göre, asıl duruşma sonucuna halel getirmeyen bir ön değerlendirme temelinde aşağıdaki gerçeklerden hareket edilmiştir:
3. Sanığın karısı, moda mağazalarından birini çalıştırmaktadır. 1975'ten beri yanında 17.6.1960 doğumlu Bayan K çalışmaktadır. K ile sanık arasında yıllar içinde yakın ilişki içeren bir aşk ilişkisi gelişmiştir. Sanık, tanık K ile olan ilişkisini yıllar içinde karısından gizlemiştir. Sanık, uzun yıllar süren ilişkilerinden sonra K'ya kendi karısından boşandıktan sonra evlenme teklifinde bulunmuştur. Fakat K boşanmış bir erkekle değil, sanığın karısının doğal yollardan vefat etmesi durumunda kendisiyle evlenmeye hazır olduğunu söylemiştir.
4. 1988 yılında K'nın bir başka erkekle ilişkisi olur ve K, sanıkla olan yakın ilişkisini bitirmiştir. Ancak yeni ilişkisi birkaç ay sonra sona erdiğinde yeniden eski ilişkisine devam etmiştir. Sanık, K'yı kendisine bağlamak için gerçekçi bir şekilde karısının çok hasta olduğunu ve iki yıldan beş yıla kadar bir ömrü olduğunu ona söylemiştir. K bunu fark etmiş, fakat bu konu hakkında sanıkla hiç konuşmamıştır.

5. Haziran 1989'dan itibaren K, H ile yakın bir ilişki yaşamıştır. Aynı zamanda sanık ile ilişkisine de devam etmiştir. K'nın bu yeni ilişkisini öğrenen sanık, K'nın kendisinden ayrılmak istediğini öğrenmiştir. Sanık, K'nın, ağır hasta olan karısıyla ilgili hikâyeye inanmadığını fark ettiğinde kendisini “köşeye sıkışmış” bir vaziyette hissetmiştir. 23.10.1989 tarihinde özel dedektif B (tanık) ile buluşur ve ondan farklı bir isim altında K'yı ve onun ziyaret ettiği yakın çevresini takip etmesini istemiştir. Bu esnada tanık B'ye kendisinin ağır kalp ve kanser hastası olan karısından bahsetmiş ve K'nın kendisinin sevgilisi olduğunu söylemiştir. Sanık, yardımcı olması amacıyla yanında tutması için hasta karısının ve sevgilisi olan K'nın fotoğraflarını daha sonra tekrardan almak üzere B'ye vermiştir.
6. Tanığın sanığa gözlemleri hakkında rapor vermesinden sonra sanık ile tanık, aralarında bundan böyle karısının dışarı çıktığı esnada tanığın sanığın telefonunu çaldırması ve sonraki buluşmanın telefon ile ayarlanacağı hususları üzerinde anlaşmışlardır. Dedektif, savcılıkla daha önce konuştuğu üzere telefonda sonra hemen kendisini bildirmiş ve sanıkla 31.10.1989 tarihinde buluşmuştur. Dedektif, ona kimsenin inanmayacağı endişesiyle bu gizli konuşmayı kayıt altına almıştır. Sanık, bu sefer yanlış bir isimle ortaya çıkmış ve B'den karısını zehirle öldürecek bir kadın bulmasını talep etmiştir. Sanığın talebine göre bu kadının bir fuarda 1990 Şubat ayında çok çabuk etki eden ve iz bırakmayan bir zehri karısının içeceğine karıştırması gerekecektir. Bunun için bulacağı faile olayı gerçekleştirmeden evvel 30.000.00 Alman Markı (DM) vereceğini söylemiştir. Ayrıca olay için karısını gösteren fotoğrafı kadına vermesini istemiştir. Tanık B, bu olay için bir çek almış ve teklifi böylece garanti altına almıştır. Buna ilaveten tanık, kayda aldığı konuşmayı kriminal polise iletmıştır.
7. 4.11.1989 tarihinde sanık yeniden tanık B'ye ulaşmış ve ondan zehirleme olayını gerçekleştirecek kadını bulmasını çabuklaştırmasını istemiştir. Bundan başka sanık, B'den K'nın kendisine tekrardan dönmesini sağlamak için K'nın erkek

arkadaşıyla buluşup onu kışkandıracak bir kadın bulmasını istemiştir.

8. Kasım 1989'da sanık, günde nerdeyse kırk defa olmak üzere tanık B ile onu telefonla arayıp görüşmüştür. 8.11.1989 tarihinde tanık B'den zehirleme işini yapacak kadını Frankfurt'ta araması talimatını vermiştir. Zehirle öldürme planını tekrar etmiştir. B, delil olsun diye zehirleme olayına ilişkin herhangi bir eylem yapmaksızın Frankfurt'a gitmiştir. 11.11.1989 tarihinde B, bir kadın fail bulabilmek amacıyla sanığın talimatı üzerine yeniden Frankfurt'a gitmiştir. Geri döndüğünde tanık B, sanığa zehir konusunda bilgisi olan Afrikalı iki tıp fakültesi öğrencisi ile bağlantısı olan bir Afrikalı kadından bahsetmiştir. Bu kadının 35.000.00 Alman Markı karşılığında sanığın karısını öldürmeye hazır olduğunu söylemiştir. Sanık, bu teklif üzerinde kadınla anlaşmaya varır gibi gözükmüş ve yine yanlış bir isimle ortaya çıkmıştır. 10/11.11.1989 tarihinde (gece) tanık K'yı ortak olarak gözetledikleri bir ortamda tanık B, sanığın gerçek adını öğrenmiş; oysa tanık B, sanığa takip süresi boyunca hep "S" diye hitap ederdi ki sanık da bu hitaba karşı çıkmamıştır; buna rağmen B, sanığın isteği üzerine dosyasına hayali adını "St" olarak kaydetmiştir. Ertesi gün B, sanığın talimatı üzerine Afrikalı öğrencilerle buluşmak amacıyla Frankfurt'a gitmek üzere yola çıkmıştır. Daha sonra B, sanığa zehirlemede kullanılacak "K" isimli ilacın bulunduğunu haber vermiştir. Sanık, memnuniyetini dile getirmiş ve dedektifin bu çalışmasını umut verici bir çalışma olarak görmüş; ancak kendisinin bahara kadar vakti olduğunu düşünmüştür. K'nin kendisine tekrardan dönmesi arzusunda olan sanığı nihayetinde K terk ederse karısını öldürmenin onun için artık bir anlamı kalmayacaktır. 19 Kasım 1989 tarihinde sanık, K'nin tekrardan kendisine dönebileceğini düşünmüştür. 12 Aralık 1989 tarihine kadar sanık, K ve H ile daha da uğraşmaya devam etmiştir. Sanığın bu çabaları K'yı kışkandırmaya yönelikti. Ancak sanık yine de suç planından vazgeçmemiştir, çünkü her şeyin kontrol altında olduğunu ve kısa sürede sonuç vereceğini düşünmüştür.

9. 13 Aralık 1989 tarihinde sanık, tanık B'ye her şeyi netleştirmek için yeniden Frankfurt'a gitmesi talimatını vermiştir. Kadın, Mart 1990'da suçun daha kolay işlenebileceği düşüncesiyle Şubat 1990'daki fuarı ziyaret etmiştir. Sonraki fuar 1990 yılının Ağustos ayında olacaktı.
10. 14 Aralık 1989'da B, sanığa kadının kaçış planı ve beş dakika içinde ölümcül etkisini gösterecek olan ilacı satın almak için avans olarak 20.000,000 Alman Markı istediğini söylemiştir. Sanık bu avansı vermeyi kabul etmiş ve ertesi gün B'nin Frankfurt'a gidip kadının zehri hemen satın alması için avansı temin etmiştir.
11. Bu ana kadar sanık, kadın failin temin edilmesine yönelik masraf olarak hâlihazırda 1.028.00 Alman Markı ödemiştir.
12. 15 Aralık'ta (15.12.1989) sanık, sabah saat 8.30'a doğru kendi aracıyla daha önce B ile kararlaştırdıkları yere gitmiş, B'nin aracına binmiş ve içinde 20.000,00 Alman Markı olan zarfı B'ye vermiştir. Ancak parasını kaptırabileceği ve fiilin işlenememe yönünde taşıdığı endişeyi dile getiren sanık, B'ye şu sözleri söylemiştir: "Bay B haydi şimdi başlayalım, umarım her şey yolunda gider. Umarım para boşuna gitmez ve parayı kaptırmam."
13. Kısa bir süre sonra sanık, randevudan haberi olan polis tarafından yakalanmıştır.
14. İddiaları kabul etmeyen eyalet mahkemesine göre azmettirmeye teşebbüs hazırlık aşamasında kalmıştır. Sanık fiilin işleneceği anı halen saklı tutmaktadır. Sanık karısının resmini daha sonraki bir vakitte teslim edeceğini söylemiş ve fiilin kesin olarak işleneceği zaman ile ilgili tanık B'nin sanıkla ayrıntılı görüşmesi halen gerekli bir husus olarak durmaktadır. Ayrıca fiilin işlenmesine aracılık eden kişi ve fail için mağdur yeterince somutlaştırılmamıştır. Tanık B sanığın gerçek ismini bilmemektedir ve sadece bir fotoğraf vasıtasıyla mağdur yeterince somutlaştırılmış olmaz. Sanık moda fuarının kesin tarihini bildirseydi ve tanık B vasıtasıyla mağdurun tam olarak somutlaştırılması mümkün kılınmış olsaydı, (bayan) fail böylelikle fiili işleyebilecekti. Buna karşılık Siegen Cumhuriyet Savcılığı, başsavcılığın eleştirdiği karara derhal itiraz etmiştir.

15. İtiraz neticelenir. Şimdiye kadarki soruşturma, ACK md.30/f.1 ve ACK md.211 çerçevesinde eşini öldürmeye azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olmaya yetecek kadar sanığın şüpheli olduğunu göstermiştir.
16. Bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs eden bir kimse ACK md.30/f.1'e göre cezalandırılır. Soruşturma neticesine göre, sanık karısını öldürecek sözde var olan (muhtemel) kadını azmettiren tanık B'yi azmettirmiştir (azmettirmeye azmettirmiştir). Mahkeme kararları ve öğretiyeye göre fiilin azmettirme düzeyinde kabulü, somutlaştırma derecesine göredir (krş. BGHSt 12,306; Schönke-Schröder-Cramer, StGB, 23. Auflage. §30, kn. 4; Dreher-Tröndle, StGB, 45. Auflage §30 kn. 7; Lackner, StGB, 19. Auflage, §30 kn. 3; LK-Roxin, StGB, 10. Auflage, §30 kn. 24). Mağdur, sanığın karısıdır. Daire, tanık B'nin anlatımlarından yola çıkarak, suç Mart 1990'da ve birkaç gün süren moda fuarında, her ne kadar zamanlama tespiti önemli olsa da, dedektifin çok da zor olmayan araştırmalarının akabinde, ne zaman gerçekleştirildiği tam olarak bilinmemekle birlikte, zehrin kullanılmasıyla işlenmiştir. Sanığın gerçek bellediği ve arka planda kalan kadın failin, Şubat 1990'daki I'da kendini davranışlarıyla açığa çıkardığı kabul edilmelidir. Sanığın kimliği gizli kalmamış, açığa çıkmıştır. Sanık kendisini "S" olarak tanıtmış ve bundan böyle bu isimle kendisine hitap edilmesini istemiştir. Sanığın karısının moda mağazasının sahibi olduğu çok açıktır. Sanık "O" plakalı araçla gitmiştir. B, daha sonra geri vermek üzere sanıktan aldığı fotoğrafta sanığın karısını görmüştür. B için Bayan S'yi teşhis etmek ve S'ye kendi bilgilerini aktarmak zor değildi. Bu olanların hepsi sanığın bilgisi dâhilindeydi ve olanlar şu yeterli kabul görecektir olasılığı ortaya koymaktadır ki, sanık da bu olaylardan doğru bir şekilde sonuca varmıştır.
17. Azmettirmeye teşebbüs ancak fiil azmettirenin tasavvuru doğrultusunda belirleyici olduğu zaman (krş. BGHSt 10, 388;18, 161; Urteil vom 2. September 1969 – 1 StR 280/69-; Schönke-Schröder-Cramer, a.g.e., §30 kn. 4; Dreher- Tröndle a.g.e., §30 kn. 9;

Baumann, StGB, AT, 9. Auflage. §37 IV 4; Schmidhäuser, StGB, AT, 3. Auflage, 11/112; LK-Roxin, StGB. 10. Auflage, §30 kn. 27 ve 31; Roxin JA 1979, 169), ciddi ise (BGHSt 10,388; 18, 161; Dreher-Tröndle, a.g.e., §30 kn. 9; LK-Roxin, a.g.e., §30 kn. 18; Schmidhäuser, a.g.e., 11/108; Schönke-Schröder-Cramer, a.g.e., §30 kn. 26 ve 28) cezalandırılabilir. Sanık önceleri duraksamış ve suçun işlenişi ile ilgili talimatlarda ya da daha doğrusu talimatlandırılmıy mı noktasında tereddüt yaşamıştır. Fakat daha sonrasında, daireye göre, şu ana kadar ki soruşturma sonucu failin en geç 13 Aralık 1989 tarihinden itibaren suç işleme yönündeki ciddi ve nihai kararını verdiğini ve sanığın kendi tasavvuruna göre B'yi etkileme faaliyetinde başarılı olduğunu ve doğrudan faile fiili işlettiren arka plandaki kişide (B'de) nihai kararın alınmasına sebep olduğunu göstermiştir.

18. Oluşa göre birkaç husus şu anlama gelmektedir ki, sanık kendi katkısını (etki edici ve belirleyici hareketlerini) artık gerekli görmemiş; bilakis şuradan yola çıkmıştır ki, kader kendi başına yol alabilir. Bu kabule sanığın şu tasavvuru da dâhil edilmelidir ki, sanık, karısının resmini verme ya da karısını Mart 1990'da ziyaret vakitleri hakkında bilgilendirme gibi kendi katkısını devam ettirebilirdi ve böylece suçun işlenişini kolaylaştırabilirdi. Fakat bunları mümkün kılmadı. Sadece bu ikisinin kabul edilmesi durumunda dahi, dairenin görüşüne göre başka şeylerin (kanıtların) dikkate alınması gerekmektedir. Bu şekilde bile genel teşebbüs prensiplerine göre hazırlık hareketleri aşaması geçilmiştir. Alman Federal Yargıtay'ının defalarca tekrar ettiği üzere (BGHSt 18, 160, 161; yayımlanmamış Urteil vom 2. September 1969 – 1 StR 280/69), azmettirmeye teşebbüsten cezalandırabilmek için, fiil azmettiren tarafından öyle bir belirlenmek zorundadır ki, başkaları da bu suçu işlemek istediği vakit, bu belirlemeye göre suçu işleyebilsin. Fakat burada bir husus atlanılmamalıdır: İlk anılan kararın olayında henüz belirli bir suç işleme kararı mevcut olmadığı gibi, diğer olaylarda fiil yeterince somutlaştırılmış da değildir. Bu olayda ise, yapılan araştırma ve soruşturmaya göre, işlenecek suç azmettirenin

tasavvurunda yeterli derecede somutlaştırılmış ve suç işleme kararı kesindir. Böyle durumlarda suç işlemek için anlaşma suçu (ACK md.30/f.2) çok yakın gözükmese de, dairemizin düşüncesine göre, uygulama, azmettirilenin azmettirenin etkisi ve dâhili olmasa dahi suç işleyebileceği gerekçesiyle, ACK md.30/f.1 lafzı üzerinden sınırlandırılmıştır. Bunun sebebi, azmettirenin suçun birden fazla kişi tarafından işlendiği durumda onları suça sevk etmesinde ve azmettirenin tutum ve davranışlarının tehlikeliliğinde aranmalıdır (krş. BT-Drucksache V/4095 S. 13; Schönke-Schröder-Cramer, a.g.e., §30 kn. 1; Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, 4. Auflage, §65 I 2; LK-Roxin, a.g.e., §30 kn. 3, 9, 15, 22; Dreher in Gallas-Festschrift, S. 321; Roxin JA 1979, 169, 170, 171; Preisendanz, Lehrkommentar, 30. Auflage, §30 Anm. 2; Schmidhäuser, a.g.e., 11/108; Jacobs, Strafrecht AT, S. 630).

19. Yukarıdakiler ışığında, bozulan kararın kaldırılarak suçlamaların kabul edilmesi ve kamu davasının açılması gerekir. Mahkeme, esas duruşmanın yapılmasından evvel CMK⁵ md.210/f.3'ün uygulanabilir olup olmadığına karar vermelidir. Bu itiraz kararıyla sanığın tazminatına ilişkin ceza mahkemesinin kararı temelden yoksun hale gelmiş olur.
20. Savcılık, tutuklama emrinin kaldırılmasına (bozulan kararın üçüncü bölümünde) itiraz etmemiştir.

Avrupa İçtihat Numarası: ECLI:DE:OLGHAM:1991:1022.1WS249.

91.0A

Önerilen Atıf: OLG Hamm Beschl. v. 22.10.1991 – 1 Ws 249/91, BeckRS 1991, 345.

Kararın Bulunduğu Benzer Kaynaklar:

Karar: LSK 1993, 40256 (Ls.)

Diğer Kaynak: GA 1992, 369

⁵ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (deutsche StPO), düzenleme tarihi: 12.09.1950, yeniden düzenleme tarihi: 07.04.1987, son değişiklik tarihi: 21.12.2021.

KAYNAKÇA

OLG Hamm, Beschluss vom 22.10.1991 – 1 Ws 249/9. Karar metni için bkz. BeckRS 1991, 345.

“Strafgesetzbuch”, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/__30.html > s.e.t. 30.03.2022.

15.05.1871 tarihli Alman Ceza Kanunu (deutsches StGB) [RG. 13.11.1998-yeniden ilan tarihi].

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (deutsche StPO), düzenleme tarihi: 12.09.1950, yeniden düzenleme tarihi: 07.04.1987, son değişiklik tarihi: 21.12.2021.

**AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN 9 KASIM 2021 TARİHLİ LW
VE ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ KARARI ÇEVİRİSİ***

**TRANSLATION OF LW V. BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DECISION OF EUROPEAN COURT OF JUSTICE DATED 9 NOVEMBER
2021**

Dr. Öğr. Üyesi Belkıs VURAL ÇELENK**

**9 Kasım 2021 Tarihli
MAHKEME KARARI (BÜYÜK DAİRE)**

(Ön karar talebi- Sığınma ve ikincil korumaya ilişkin ortak politika – Üçüncü ülke vatandaşlarının veya vatansız kişilerin uluslararası korumadan faydalanan kişiler olarak nitelendirilmesine ilişkin standartlar – 2011/95/AB Yönergesi– Madde 3 ve Madde 23 – Uluslararası korumadan yararlanan kişinin mülteci veya ikincil koruma statüsünün aile üyelerine genişletilmesi için Üye Devletler tarafından sürdürülebilir ya da getirilebilir daha elverişli standartlar – Bir ebeveynin reşit olmayan çocuğuna türetilmiş bir hak olarak mülteci statüsü verilmesi – Aile birliğinin korunması – Çocuğun yüksek yararı)

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1138357 - Geliş Tarihi: 30.06.2022 - Kabul Tarihi: 23.07.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-0376-0147, e-mail: vuralbelkis@gmail.com.

TFEU¹ madde 267'ye göre Almanya Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*)'nin 18 Aralık 2019 tarihli kararı ile Mahkemeye yaptığı ve 24 Şubat 2020'de Mahkeme'ye iletilen ÖN KARAR TALEBİ

**LW ve Almanya Federal Cumhuriyeti arasındaki C- 91/20 sayılı davada
görülen yargılamada**

MAHKEME (BÜYÜK DAİRE),

Başkan K. Lenaerts, Başkan Yardımcısı L. Bay Larsen, Daire Başkanları, K. Jürimäe, C. Lycourgos, E. Regan, N. Jääskinen ve J. Passer; Raportör M. Ilešič (Rapporteur); Hakimler J.-C. Bonichot, A. Kumin and N. Wahl

Savcı J. Richard de la Tour,

Katip Birim Başkanı D.Dittert'ten oluşmaktadır ve

Yazılı usül ve 22 Şubat 2021'deki sözlü duruşmaya istinaden,

- LW'nin Avukatı F. Schleicher
- Alman Devleti Yetkisi olarak J. Möller and R. Kanitz
- Belçika Devleti Yetkisi olarak M. Jacobs and M. Van Regemorter
- Polonya Devleti Yetkilisi olarak B. Majczyna
- Avrupa Komisyonu yetkisi olarak G. Wils and A. Azema'nın açıklamaları dikkate alınarak 12 Mayıs 2021 tarihli oturumda Savcının Görüşü dinlendikten sonra aşağıdaki kararı vermiştir.

¹ “TFEU” Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın İngilizce kısaltması olarak çevirmen tarafından değiştirilmeden kullanılmıştır.

Karar

1. Bu ön karar talebi, uluslararası korumadan yararlanacak üçüncü ülke vatandaşları ve vatansız kişilerin niteliklerinin belirlenmesine ve tek tip mülteci veya ikincil koruma statüsünün belirlenmesine ilişkin standartlar ile sağlanacak bu korumanın içeriğine ilişkin standartlar hakkındaki Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 13 Aralık 2011 tarihli ve 2011/95/AB sayılı Yönergesinin (OJ 2011 L 337, s. 9) 3. maddesi ve 23(2). maddesinin yorumlanmasıyla ilgilidir.
2. Talep, Almanya Federal Göç ve Mülteciler Dairesinin (*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*) ('Büro'), LW'ye sığınma hakkı vermeyi reddetmesi üzerine açılan, LW ile Almanya Federal Cumhuriyeti (*Bundesrepublik Deutschland*) arasındaki davada yapılmıştır.

Hukuki Dayanak

Uluslararası Hukuk

3. 28 Temmuz 1951'de Cenevre'de imzalanan Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin 1(A)(2). maddesine göre (*Birleşmiş Milletler Antlaşması Serisi*, Cilt 189, s. 150, No 2545 (1954)) ('Cenevre Sözleşmesi');

"Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, "mülteci" terimi, aşağıdaki kimseler için kullanılır:

...

(2) ... ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu tür bir korku nedeniyle bu ülkeye gidemeyen veya o ülkenin korumasından yararlanmak istemeyen; veya bu tür olaylar nedeniyle vatandaşlığı olmayan ve eski mutad meskeni ülkesi

dışında bulunan, oraya dönemeyen veya bu korku nedeniyle dönmek istemeyen kimsedir.

Bir kimsenin birden fazla vatandaşlığı olduğu hallerde, "vatandaşı olduğu ülke" terimi, vatandaşı olduğu ülkelerin her biri anlamına gelir ve bir kişi, haklı bir korkuya dayanan geçerli bir sebep olmaksızın, vatandaşı olduğu ülkelere birinin korumasından yararlanmamışsa, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yoksun olarak değerlendirilmemelidir.”

AB Hukuku

4. 2011/95 Yönergesi, mülteci olarak veya başka bir şekilde uluslararası koruma ihtiyacı olan üçüncü ülke vatandaşlarının ya da vatansızların niteliklerine ve statülerine ilişkin asgari şartlar ve sağlanacak korumanın içeriği hakkında 2004/83/AT sayılı ve 29 Nisan 2004 tarihli (OJ 2004 L 304 s. 12) Konsey Yönergesini yeniden düzenlemiştir.
5. 2011/95 Sayılı Yönergenin 4, 12, 14, 16, 18, 19, 36 ve 38 numaralı Gerekçeleri aşağıdaki gibidir:

“(4) Cenevre Sözleşmesi ve Protokol, mültecilerin korunmasına yönelik uluslararası yasal rejimin temel taşıdır.

...

(12) Bu Yönergenin temel amacı, bir yandan Üye Devletlerin uluslararası korumaya gerçek anlamda ihtiyacı olan kişilerin belirlenmesi için ortak kriterler uygulamasının ve diğer yandan bu kişiler için asgari düzeyde imkanların tüm Üye Devletlerde mevcudiyetinin sağlanmasıdır.

...

(14) Bir kimsenin, Cenevre Sözleşmesinin 1(A) maddesi anlamında mülteci ya da ikincil korumaya uygun bir kimse olmasına dayanarak, bir Üye Devletten uluslararası koruma talep eden üçüncü ülke vatandaşları veya vatansız kişiler olması halinde, bu kimseler için Üye Devletler bu Yönergede belirtilen standartlardan daha elverişli hükümler getirme veya sürdürme yetkisine sahiptir.

...

(16) Bu Yönerge, temel haklara saygı duyar ve özellikle Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı tarafından tanınan ilkeleri gözetir. Özellikle bu Yönerge, sığınma başvurusunda bulunanların ve beraberindeki aile üyelerinin insan onuruna ve sığınma hakkına tam saygı gösterilmesini ve Temel Haklar Şartının 1, 7, 11, 14, 15, 16, 18, 21, 24. 34 ve 35. maddelerin uygulanmasını teşvik etmeyi amaçlar ve dolayısıyla bu bağlamda da uygulanmalıdır.

...

(18) “Çocuğun yüksek yararı”, bu Yönergeyi uygularken ... Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme [20 Kasım 1989’da New York’ta imzalanmıştır (Birleşmiş Milletler Antlaşma Serisi, Cilt 1577, s. 3)] doğrultusunda Üye Devletlerin öncelikle dikkate alacağı husus olmalıdır. Çocuğun yüksek yararını değerlendirirken, Üye Devletler özellikle aile birliği ilkesini dikkate almalıdır...

...

(19) Çocuğun yüksek yararına gösterilecek özel ihtimam dikkate alınarak ... aile üyeleri kavramını genişletmek gerekir.

...

(36) Aile üyeleri normalde, mülteci statüsünün temeli olabilecek şekilde zulüm eylemlerine karşı, yalnızca mülteci ile ilişkileri nedeniyle savunmasız kalacaklardır.

...

(38) Bu Yönergede yer alan yardımlara ilişkin haklara karar verirken Üye Devletler, “çocuğun yüksek yararının yanı sıra, uluslararası

korumadan yararlanan kişinin Üye Devlette halihazırda bulunan ve bu yararlanıcının aile üyesi olmayan yakın akrabalarının, uluslararası korumadan yararlanan kişiye bağımlılığın özel koşullarını da dikkate almalıdır. İstisnai hallerde uluslararası korumadan yararlanan kişinin yakın akrabası olan küçük, eşinin refakat etmediği bir evli ise, bu küçüğün yüksek menfaatinin kendi asıl ailesinde yattığı görülebilir.”

6. Bu Yönergenin “Tanımlar” başlıklı 2. maddesi şu şekildedir:

“Bu Yönerge açısından aşağıdaki tanımlar geçerlidir:

...

(d) ırkı, dini, tabiiyeti, siyasi görüşü veya belirli bir sosyal gruba mensubiyeti nedeniyle zulme uğramaktan haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan; veya bu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen kimse; ya da bu nedenlerle bir önceki ikamet ettiği ülkenin dışında bulunan ve böyle bir korku nedeniyle ülkesine dönmek istemeyen, 12. maddenin kapsamında bulunmayan vatansız kişiye “mülteci” denir.

...

(j) "aile üyeleri", halihazırda menşe ülkede ailenin mevcut olması şartıyla, uluslararası koruma başvurularıyla ilgili olarak aynı Üye Devlette bulunan uluslararası korumadan yararlananın aşağıdaki aile üyeleri anlamına gelir:

- uluslararası korumadan yararlanan kişinin eşi veya istikrarlı bir ilişki içinde olan evli olmayan partneri ...,
- evlilik içi veya dışı doğmuş olmalarına veya ulusal hukukta tanımlanan şekilde evlat edinilmiş olmalarına bakılmaksızın ve evli olmamaları koşuluyla, birinci bentte belirtilen çiftlerin veya uluslararası korumadan yararlanan kişinin reşit olmayan çocukları,

- ister kanunen isterse ilgili Üye Devletin uygulamalarıyla olsun, uluslararası korumadan yararlanan kişiden sorumlu olan baba, anne veya başka bir yetişkin...;

(k) "küçük", 18 yaşın altındaki üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişi anlamına gelir;

...

(n) "menşe ülke", vatandaşı oldukları ülke veya ülkeler; veya vatansız kişiler için daha önce mutat meskenin bulunduğu ülke veya ülkeler anlamına gelir.'

7. Bu Yönergenin 'Daha elverişli standartlar' başlıklı 3. maddesi şu şekildedir:

"Üye Devletler, bu Yönergeyle uyumlu olduğu sürece, kimin mülteci veya ikincil korumaya uygun kişi olduğunu tespit etmek ve uluslararası korumanın kapsamını belirlemek için daha elverişli standartlar getirebilir veya bunları muhafaza edebilir."

8. 2011/95 sayılı Yönergenin 'Gerçek durum ve koşulların değerlendirilmesi' başlıklı 4. maddesi, 3(e) paragrafı şu şekildedir:

"3. Uluslararası koruma başvurusu değerlendirmesi bireysel bazda yapılmalıdır ve değerlendirme için şunlar dikkate alınmalıdır.

...

(e) başvurucunun, başka bir ülkenin vatandaşı olduğunu savunabileceği hallerde o ülkenin korumasından yararlanmasının makul olarak kendisinden beklenip beklenemeyeceği"

9. Yönergenin 'Hariç Tutma' başlıklı 12. maddesi şu şekildedir:

"1. Üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişi mülteci sıfatından şu durumlarda hariç tutulur:

- (a) kişinin, Birleşmiş Milletler Mülteci Komiserliği (BMMK) dışındaki Birleşmiş Milletler organ veya kuruluşlarının koruma ve yardımına ilişkin Cenevre Sözleşmesinin 1(D) maddesi kapsamında olması. Herhangi bir nedenle bu tür koruma veya yardım sona erdiğinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ilgili kararlar uyarınca durumları kesin olarak belirlenmeden bu kişiler kendiliğinden (*ipso facto*) bu Yönergenin imkanlarından yararlanırlar;
- (b) kişinin, ikamet ettiği ülkenin yetkili makamları tarafından, o ülkenin vatandaşlığına sahip olmaya bağlı hak ve yükümlülükler veya bunlara eşdeğer hak ve yükümlülükler sahip olduğu kabul edilmişse.

2. Bir üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız bir kişi, aşağıdaki ciddi sebeplerden birinin varlığı halinde mülteci statüsünden hariçte tutulabilir:

- (a) barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçlara ilişkin hükümler koyan uluslararası belgelerde tanımlanan suçlardan birini işlemişse;
- (b) mülteci olarak kabul edilmeden önce, mülteci statüsü verilmesine dayalı oturma izninin verildiği esnada, sözde siyasi bir amaç doğrultusunda işlenmiş olsa bile, siyasi olmayan ağır suçlar olarak sınıflandırılabilen özellikle zalimane eylemler gibi sığındığı ülke dışında siyasi olmayan ciddi bir suç işlemişse;
- (c) Birleşmiş Milletler Şartı'nın Dibacesinde ve 1. ve 2. maddelerinde ve Gerekçe kısmında düzenlenen Birleşmiş Milletler amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden suçluysa.

3. 2. Fıkra, burada belirtilen suç veya eylemleri teşvik eden ya da bir şekilde bunların işlenmesine katılan kişiler için de uygundur.”

10. Yönergenin "Aile birliğini koruma" başlıklı 23. maddesi şu şekildedir:
- “1. Üye Devletler, aile birliğinin korunmasını sağlar.
2. Üye Devletler, uluslararası korumadan yararlanan kişinin, bireysel olarak böyle bir korumaya hak kazanmayan aile üyelerinin, ulusal prosedürlere ve aile üyesinin kişisel hukuki durumuna uygun olduğu sürece, Yönergenin 24 ila 35. maddelerinde belirtilen imkanları talep etme hakkına sahip olmalarını sağlar.
3. 1. ve 2. fıkralar, aile üyesinin Bölüm III ve V uyarınca uluslararası koruma kapsamında çıkarılacağı veya hariçte tutulacağı hallerde uygulanmaz.
4. 1. ve 2. fıkralarla bağlı olmaksızın, Üye Devletler, ulusal güvenlik veya kamu düzeni nedenleriyle, burada atıfta bulunulan imkanları reddedebilir, azaltabilir veya geri çekebilir.
5. Üye Devletler, menşe ülkeyi terk ettikleri sırada ailenin bir parçası olarak birlikte yaşayan ve o sırada tamamen veya büyük ölçüde uluslararası korumadan yararlanana bağlı olan diğer yakın akrabalar için de bu Maddenin uygulanacağına karar verebilir.”

Alman Hukuku

11. Esas davadaki uyuşmazlığa uygulanacak 26 Haziran 1992 tarihli Sığınma Yasası'nın (Asylgesetz) 3(1). paragrafı² (BGBl. 1992 I, s. 1126), 2 Eylül 2008'de yayınlandığı haliyle (BGBl. 2008 I, s. 1798), şu şekildedir:
- “Bir yabancı, [Cenevre Sözleşmesi] anlamında (aşağıdaki hallerde) bir mültecidir ...:
1. ırk, din, tabiiyet, siyasi düşünce veya belirli bir sosyal gruba mensubiyet nedeniyle zulme uğrayacağından haklı nedenlere dayanan korku duyuyorsa,

² İlgili Alman mevzuatında madde adı “paragraf” olarak isimlendirildiğinden çevirmen “maddesi” kelimesi yerine “paragrafı” kelimesini tercih etmiştir.

2. ülkesi dışında (menşe ülke) bulunuyorsa ve
(a) vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanamayacak
durumdaysa veya bu korku nedeniyle yararlanmaya
gönülsüzse,
...”

12. Sığınma Yasası'nın (*AsylGesetz*) 26(2). paragrafı şu şekildedir:
“Sığınma hakkı sahibi bir kişinin, evli olmayan ve sığınma başvurusu yaptığı sırada, reşit olmayan bir çocuğu, eğer ki yabancının sığınma hakkına sahip olduğunun kabulü tartışılmaz ve iptal veya geri çekilmeye tabi değil ise, talep üzerine, sığınma hakkına sahip olarak kabul edilir.”
13. Sığınma Yasası'nın (*AsylGesetz*) 26(4). paragrafı, 2011/95 sayılı Yönergenin 12(2) maddesinde öngörülen hariçte tutma gerekçesinin kapsamına giren kişileri, bu paragrafın imkanlarının da dışında tutar.
14. Sığınma Yasası'nın (*AsylGesetz*) 26(5). paragrafı şu şekildedir:
“1 ila 4 numaralı bentlerin hükümleri, uluslararası koruma hakkına sahip kişilerin, (26. paragrafın³) 1 ila 3 numaralı bentler kapsamındaki aile üyelerine durumun icabına göre (*mutatis mutandis*) uygulanır. Sığınma hakkı yerine, mülteci statüsü veya ikincil koruma verilir. ...”

Esas davadaki uyumsuzluk ve ön karar için yöneltilen sorular

15. Esas davadaki başvuru, 2017 yılında Tunuslu bir anne ve Suriyeli bir babanın çocuğu olarak Almanya'da dünyaya gelmiştir.

³ Bu ifade çevirmen tarafından eklenmiştir.

16. Esas davadaki başvuru Tunus vatandaşıdır. Başvurucunun, Suriye uyruklu olup olmadığı da tespit edilmemiştir.
17. Ekim 2015'te Büro⁴, esas davada başvuru babasına mülteci statüsü vermiştir. Başvurucunun Libya'da doğan ve ayrılana kadar bu devlette ikamet ettiğini belirttiği annesinin uluslararası koruma başvurusu reddolunmuştur.
18. Büro, 15 Eylül 2017 tarihli kararıyla, esas davadaki başvuru doğumundan sonra onun adına yapılan sığınma başvurusunu 'açıkça dayanaksız olduğu' gerekçesiyle reddetmiştir.
19. Almanya Cottbus İdare Mahkemesi (*Cottbus Verwaltungsgericht*), 17 Ocak 2019 tarihli kararıyla, başvuru yaptığı sığınma başvurusunu "dayanaksız" olarak değil, "açıkça dayanaksız" olarak reddettiği için Büronun⁵ bu kararını iptal etmiş ve diğer davacılar açısından davayı reddetmiştir. Mahkeme başvuru vatandaşı olduğu Tunus'ta zulüm göreceği korkusu için nedeni olmadığından, mülteci statüsüne hak kazanmadığına esas davada karar vermiştir. Bunun yanında, Mahkeme, başvuru babasına Almanya'da tanınan mülteci statüsüne dayanarak Sığınma Yasası 26(2). ve 26(5). paragrafları kapsamında ailenin korunması hükümleri kapsamında olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, kendilerine koruma sağlayabilecek bir devletin vatandaşları oldukları için, korunmaya ihtiyacı olan kişiler kategorisinden çıkarılan bu kişilere uluslararası korumanın genişletilmesinin uluslararası korumanın ikame koruma olduğu ilkesine⁶ aykırı olacağına karar vermiştir.

⁴ Almanya Federal Göç ve Mülteciler Dairesi, bu kararın 2. paragrafında belirtilmiştir.

⁵ "Büronun" ifadesi anlaşılır olmak adına çevirmence eklenmiştir.

⁶ "principle of subsidiarity international protection" çevirmence anlam kaybı yaratmamak için "uluslararası korumanın ikame koruma olduğu ilkesi" şeklinde çevrilmiştir.

20. Esas davanın başvurusu, bu karara karşı, Almanya Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) önünde bir temyiz başvurusunda bulunmuştur.
21. Bu temyiz davasında, esas davada temyize başvuran, farklı vatandaşlıklara sahip ebeveynlerin reşit olmayan çocuklarına, mülteci statüsü, ebeveynlerden yalnızca birine verilmiş olsa bile, Sığınma Yasası'nın 26(2). paragrafı ve 26(5). paragrafının ilk cümlesi kapsamında ailenin koruması temelinde mülteci statüsü verilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Bu, mültecilere sağlanan uluslararası korumanın ikame koruma olduğu ilkesi ile çelişmez. 2011/95 sayılı Yönergenin 3. maddesi, bir aile üyesine uluslararası koruma verildiği durumlarda, bu Yönergenin 12. maddesinde sayılan hariç tutma hallerinden biri, aile üyelerinden birinde var olmadığı ve durumları, aile birliğini koruma ihtiyacı nedeniyle uluslararası koruma mantığıyla bağdaştığı halde, bir Üye Devletin bu korumayı, o ailenin diğer üyelerine genişletilmesine izin verir. Bu mevzuatta, küçüklerin korunmasına ve çocuğun menfaatlerine özel önem verilmelidir.
22. Ön karara başvuran mahkeme, esas davada başvuranın kendi başına mülteci statüsü talep edemeyeceğini belirtmektedir. Uluslararası korumanın ikame koruma olduğu ilkesini belirleyen Cenevre Sözleşmesi'nin 1(A)(2) maddesinin ikinci bendinde, iki veya daha fazla uyruğu olan kişilere, vatandaşı oldukları ülkelerden birinin korumasından yararlanabilirlerse mülteci statüsünün verilemeyeceği açıkça öngörülmüştür. 2011/95 sayılı Yönergenin 2(d) ve (n) maddesi de bu şekilde yorumlanmalıdır. Bu Yönergenin 2(n) maddesi bağlamında yalnızca menşe ülkesinde etkin korumadan yararlanmadığı için korumasız olan bir kişi, Yönergenin 2(d) maddesi anlamında mültecidir. Esas davadaki başvuru, vatandaşı olduğu Tunus'ta etkin korumadan yararlanabilir.

23. Bununla birlikte, esas davadaki başvuru, mülteci statüsü verilmiş bir ebeveynin reşit olmayan ve bekar çocuğu olarak kendisine mülteci statüsünün verilmesi için Alman hukukundaki koşulları haizdir. Sığınma Yasası 26(2) ile 26(5). paragrafın birinci ve ikinci cümleleri birlikte değerlendirildiğinde, türetilmiş bir hak olarak ve sığınma bağlamında aile birliğini koruma amaçları doğrultusunda mülteci statüsü, Almanya'da doğan, topraklarında zulme uğramadığı ve diğer ebeveyni dolayısıyla sahip olduğu başka üçüncü bir ülkenin vatandaşıyla sahip çocuğa verilir.
24. Ön karar talep eden mahkeme, Alman hukukunda bu şekilde yapılacak bir yorumunun 2011/95 sayılı Yönerge ile uyumlu olup olmadığı konusunda tereddüttedir.
25. Bu durumda, Almanya Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*) yargılamayı durdurmaya ve bir ön karar için bu Mahkemeye aşağıdaki soruları yöneltmeye karar vermiştir:
- “(1) 2011/95 sayılı Yönerge 3. maddesi, bir Üye Devlet tarafından mülteci statüsü verilmiş bir kişinin evlenmemiş ve reşit olmayan çocuğuna diğer ebeveyni nedeniyle başka bir ülkenin vatandaşı olması durumunda bile, yararlanabileceği koruma olarak mülteci statüsü verilmesi (diğer bir deyişle, bir mültecinin aile üyesi olarak korunması) gerektiği yönündeki bir hükmü engellediği şekilde yorumlanabilir mi?
- (2) 2011/95 sayılı Yönerge 23(2). maddesi, Soru 1'de belirtilen koşullarda, Yönergenin 24 ila 35. maddelerinde bahsedilen imkanlardan aile üyelerinin yararlanmasının, aile üyesinin yalnızca kişisel hukuki statüsüne uygun olduğu sürece sağlanmasına yönelik sınırlandırmanın, reşit olmayan çocuğa mülteci statüsü tanınmış kişiden türetilmiş bir mülteci statüsü verilmesini yasaklıyor mu?
- (3) Soru 1 ve 2'ye yanıt verilirken, çocuğun ve ebeveynlerinin, çocuğun ve annenin vatandaşı olduğu, korumasından

yararlanabilecekleri ve mültecinin (babanın) menşe ülkesi olmayan bu ülkede, ikamet etmelerinin mümkün ve makul olup olmadığı önemli midir; yoksa Almanya'da aile birliğinin sağlanmasının oturma hakkını düzenleyen kuralla temelinde korunabilmesi yeterli midir?

Yöneltilen sorulara yönelik değerlendirme

26. Birlikte incelenmesi uygun olan sorularıyla ön karara başvuran mahkeme esasen, 2011/95 sayılı Yönergenin 3. ve 23(2). maddesinin; daha elverişli milli hükümler altında, Yönerge tarafından oluşturulan sistem kapsamında bu statüye sahip olduğu tanınmış üçüncü ülke vatandaşının evlenmemiş küçük çocuğuna; çocuğun o Üye Devletin topraklarında doğduğu ve diğer ebeveyni aracılığıyla zulüm riski altında olmayacağı başka bir üçüncü ülkenin vatandaşlığına sahip olduğu durumlar da dahil olmak üzere, bir Üye Devletin türetilmiş bir hak olarak ve aile birliğinin korunması amacıyla mülteci statüsü verilmesini engelleyecek şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağını sormaktadır. Bu bağlamda, ön karara başvuran mahkeme aynı zamanda, bu soruyu cevaplamak için, çocuğun ve çocuğun ebeveynlerinin söz konusu üçüncü ülkenin topraklarına taşınmasının mümkün ve makul olarak kabul edilebilir olup olmadığının tespit edilmesinin ilgili olup olmadığını da sormaktadır.
27. Bir ön husus olarak, 2011/95 sayılı Yönergenin hükümlerinin, Yönergenin genel düzeni ve amacı ışığında, Cenevre Sözleşmesi ve TFEU'nin 78(1). maddesinde atıfta bulunulan diğer ilgili anlaşmalar ile uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiğinin Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarından açıkça anlaşılacağı hatırlatılmalıdır. 16. Gerekeçeden de anlaşılacağı gibi, bu Yönerge ayrıca, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ("Şart") tarafından tanınan haklarla da uyumlu bir şekilde yorumlanmalıdır (bu yönde bkz. 13 Ocak 2021 tarihli

karar, *Almanya Federal Cumhuriyeti (Filistin kökenli vatansız bir kişinin mülteci statüsü)*, C-507/19, EU:C:2021:3, 39. paragraf).

28. Yöneltilen soruları cevaplamak için, öncelikle, yukarıda 26. paragrafta bahsedildiği gibi bir durumdaki çocuğun, 2011/95 sayılı Yönerge tarafından kurulan sistem kapsamında, bireysel olarak mülteci statüsü verilmesi için gerekli koşulları karşılamadığına dikkat edilmelidir.
29. Bu bağlamda, 2011/95 sayılı Yönergenin 2(d). maddesi uyarınca mültecinin, diğerleri arasında, ırkı, dini, tabiiyeti, siyasi görüşü veya belirli bir sosyal gruba mensubiyeti nedeniyle zulme uğrayacağına yönelik haklı nedenlere dayanarak vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve o ülkenin korumasından yararlanamayan veya bu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen üçüncü ülke vatandaşı olduğu tekrar anımsanmalıdır.
30. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi, mülteci statüsü, doğası gereği birbirine bağlı ve birbiriyile ilgili olan, bir yanda zulüm korkusunun varlığı, diğer yanda ise ilgili kişinin vatandaşı olduğu üçüncü ülkeler tarafından zulüm eylemlerinden korunamama koşullarının sağlanmasını gerektirir. (Bu bağlamda bkz. 20 Ocak 2021 tarihli karar, İçişleri Bakanlığı, C-255/19, EU:C:2021:36, 56. paragraf).
31. Bu tanım, esas itibarıyla, Cenevre Sözleşmesi'nin 1(A)(2). maddesindeki tanımı yeniden ortaya koymaktadır. Bu Sözleşme, 'birden fazla vatandaşlığı olan bir kişi söz konusu olduğunda, "vatandaş olduğu ülke" teriminin, vatandaşı olduğu ülkelerin her birini ifade ettiğini' ve 'haklı bir korkuya dayanan geçerli bir sebep olmaksızın, vatandaşı olduğu ülkelerden birinin korumasından yararlanmazsa kişinin, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yoksun olduğunun kabul edilemeyeceğini' öngörür.

32. Uluslararası korumanın ikame koruma olduğu ilkesinin bir ifadesi olan bu açıklama, 2011/95 sayılı Yönergede açıkça yer almamakla birlikte, yine de bu Yönergenin 2(n). maddesinden, somut olayda görülebileceği gibi, başvuranın vatandaşı olduğu her ülkenin, bu Yönergenin amaçları doğrultusunda onun 'menşe ülkesi' olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.
33. Dolayısıyla, 2011/95 sayılı Yönergenin 2(d). ve 2(n). maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, birden fazla üçüncü ülkenin vatandaşı olan bir başvuru sahibinin, ancak zulme uğrama korkusu nedeniyle, bu ülkelerden herhangi birinin korumasından yararlanamaz veya yararlanmak istemezse, korumadan yoksun olacağı kabul edilir. Ayrıca bu yorum, uluslararası koruma başvurusunun bireysel değerlendirmesinde dikkate alınması gereken şartları arasında, başvuru sahibinin vatandaşlığını talep edebileceği başka bir ülkenin korumasına güvенеbileceğine inanmanın makul olduğunu düzenleyen Yönergenin 4(3)(e). maddesinde de onaylanmıştır.
34. Ön karar talep eden mahkeme, esas davadaki başvuru sahibinin annesi aracılığıyla vatandaşı olduğu üçüncü bir ülke olan Tunus'ta etkili korumadan yararlanabileceğine işaret etmiştir. Bu bağlamda, söz konusu mahkeme, esas davadaki başvuru sahibine, zulme uğramaya ve Alman makamlarının mülteci statüsü verdiği babasının menşe ülkesi olan Suriye'ye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilmeye karşı gerekli korumayı Tunus Cumhuriyeti'nin sağlayamadığını veya sağlamaya isteksiz olduğunu düşündürecek hiçbir şey olmadığını belirtmektedir.
35. Bu bağlamda, 2011/95 sayılı Yönerge tarafından oluşturulan sistem kapsamında, başvuru sahibinin ilgili aile üyesiyle olan ilişkisine ve Yönergenin 36. Gerekçesinde vurgulandığı üzere, başvuru sahibinin normalde zulüm veya ciddi zarar tehdidinde kişisel olarak maruz kalmamasına yol açan savunmasızlığına/zafiyetine rağmen,

yalnızca, başvurucunun aile üyelerinden birisinin haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun bulunması veya ciddi bir zarar görme riskiyle karşı karşıya kalması gerekçelerine dayanarak, uluslararası koruma başvurusunun bireysel olarak kabul edilemeyeceği akılda tutulmalıdır. (bkz. bu 4 Ekim 2018 tarihli karar, *Ahmedbekova*, C-652/16, EU:C:2018:801, 50. Paragraf).

36. İkinci olarak, 2011/95 sayılı Yönergenin, mülteci statüsünün veya ikincil koruma statülerinin, bu statünün verildiği bir kişinin, bu statünün verilmesi için bireysel olarak şartları sağlamayan aile üyelerine genişletilmesini, türetilmiş bir hak olarak sağlamadığına dikkat edilmelidir. Bu Yönergenin 23. maddesinden, Üye Devletlerin yalnızca ulusal kanunlarını, ulusal usullere uygun olarak ve bu aile üyelerinin kişisel yasal statüleriyle uyumlu olduğu ölçüde, oturma izni, istihdama veya eğitime erişim gibi aile birliğini korumaya yönelik belirli avantajlara sahip olmaları için değiştirmeleri gerektiği sonucu çıkmaktadır. (Bu bağlamda bkz., 4 Ekim 2018 tarihli karar, *Ahmedbekova*, C-652/16, AB: C:2018:801, 68. paragraf).
37. Ayrıca, 2011/95 sayılı Yönergenin amaçları doğrultusunda 'aile üyeleri' kavramını tanımlayan 2(j). maddesi ve 23(2). maddesi birlikte yorumlandığında, Üye Devletlerin bu avantajlara erişimi sağlama yükümlülükleri, uluslararası korumadan yararlanan bir kişinin, ev sahibi Üye Devlette yerleşik bir ailenin çocuğu olarak doğan çocuklarına genişletilemez.
38. Üçüncü olarak, bir Üye Devletin yine de türetilmiş bir hak olarak ve aile birliğini korumak amacıyla, esas davaya konu olan durumdaki bir çocuğa mülteci statüsü verip vermeyeceğini belirlemek için, 2011/95 sayılı Yönergenin 3. maddesinin, Üye Devletlere, kimin mülteci veya ikincil korumaya uygun bir kişi olduğunu ve uluslararası korumanın içeriğini belirlemek için, bu Yönerge ile

uyumlu olduğu sürece daha elverişli standartlar getirmesine veya muhafaza etmesine, izin verdiği akılda tutulmalıdır.

39. Mahkeme, 2011/95 sayılı Yönergenin 14. Gerekçesi ile bağlantılı olarak yorumlandığında, bu Yönergenin 3. maddesinde atıfta bulunulan daha elverişli standartların, diğerlerinin yanı sıra, üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız bir kişiye mülteci veya ikincil koruma statüsü verilmesindeki koşulların gevşetilmesi gibi durumlardan oluşabileceğine karar vermiştir. (Bu bağlamda bkz. 4 Ekim 2018 tarihli karar, *Ahmedbekova*, C-652/16, EU:C:2018:801, 70. paragraf).
40. Daha elverişli herhangi bir standardın 2011/95 sayılı Yönergesi ile uyumlu olması gerektiğine dair 3. maddedeki açıklamaya ilişkin olarak, Mahkeme bu standardın o yönergenin genel çerçevesi veya amaçlarını zayıflatmaması gerektiğine karar vermiştir. Özellikle üçüncü ülke vatandaşlarına veya vatansız kişilere uluslararası koruma gerekçesi ile bağlantısı olmayan durumlarda mülteci veya ikincil koruma statüsü verilmesini amaçlayan standartlar yasaklanmıştır. (4 Ekim 2018 tarihli karar, *Ahmedbekova*, C-652/16, EU:C:2018:801, 71. paragraf ve kararda yer verilen içtihat).
41. Yine de, 2011/95 sayılı Yönerge kapsamında mülteci statüsü verilen bir kişinin aile üyelerine ulusal hukuk uyarınca bu statünün otomatik olarak verilmesi, peşinen (*a priori*) uluslararası korumanın gerekçesi ile bağlantısız değildir (4 Ekim 2018 tarihli karar, *Ahmedbekova*, C-652/16, EU:C:2018:801, 72. paragraf).
42. Öncelikle, Cenevre Sözleşmesi metnini oluşturan 25 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin ve Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Tam Yetkili Temsilciler Konferansı'nın Nihai Senedinde, 'ailenin birliğinin... mültecinin temel hakkı olduğunu'

vurgulayarak ve imzacı Devletlere “mülteci ailesinin korunması için gerekli önlemleri almalarını ve mültecinin aile birliğinin muhafazasını” tavsiye ederek bu Sözleşmenin yazarları bu önlemler ile uluslararası korumanın gerekçesi arasında yakın bir bağlantı tesis etmiştir. Ayrıca, bu bağlantının varlığı, BMMYK organları tarafından birçok kez teyit edilmiştir.

43. İkincisi, 2011/95 sayılı Yönergenin kendisi, 23(1). maddesinde Üye Devletlere uluslararası korumadan yararlanan kişinin aile birliğinin korunmasını sağlama yükümlülüğü getirerek böyle bir bağlantının varlığını kabul etmektedir.
44. Buna göre, mülteci statüsü tanınan bir kişinin reşit olmayan çocuğuna, türetilmiş bir hak olarak mülteci statüsünün otomatik olarak genişletilmesi; esas davadaki uyuşmazlıkta ön karara başvuran mahkemenin açıkladığı gibi uluslararası korumadan yararlananların ailesinin korunması ve aile birliğinin muhafaza edilmesi amacını gözeten milli kurallarda öngörüldüğü üzere bu çocuğun ev sahibi Üye Devlette doğduğu haller dahil, çocuğun bireysel olarak mülteci statüsü verilmesine ilişkin koşulları haiz olup olmadığına bakılmaksızın, uluslararası korumanın gerekçesiyle ile tutarlıdır.
45. Ancak, mülteci statüsünün türetilmiş bir hak olarak ve aile birliğinin korunması amacıyla, mülteci statüsünün verildiği kişinin reşit olmayan çocuğuna otomatik olarak uzatılmasının, bu bağlantının varlığına rağmen, 2011/95 Yönergesi ile uyumlu olmadığı durumlar olabileceği de belirtilmelidir.
46. İlk olarak, 2011/95 sayılı Yönergede belirtilen Cenevre Sözleşmesi ile uyumlu koruma sisteminin güvenilirliğini sürdürmek amacıyla getirilen hariç tutma gerekçelerinin altında yatan amaç göz önüne

alındığında, Yönergenin 3. maddesindeki çekince, bir Üye Devletin, bu Yönergenin 12(2). maddesi uyarınca (uluslararası korumadan⁷) hariçte tutulmuş bir kişiye bu yönerge kapsamında mülteci statüsü veren hükümler getirmesini veya olan hükümleri tutmasını engeller (9 Kasım 2010 tarihli karar, B ve D, C-57/09 ve C 101/09, EU:C:2010:661, 115. paragraf).

47. Ön karar talep eden mahkemenin işaret ettiği gibi, Sığınma Yasasının (AslyG) 26(4). paragrafı, 26(2). ve 26(5).paragrafların bir arada uygulanmasından kaynaklanan mülteci statüsünün genişletilmesinden bu tür kişilerin yararlanmasını engeller.
48. İkinci olarak, 2011/95 sayılı Yönergenin 23(2). maddesinden, AB yasama organının, uluslararası korumadan yararlanan bir kişiye tanınan avantajların, yararlanıcının aile üyesinin kişisel hukuki statüsü ile bağdaşmadığı durumlarda, aile üyesine genişletilmesine engel olduğu sonucu çıkar.
49. Bu hükmün yasama geçmişinden ve öngördüğü çekincenin kapsamından, çekincenin, bir Üye Devletin sadece avantajların genişletilmesinin uygun olmadığına karar verdiği ancak bu Yönergenin 3. maddesi uyarınca uluslararası korumadan yararlanan kişiye tanınan statünün, bireysel olarak bu statünün verilmesi için gerekli koşulları sağlayıp sağlamadıklarına bakılmaksızın, otomatik olarak bu kişilerin aile üyelerini de kapsayacak şekilde genişletilmesini sağlayan daha elverişli standartlar benimsemek istediği durumlarda da geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

⁷ Çevirmen tarafından anlam kaybını engellemek için getirilmiştir.

50. Belirtilmelidir ki, Şu anda 2011/95 sayılı Yönergenin 23(2). maddesinde yer alan çekincenin, Avrupa Parlamentosu tarafından 2004/83 sayılı Yönergenin kabul edilmesine yol açan yasama prosedürü sırasında önerilmiştir ve 'yeniden biçimlendirilmiş' 2011/95 sayılı Yönerge'deki 23. madde, genel olarak 2004/83 sayılı Yönerge'de aynı maddeye tekabül etmektedir. Bu teklif, Üye Devletlerin 'beraberindeki aile üyelerinin uluslararası koruma başvuru sahibi ile aynı statüye sahip olmalarını' sağlamasını gerektiren Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun önerisiyle ilgilidir. Bu yükümlülüğün başvuru sahiplerine sonradan katılan aile üyelerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiğini önerirken Parlamento, aile üyelerinin, uluslararası korumanınla uyumlu olmayabilecek ve bağımsız olarak [başvuru sahibinden] farklı bir hukuki statüye sahip olabilecekleri gerçeğini dikkate almak için bu çekince getirilmesinin uygun olduğunu değerlendirmiştir. (bkz. Avrupa Parlamentosu'nun mülteci olarak veya diğer şekilde uluslararası korumaya ihtiyaç duyan üçüncü ülke vatandaşları ve vatansızların nitelikleri ve statüsüne ilişkin asgari standartlar ve sağlanan korumanın içeriği hakkında Konsey Yönergesi Önerisine ilişkin 8 Ekim 2002 tarihli raporu, COM(2001)510, A 5 0333/2002 final, Değişiklik 22 (OJ 2002 C 51 E, s. 325)).
51. AB yasama organı, nihai olarak bu yükümlülüğü benimsememiştir. Bununla birlikte, uyumluluk çekincelerini korumuş ve sadece 2004/83 ve 2011/95 sayılı Yönergelerin 23(1). ve 23 (2). maddelerinde Üye Devletlerin, aile birliğinin korunmasını sağlamasını ve bireysel olarak bu korumayı elde etmek için gerekli koşulları sağlamayan uluslararası korumanın yararlanıcısının milli usuller dahilinde belirli avantajlar talep edilebilmesini zorunlu tutmuştur.

52. Dolayısıyla, 23. maddenin yasama geçmişinden, bu Yönergelerin 3. maddesinde belirtilen seçeneği kullanırken, böyle bir yararlanıcıya tanınan statünün otomatik olarak, bu statünün verilmesine ilişkin koşulları bireysel olarak karşılayıp karşılamadıklarına bakılmaksızın, aile üyelerine tanınan daha elverişli standartlar getirmek veya bu standartları sürdürmek isteyen bir Üye Devletin, bu standartları uygularken 23(2). maddesinde yer alan çekinceye uyması gerektiği anlaşılmaktadır.
53. Söz konusu çekincenin kapsamı, 2011/95 sayılı Yönergenin 23. maddesinin uluslararası korumadan yararlananların aile birliğinin korunmasının sağlanması hedefi ve bu çekinceyi oluşturan özel içerik bağlamında belirlenir.
54. Bu bağlamda, 2011/95 sayılı Yönergenin 23(2). maddesinde atıfta bulunulan avantajları veya koruma hakkını çocuğa genişletmenin, uluslararası korumadan yararlanan kişinin bireysel olarak koruma koşullarını haiz olmayan çocuğunun kişisel hukuki durumunun tüm unsurları düşünüldüğünde çocuğun, kendisine ev sahibi Üye Devlette böyle bir uzatmadan kaynaklanandan daha iyi bir muamele görme hakkı veren başka bir ülkenin veya bu Üye Devletin vatandaşlığına sahip olduğu durumlarda, özellikle uygun olmayabileceğine karar verilmelidir.
55. 2011/95 sayılı Yönergenin 23(2). maddesindeki çekincenin bu yorumu, çocuğun yüksek menfaatini tam olarak dikkate alır ve bu hüküm bu prensip ışığında yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Yönergenin 16 Gereğesi, Şart'ta yer alan temel haklara saygı duyduğunu ve özellikle Şart'ın 7. maddesi ile güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ve 2. paragrafında çocuğun yüksek menfaatini gözetme yükümlülüğü içeren 24. maddede tanınan çocuk haklarının uygulanmasını teşvik etmeyi amaçladığını açıkça belirtmektedir. (Bu bağlamda bkz. 9 Eylül 2021 tarihli karar,

Almanya Federal Cumhuriyeti (Aile üyesi) , C-768/19, EU:C:2021:709, 36 ila 38. paragraflar).

56. Bu yorum ayrıca, Cenevre Sözleşmesi tarafından kendisine verilen rol dikkate alındığında, belgeleri özellikle ilgili olan BMMYK tarafından önerilen yoruma karşılık gelmektedir. (23 Mayıs 2019 tarihli karar, *Bilali*, C-720/17, EU:C: 2019:448, 57. paragraf).
57. Bu nedenle, 2004/83 sayılı Yönergenin 23(1) ve 23(2). maddeleri ile ilgili olarak yaptığı ayrıntılı açıklamasında BMMYK, ‘aynı ailenin üyelerine asıl başvurucuya verilen statünün aynısından (türetilmiş statü) verilmesi gerektiğini’ düşünmektedir ve açıklaması şu şekildedir: ‘Aile birliği ilkesi, Mültecilerin ve Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Tam Yetkili Temsilciler Konferansı'nın Nihai Senedinden ve insan hakları hukukundan kaynaklanmaktadır. Çoğu [Avrupa Birliği] Üye Devletleri, mültecilerin aile üyeleri için türetilmiş bir statü sağlar. Bu aynı zamanda, BMMYK'nın deneyimince, genel olarak, ilerlemenin en pratik yoludur. Ancak aile üyelerinin kendi başlarına sığınma başvurusunda bulunmak istedikleri durumlarda; ev sahibi ülkenin vatandaşı oldukları için veya vatandaşlık kendilerine daha iyi bir standart bahsettiği için, türetilmiş statünün verilmesinin kişisel statüleriyle bağdaşmayacağı durumlarda olduğu gibi türetilmiş statü ilkesinin uygulanmaması gereken durumlar da bulunmaktadır.
58. Gönderen mahkemenin yapması gereken doğrulamalara tabi olmakla beraber, esas davadaki başvurucunun Tunus vatandaşlığı veya kişisel hukuki statüsünü karakterize eden başka herhangi bir unsur aracılığıyla Almanya'da, esas davadaki uyuşmazlıktaki ilgili hükümlerce öngörüldüğü üzere babasına tanınan mülteci statüsünün türetilmiş bir hak olarak uzatılmasından

kaynaklanandan daha iyi muamele görme hakkına sahip olabileceği görülmemektedir.

59. Son olarak, esas davadaki uyuşmazlıkta olduğu gibi daha elverişli bir ulusal hükmün 2011/95 sayılı Yönerge ve özellikle de 23(2). maddedeki çekinceyle uyumluluğu veya bunun esas davadaki başvuruçununki gibi bir duruma uygulanması, kendisinin ve ailesinin Tunus'a taşınmasının mümkün ve makul olarak kabul edilebilir olup olmamasına bağlı değildir.
60. Savcı'nın Görüşününün 93. maddesinde ileri sürdüğü gibi, bu Yönergenin 23. maddesinin amacı, uluslararası korumadan yararlanan kişinin bu korumanın kendisine tanıdığı haklardan yararlanmasının yanında, o kişinin Üye Devletin topraklarında aile birliğinin korunmasını da sağlamaktır. Esas davadaki başvuruçunun ailesinin Tunus'a taşınmasının mümkün olması, bu maddenin 2. paragrafındaki çekincenin, başvuruçuya mülteci statüsü verilmesini engellediği şeklinde anlaşılmasını, böyle bir yorum başvuruçunun babasının Almanya'da kendisine tanınan sığınma hakkından feragat ettiği anlamına geleceğinden, haklı gösteremez.
61. Ayrıca, bu koşullarda, mülteci statüsü tanınan bir kişinin aile bireylerine mülteci statüsü verilmesine izin veren düzenlemenin, o ailenin üçüncü bir ülkeye yerleşme imkânının mevcut olduğu durumlarda uygulanması, yukarıda 41. Paragrafta tespit edildiği üzere, uluslararası koruma amacıyla tamamen bağlantısız olmadığını sorgulamayı gerektirmez.
62. Yukarıdaki tüm değerlendirmeler ışığında, yöneltile soruların yanıtı şu şekildedir: 2011/95 Sayılı Yönergenin 3. ve 23(2). maddesinin, bu Yönerge tarafından oluşturulan sistem kapsamında,

bu statüye sahip olarak tanınan üçüncü ülke vatandaşının reşit olmayan çocuğuna, söz konusu Üye Devletin topraklarında doğmuş olması ve bu çocuğun diğer ebeveyni aracılığıyla zulüm tehdidi altında olmadığı başka üçüncü bir ülkenin vatandaşı olması durumu da dahil olmak üzere, bu Yönergenin 12(2) maddesinde atıfta bulunulan hariçte tutma sebeplerinden birinin çocukta gerçekleşmemiş olması şartıyla ve çocuğun vatandaşlığı ya da kişisel hukuki statüsünü belirleyen başka herhangi bir unsur aracılığıyla o üye devlette mülteci statüsü verilmesinden kaynaklanandan daha iyi bir muameleye sahip olmayacak ise, bir Üye Devletin, daha elverişli ulusal hükümler uyarınca, türetilmiş bir hak olarak ve aile birliğini korumak amacıyla, mülteci statüsü tanınmasını engellemediği şeklinde yorumlanmalıdır. Bu hususta, çocuğun ve çocuğun ebeveynlerinin söz konusu diğer üçüncü ülkeye taşınmasının mümkün ve makul olarak kendilerinden beklenmesinin tespit edilmesi konu ile ilgili değildir.

Yargılama Giderleri

63. Bu yargılamalar, milli mahkeme önündeki esas davanın tarafları için derdest olan davaya ilişkin bir aşama olduğundan, masraflara ilişkin karar vermek o mahkemenin görevidir. Tarafların masrafları dışında, Mahkemeye açıklamalarının sunulması için katılan masraflar geri alınamaz.

Bu gerekçelerle, Mahkeme (Büyük Daire) şu şekilde karar vermiştir:

13 Aralık 2011 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2011/95/AB Sayılı uluslararası korumadan yararlanacak üçüncü ülke vatandaşları ve vatansız kişiler için tek tip mülteci veya ikincil koruma statüsünün niteliklerinin belirlenmesi ve sağlanacak korumanın içeriğine ilişkin standartlar hakkında Yönergenin 3. ve 23(2). maddesi, bu Yönerge tarafından oluşturulan sistem kapsamında, bu statüye sahip olduğu tanınan üçüncü ülke vatandaşının reşit olmayan çocuğuna, söz konusu Üye Devletin topraklarında doğmuş olması ve

bu çocuğun diğer ebeveyni aracılığıyla zulüm tehdidinde olmadığı başka üçüncü bir ülkenin vatandaşı olması durumu da dahil olmak üzere, bu Yönergenin 12(2) maddesinde atıfta bulunulan hariçte tutma sebeplerinden birinin çocukta gerçekleşmemiş olması şartıyla ve çocuğun vatandaşlığı ya da kişisel hukuki statüsüne ait belirleyici başka herhangi bir unsur aracılığıyla o Üye Devlette mülteci statüsü verilmesinden kaynaklanandan daha iyi bir muameleye sahip olmayacak ise, bir Üye Devletin, daha elverişli ulusal hükümler uyarınca, türetilmiş bir hak olarak ve aile birliğini korumak amacıyla, mülteci statüsü tanınmasını engellemediği şeklinde yorumlanmalıdır. Bu hususta, çocuğun ve çocuğun ebeveynlerinin söz konusu diğer üçüncü ülkeye taşınmasının mümkün ve makul olarak kendilerinden beklenmesinin tespit edilmesi konu ile ilgili değildir.

ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN TAHKİME ELVERİŞLİLİK III KARARI*

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR**

Av. Mustafa YAŞAR***

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin, Oldenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararına itiraz üzerine verdiği 6 Nisan 2017 tarih ve I ZB 23/16 sayılı Kararı

İlgili Madde: Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu [AHMK (ZPO)] para.1040 f. 3 c. 2.

Şirket sözleşmelerinde yer alan ve genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıkları da kapsayan tahkim sözleşmesinin geçerliliği için gerekli asgari koşullar, komandit şirketler gibi şahıs şirketleri için de kural olarak geçerlidir [Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (AFYM) 6 Nisan 2009 tarih ve II ZR 255/08 sayılı, BGHZ 180, 221 – Tahkime Elverişlilik II (Schiedsfähigkeit II) kararının geliştirilmiş halidir].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi (Senatosu) Hakim Prof. Dr. Büscher başkanlığında ve üyeler Hakim Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirschhoff, Prof. Dr. Koch ve Feddersen olmak üzere 6 Nisan 2017 tarihinde aşağıdaki hususlarda karar vermiştir:

- AFYM'ne itiraz yoluna başvuran Davalıların talebi üzerine Oldenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi'nin verdiği 1 Mart 2016 tarihli karar bozulmuştur.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1135092 – Geliş Tarihi: 23.06.2022 – Kabul Tarihi: 28.06.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, tnyasar@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2032-2130.

*** Ankara Barosu, mustafayasar@mustafayasar.av.tr, ORCID: 0000-0002-7393-212X.

- İtiraz yoluna başvuran Davalıların talebi üzerine Dr. H.Hi. başkanlığında ve hakemler H.B. ve J.E.'den oluşan tahkim mahkemesi yetkisiz bulunmuştur.
 - Davacılar yargılama giderlerini ödeyeceklerdir.
- İtiraz konusunun değeri: 100.000,00 Avrodur.

Gerekçe

I. Davacılar¹ Ba.L.GmbH&Co.KG. Donatma İştiraki'nin (bundan sonra "şirket" olarak anılacaktır) komanditerleridir. Davacılar, itiraz yoluna başvuran Davalıların oyları ile alınan ortaklar kurulunun 15 Temmuz 2015 tarihli kararı ile paylarına el konulmak suretiyle ortaklıktan çıkarılmışlardır. Bu karara karşı Davacılar 30 Aralık 1968 tarihli şirket sözleşmesi para. 30 f.2'de yer alan tahkim şartına ve aynı tarihli tahkim sözleşmesine dayanarak tahkim yargılamasını başlatmışlardır. Tahkim mahkemesi teşkil edildikten sonra, Davalılar tahkim mahkemesinin yetkisine itiraz etmişlerdir. Tahkim mahkemesi 23 Aralık 2015 tarihli ara kararında yetkili olduğu kararını vermiştir.

İtiraz yoluna başvuran Davalılar (Oldenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne) başvurularında;

- Tahkim mahkemesinin yetkisiz olduğuna karar verilmesini,
- Veya tahkim mahkemesi ara kararının iptal edilmesini talep etmişlerdir.

Yüksek Eyalet Mahkemesi talebi reddetmiştir. İtiraz yoluna başvuran Davalılar Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin bu ret kararına AFYM nezdinde itiraz etmektedir. Davacılar ise AFYM nezdinde bu itirazın reddini talep etmektedir.

¹ Tahkim yargılamasında "Davalı" statüsünde olanlar itiraz yoluna başvurmışlardır. Kararın daha anlaşılabilir olması amacıyla "başvurucu" (*Antragsteller*) terimi yerine "itiraz yoluna başvuran Davalı" veya "Davalı" terimleri ve "karşı taraf" (*Antragsgegner*) yerine "Davacı" terimi tercih edilmiştir.

II. Yüksek Eyalet Mahkemesi tahkim mahkemesinin yetkisini aşağıdaki nedenlerle onaylamıştır.

30 Aralık 1968 tarihli tahkim anlaşması geçerlidir ve o zamanki şirket ortaklarının yasal haleflerini de bağlar. Gerçi şirket ortakları 18 Kasım 2013 tarihinde yeniden düzenlenen şirket sözleşmesinde tahkim şartı kararlaştırmamışlardır. Şirket ortağı A'nın çekimser oyuna rağmen taraflar arasındaki yeni şirket sözleşmesinin geçerli olarak kurulup kurulmadığına dair taraflar arasındaki uyuşmazlık konusundan bağımsız olarak, şirket ortaklarının 30 Aralık 1968 tarihli "müstakil" tahkim sözleşmesini sona erdirmemelerinden dolayı "yeni" şirket sözleşmesi nedeniyle tahkim anlaşması her halükarda geçerliliğini kaybetmemektedir. Burada söz konusu edilen şahıs şirketlerinde ortaklar kurulu kararının hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlık şarta bağlı olmaksızın tahkime elverişlidir. Tahkim anlaşması aynı zamanda AHMK Kitap 10'da düzenlenen koşullara da uygun düşmektedir.

III. Yüksek Eyalet Mahkemesi kararına karşı itiraz yolu açıktır (AHMK para. 574 f. 1 c. 1 bent 1, para. 1065 f. 1 c. 1, para. 1062 f. 1 bent. 2, para. 1040 f. 3 c. 2). İtiraz başvurusu kabul edilmiştir (AHMK para. 574 f. 2, para. 575). İtiraz ayrıca haklı bulunmuştur.

1. Tahkim mahkemesinin ara kararı, ara kararın verildiği sözlü duruşmaya itiraz yoluna başvuran Davalıların davet edilmemesi nedeniyle geçersiz sayılamaz.
 - a) Tahkim mahkemesinin ara kararının itiraz yoluna başvuran Davalıların davet edilmediği bir sözlü duruşmada verilmiş olması, itiraz süreci bakımından kabul edilmelidir. Tahkim mahkemesinin 17 Aralık 2015 tarihli ara kararını, aynı gün yapılan sözlü duruşmada verdiğinin delillerle sabit olması itiraz nedenini oluşturmaktadır. İtiraz yoluna başvuran Davalılar bu sözlü duruşmaya davet edilmemiştir. Davacılar, Davalıların bu iddiasını reddetmemişlerdir. Yüksek Eyalet Mahkemesi farklı bir tespitte bulunmamıştır.

- b) Bu suretle tahkim mahkemesi itiraz yoluna başvuran Davalıların hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmiştir. Bir taraf sözlü duruşmaya davet edilmemişse ve bu suretle duruşmaya katılamamış ise, hukuki dinlenilme hakkının ihlali söz konusu olmaktadır. (karşılaştırınız, AFYM, 16 Temmuz 1965 tarih ve Ia ZB 3/64 sayılı *Duruşmaya Davet* konulu Kararı - GRUR 1966, 160; 14 Aralık 1990 tarih ve X ZB 6/90 sayılı *Farmakolojik Madde* konulu Kararı - GRUR 1991, 442).
- c) Tahkim mahkemesinin kararı dinlenilme hakkı ihlaline dayanıyorsa, ancak bu durumda tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkının ihlali önem arz eder. İtiraz yoluna başvuran Davalı taraf bu kıstası açıkça ortaya koymalıdır (karşılaştırınız, AFYM'nin 8 Ekim 1959 tarih ve VII ZR 87/58 sayılı Kararı - BGHZ 31, 43 46 vd). İtiraz yoluna başvuran Davalılar, Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde bu hususu ortaya koyamamışlardır.
- İtiraz yoluna başvuran Davalılar, Yüksek Eyalet Mahkemesi önünde tahkim mahkemesinin kendilerini duruşmaya davet etmediğini belirtmişlerdir. Ancak Davalılar hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğini ortaya koyamamış, başka bir ifade ile Davalılar tahkim mahkemesindeki sözlü duruşmada, yazılı dilekçelerinde beyan ettiklerinden başka karara etki edecek hangi önemli beyanlarda bulunacaklarını da açıklamamışlardır. İtiraz yoluna başvuran Davalılar, daha çok, sadece duruşmaya davet edilmediklerinden tahkim mahkemesinin ara kararının geçersiz olduğu iddiasını dile getirmiştir. İtiraz yoluna başvuran Davalılar, Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde tahkim mahkemesinin hukuki dinlenilme hakkını ihlali itirazından bağımsız olarak, sonrasında, kendi görüşlerine göre şirket ortaklarının kararı ile tahkim şartının hükümsüz kılındığını iddia etmişlerdir.
- d) İtiraz yoluna başvuran Davalıların görüşünün aksine, Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin AHMK para. 139'a göre hukuki

dinlenilme hakkının ihlali konusundaki iddialarını somutlaştırması konusunda Davalıları ikaz etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Avukat tarafından temsil edilen Davalılar, duruşmaya davet edilmemenin sadece tahkim mahkemesinin ara kararının geçersizliğine neden olacağını değerlendirmiş, fakat bu suretle savunma haklarının kısıtlandığını iddia etmemiştir. İtiraz sürecinde Mahkeme tarafından yapılmayan ikaz, bu şartlar altında gerekmemektedir (karşılaştırınız; Stadler, Musielak/Voit, ZPO, 14. Baskı, para. 139 Kn. 5). Yüksek Eyalet Mahkemesi, itiraz yoluna başvuran Davalıların taleplerindeki hatalı eksikliğe karşı olarak, Davalıların tahkim mahkemesinin yetkili olup olmadığına dair iddialarını Yüksek Eyalet Mahkemesi önünde kapsamlı ve hukuki mağduriyet oluşmayacak şekilde ortaya koyma hakkına sahip olduğu görüşüne varmıştır.

- e) İtiraz yoluna başvuran Davalıların 17 Aralık 2015 tarihinde tahkim mahkemesindeki sözlü duruşmada yapacağı izahatın itiraz kapsamında yapılması, itiraz yargılaması sürecinde Yüksek Eyalet Mahkemesinin kararının düzeltilmesine yol açmaz. Tahkim mahkemesinin hukuki dinlenilme hakkını ihlal ettiğine ilişkin olarak Yüksek Eyalet Mahkemesi nezdinde öne sürülmeyen iddia itiraz yargılaması sürecinde ileri sürülemez (karşılaştırınız; BGHZ 31, 43, 49).

2. 18 Kasım 2013 tarihinde yeniden düzenlenen şirket sözleşmesinde tahkim şartının geçerli bir şekilde iptal edilip edilmediğinden bağımsız olarak, ortaklar tarafından müstakil yapılan tahkim sözleşmesinin her halükarda yürürlükten kaldırılmadığına dair Yüksek Eyalet Mahkemesi kararı aleyhine yapılan itiraz talebi ise kabul edilmiştir.

- a) Yüksek Eyalet Mahkemesine göre, tahkim anlaşması yeniden yapılan şirket sözleşmesi ile iptal edilmemiştir, zira ortaklar

müstakil tahkim sözleşmesini geçersiz kılmamışlardır. Yine Yüksek Eyalet Mahkemesine göre 18 Kasım 2013 tarihli ortaklar kurulu toplantısı tutanağından ortakların tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaya yönelik bir iradesi anlaşılmamaktadır.

- b) Yüksek Eyalet Mahkemesi bu değerlendirmesinde 1968 tarihli şirket sözleşmesinde yer alan tahkim şartı bağlamında yapılması gerekli tahkim sözleşmesinin yorumlanmasını ihmal etmiştir. İtiraz mahkemesi (AFYM) bu yorumlamayı, yorumlama için gerekli ilave olguya yönelik tespitler beklenemeyeceği için bizzat kendisi yapabilir (karşılaştırınız; AFYM, 21 Kasım 2014 tarih ve II ZR 84/13 sayılı kararı - BGHZ 203, 77 Kn. 23).

1968 tarihli şirket sözleşmesi para. 30 f. 2 aşağıdaki gibidir:

“Şirket ve şirket ortakları arasında veya şirket ortaklarının kendileri arasında veya şirket organlarının kararlarının icrasına dair bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında devlet mahkemesine gidilmeksizin, tahkim mahkemesi karar verir.

Konuyla ilgili mutabakat, ortaklar arasında ilave ve müstakil olarak yapılacak bir tahkim sözleşmesi ile sağlanacaktır.”

Tahkim sözleşmesi para.1 ise aşağıdaki gibidir:

“Taraflar 30 Aralık 1968 tarihli şirket anlaşmasından kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar için devlet mahkemesine gidilmeksizin, tahkim mahkemesine tabi olmayı kabul ederler.”

Bu suretle tahkim sözleşmesi ve 1968 tarihli şirket sözleşmesinin para. 30 f. 2'sinde yer alan tahkim şartı doğrudan

birbiri ile bağlantılıdır ve iç içe geçmiştir. Tahkim sözleşmesi, zaten lafzı gereği, sonradan yeniden düzenlenen bir şirket sözleşmesi ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kullanılamaz. 1968 yılı ortakları, tahkim sözleşmesinin o zamanki şirket sözleşmesi ile bağlantısını kurmak istemeselerdi, tahkim sözleşmesinin 1968 tarihli şirket sözleşmesi ile somut olarak bağlantısını kurmaktan kaçınırlardı. Yeni yapılan şirket sözleşmesinde tahkim şartı, tahkim sözleşmesine uygun hale getirilmeden muhafaza edilmiş olsaydı dahi, tahkim sözleşmesinin yeni yapılan şirket sözleşmesi için de uygulanması düşünülebilirdi. Ancak bu durum gerçekleşmedi.18 Kasım 2013 tarihinde yeniden düzenlenen şirket sözleşmesi, tahkim şartı içermemektedir.

3. Yüksek Eyalet Mahkemesi kararı tahkim şartı içermeyen, yeniden yapılan şirket sözleşmesinin geçerli bir ortaklar kurulu kararına dayanamaması nedeniyle sonuç itibarıyla uygun gözükmemektedir (AHMK, para. 577, f. 3).
 - a) 1968 tarihli şirket sözleşmesi para. 16 f. 3'ün, yeni şirket sözleşmesinin tüm hazır bulunan veya temsil edilen ortakların oyuyla yapılmasına amir olmasına rağmen şirket ortağının çekimser oy vermesinin 2013 yılında yeniden düzenlenen şirket sözleşmesinin geçerliliğine mani olup olmadığı konusu karar kapsamına alınmayabilir.
 - b) Yüksek Eyalet Mahkemesinin, burada söz konusu olan ortaklar kurulu kararının hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlığın, şahıs şirketinde her halükarda tahkime elverişli olduğu görüşü kabul edilemez niteliktedir.
 - aa) AFYM'nin limited şirkete dair bir kararında, şirket sözleşmelerinde yer alan tahkim şartlarının geçerliliği için, genel kurul kararının hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıkları da kapsamı durumunda, belirli asgari koşulları içermesi gerekmektedir (AFYM, 6 Nisan 2009

tarikh ve II ZR 255/08 sayılı Kararı - BGHZ 180, 221 - Tahkime Elverişlilik II Kararı) .

Bu asgari koşullar dahilinde özellikle şirket organlarının yanında her ortağın tahkim yargılamasının başlatılması ve yürütülmesi konusunda bilgilendirilmesi ve davada en azından fer'î müdahil olarak yer alabilecek konuma getirilmesi gerekmektedir. Bütün şirket ortakları, seçim bağımsız bir mevki tarafından yapılmayacaksa, hakemlerin seçilmesinde ve görevlendirilmesinde etkili olabilmelidir. Bu seçimde uyuşmazlığın bir tarafında birden çok şirket ortağının yer alması durumunda, oy çokluğu prensibi uygulanabilmektedir. Aynı ihtilaf konusunu oluşturan genel kurul kararının hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıklarının tek bir tahkim mahkemesi tarafından incelenmesi de sağlanmalıdır (BGHZ 180, 221 Kn. 20 - Tahkime Elverişlilik II Kararı).

- bb) AFYM bu koşulları bir limited şirketin şirket sözleşmesi ile bağlantılı olarak ifade etmiştir. Ancak bu koşullar esas itibariyle Alman Medeni Kanunu para. 138'de yer alan ve hukuk devleti ilkesinin dayandığı temel kurallardan geliştirilmiştir (BGHZ 180, 221 Kn. 17 - Tahkime Elverişlilik II Kararı). Bu nedenle bu koşullar, sermaye şirketlerine göre istinai düzenlemelere tabi olmadığı sürece, kural olarak komandit şirketler gibi şahıs şirketleri için de geçerlidir. Her halükarda komandit şirketin komanditerleri de limited şirketin ortakları gibi gerekli hukuki korumadan daha aleyhe bir durumda bırakılmaya ve gerekli hukuki korumadan mahrum kalmaya karşı korunmalıdır (Karşılaştırınız: BGHZ 180, 221Kn. 18 - Tahkime Elverişlilik II Kararı). Bu nedenle komandit şirketin tahkim anlaşması bakımından da limited şirket için gerekli kurallardan esas itibariyle vazgeçilmemelidir.

cc) 1968 tarihli tahkim sözleşmesi ortaklar kurulu kararının hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıklarda komanditer ortakları koruyacak kuralları içermediğinden, somut uyuşmazlık tahkim şartı kapsamında değildir. Tahkim mahkemesi yetkisizdir.

4. İlave tespitler gerekmediğinden, AFYM I Hukuk Dairesi esasa ilişkin bizzat karar verebilir (AHMK, para. 577, f. 5). İtiraz talebi kabul edilmiştir.

IV. Yargılama giderleri AHMK para. 91 f.1'e tabidir.

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Feddersen

İtiraza konu mahkeme kararı: Oldenburg Yüksek Eyalet Mahkemesinin 01 Mart 2016 tarih ve 8 SchH 2/16 sayılı Kararıdır.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayınlayabilir.
3. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
4. Yazarların, Dergiye gönderdikleri çalışmalarının; denetimini yapmış oldukları, gönderdikleri haliyle basılabileceğini taahhüt ettikleri ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsel ve etik ölçütler ile Dergi yayın ve yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından her aşamada geri çevrilir. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları “DergiPark” yoluyla yazara iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarlarına geri gönderilmez.
5. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakemin denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, çalışmasında sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda Editörler Kurulu çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilir.
6. Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen çalışmaların sayısı ile konu ve alan çeşitliliğini göz önünde bulundurmak suretiyle, değerlendirme aşamalarını tamamlayarak yayına hazır hale gelen çalışmanın hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Bu durum, gereğesi ile birlikte yazarına bildirilir.
7. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye gönderilen çalışmalar, kural olarak sonraki sayı için gönderilmiş kabul edilir. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye ulaşan çalışmaların, hakem incelemelerinin yetişmesi kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar, 3.000 kelimedenden az ve 12.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır. Çalışmanın özeti

ve anahtar kelimeler, dil editörleri tarafından ayrıca incelenecek ve gerekli dil bilgisi düzeltmeleri yazarına bildirilerek yapılabilecektir.

9. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
10. Dergide yayınlanan bir çalışmanın idari, bilimsel ve telif hakları sorumlulukları dahil olmak üzere tüm hukuki ve etik sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir. Dergide yayınlanacak olan çevirilerde, çevirisi yapılan çalışmanın yazarı ile varsa yazar dışındaki telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanlarının çalışma ile eş zamanlı olarak Dergiye gönderilmesi zorunludur. Dergide yayınlanan çevirilerin telif hakları sorumluluğu başta olmak üzere tüm hukuki sorumluluğu çevirmene aittir.
11. Dergiye gönderilecek çalışmaların “DergiPark” sistemi üzerinden gönderilmesi zorunludur. Yazarlar ayrıca; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID kimliklerini, yazışma adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “DergiPark” sistemi üzerinden göndermelidirler.
12. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
13. Yazarlar, Dergiye gönderdikleri çalışmalarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne devrettiklerini kabul etmiş sayılırlar. Dergide yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere, tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir.
14. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık herhangi bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen yazar bu durumu kabul etmiş sayılır.
15. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesine ilişki değerlendirme Editörler Kurulu tarafından yapılır.
16. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
19. Yayınlarımızın resm web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. zgn bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (**Yazarın Soyadı**, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (**Yazarın Soyadı (YIL)**, atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır (**Yazarın Soyadı (YILa veya YILb)**, atıf yapılacak sayfa).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek İlk Atf ve Kaynakça Atf:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

Örnek Kısa Atf:

Uşan, s.25.

İki yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atf yapılacaktır.

Örnek İlk Atf ve Kaynakça Atf:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Örnek Kısa Atf:

Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, s.13.

EDİTÖRLÜ KİTAP

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4.Baskı, Konya, Sayram.

KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1.Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

ÇEVİRİ KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost).

ELEKTRONİK KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey,

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs / Budish, Ryan / West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> s.e.t. 10.08.2015.

MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C:(^Cilt), S:(^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

Örnek Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Örnek İlk Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

Örnek Kısa Atfı:

Uşan, s.22.

ELEKTRONİK MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

KONFERANS TEBLİĞİ

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

Örnek:

Uşan, M. Fatih “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

TEZ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek:

Kılınç, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

MAHKEME KARARI

Dava Adı, Mercii, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

Örnek 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2:

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: Uşan, dn. 24.

RAPOR

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No:, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent (2011) İstanbul Ticaret Odası, “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal published semiannually.
2. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a 'Special Issue'.
3. The manuscripts can be written in Turkish, English, German, or French.
4. Submitted studies for the Review are understood to be the final versions. Therefore, the authors guarantee that they have reviewed manuscripts before submitting them to the Review, approve them to be published as they have submitted, and accept the rules of citation of the Review. The Editorial Board reserve the right to refuse manuscripts that do not conform with the scientific or ethical criteria or the submission guideline or include misspelling above average in any stage. For the rejected unqualified manuscripts, a referee assessment form is sent to the authors by 'Dergipark'. Unqualified manuscripts do not send back to the authors.
5. After the first review of the Editorial Board, the submitted manuscripts are sent to at least two blind referees for evaluation, without the authors' name. Upon the correction requests of the referees, the authors can only make the necessary alterations based on the referees' reports. Following these alterations, if compulsory, the referees may review the manuscripts again. If one referee assessment is affirmative and the other referee assessment is negative, the Editorial Board has the right to send the study to a third referee.
6. The Editorial Board remains the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publishment in the first issue and in which issue to publish the manuscripts that have completed their assessment process and ready to be published, in accordance with the varieties of the topics and branches. This decision and the reason are sent to the author.
7. The manuscripts sent to the Review after the submission deadline, are considered for the next issue. However, if the refereed review is completed on time, with the Editorial Board's approval, these studies may be published on the current number. The Editorial Board will take the number of the manuscripts, the branches, and the topics of the present issue into consideration.
8. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than 12.000 words. The studies should consist of an abstract between 150-250 words

and between 5-10 keywords. If the text is in Turkish, the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French. The abstract and the keywords will be reviewed, and if needed, the necessary alterations will be made by the Language Editors. The alterations will be reported to the authors.

9. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
10. The following rights remain reserved to the authors: legal and ethical responsibilities including administrative, scientific, and copyright responsibilities and criminal liabilities of the published manuscripts. In submitted translations, the authors'-and if necessary other copyright owners'-consent is sent to the Review simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
11. The Review requires the submission of manuscripts by 'Dergipark'. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails in a different document.
12. The acceptance for publishment of a submitted manuscript will be decided by the Editorial Board according to the blind referee reports and the Editorial Board's review. The acceptance and rejection decision will be sent to the authors by 'Dergipark'.
13. The submitted manuscripts' authors accept to alienate the rights to adapt, make copies, and distribute copies of the studies to Ankara Yıldırım Beyazıt University. The accepted manuscripts for publishment's all publication rights, including publishing the studies on the internet, belongs to the Ankara Yıldırım Beyazıt University.
14. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
15. In addition to articles, book reviews, legislative assessments, and informative remarks can be published on the Review. The acceptance or rejection decision of such manuscripts belongs to the Editorial Board.
16. If the refereed reviews are not completed on time unless otherwise directly and additionally stated by the authors, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.
17. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

1. Only First Letters Capital and Bold

a. Only First Letters Capital and Regular

i. Only First Letters Capital and Regular

18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Authors Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type, “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

BOOK

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example in First Citation and Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

Short Citation Example:

Uşan, p.25.

In case of two author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example in First Citation and Bibliography:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, Ilker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Short Citation Example:

Özbek/Doğan/Bacaksız and others, p.13.

EDITED BOOK

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example:

Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

BOOK SECTION

Author's Surname, Name (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

Example:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskisehir, Anadolu University Publications.

TRANSLATION BOOK

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

Example:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

ELECTRONIC BOOKS

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

ELECTRONIC BOOK CHAPTER

Author's Surname, Name "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> l.a.d. 10.08.2015.

ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal's Name, I: (^Issue) V: (^Volume), The first-last page range.

Example in Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Example in Firs Citation:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları" Kamu İş, I:1, V:10, p.20

Short Citation Example:

Uşan, p.22.

ELECTRONIC ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı", e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> l.a.d. 28.07.2015.

CONFERENCE PROCEEDING

Author's Surname, Name (^Year) "Title of the Annunciation", Editor's Surname, Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

Example:

Uşan, M. Fatih, "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği": Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry-Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

THESIS

Author's Surname, Name (Year) "Thesis Head" (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example:

Kılınç, Ahmet (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir" (Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

COURT DECISION

^**Case Name**, Mercier, ^Application No, ^E, K:, T:, ^Citation.

Example 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Example 2:

Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

WEB ADDRESS

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example:

Uşan, fn. 24.

THE REPORT

Surname, Name, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ
(YBHD)
ETİK İLKELER

Giriş ve Tanımlar

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisine gönderilen makaleler ve çeviriler özgün olmalı, yayınlanmamış olmalı ve her koşulda başka bir yayında değerlendirme sürecinde olmamalıdır. İntihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme (makale dilimleme veya dilimleyerek yayım), haksız yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi etik dışı eylem ve davranışlar olarak kabul edilmektedir.

Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4. madde hükmünün 1. fıkrasında etik dışı eylem ve davranışlar aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan metod, cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,

Tezrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde

değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek.

Araştırma Etiği

Hukuk alanındaki bilimsel çalışmalar ve çevirilerde araştırma konusu, makale veya çeviri tasarımı, araştırma verileri, araştırma veya çeviri metni ve geri bildirim aşamaları söz konusu olabilir. Bu aşamalarda gündeme gelecek etik ilkelere uygunluk yazarların sorumluluğundadır. Bu aşamalarda;

- Bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkelerine riayet edilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler (veri sağlayıcıları, geri bildirimde bulunanlar, yazar ekibi) eserin yayınlanması ile özellikle kişisel verilere dair gündeme gelecek durumlar hakkında bilgilendirilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler gönüllülük esasıyla katılım sağlamalı ve bu kişilerden gerekli izin ve onaylar alınmalı,
- Bilimselliğın amacına uygun şekilde tarafsız, açık ve net olunmalıdır.

Yazarlarca yukarıdaki ilkelere uyulmaması halinde etik ilke ihlalleri sayılacak diğer davranışlar, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4/2 madde hükmü kapsamında belirtilmiştir:

- Destek alınarak yürütölen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek,
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak,
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek,

- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak,
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak,
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mek nları, imk nları ve cihazları amaç dışı kullanmak,
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak,
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyurma yükümlülüğüne uymamak,
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği  l de ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak,
- Akademik atama ve y kseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanılıcı beyanda bulunmak,
- Akademik teamüllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak,
- Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergiyi taranıyor gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapmak.

YILDIRIM BEYAZIT LAW REVIEW

(YBLR)

ETHICAL GUIDELINES

Introduction and Definitions

Articles and translations submitted to YBHD shall be authentic, unpublished and in all circumstances, shall not be in a peer reviewing process for another publishing. Plagiarism, fraud, distortion, repeated publication, slicing (slicing an article or salami-slicing), unfair authorship, research/data fabrication, copyright infringements and concealment of conflict of interests are regarded as unethical acts and behaviors.

Stated unethical acts and behaviors are defined under Clause 1 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4 as follows:

Plagiarism: Presenting others' ideas, methods, data, applications, writings, shapes or works as if it were their own work without reference to scientific ethical rules,

Fraud: To use produced or distorted data that is not based on research in scientific researches,

Distortion: Distorting or shaping research results to falsify research records or obtained data, to show methods, devices and materials that are not used in the research as used, to falsify the data or results in line with the interests of individuals and organizations that support is received,

Repeated publication: To present repeating publications as separate works in academic appointments and promotions,

Slicing: To present the results of a research as separate works in academic appointments and promotions, disrupting the integrity of the research and disassembling it inappropriately, and making numerous publications without reference to each other,

Unfair authorship: Adding people who do not have an active contribution to the articles authors or not including people who have an active contribution among the authors, changing the authors' order unjustly and inappropriately, removing the names of those

who have an active contribution from the work during publication or in subsequent editions, including the name of others' among the authors who do not have an active contribution but exert their influence.

Research Ethics

For the scientific researches and translations in the field of legal studies, the phases of research subject, article or translation design, research data, research or translation text and feedback can be present. Compliance with the ethical principles to come up in these phases is under the Author's responsibility.

At these phases;

- Integrity, quality and transparency principles shall be abided,
- All private and legal entities (data providers, feedbackers, team of authors) who contribute to the creation of the work shall be informed about the issues that will come to the agenda, especially regarding personal data, upon the publication of the work,
- All private and legal persons who contribute to the creation of the work shall participate on a voluntary basis and the necessary permissions and approvals shall be obtained from them,
- Impartiality, clarity and transparency shall be sustained in accordance with the purpose of science.

Acts and behaviors that will be regarded as infringement of ethical principles in the event of noncompliance of the authors with the principles mentioned above, are stated under Clause 2 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4:

- Not indicating the sponsoring persons, institutions or organizations and their contributions in the publications in the researches conducted with their sponsorship, Using theses/dissertations or studies that are not defended or not submitted as a source, without the permission of the owner,

- Not complying with patient rights in their publications,
- To breach the provisions of the relevant legislations on human biomedical research or other clinical research,
- Sharing the information contained in a work that has been assigned for their review with others before it is published, without the explicit permission of the owner of the work,
- Misusing resources, places, facilities and devices provided or allocated for scientific research,
- To publish the data obtained in a questionnaire and attitude surveys conducted within the scope of a scientific study without the express consent of the participants, or if the research is conducted in an institution, also without the permission of the institution,
- Failing to comply with the obligation to inform and warn those concerned about possible harmful practices related to scientific research conducted by researchers or authorities,
- Not using the data and information obtained from other persons and institutions to the extent and as permitted in scientific studies, not respecting the confidentiality of this information or ensuring its protection,
- To make false or misleading statements regarding scientific research and publications in applications for academic appointments and promotions,
- To perform unexpected ethical attitudes and behaviors in an associate professor contrary to academic practices,
- To present a journal that is not included in the application file, or to show a journal that is not scanned in the indexes as it is scanned, or to specify a non-refereed journal as a refereed journal.

